

T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

EL-KUSÛDÜ GAYRU'L-MEŞRÛA VE ESERUHA FÎ AKDİ'N-NİKAH

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Maher ALALI

Enstitü Anabilim Dalı: TEMEL İSLAM BİLİMLERİ

Enstitü Bilim Dalı: İSLAM ARAŞTIRMALARI (ARAPÇA) TEZLİ

Tez Danışmanı: Dr.Öğr.Üyesi Pehlul Düzenli

Ağustos 2018

T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

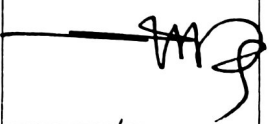
EL-KUSÛDÜ GAYRU'L-MEŞRÛA VE ESERUHA FÎ AKDİ'N-NİKAH

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Maher ALALI (167225010)

Enstitü Anabilim Dalı: TEMEL İSLAM BİLİMLERİ

Enstitü Bilim Dalı: İSLAM ARAŞTIRMALARI (ARAPÇA) TEZLİ

Bu tez 30/11/2018 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

	Adı SOYADI	Kanaati			İmza
Jüri Başkanı (Danışman)	Dr. Öğr. Üyesi Perihan DİZENLİ	☒ Kabul	☐ Düzeltme	☐ Ret	
Jüri Üyesi	Prof. Dr. Alihsan PALA	☒ Kabul	☐ Düzeltme	☐ Ret	
Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi Tanin ALHALWANI	☒ Kabul	☐ Düzeltme	☐ Ret	

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS / DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU

BEYAN BELGESİ

Tez Başlığı: العقد النكاح وأثرها في المشروعة والقصود غير المشروعة EL-KUSÛDÜ GAYRU'L-MEŞRÛA VE ESERUHA Fİ AKDİ'N-NİKAH

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmamın toplam 123 sayfalık kısmına ilişkin aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve 30/12/2018 tarihinde aşağıda ismi yazılı araştırma görevlisi tarafından şahsıma iletilen TEZİNİTİM intihal tespit programı raporuna göre tezimin benzerlik oranı %2'dir.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç,
2. Alıntılar dâhil,
3. 5 kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç.

Bu bilgiler doğrultusunda tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespiti halinde doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

İmza

Adı SOYADI : MAHER ALALI
Öğrenci Numarası : 167225010
Ana Bilim Dalı : TEMEL İSLAM BİLİMLERİ
Programı : İSLAM ARAŞTIRMALARI
Türü : () Proje ☒ Yüksek Lisans Tezi () Doktora Tezi



Taramayı Yapan Arş. Gör.
(Adı Soyadı, İmzası, Tarih)
Tarih)

Mehmet BAĞCIYAN

Deniřman
(Adı Soyadı, İmzası,

Dr. Öğr. Üyesi Feriut DİZENLİ

ÖNSÖZ

Hamd, âlemlerin Rabbi Allah Teâlâ'ya, salât ve selâm O'nun elçisi Hz. Muhammed (sav)'e, O'nun tebliğ ettiği dinin bizlere kadar intikalini sağlayan sahabe, tâbiîn ve bütün fakihlerin üzerine olsun.

Niyet-amel ilişkisi İslâm hukukunun temel konularından birisidir. Gayri meşru niyetlerin nikaha etkisi ise üzerinde en çok durulan konuların başında gelmektedir. Biz bu çalışmamızda günümüzde de önemini koruyan bu problemi ele alarak İslâm hukuk ekollerinin görüşleri ışığında, tarihi ve güncel örneklerle doğrultusunda incelemeye çalıştık. Çalışmamız bir giriş, iki bölüm ve sonuçtan oluşmaktadır.

Giriş Bölümünde konunun önemi, tercih sebebi, problemleri, hedefleri, zorlukları, daha önce yapılmış çalışmalar, metod ve planı üzerinde durduk. Ayrıca çalışmamızla bağlantılı terimlerin genel bir tanıtımını yapmaya çalıştık. Bu meyanda kasıt, eser, akit ve nikah kavramlarını sözlük ve terim olarak ele alarak incelemeye çalıştık.

Birinci bölümde, mükelleflerin amaçları ve bunların tasarruflara etkisini makâsıdu's-şeria, doğrudan ya da dolaylı olması açısından niyetler, bunların akid ve tasarruflara etkisi, niyet ve kasıtların birden fazla olmaları hâli ile akitlerde hîle ya da gerçek iradenin kasıt ile olan ilişkisi üzerinde durduk.

İkinci bölümde, geçmişte ve günümüzde gayr-i meşru niyet ve kasıtlarla yapılan nikah türlerinden örnekler sunarak, bunların İslâm hukuku açısından değerlendirmelerini yaptık.

Sonuç olarak ta çalışmadan elde ettiğimiz bazı temel bulguları verdikten sonra, konu ile ilgili bazı tekliflere yer verdik.

Çalışmamızın tespitinden sonuçlanmasına kadar yönlendirme ve ilgilerinden dolayı tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Pehlul DÜZENLİ'ye, tez savunmalarında değerli katkılarından dolayı jüri üyeleri Prof. Dr. Ali İhsan PALA ve Dr. Öğr. Üyesi Tamimi Alhalwani beyefendilere teşekkür etmeyi bir borç bilirim.

Mahil ALALİ
Yalova - 2018

İÇİNDEKİLER

BEYAN ÖNSÖZ İÇİNDEKİLER GİRİŞ

ÖZGEÇMİŞ

فهرس الموضوعات

المقدمة	٣
لمبحث التمهيدى: تعريف عام بالمصطلحات الموجودة في عنوان البحث	١٠
المطلب الأول : مصطلح القصد	١١
أولاً- تعريف القصد لغة واصطلاحاً	١١
ثانياً- صلة مصطلح القصد بمصطلحات مشابهة	١٢
المطلب الثانى : الأثر	٢٠
المطلب الثالث : العقد	٢٠
المطلب الرابع : النكاح	٢٤
الفصل الأول : بيان حقيقة مقاصد المكلفين وأثرها في الحكم على التصرفات	٢٥
المبحث التمهيدى : بيان أنواع المقاصد إجمالاً	٢٦
المطلب الأول: بيان أنواع مقاصد الشريعة	٢٧
المطلب الثانى: بيان مقاصد الشريعة من النكاح	٣١
المبحث الأول : أقسام قصود المكلفين من حيث المباشرة والمشروعية	٣٣
المطلب الأول: أقسام قصود المكلفين من حيث المباشرة وعدمها	٣٤
المطلب الثانى: أقسام قصود المكلفين من حيث المشروعية وعدمها	٣٧
المبحث الثانى : أثر القصد غير المشروعة في التصرفات والعقود	٣٩

المطلب الأول: تحرير محل النزاع في أثر القصد غير المشروع على صحة العقد.....	٤١
المطلب الثاني: آراء الفقهاء في أثر القصد غير المباشر غير المشروع في التصرفات والعقود.....	٤٢
المطلب الثالث: تحقيق المناط في الخلاف على أثر القصد غير المباشر غير المشروع " الباعث "	٤٤
المبحث الثالث: تعدد قصود المكلفين.....	٤٧
المطلب الأول: معنى تعدد القصود في عقد النكاح.....	٤٨
المطلب الثاني: صور تعدد القصود.....	٤٩
المطلب الثالث: مناط الحرمة في تعدد القصود.....	٥١
المطلب الرابع: بطلان العقد بتوافر القصد المناقض لقصد الشارع.....	٥٣
المطلب الخامس: طرق ظهور قصود المتعاقدين المؤثرة في العقد.....	٥٤
المبحث الرابع: علاقة القصد بالحيل والارادة العقدية.....	٥٥
المطلب الثاني: علاقة القصد بالحيل.....	٥٦
المطلب الأول: علاقة القصد بالارادة العقدية.....	٦٣
الفصل الثاني : أثر القصد غير المشروع في صور عقد النكاح القديمة والمعاصرة	٧١
المبحث الأول: أثر القصد غير المشروع في بعض صور عقد النكاح القديمة.....	٧٢
المطلب الأول : نكاح التحليل.....	٧٣
المطلب الثاني : الزواج بنية الطلاق.....	٧٨
المطلب الثالث : نكاح الشغار.....	٨٣
المطلب الرابع : زواج المريض مرض الموت	٨٨
المطلب الخامس: نكاح المتعة.....	٩٢
المبحث الثاني: أثر القصد غير المشروع في بعض صور عقد النكاح المعاصرة.	٩٥
المطلب الأول: زواج السفر.....	٩٦

المطلب الثاني: زواج المسيار.....	٩٨
المطلب الثالث: زواج الأصدقاء (الفرند).....	١٠١
المطلب الرابع: الزواج المدني.....	١٠٣
المطلب الخامس: الزواج العربي.....	١٠٥
الخاتمة،	١٠٨
أولا: النتائج.....	١٠٩
ثانيا: التوصيات.....	١١٠
الفهارس	١١١
أولا: فهرس الآيات.....	١١٢
ثانيا: فهرس الأحاديث.....	١١٣
ثالثا: فهرس الأعلام.....	١١٤
رابعا: فهرس المصادر والمراجع.....	١١٦
خامسا: فهرس الموضوعات.	١٢٢

Tezin Başlığı EL-KUSÛDÜ GAYRU'L-MEŞRÛA VE ESERUHA FÎ AKDÎ'N-NİKAH
Tezin Yazarı: Maher Alali Danışman: Dr.Öğr.Üyesi Pehlul Düzenli
Kabul Tarihi: 30.11.2018 Sayfa Sayısı:ix (ön kısım)+121 (Tez) + (ekler)
Anabilim Dalı: Temel İslam Bilimleri .Bilim Dalı: İslam Araştırmaları (Arapça) Tezli
Tezimiz, mükelleflerin "meşru/yasal olmayan kasıtlı davranış"larının mahiyetini nikah akdi özelinde açıklamayı amaçlamaktadır. "Nikah Akdi" ile "kasıt" kavramları arasında beden-ruh ilişkisinde olduğu gibi güçlü bir bağ olduğu düşünüldüğünde konunun önemi daha çok anlaşılmaktadır. Bunun yanında, "bâis/sebep-etken", "irade", "garaz/amaç" gibi, bazen birbirine yakın anlamlar ifade eden, bazen de iç içe geçen terimlerin farklılıklarının özenle ortaya konmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Söz konusu durum, özellikle de terimlerin iç içe geçtiği durumlarda, ekstra dikkat ve yoğunlaşmaya ihtiyaç duymaktadır. Dolayısıyla, mükelleflerin "meşru/yasal olmayan kasıtlı davranışları"nın mahiyetini incelemeye geçmeden önce sözkonusu terimlerin anlamları, birbirlerine benzerlikleri veya aralarındaki farklılıklar, ya da terimler arasında olabilecek umum-husus gibi ilişkiler üzerinde durulması gerekmektedir. Bunu sağlamak amacıyla Giriş Bölümünü bu konuya tahsis ettik. Birinci Bölümde ise, "mükelleflerin kasıtlı davranışları" kavramını, önce genel anlamı itibarıyla, daha sonra da nikah akdi özelinde ele aldık. Sonrasında da, söz konusu kavramın; "meşru/yasal olan–gayri meşru/yasal olmayan", "mübaşir/direk olan-gayri mübaşir/dolaylı olan" gibi kısımlarını inceledik. Yapılan bu taksimin, "bâis/sebep-etken" ve "kasıt" kavramları arasında tespit ettiğimiz farklılıkları son derece hassas ölçüler çerçevesinde ortaya koyabilmiş olmamızın bir sonucu olduğunu söyleyebiliriz. Söz konusu taksim, aynı zamanda, "gayr-i meşru/yasal olmayan mübaşir/direk kasıtlı davranış", "gayr-i meşru/yasal olmayan gayr-i mübaşir/dolaylı kasıtlı davranış" kavramlarının izahı ve bu kavramların, akdin sahih veya batıl olmasındaki etkilerini örnekleri ile incelememizin bilimsel temelini oluşturmaktadır. "Mübaşir/direk kasıtlı davranış", "gayr-i mübaşir/dolaylı kasıtlı davranış", "meşru/yasal kasıtlı davranış", "gayr-i meşru/yasal olmayan kasıtlı davranış" kavramlarının bir araya geldiği durumlarda "kasıtlı davranışın taaddüdü/birden çok olması" kavramı gündeme gelmektedir ki, bu da tezimizin ikinci bölümünün başlığını teşkil etmektedir. Bu bölümde, daha önce "mükelleflerin kasıtlı davranışları"na dair yaptığımız kısımlandırmanın ışığı altında, "kasıtlı davranışların taaddüdü/birden çok olması" kavramının anlamı ve söz konusu taaddüdün nikah akdine etkisini inceledik. Tezimizin bir bölümünün anlaşılabilmesinin bir önceki bölümünün anlaşılmasına bağlı olması ve bunun doğal bir sonucu olarak da bölümler arasında var olan uyumu, tesbih tanelerinin düzenine benzetmek mümkündür. Tabi, konu hakkında yapılan okumalar esnasında ve meselenin takdiminde ekstra bir yoğunlaşmaya ihtiyaç duyuluyor olmasının da bu uyum üzerinde etkisi olduğunu inkar etmek mümkün değildir. Tezimizin son bölümünde, "gayr-i meşru/yasal olmayan kasıtlı davranış" kavramının fikhî uygulamalarını zikrettik. Bu kavram ile fikhî hükümler arasındaki ilişkiyi incelerken, daha önceki bölümlerde tespit ettiğimiz bilimsel esaslar çerçevesinde, fakihlerin konu hakkındaki farklı görüşleri arasında tercihlerde bulunduk. Son olarak da, tez çalışmamız esnasında elde ettiğimiz bir takım sonuçları takdim ettik. Ve konu hakkında bazı tavsiyelerde bulunduk.
Anahtar Kelimeler: Kasıt, Bâis, İrade, Taaddüt, Nikah.

Yalova University Institute of Social Sciences Master Thesis Summary

Tezin Başlığı EL-KUSÛDÛ GAYRU'L-MEŞRÛA VE ESERUHA FÎ AKDİ'N-NİKAH
Tezin Yazarı: Maher Alali Danışman: Dr.Öğr.Üyesi Pehlul Düzenli
Kabul Tarihi: 30.11.2018 Sayfa Sayısı: ix (ön kısım)+ 121 (Tez) +(ekler)
Anabilim Dalı: Temel İslam Bilimleri . Bilim Dalı: İslam Araştırmaları (Arapça) Tezli
This research shows the identity of the unlawful intentions of the contractors, especially in relation to marriage, taking into consideration the fact that intention for marriage is like soul for the body. Dealing with near-synonyms like intention, purpose, and aim necessitate the distinction between these terms especially with the overlapping relation between them. It requires high level of focus and accuracy to distinguish between them especially when overlap. Before starting with the topic we have to clarify the meaning of these terms and highlight the similarities, differences, and whether some of them is included in the other. In the first chapter, I explained the concept of ‘intentions of contractors’ in general then especially in relation to marriage. Then I stated that intentions of contractors are divided into two categories; lawful and unlawful, direct and in direct. This division is a result of the accurate distinction between ‘intention’ and ‘purpose’. I considered the division I have established as the scientific base in clarifying the meaning of direct unlawful intentions and indirect unlawful intentions, and their consequences on the validity of the contract mentioning practical applications of these divisions. This dividing (direct and indirect intentions) led me to discuss the issue of multi-intentions so it was the title of the second chapter of this research. It is when direct and indirect unlawful intentions take place together. So I clarified the term of multi-intentions and explained its effects on marriage depending on the bases I’ve previously established. In fact, this research is considered as one unit; to understand later chapter, you need to understand the previous one/s, since each one smoothly leads you to the next. In the last chapter of the research, I mentioned some practical jurisprudences and applications of the unlawful intentions showing the relationship between these applications and the unlawful intentions trying to prevail some of the opinions of scholars over others depending on the bases and divisions I established in this research. Then I mentioned some results and recommendations I came out with from this research.

Key word: intention _ purpose _ will _ marriage

Tezin Başlığı: EL-KUSÛDÛ GAYRU'L-MEŞRÛA VE ESERUHA FÎ AKDÎ'N-NİKAH	
Tezin Yazarı: Maher Alali	Danışman: Dr.Öğr.Üyesi Pehlul Düzenli
Kabul Tarihi: 30.11.2018	Sayfa Sayısı: 1x (ön kısım)+121 (Tez) + (ekler)
Anabilim Dalı: Temel İslam Bilimleri .Bilim Dalı: İslam Araştırmaları (Arapça) Tezli	
تقوم هذه الرسالة على بيان ما هية قصود المكلفين غير المشروعة، و خصوصا في مجال عقد النكاح مع العلم ان القصد بالنسبة لعقد النكاح كالروح للجسد ، و بوجود بعض المصطلحات المتشابهة التي تتعلق بقصود المكلفين كالباعث و الإرادة و الغرض و التي تتقارب في بعض الأحيان و تتداخل في أحيان كثيرة ،و كان لا بد من التفريق بين هذه المصطلحات و التي تحتاج الكثير من من التركيز و الدقة للتفريق فيما بينها و خصوصا عند التداخل ، فكان لزاما قبل الخوض في بيان ماهية قصود المكلفين ، بيان معاني هذه المصطلحات المتشابهة و بيان اوجه الشبه و الاختلاف ، و الخصوص و العموم ، فكان الفصل التمهيدي لبيان حقيقة هذه المصطلحات. ثم انتقلت في الفصل الاول الى بيان مفهوم قصود المكلفين بشكل عام و في عقد النكاح بشكل خاص ، ثم بينت اقسام قصود المكلفين الى مشروعة و غير مشروعة، و مباشرة و غير مباشرة، فكان هذا التقسيم هو نتاج للتفريق الدقيق بين الباعث و القصد فكان هذا التقسيم الذي صار أساسا علميا اعتمدت عليه في بيان معنى القصد غير المباشر غير مشروع و القصد غير مباشر غير مشروع و آثارهما في بطلان و صحة العقد مع ذكر التطبيقات العملية لهذه التقسيمات و هذا التقسيم (قصد مباشر و قصد غير مباشر) قادني إلى مسألة تعدد القصود فكان عنواناً للفصل الثاني من هذه الرسالة ، و تعدد القصود يكون عندما تجتمع القصود المباشرة و الغير مباشرة غير المشروعة مع بعضها ، فقامت ببيان معنى تعدد القصود و أثر هذا التعدد على عقد النكاح معتمدا على الأسس التي وضعتها سابقا من تقسيمات لقصود المكلفين. و في الحقيقة تعتبر هذه الرسالة بفصولها كعقدة المسبحة كل فصل و كل بحث يوصلك إلى الذي بعده ، و لا يمكن فهم المباحث المتقدمة ألا بفهم أولها و ذلك بسبب دقة هذا الموضوع حيث يعتبر من المواضيع الشائكة التي تحتاج للكثير من التركيز في الطرح و القراءة. و في الفصل الأخير من الرسالة، و الذي خصصته للتطبيقات الفقهية العملية للقصد غير المشروع ، مع بيان وجه العلاقة بين القصد غير المشروع و هذه الأحكام الفقهية مع ذكر الترجيح بين أقوال الفقهاء معتمداً على ما وصلت إليه من أسس و تقسيمات في هذه الرسالة ثم ذكرت النتائج و التوصيات التي استشفيتها من خلال هذه الرسالة كلمات مفتاحية: القصد، الباعث، الإرادة، التعدد، النكاح.	

السيرة الذاتية

ماهر العلي من مواليد الرقة ١٩٨٨

درست الابتدائي في مدينة دير الزور شرقي سوريا و الإعدادية و الثانوية في مدينة طرطوس في الثانوية الشرعية، ثم التحقت بجامعة دمشق في كلية الشريعة و تخرجت سنة ٢٠١١ م ، ثم التحقت بالدراسات العليا قسم القضاء الشرعي و كانت رسالتي بعنوان (الطلاق التعسفي و أحكامه)

ÖZGEÇMİŞ

1988'de Suriye Rakka'da doğdu. İlkokulu Deyrezzûr'da ortaokul ve liseyi Tartus'ta bitirdi. 2011 yılında Suriye Dimeşk Üniversitesi İslam Hukuku Fakültesi'nden mezun oldu. Daha sonra aynı fakültenin Şer'î Adli hukuk bölümünde yüksek lisans yaptı.

c.v

Maher Al Ali, born in Raqqa, 1988.

I had studied my primary school in Deir ez-Zor, then the elementary and secondary schools in Tartus at an Islamic school. I joint Damascus University where I got a Bachelor in Islamic Studies, and agter graduation I joint a programme of Sharia Judiciary where my research was titled as 'The arbitrary divorce and its provisions'.

الجمهورية التركية
جامعة يلوا
معهد العلوم الإجتماعية

القصود غير المشروعة وأثرها في عقد النكاح

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير
الطالب: ماهر العلي

الدراسات الإسلامية الأساسية (العربية)
الدراسات الإسلامية

مشرف الرسالة : د. بهلول دوزنلي

آب 2018

المقدمة

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه ملء السماوات وملء الأرض ، الحمد لله الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، تَعَبَدَ الناسَ بكل الأفعال والأقوال الظاهرة والباطنة، والصلاة والسلام الأكملان الأتمنان على سيد الخلق والخلائق سيدنا وحبيبنا وقرّة أعيننا محمد ﷺ المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أولاً. أهمية البحث :

تنبع أهمية هذا البحث من أهمية مباحث مقاصد الشريعة، حيث إن الإنسان لا يقدم على عمل دنيوي أو ديني إلا إذا كان له دوافع ونوايا من وراء هذا العمل، فلا يخلو عمل من الأعمال الدنيوية والدينية من تصرفات وعبادات وعادات من القصد، فالقصد بالنسبة للتصرفات كالروح للجسد ولا يمكن تصور أحدهما من دون الآخر، فالمقاصد هي أرواح الأعمال وهي معتبرة في جميع التصرفات، ولا يخفى علينا تأثير القصد في تكييف العقود الشرعية بشكل عام و عقد النكاح بشكل خاص.

وتجلى أهمية البحث من أن مسألة القصد وخصوصا ما يتعلق منها بالمكلفين هي من المسائل الشائكة التي تحتاج للكثير من الدراسة والبحث، حيث أن معظم الدراسات كانت منصبة على دراسة قصد الشارع ولم تنطرق إلى قصود المكلفين دراسة وبحثا إلا الشيء اليسير.

وتظهر أهمية البحث أيضاً في أنه يدور حول قصد المكلفين وبشكل خاص القصد غير المشروع في عقد النكاح، حيث تتقارب وتتداخل المعاني المتعلقة بقصد المكلفين كالباعث والإرادة، وغيرها من المصطلحات التي تتعلق بقصود المكلفين وهذا الأمر يحتاج للجهد والتركيز مقارنة بغيره من المواضيع.

ثانياً. سبب اختيار الموضوع :

ما ذكرته سابقا من أهمية موضوع البحث كان دافعا لي لاختياره، ومن الأمور التي دفعني وحفزني لكي أختار هذا الموضوع قلة الكتابات فيه وتركز معظم بحوث المقاصد حول قصد الشارع، وربما سبب ذلك صعوبة الخوض في مجال قصود المكلفين الذي يعتبر كما بينت سابقا من المباحث الشائكة، والرغبة في إكمال ما كتب قبلي في مباحث القصد حيث كان التركيز منصبا على قصد الشارع، ولم يعطوا لمقاصد المكلفين الاهتمام الكافي، وحتى الذين درسوا قصود المكلفين اقتصروا على دراسة الباعث حيث اعتبروا الباعث هو القصد والعكس صحيح، وهذا ما دفعني إلى بيان الفرق بين القصد والباعث في كثير من التصرفات الشرعية.

ثالثاً. مشكلة البحث :

يدور هذا البحث حول بيان حقيقة قصود المكلفين بشكل عام والقصود غير المشروع بشكل خاص وبيان بعض المصطلحات التي لها علاقة بالقصود كالباعث والإرادة حيث اعتبر كثير من الباحثين في مجال المقاصد بأن القصود هو الباعث، وهذا الأمر ليس دقيقاً البتة فالباعث كما سأليناه في ثنايا البحث هو فرع من فروع القصود وليس كل القصود، وعلى أساس التفريق بين الباعث والقصود يظهر لنا أن لقصود المكلفين أقسام عدة سأبينها بمبحث مستقل.

وهل يمكن أن تعدد القصود غير المشروعة في عقود النكاح وما أثر تعددها على صحة العقود بشكل عام وعقد النكاح بشكل خاص، فكل مسألة من هذه المسائل تمثل مشكلة علمية لا بد من الإجابة عليها وهذا ما حاولت أن أقوم به من خلال هذه الرسالة بقدر استطاعتي والله ولي التوفيق.

رابعاً. أهداف البحث :

تتجلى أهداف هذا البحث في عدة أمور وهي :

- ١- إتمام ما أراه ناقصاً في بحوث المقاصد من تسليط الضوء بشكل أكبر وأعمق على قصود المكلفين.
- ٢- بيان مفهوم القصود بشكل عام وصولاً لبيان معنى القصود غير المشروع في باب النكاح.
- ٣- تقسيم القصود بحسب مشروعيتها وبحسب إراداتها وبيان ثمره هذا التقسيم وأثرها على الفروع الفقهية.
- ٤- بيان تعدد القصود في التصرفات الشرعية وكيف يؤثر تعدد القصود غير المشروعة على عقد النكاح من حيث الصحة والفساد أو البطلان.

خامساً. صعوبات البحث :

تتجلى صعوبات البحث في أن الفقهاء لم يبينوا بشكل مفصل قصود المكلفين في كتبهم بمباحث مستقلة إلا ما ندر، وإنما تستلخص آراءهم من خلال الفروع الفقهية، وكذلك قلة الكتابات المعاصرة في هذا المجال.

سادساً. الدراسات السابقة :

لم أجد فيما اطلعت عليه أن أحداً من الباحثين قد درس موضوع القصود غير المشروعة وأثرها في عقد النكاح من قبل، مع العلم أن هنالك بعض الدراسات والرسائل الجامعية التي تتعلق بالقصود، أو في جزء منه وهي :

١-رسالة بعنوان: تعدد القصود وأثره في المعاملات المالية وهي رسالة دكتوراة في جامعة دمشق للباحث عبد الرحمن السعدي، وهي من الدراسات التي عنت بالقصود في مجال المعاملات ولم تخرج عنها، وأرى أن هذه الرسالة أفضل ما ألف في قصود المكلفين لكنها تختلف عن موضوع بحثي بأنها تختص في أمور المعاملات المالية بالرغم من أنها تشترك مع رسالتي في بعض الأمور كبيان ماهية القصد من حيث الحقيقة والتعدد.

٢-دراسة بعنوان: مقاصد المكلفين فيما يتعبد به رب العالمين، لعمر بن سليمان أشقر، وهي أطروحة دكتوراة في الفقه المقارن كلية الشريعة جامعة أم القرى، وقد تناولت هذه الرسالة موضوع النية في العبادات من حيث مقصد الشارع في تشريعها، ويغلب عليها الطابع الإنشائي على الطابع العلمي، وفي كثير من المواضع من الرسالة يظهر أسلوبه الوعظي على الأسلوب العلمي الرصين، وبالرغم من أن موضوع الرسالة في الفقه المقارن يظهر جليا اعتماد الباحث على كتب بالتفسير والحديث مما أضعف من القيمة العلمية للرسالة كونها من المباحث الفقهية والأصولية.

٣-بحث بعنوان: نظرية الباعث وتطبيقاتها على مسائل الأحوال الشخصية رسالة ماجستير كلية العلوم الإسلامية الجزائر، ومن خلال الاطلاع ودراسة الرسالة تبين أن الباحث توسع في التطبيقات الفقهية حيث أفردا في فصول مستقلة وضيق أصل البحث من حيث اعتبار الباعث هو القصد، مع العلم أن القصد هو أشمل من الباعث كما حررته في البحث، وهذه الرسالة ليست إلا عرضاً لنظرية الباعث معتمدا على نظرية الباعث للدبرني، وبذلك يظهر الفرق واضحا وجليا بين موضوع رسالتي وموضوع هذه الرسالة ابتداءً بعنوان الموضوع وانتهاءً بالمضمون.

٤-دراسة بعنوان الباعث وأثره في التصرفات الإسلامية وهي رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله جامعة دمشق حيث تناولت هذه الرسالة نظرية الباعث من حيث الخصائص والشروط مقارنة بين الفقه والقانون وهي في الحقيقة لا تختلف عن مضمون الرسالة السابقة إلا أنها أشمل وأوسع.

٥-دراسة بعنوان: اعتبار القصد في الطلاق، وهي رسالة ماجستير في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة أم القرى، حيث تعتبر هذه الرسالة بحسب اطلاعي من أضعف الرسائل في باب القصود، حيث تعتبر رسالته قصاً ولصقاً ممسوخاً من الكتب الفقهية، وبالرغم من أن أصل موضوعه يدور حول القصد لم يتطرق إلى بيان ماهية قصود المكلفين إلا الشيء اليسير من بيان التعريف اللغوي والاصطلاحي والأدلة الشرعية، واكتفى بنقل بعض أحكام وصور الطلاق التي تتعلق بالقصد نقلا وسردا من دون الربط بين معنى القصد والصور التي ذكرها، وعلى كل حال فإن الفرق واضح بين دراستي وهذه الرسالة من كل النواحي.

سابعاً. منهج البحث:

اتبعت في هذه الرسالة منهجين أساسيين :

المنهج الموضوعي المقارن و المنهج التحليلي:

المنهج الموضوعي : حيث تتبع النصوص الفقهية التي تعنى ببيان القصد في فروع عقد النكاح وجمعت ما يصلح أن يكون تطبيقاً عملياً للقصد غير المشروعة المباشرة وغير المباشرة ملتزماً بالأمانة العلمية ودقة النقل متتبعا الأقوال من دون تعصب لرأي معين.

حيث تتبعت أقوال الفقهاء في المسائل الفقهية التي تعنى بعقد النكاح وكان للقصد تأثير على حكمه حيث اعتمدت على المذاهب الفقهية الأربعة اعتماداً كلياً مع الإشارة في بعض الأحيان لبعض النقول الفقهية لغير أصحاب المذاهب الأربعة.

وهو منهج تحليلي: حيث في كثير من الأحيان انطلقت من الفروع الجزئية إلى التأصيل لهذه الفروع فكثير من الفروع التي يتناولها القصد، لم يؤصل لها الفقهاء في باب من أبواب الفقه فكنت أستنتج من هذه الفروع أصولاً وتقسيمات لم يذكرها الفقهاء في كتبهم.

ثامناً. خطة البحث:

تتكون هذه الرسالة من مقدمة ومبحث تمهيدي وفصلين وكل فصل يتألف من عدة مباحث وهي :

المبحث التمهيدي: تعريف عام بالمصطلحات الموجودة في عنوان البحث.

وفيه المطالب الآتية: المطلب الأول : القصد.

أولاً- القصد لغة.

ثانياً- صلة مصطلح القصد بمصطلحات مشابهة.

المطلب الثاني : الأثر.

أولاً- الأثر لغة.

ثانياً- الأثر اصطلاحاً.

المطلب الثالث : العقد.

أولاً-العقد لغة.

ثانياً-العقد اصطلاحاً.

ثالثاً- أنواع العقد.

المطلب الرابع : النكاح.

أولاً-النكاح لغة.

ثانياً-النكاح اصطلاحاً.

الفصل الأول : بيان حقيقة مقاصد المكلفين وأثرها في الحكم على التصرفات.

وفيه المباحث الآتية: المبحث التمهيدي. وفيه المطلبين الآتين.

المطلب الأول: بيان أنواع مقاصد الشريعة.

أولاً- مقاصد الشارع.

ثانياً- مقاصد المكلفين.

المطلب الثاني: بيان مقاصد الشريعة من النكاح.

أولاً- المقاصد الأصلية للنكاح.

ثانياً- المقاصد التبعية للنكاح.

المبحث الأول : أقسام قصود المكلفين من حيث المباشرة والمشروعية.

المطلب الأول: أقسام قصود المكلفين من حيث المباشرة وعدمها

المطلب الثاني: أقسام قصود المكلفين من حيث المشروعية وعدمها.

المبحث الثاني : أثر القصود غير المشروعة في التصرفات والعقود.

المطلب الأول: تحرير محل النزاع في أثر القصد غير المشروع على صحة

العقد.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في أثر القصد غير المشروع في التصرفات

والعقود.

المطلب الثالث: تحقيق المناط في الخلاف على أثر القصد " الباعث "

غير المشروع.

المبحث الثالث: تعدد قصود المكلفين.

المطلب الأول: معنى تعدد القصد في عقد النكاح.

المطلب الثاني: صور تعدد القصد.

المطلب الثالث: مناط الحرمة في تعدد القصد.

المطلب الرابع: بطلان العقد بتوافر القصد المناقض لقصد الشارع.

المطلب الخامس: طرق ظهور قصد المتعاقدين المؤثرة في العقد.

المبحث الرابع: علاقة القصد بالارادة العقدية والحيل.

المطلب الأول: علاقة القصد بالارادة العقدية.

المطلب الثاني: علاقة القصد بالحيل.

الفصل الثاني : أثر القصد غير المشروع في صور عقد النكاح القديمة والمعاصرة.

وفيه المبحثين الاتيين:

المبحث الأول: أثر القصد غير المشروع في بعض صور عقد النكاح القديمة.

المطلب الأول : نكاح التحليل

المطلب الثاني : الزواج بنية الطلاق.

المطلب الثالث : نكاح الشغار.

المطلب الرابع : زواج المريض مرض الموت

المطلب الخامس: نكاح المتعة.

المبحث الثاني :أثر القصد غير المشروع في بعض صور عقد النكاح المعاصرة.

المطلب الأول: زواج السفر.

المطلب الثاني: زواج المسيار.

المطلب الثالث: زواج الأصدقاء (الفرنند).

المطلب الرابع: الزواج المدني.

المطلب الخامس: الزواج العرفي.

الخاتمة، وفيها :

اولا: النتائج

ثانيا: التوصيات

الفهارس : وفيها

أولا: فهرس الآيات.

ثانيا: فهرس الأحاديث.

ثالثا: فهرس الأعلام

رابعا: فهرس المصادر والمراجع.

خامسا: فهرس الموضوعات.

المبحث التمهيدي:

تعريف عام بالمصطلحات الموجودة في عنوان البحث.

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول : القصد.

المطلب الثاني : الأثر.

المطلب الثالث : العقد.

المطلب الرابع : النكاح.

المطلب الأول: القصد

أولاً- تعريف القصد لغة:

يطلق القصد في اللغة على معانٍ عدة وهي :

المعنى الأول : القصد هو الاعتماد والأتم والتوجه نحو الشيء وإتيانه، نقول : قصدته وقصدتُ له وقصدتُ إليه أي إتيان الشيء، وقصدته يقصده قصداً.

المعنى الثاني: القصد هو طلب الشيء بعينه، قصدت الشيء وله وإليه قصداً من باب : طلبته بعينه.

المعنى الثالث: استقامة الطريق وسهولته، ومنه قوله تعالى : ﴿وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ وَمِنْهَا جَائِرٌ وَلَوْ شَاءَ لَهَدَاكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ [النحل: ٩] أي على الله تبيين الطريق المستقيم، ومنه طريق قاصد سهل.

المعنى الرابع: القصد هو العدل في الأمور ومجانبة الإفراط، ومنه الحديث الشريف: " القصد القصد تبلغوا"^(١) أي عليكم بالقصد من الأمور في لبقول والفعل وهو الوسط بين طرفين.^(٢)

فللقصد كما بينا عدة معان لغوية وما يهمنا منها هو المعنى الأول والثاني، فالقصد هو " التوجه والاعتماد والأتم وطلب الأمر"^(٣).

ثانياً- تعريف القصد اصطلاحاً.

لم يذكر أغلب الفقهاء تعريفاً للقصد بحد ذاته بالرغم من أنهم ذكروه في معظم أبواب الفقه وربما يعود ذلك لسببين:

السبب الأول : لم يعرف معظم الفقهاء القصد اعتماداً منهم على وضوح معناه وعدم ابتعاد معناه الاصطلاحي عن معناه اللغوي.

^(١) جزء من حديث أخرجه البخاري ، باب المداومة على العمل ، رقم الحديث (٦٤٦٣).

^(٢) انظر ، ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفي الإفريقي (ت ٧١١هـ)، سان العرب، دار صادر ، بيروت الطبعة الثالثة(مادة قصد)، وانظر الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي أبو العباس (ت ٧٧٠هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية بيروت. (مادة قصد)

^(٣) فائدة : والقصد من الناحية الصرفية مصدر من الفعل، قصد يقصد قصداً، فهو بالتالي لا يجمع، لأنه يدل على الجنس، والجنس يدل بلفظه على ما دل عليه الجمع من الكثرة، فلا فائدة من جمعه، إلا إذا دل على عدد أو أنواع معينة، وعند ذلك يجوز جمعه، فيقال: (قصد) وهذا الجمع معروف في كتب الفقهاء الفيومي، المرجع السابق، (مادة قصد).

السبب الثاني: إنَّ الكثير من الفقهاء لم يفرقوا بين القصد والنية وجعلوها بمعنى واحد، فعرفوا النية باعتبارها القصد، لكن في الحقيقة أن هنالك فرقاً دقيقاً بين النية والقصد سأذكره لاحقاً، لكن يمكننا استخلاص معنى القصد من كتب الفقه بأنه هو: الإرادة والعزم على أمر ما.

قال ابن نجيم (٩٧٠هـ، ١٥٦٢م)^(١): "القصد نوع من الإرادة"^(٢).

وفي حاشية العطار " حقيقة القصد الإرادة "^(٣).

وقد بين الخرشي (ت: ١١٠١هـ) : "أن القصد هي الإرادة نفسها"^(٤).

وقال القرافي (ت: ٦٨٤هـ، ١٢٨٥م): " وأما القصد فهو الإرادة الكائنة بين جهتين، كمن قصد الحج من مصر وغيرها"^(٥)

وبعد بيان المعنى الاصطلاحي للقصد يتبين لي أن أقرب المعاني اللغوية إلى ما يناسب المعنى الاصطلاحي هو معنى "الأم" "والاعتماد" "واتيان الشيء" "والتوجه اليه"، فكل هذه المعاني تدور حول ارادة الشيء والعزم عليه، فالقصد هو ارادة الشيء أيا كان ذلك الشيء المراد، من فعل المريد له أو من فعل غيره، وذلك لأن القصد معلق بفعل الفاعل نفسه وبفعل غيره^(٦).

ثالثاً- صلة مصطلح القصد بمصطلحات مشابهة.

أ- صلة القصد بالنية:

لمعرفة الصلة بين القصد والنية، لا بد من بيان معنى النية لغة واصطلاحاً:

- النية لغة:

من نوى الشيء نيّةً ونيّةً ، والنية الوجه يُذهب فيه، والنية والنوى جميعا البعد، وفلان ينوي وجه كذا لأي يقصده من سفر أو عمل، والنوى الوجه الذي تقصده، ويقال لي في بني فلان نواة ونية أي حاجة.

^(١) هو زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن نجيم فقيه حنفي من علماء مصر ، له تصانيف عدة ، الأشباه والنظائر في أصول الفقه والبحر الرائق على كثر الدقائق في الفقه وغيرها من المؤلفات. انظر الاعلام الزركلي خير الدين بن محمود بن محمد بن فاس الزركلي ١٣٩٦هـ ، ج٣-ص٦٤.

^(٢) ابن نجيم، زين الدين ابن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري ، البحر الرائق شرح كثر الدقائق ، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثالثة، ج ١ - ص ٥.

^(٣) العطار، حسن العطار ، حاشية العطار على جمع الجوامع وبهامشه تقرير الشربيني وتقريرات المالكي، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ج ١-ص ٢٣٦.

^(٤) انظر الخرشي، محمد عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله ، شرح مختصر الخرشي، بن دار الفكر للطباعة ، بيروت، ج ١-ص ٢١.

^(٥) القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، لأمنية في إدراك النية، دار الكتب العلمية - بيروت، ص ١٠.

^(٦) انظر ابن القيم ، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الدين بن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ) ، بدائع الفوائد، دار الكتاب العربي، بيروت ، لبنان ، ج ٣-ص ١٩٠.

فالنية تطلق في اللغة على قصد الشيء وتوجه العزم إليه، وتستعمل كاسم للشيء الذي يتوجه إليه الشخص، وهو المطلب والحاجة^(١).

ومن خلال بيان المعنى اللغوي للنية والقصد يتبين لنا أن هنالك عموماً وخصوصاً وجهياً بين المعنى اللغوي للقصد والنية، حيث يشتركان في معاني وينفرد كل واحد منهما بمعاني أخرى، فمن المعاني اللغوية المشتركة بين القصد والنية، "التوجه نحو الشيء والجد في طلبه"، وكذلك "الشيء الذي يطلب ويؤتى"، ومن المعاني التي ينفرد فيها القصد ولا تدل عليه النية "استقامة الطريق" و"القرب وعدم البعد"، و"العدل ومجانبة الظلم"، ومن المعاني التي تنفرد النية في الدلالة عليها دون القصد، هي "البعد والتناهي".

النية اصطلاحاً:

عرف الفقهاء النية بتعريفات مختلفة يمكن من خلالها معرفة الفرق بين النية والقصد.

فعرف الامام النووي (ت ٦٧٦ هـ، ١٢٧٧ م) النية بأنها: هي القصد الى الشيء ، والعزيمة على فعله.^(٢)

وعرفها ابن نجيم بأنها " توجه القلب نحو إيجاد الفعل وتركه موافقاً لغرض من جلب نفع أو دفع ضرر " ^(٣)

وعرف المالكية النية بأنها " القصد للشيء ومحله القلب " ^(٤)

وعرفها الحنابلة بأنها "عزم القلب على فعل العبادة تقريباً إلى الله" ^(٥)

وقال الخطابي (٣٨٨ هـ، ٩٩٨ م): " النية قصدك الشيء بقلبك وتحري الطلب منك له " ^(٦)

ومن خلال التعريفات السابقة يتضح لنا، مدى الصلة الوثيقة بين القصد والنية، فكثيراً ما يستعمل لفظ النية عند الفقهاء ويراد منه القصد، كقولهم يجب نية الصوم، والنية فيه بمعنى قصد الصيام قبل دخول وقته.

فقد قال الامام الغزالي (ت: ٥٠٥ هـ ١١١١ م): " فالنية عبارة عن الصفة المتوسطة وهي الإرادة وانبعث النفس بحكم الرغبة والميل إلى ما هو موافق للغرض إما في الحال وإما في المآل فالحرك الأول هو الغرض المطلوب وهو الباعث والغرض الباعث هو المقصد المنوي والانبعث هو القصد والنية " ^(٧)

^(١) انظر، ابن منظور، لسان العرب ، مادة (نوي)، وانظر الفيومي ، المصباح المنير، مادة (نوي).

^(٢) انظر، النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦ هـ)، المجموع شرح المهذب ، دار الفكر، بيروت، ج ١ - ص ٣١٠ .

^(٣) ابن نجيم، البحر الرائق ج ١ - ص ٢٥

^(٤) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، (١٢٣٣ هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر بيروت، ج ١ - ص ٩٣

^(٥) أبو النجا، عبد اللطيف محمد بن موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا (المتوفى: ٩٦٨ هـ)

الافتقار في فقه الامام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة بيروت ، ج ١ - ص ١٠٦

^(٦) الكرمانلي، شمس الدين محمد الكرمانلي ، شرح الكرمانلي على صحيح البخاري تحقيق: محمد عثمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ج ١ - ص ١٧٨

^(٧) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت: ٥٠٥ هـ) ، إحياء علوم الدين دار المعرفة - بيروت ج ٤ - ص ٣٦٥.

فالنية والقصد عند أكثر الأصوليين عبارات متواردة على معنى واحد، وهو حالة وصفة القلب، وهذا الأمر كون القصد والنية عبارات متواردة على حالة صفة القلب لا يمنع وجود الفرق بين النية والقصد، فالنية والقصد محلها القلب عموماً وهذا لا يمنع أن يكون هنالك فرق دقيق بينهما، ويمكن ملاحظة هذا الفرق في تعريف الامام الشافعي (ت ٢٠٤هـ، ٨١٩هـ) بأن النية هي "قصد العمل المقترن بالفعل"^(١)، وليس القصد بالإطلاق، فبالتالي نية الطلاق مثلاً هو قصد حل العقد، وهذه النية تؤدي إلى الانفصال، قد يقصد الانسان من هذا الطلاق الهروب من الميراث، كطلاق المريض مرض الموت، فإن ذلك وإن سمي قصداً إلا أنه لا يسمى نية بالمعنى الاصطلاحي.

قال ابن رجب الحنبلي (٧٩٥هـ، ١٣٩٣م): "واعلم أن النية نوع من القصد"^(٢) وهذه اشارة منه على وجود الفرق بين النية والقصد.

ويقول الامام القرافي (ت ٦٨٤هـ، ١٢٨٥م)^(٣) في معرض كلامه عن النية "واعلم ان جنس النية هي الإرادة، وهي صفة تقتضي التخصيص لذاتها عقلاً شاهداً وغائباً، ثم إن هذه الإرادة متنوعة إلى العزم والهمة والشهوة والقصد والاختيار والقضاء والقدر والعناية والمشيمة فهي عشرة ألفاظ"^(٤)، وقد وضع الامام القرافي الفرق بين هذه المصطلحات وعند وصوله إلى الفرق بين النية والقصد قال: "وأما النية، فهي ارادة تتعلق بإمالة الفعل إلى بعض ما يقبله لا بنفس الفعل من حيث هو الفعل، ففرق بين قصدنا لفعل الصلاة وبين قصدنا بكون ذلك قربة أو فرضاً أو نفلاً أو أداء أو قضاء"^(٥).

وبعد أن بين الامام القرافي الفروقات بين كل تلك المفردات قال: "أن النية غير التسعة الباقية، لما ذكر فيها من الخصوصية المتقدمة، وخصوصية كل واحد من التسعة المفقودة في النية، فيجزم الناظر بالفرق حيثئذ، ولا يضر كون الاستعمال قد يتوسع فيه، فيستعمل أراد ومراده نوى، وأراد ومراده عزم أو قصد"، فنجد أن الامام القرافي قد فرق بين النية والقصد باعتبار أن النية هي ارادة ترتبط بالأفعال والقصد هو الدافع لهذا الفعل وتكون النية أخفى درجة من المقاصد قال القرافي "وأما كون الانسان يثاب على نية واحدة وعلى الفعل عشراً إذا نوى فلأن الأفعال هي المقاصد والنيات وسائل والوسائل أخفى درجة من المقاصد"^(٦)، فالإمام القرافي جعل النية تأتي دائماً في البدء ثم بعدها القصد، كأن يقول القائل نويت عمل كذا قاصداً به هذا الوجه، فالنية تكون لصيقة بالنفس، والقصد بالعمل الظاهر،

^(١) الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت ٩٧٧ هـ)، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى ١٩٩٤م ج ١ - ص ١٦٧

^(٢) ابن رجب الحنبلي، زين الدين بن عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الحنبلي، (٧٩٥هـ) جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الحكم، تحقيق: شعيب أرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة ٢٠٠١، ج ١ - ص ٦٥

^(٣) هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي، من علماء المالكية نسبة إلى قبيلة صنهاجة من برابرة المغرب، ونسب إلى القرافة ولم يسكنها وإنما هو من قرية كورة بوش من صعيد مصر، وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة، له مصنفات جليلة في الفقه والأصول منها: الذخيرة، والفروق، وشرح تنقيح الأصول، انظر الوافي بالوفيات صلاح الدين الصفدي، (ت ٧٦٤هـ) تحقيق أحمد الأرنؤوط دار إحياء التراث بيروت، ج ٦ - ص ١٤٦.

^(٤) القرافي، أبو العباس شهاب الدين القرافي (ت ٦٨٤هـ)، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٤م ج ١ - ص ٢٤٠.

^(٥) القرافي، الأمانة في ادراك النية، ص ٩

^(٦) القرافي، المرجع السابق، ص ١٢

وكذلك أشار الإمام القرافي إلى أن النية داخلية خفية والقصد خارجي ظاهر، لكن في الحقيقة لا يمكن القول على الإطلاق أن القصد خارجي ظاهر دائماً وذلك لأن القصد بأحد شقيه وهو القصد الغير مباشر أو ما يسميه بعض العلماء بالباعث يكون خفياً، فلذلك يمكننا القول أن النية داخلية خفية بشكل دائم، وأما القصد فيكون خارجي ظاهر في كثير من الأحيان.

وفرق ابن القيم بين القصد والنية من ناحيتين:

أحدهما أن القصد معلق بفعل الفاعل نفسه وبفعل غيره، والنية لا تتعلق إلا بنفسه فلا يتصور أن ينوي الرجل فعل غيره ويتصور أن يقصده ويريده.

الفرق الثاني: أن القصد لا يكون إلا بفعل مقدور يقصده الفاعل وأما النية فينوي الإنسان ما يقدر عليه وما يعجز.^(١)

لكن ما ذكره ابن القيم في هذا الضابط يخالف ما ذكره العلماء من أن من شروط النية قابلية المحل، أو القدرة على المنوي فيمكن أن نقول أن هذا الضابط متروك لا يمكن الاعتماد عليه.

وبعد بيان أقوال العلماء في التفريق بين النية والقصد يظهر لي أن النية والقصد ألفاظ يمكن أن تتوارد على معنى واحد وهذا الأمر نص عليه القرافي بالرغم من أنه قد فرق بين النية والقصد، ولعل السبب في ذلك هو أنه بين النية والقصد عموم وخصوص مطلق، فكل نية قصد وليس كل قصد نية، وذلك لأن القصد أعم من النية، ويمكن أن نلخص الفروقات بين النية والقصد:

١- أن القصد يتعلق بفعل الفاعل نفسه أو بفعل غيره، وأما النية فلا تتعلق إلا بفعل نفسه.

٢- أن النية هي الإرادة المرتبطة بالعمل، أما القصد ففي جزء منه يكون هو الباعث والدافع إلى العمل.

٣- النية تكون دائماً في البدء خفية، أما القصد فيمكن أن يكون خفياً ويمكن أن ظاهراً.

ب- صلة القصد بالباعث:

- الباعث لغة :

اسم فاعل من الفعل بعث يبعث بعثاً، ويطلق في اللغة على معاني عدة:

المعنى الأول: المرسل الذي يقوم بإرسال شخص لحاجة ما، ومنه سمي الرسول مبعوثاً.

^(١) انظر، ابن القيم، بدائع الفوائد، ج ٣- ص ١٩٠

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

المعنى الثالث: الباعث من يقوم بفعل الاثارة والحث على الشيء ومن هنا سمي الهدف الذي يثير الشخص ويحرك ارادته ويدفعه إلى التعاقد "باعثاً"^(١)

يقول ابن منظور(ت: ٧١١هـ، ١٣١١م): " وكل شيء أثرته فقد بعثته " ^(٢).

فيتبين لنا أن للباعث عدة معانٍ لغوية وهي:

أن الباعث هو المحيي بعد الموت، وهو من أسماء الله تعالى وهذا المعنى بعيد عن موضوعنا، والباعث هو المرسل الذي يقوم بإرسال شخص لحاجة ما وهو غير مراد أيضاً، ويأتي الباعث بمعنى من يقوم بفعل الإثارة والحث والحمل على فعل شيء وهذا المعنى هو الذي له صلة بموضوع بحثنا وهو المراد.

- و الباعث اصطلاحاً:

لم يعرف فقهاء الشريعة المتقدمون من المذاهب الأربعة "الباعث" كمصطلح خاص في كتبهم الفقهية، وإنما أكثر من تصدر وبحث مصطلح الباعث، هم علماء القانون حيث تناولوا البحث عن هذا المصطلح، عند كلامهم في نظرية الالتزام عن السبب، تحت عنوان السبب الدافع أو سبب العقد أو سبب السبب^(٣).

فعرف حشمت أبو ستيت الباعث بأنه " هو الغرض غير المباشر الذي يريد المتعاقد أن يصل إليه بعد ان يتحقق غرضه المباشر "^(٤).

وعرف السنهوري (ت: ١٣٩١هـ، ١٩٧١م) الباعث بأنه: " هو الدافع إلى التعاقد لا مجرد الغرض المباشر المقصود من العقد، وهو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث "^(٥)

وعرف الدريني الباعث بأنه: "الدافع الذي يحرك إرادة المنشئء للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر "^(٦).

ولكن أرى ان تعريف السنهوري هو أفضل التعريفات وذلك لأنه بين طبيعة الباعث بأنه أمر نفسي خارجي، وبين وظيفته بكونه دافعاً لا مجرد غرض، وهذا الشيء لم أجده في تعريف أبو ستيت، والدريني اللذان تناولوا وظيفة الباعث دون تعريف طبيعته.

(١) انظر ، الفيومي ، المصباح المنير مادة (بعث)

(٢) ابن منظور ، لسان العرب ، مادة (بعث)

(٣) انظر ، مصطفى، محمود ، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مادة ٤٢١، فقرة ٢٩٢، جامعة القاهرة ، الطبعة العاشرة ، ١٩٨٣م.

(٤) أبو ستيت، أحمد حشمت أبو ستيت، النظرية العامة للالتزام ، مادة ١٦٨، فقرة ٢٢٣، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، طبعة ١٩٤٥.

(٥) السنهوري، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام ومصادر الالتزام ، دار احياء التراث العربي، ج ١-ص ٤٣٨.

(٦) الدريني ، فتحي الدريني ، النظريات الفقهية ، منشورات جامعة دمشق ص ٢٢٨.

وأما تعريف الباعث عند علماء الشريعة من المتقدمين، فإنهم كما أشرت لم يعرفوا الباعث كمصطلح خاص، وإنما بتتبع كتب الفقهاء نلاحظ معنى الباعث في كتبهم حيث استخدموا الباعث بمعنى المحرك لإرادة الشخص ليقوم بالتصرف، حيث قال الزيلعي (ت ٧٤٣هـ، ١٣٤٢م): "الباعث على الفعل كقولهم: فعلت هذا الأمر لابتغاء مرضاتك أي لأجل ابتغاء مرضاتك" (١).

ويفهم من كلام الزركشي (٢) (ت ٧٩٤هـ، ١٣٩١م) في معرض كلامه عن دلالة الاستدعاء (٣)، بأن: "الباعث يعني الذي بعث على الفعل وهو المفعول لأجله" (٤).

فالعلماء المتقدمون من المذاهب الأربعة على الرغم من عدم تناولهم لمصطلح "الباعث" بشكل خاص نجد أن أكثرهم يتحرون دائماً صحة التصرف وأن يكون مطابقاً لروح الدين مبنى ومعنى، فلا عبرة عندهم لظاهر العمل وصورته إذا كان مخلاً بالسلوك والخلق، كما إذا كان القصد غير مشروع، فالباعث هو الدافع إلى تحقيق غرض غير مشروع يمس المصلحة العامة أو يناقض مقاصد التشريع أو التحايل على إبطال المصالح الشرعية المعتمدة، ولا ينظر إلى الباعث غير المشروع لأجل الحكم على الفعل بعدم المشروعية إلا إذا كان الفعل في أصله مباحاً، والمقصود بالإباحة هنا ما هو مأذون فيه مشروع، كزواج المحلل مثلاً، فالقصد فيه مباح وهو الزواج لكن الباعث هو (التحليل) يعني الهدف من وراء الزواج هو تحليل المرأة لزوجها السابق، وسيأتي بيان ذلك بالتفصيل لاحقاً، أما إذا كان الفعل حراماً منهياً عنه فلا ينظر إلى الباعث غير المشروع لوجود وسيلة أخرى لإبطال التصرف كأن يكون المحل غير مشروع، فإن فكرة الباعث لا تنار إلا إذا كان غير مشروع وفي مجال الأعمال والأشغال المأذون فيها شرعاً وكان العاقد الآخر على علم بها (٥).

- خصائص الباعث:

ذكر السنهوري أن الباعث - يجمع ثلاث خصائص - هو شيء خارجي، ذاتي، متغير (٦).

(١) الزيلعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت ٧٤٣هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق المطبعة الأميرية بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ، ج ٣ - ص ١٤٩.
(٢) هو محمد بن بشار بن عبد الله الزركشي أبو عبد الله بدر الدين، عالم بفقهاء الشافعية والأصول، تركي الأصل مصري المولد والوفاة (ت ٧٩٤هـ) صاحب مصنفات كثيرة منها: البحر المحيط، والديباج في توضيح المنهاج، انظر الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) تحقيق محمد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية، ج ٥ - ص ١٣٤.

(٣) قال الزركشي: (ما ذكرناه من انحصار الدلالات في الثلاث هو المشهور، وزاد الجزولي من النحويين دلالة رابعة وسماها: بالاستدعاء، وجعل دلالة الفعل على المحل وهو المفعول به، وعلى الباعث يعني الذي بعث على الفعل، وهو المفعول لأجله، وعلى المصاحب وهو المفعول معه من قبيل هذه الدلالة، وأنكره الأمدى، وقال: دلالة الفعل على المحل والباعث والمصاحب من قبيل دلالة الالتزام عندنا إلا أن المكان يلزم جميع الأفعال متعديها ولازمها ما وقع فيها عمداً وسهواً، والمحل إنما يلزم من الأفعال المتعدي خاصة، والباعثة إنما تلزم من الأفعال ما يوقعه القاصد للإيقاع، ولا يلزم فعل الساهي والنائم، والمصاحب إنما يلزم ما يشرك فيه الفاعل غيره) الزركشي البحر المحيط في أصول الفقه ج ٢ - ص ٢٧٩.

(٤) الزركشي، بدر الدين بن بشار الزركشي (ت ٧٩٤هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه دار الكتيبي، الطبعة الأولى ١٩٩٤م ج ٢ - ص ٢٧٩.

(٥) انظر السنهوري، الوسيط، ج ١ - ص ٤٨٨.

(٦) السنهوري، المرجع السابق، ج ١ - ص ٤٣٨.

١- الباعث أمر خارجي وذلك لأنه لا يقع في نطاق التصرف أو العقد بل يقوم في نفس المتعاقد، فهو ليس ركناً في التصرف داخلياً في ما هيته ولا شرطاً يتوقف عليه وجوبه، لذا يجب عند اثارته لدى الفقهاء أن يبحث عنه خارج العقد ويستدل عليه بكل القرائن وظروف انعقاد العقد.

٢- الباعث أمر شخصي ذاتي يقوم في نفس المتعاقد.

٣- الباعث أمر متغير، وذلك لكونه أمراً نفسياً، فهو يتغير حسب ظروف العقد، ويختلف لا بالنسبة لكل نوع من أنواع العقود، بل في كل عقد على حدا وهذا ما يميزه عن القصد الذي لا يتغير بتغير الأشخاص، فالباعث في عقد البيع للمشتري غير الباعث في عقد آخر، أما القصد واحد لكليهما^(١).

واضافة إلى هذه الخصائص فإن الاهتمام بالباعث يؤدي إلى وظيفة اجتماعية وهي حماية مصلحة المجتمع لأنه يرمي إلى منع صحة عقد يتغى بوسائل مشروعة للوصول إلى نتائج غير مشروعة، فهو وسيلة احتياطية لإبطال عقد صحيح من الناحية الفنية خطر من الناحية الاجتماعية، فالباعث كما أشرت سابقاً عنصر سلبى لا يعتد به هالاً إذا كان غير مشروع ويكون المقصود من الاعتداد به ابطال العقد.

وبعد بيان التعريف اللغوي والاصطلاحي للباعث عند علماء الشريعة والقانون وبعد بيان خصائص الباعث، يمكن القول ان الباعث هو "أمر نفسي خارج عن نطاق العقد يدفع الإرادة ويحركها ويتغير بتغير البواعث".

- الفرق بين القصد والباعث:

١- إن الباعث أمر باطني يأتي وراء القصد خارج عن نطاق التعاقد، إذ إنه الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مشروع ولا يترتب عليه أي التزام اتجاه الطرف الآخر، غاية ما في الأمر انه إن ظهر في الصيغة فالفقهاء متفقون على بطلان أو فسخ 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^(٢)، أما القصد بمعناه العام فيكون داخلياً في نطاق التعاقد تدل عليه الصيغة.

٢- الباعث أمر متغير يتغير بتغير ظروف كل عقد على حدا ، ففي عقد النكاح مثلاً يكون القصد واحد لكل شخص يريد النكاح ، أما الباعث فيختلف باختلاف الأشخاص.

(١) الدرني، فتح الدرني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٩٨٤م، ص ٩٨، السنهوري، الوسيط، ص ٤٣٩، سوار، وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق ١٩٩٠م، ص ١٥٢.

(٢) الدرني، النظريات الفقهية ص ٢٢٨.

٣- ان الباعث كما ذكرت سابقاً هو الباعث غير المشروع أساساً ، بينما القصد لا يقتصر على غير المشروع وذلك لأن القصد يمكن أن يكون مشروعاً ويمكن أن يكون غير مشروع، فالقصد أوسع مجالاً من الباعث، فكل باعث قصد و العكس ليس بصحيح.

٤- وبالرغم من ان القصد والباعث مختلفان لفظاً ومعنى الا ان الفقهاء يطلقون لفظ القصد في كثير من الفروع الفقهية، على الباعث على اساس ان القصد يتحرك بالبواعث ، وقل وجوده بدون الباعث، ولأنه بين الباعث والقصد عموم وخصوص مطلق، فكل باعث قصد وليس كل قصد باعث.

ج- صلة القصد بالغرض:

- الغرض لغة: للغرض معان عدة في اللغة وهي:

المعنى الأول : حزام الرجل ، وجمعه غُرُض وأَعْرَاض^(١).

المعنى الثاني: هو الهدف الذي ينصب فيرمي فيه^(٢).

المعنى الثالث: الغرض هو الحاجة أي البغية، وهو الشيء الذي يطلب وتتجه الرغبة إليه^(٣).

ومن خلال ما مضى يتبين لنا أن القصد والغرض يشتركان في معنى البغية والحاجة، فالغرض إذا معنى من معاني القصد اللغوية.

- والغرض في الاصطلاح:

استعمل الفقهاء مصطلح الغرض بعدة استعمالات ولم يخرجوا في تعريفهم عن المعاني اللغوية للغرض، لكن ما يهمنا في بحثنا هو أنهم استعملوا مصطلح الغرض بمعنى البغية التي يطلبها الشخص والهدف الذي يتبعه^(٤).

فمثلاً يقول ابن نجيم " ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح "^(٥) فالغرض الصحيح أراد به ما يبتغيه الذابح من ذبحه للحيوان كالذبح بهدف المأكّل، فالغرض يشترك مع القصد في جزء من المعنى وهو ما يختص بالغاية التي يضمها الشخص فلا يريدون منه كل معاني القصد وبذلك يقترب معنى الغرض من معنى الباعث في أن كل منهما يختص بالدلالة على ما وراء نية الفعل ذاته، ولكن يفتقر الباعث عن الغرض في أن الباعث هو المحرك والدافع الذي يحث الشخص على التصرف، وأما الغرض فهو الهدف المباشر من التصرف " النتيجة والثمرة "

(١) انظر، ابن منظور، لسان العرب مادة (عَرَضَ)

(٢) انظر، الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت ٨١٧هـ)، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثامنة ٢٠٠٥م (مادة عَرَضَ)

(٣) انظر، ابن منظور، لسان العرب مادة عَرَضَ.

(٤) السعدي، تعدد القصد، ص ١٧، مصونة الباعث وأثره في العقود والتصرفات، ص ٣٠.

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق ج ٥ - ص ٩٠

ومن هنا تتضح طبيعة الغرض بأنه ليس عنصراً ذاتياً ، بل هو عنصر موضوعي له وجود ويمكن إدراك صورته، فهو ليس طبيعة نفسية ولا ذهنية^(١)، وأما القوة المحركة للسلوك بعد ادراكها وتصورها لهذا الغرض فهو الباعث، فالعلاقة بين الباعث والغرض تقوم على التصور الذهني والادراك العقلي أن في هذا الغرض مصلحة، وطالما ان الغرض هدف فهو ذي قيمة ويكون مطلوباً ومرغوباً، كالرجل يريد النكاح من امرأة طمعاً في أخذ جنسية بلد هذه المرأة، ففي المثال السالف ذكره، نقول ان الباعث الذي عرفناه بأنه "الدافع او القوة المحركة للسلوك" هو تطلع المنشيء وتشوقه للحصول على الجنسية بينما الغرض هو حصوله فعلاً على الجنسية وليس مجرد تطلعه للحصول عليها.

المطلب الثاني: الأثر:

أولاً- تعريف الأثر لغة:

الأثر مفرد والجمع آثار، وأثر ويطلق على معاني متعددة منها: بقية الشيء، وتقديم الشيء، وذكر الشيء والخير^(٢).

ثانياً: تعريف الأثر اصطلاحاً:

أستخدم الفقهاء لفظ الأثر بمعنيين ، فهم يطلقونه على بقية الشيء ومن ذلك قولهم في معنى الإنقاء المشروط لصحة الاستجمار بالحجارة ونحوها، ومعنى الإنقاء إزالة عين النجاسة وبلتها، بحيث يخرج الحجر نقياً وليس عليه أثر إلا شيئاً يسيراً^(٣)، وهم بهذا المعنى لا يخرجون عن المعاني اللغوية السابقة للأثر، ولكن هذا المعنى ليس المقصود هنا.

ويطلق الفقهاء الأثر ويقصدون به ما ترتب على الشيء ومن ذلك ما جاء في مجلة الأحكام العدلية عند تعريف العقد بأنه: تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما^(٤)، وهذا المعنى الذي نريده في بحثنا وهو ما يترتب على الشيء من أحكام وهو المقصود هنا ما يترتب من أحكام على عقد النكاح بسبب القصد من حيث الصحة و البطلان.

المطلب الثالث: العقد

أولاً- تعريف العقد لغة:

(١) انظر، مصونة، الباعث وأثره ص ٤٥ .

(٢) انظر، ابن منظور ، لسان العرب مادة (أثر).

(٣) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي الشهير بابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، المغني، مكتبة القاهرة، ج ١ -

ص ١١٣ .

(٤) مجلة الأحكام العدلية ، المادة (١٠٣ - ١٠٤)

يطلق العقد في اللغة على معان كثيرة منها :

الربط، والشد، والإحكام، والجمع بين الشيئين والتوثيق^(١).

ويقال عقدت البيع أي أبرمته ووثقته، وعقد النكاح وعقدته، إحكامه وإبرامه^(٢).

وهكذا يظهر مما سبق أنه بالرغم من تعدد المعاني اللغوية للعقد إلا أنها تدور حول معنى واحد وهو " نقيض الحل " ، ويطلق على " التأكيد والإلزام ".

ثانياً- تعريف العقد اصطلاحاً:

لم يذكر الفقهاء العقد في باب مستقل بذاته وإنما ذكروه، في معرض حديثهم عن العقود كعقد البيع والنكاح وغيرها...، ومن خلال تتبع كلام الفقهاء عن العقد يتبين أن للعقد في الاصطلاح الفقهي معنيان: أحدهما عام والآخر خاص.

أ- **العقد بمعناه العام** : هو كل التزام تعهد به الإنسان على نفسه سواء كان يقابله التزام آخر أم لا، وسواء كان التزام دينياً كالنذر أو دنيوياً كالبيع ونحوه^(٣).

فالعقد بمعناه 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 يلزم نفسه الوفاء به^(٤).

يقول الزركشي في أنواع العقود: " عقد ينفرد به العاقد، وعقد لا بد فيه من متعاقدين "^(٥)، وقد ذهب كثير من المفسرين إلى أن العقد المراد بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة آية: ١] إنما هو عام يشمل جميع ما ألزم الله سبحانه وتعالى عباده به، وعقد عليهم من أحكام وتكاليف، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات والنكاح ونحوها...^(٦)

وهذا المعنى العام يرجع إلى المعنى اللغوي الذي يفيد كما أسلفت بأن العقد نقيض الحل، فكل ما يلزم به المرء نفسه يسمى عقداً في اللغة.

(١) انظر، ابن منظور ، لسان العرب مادة (عَقَدَ) ، وابن فارس ، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي أبو الحسين (ت ٣٩٥هـ) ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام هارون ، دار الفكر ١٩٧٩م، مادة (عَقَدَ).

(٢) انظر، الفيومي، المصباح المنير، مادة (عَقَدَ).

(٣) انظر ، الدريني ، النظريات الفقهية ص ٢٥٠

(٤) انظر ، الدريني، المرجع السابق ٢٥٦ وما بعدها.

(٥) الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين بن محمدر الزركشي (ت ٧٩٤هـ) ، المنشور ، وزارة الأوقاف الكويتية ، الطبعة الثانية ١٩٨٥م ج ٢ - ص ٣٩٧.

(٦) الألوسي ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، محمود الألوسي أبي الفضل، دار إحياء التراث العربي بيروت ج ٣ - ص ٤٨، والجصاص، أحكام القرآن ج ٢ - ص ٢٩٤ .

ب- **العقد بمعناه الخاص:** عرّف العقد بمعناه الخاص بعدة تعريفات ذكرها الفقهاء في كتبهم أذكر

بعضها، فقد عرفه الزركشي بأنه: "ربط أجزاء التصرف ، أي الإيجاب والقبول شرعا" (١).

وعرفه البابري من الحنفية (ت ٧٨٦هـ، ١٣٨٤م) بأنه: "تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر الأثر في الحل" (٢).

أما الحنابلة فعرفوا العقد بمعناه الخاص بأنه: "كل اتفاق تم بين إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله" (٣).

وفي مجلة الأحكام العدلية عرف العقد بأنه: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت الأثر في محله" (٤).

والملاحظ أن المناط من وجود العقد عند الفقهاء هو التحقق من وجود إرادتي العاقدين وتوافقهما على إنشاء التزام شرعي بينهما، لكن يظهر لي أن تعريف الحنفية للعقد أكمل من غيرهم، حيث ذكروا أمرا زائدا عن التعريفات الأخرى وهو ثبوت أثر الارتباط بين الإيجاب والقبول في الحل ، ومعنى ثبوت الأثر في الحل النتيجة التي رتبها المشرع على العقد ، إذ لكل نوع من العقود أثر خاص يميزه عن غيره، وأما الحل فهو المعقود عليه كالزوجة في عقد النكاح، ومثال ما لا يظهر أثره في محله كالعقد الباطل عند الحنفية والفاقد والباطل عند الجمهور.

فإذا قال شخص لآخر زوجتك ابنتي فهو الإيجاب وقال الآخر قبلت فهو ارتباط القبول بالإيجاب، وكانا صادرين من ذوي أهلية معتبرة شرعا، ثبت أثر عقد النكاح في محله.

ثالثا- بيان أنواع العقد :

إن أنواع العقود كثيرة متعددة تختلف باختلاف الحثيات ، ولن أستفيض في بيان كل تلك الأقسام بأنواعها لان ذلك يخرج البحث عن مقصوده، لذلك سأكتفي في بيان بعض أنواع العقود بما يخدم البحث.

- أقسام العقد من حيث الحل: وينقسم إلى :

١-العقد المالي : وهو الذي يقصد به المال ، سواء كان على المنافع أو الأعيان كعقد البيع والإيجارة.

(١) الزركشي ، المنشور ، ج ٢ - ص ٣٩٧.

(٢) البابري، محمد بن محمد بن محمود أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين البابري ، (ت ٧٨٦هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت ج ٦ - ص ٢٤٨.

(٣) ابن رجب ، زين الدين عبد الرحمن بن رجب بن الحسن البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي (ت ٧٩٥هـ)، القواعد ، دار الكتب العلمية، بيروت ج ١ - ص ٨٧.

(٤) مجلة الأحكام العدلية ، تحقيق نجيب هوايني، نشر محمد نور كراتشي، المادة (١٠٣ - ١٠٤).

٢-العقد غير المالي: وهو العقد الذي لم يقصد به المال كعقد الزواج الذي يقصد منه حل الاستمتاع.^(١)

- أقسام العقد من حيث اللزوم وعدمه : وينقسم إلى :

١-العقد اللازم: وهو ما لا ينفرد أحد المتعاقدين بحق فسخه، كالبيع مثلاً، إذ لا بد من اتفاق الطرفين على فسخه، ولا يستطيع أحدهما فسخه بإرادته المنفردة.

٢-العقد غير اللازم: وهو ما يثبت فيه حق الفسخ لأحد الطرفين وذلك كعقد الزواج فإنه غير لازم بالنسبة للزوج.^(٢)

- أقسام العقد من حيث الصحة وعدمها : وينقسم إلى :

١-العقد الصحيح: هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه بحيث يكون مستجعماً لكل مقومات وجوده من أركان وصفات.

٢-العقد الباطل : وهو ما لم يكن مشروعاً بأصله ولا بوصفه ، وحكم العقد الباطل أنه لا يترتب عليه أي أثر، ولا يفيد الملك كالعقد من المتزوجة.

٣-العقد الفاسد : وهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، ويفيد الملك عند اتصال القبض به، وهذا النوع عند الحنفية دون الجمهور^(٣).

المطلب الرابع: تعريف النكاح

أولاً- تعريف النكاح لغة :

النكاح هو الضم والجمع والتداخل ومنه تناكحت الأشجار إذا تمايلت ، وانضم بعضها إلى بعض^(٤).

ثانياً- تعريف النكاح اصطلاحاً :

عرف الفقهاء النكاح بتعريفات متقاربة متشابهة ، فقد عرفه الحنفية بأنه: "عقد يفيد ملك المتعة قصداً"^(٥)

ومعنى ملك المتعة: اختصاص الرجل بوضع المرأة وليس المراد بالملك الملك الحقيقي.

(١) انظر، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج ٤-ص ٣٠٨٦

(٢) انظر، الزحيلي المرجع السابق، ج ٤-ص ٣٠٨٦

(٣) البرني، محمد عاشق الهى البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة الشيخ، كراتشي، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ ج ١-ص ٢٠٨ .

(٤) انظر، ابن منظور، لسان العرب ، مادة (نكح)، الفيومي، المصباح المنير، مادة (نكح).

(٥) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط ، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الاولى ١٩٩٣م ج ٥ - ص ١٢٩.

وعرف الشافعية النكاح بأنه: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمة" (١)

والملاحظ أن التعريفات متقاربة، ومتشابهة وتدور في معظمها حول بيان أن موضوع عقد الزواج هو امتلاك المتعة الزوجية على الوجه المشروع وإلى أن الغرض منه في عرف الناس والشرع هو جعل هذه المتعة حلالاً، ولا شك أن ذلك من أوضح أغراض عقد النكاح عند الناس عامة، ولكن ليست هي كل أغراضه ولا أسمى أغراضه في نظر الشارع، بل إن غرضه الأسمى هو التناسل وحفظ النوع وأن يجد كل من العاقدين في صاحبه الأنس الروحي الذي يؤلف الله سبحانه بينها، وفي الحقيقة أن السرخسي لاحظ هذا الأمر فقال ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة، ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضاً ليرغب به المطيع والعاصي، المطيع للمعاني الدينية والعاصي لقضاء الشهوة، بمنزلة الإمارة ففيها قضاء شهوة الجاه، والنفوس ترغب فيها لهذا المعنى حتى تطلب ببذل النفوس وجر العساكر، ولكن ليس المقصود بها في الشرع قضاء شهوة الجاه بل المقصود بها إظهار الجهاد والعدل (٢).

وبالتالي فإن تعريفات الفقهاء للنكاح لا تكشف عن المقصود من هذا العقد في نظر الشارع، ولذلك يجب تعريفه بتعريف كاشف عن حقيقة عقد النكاح ومقصود الشارع الحكيم منه، ولعل أوضح تعريف له ما عرفه به أبو زهرة بأنه: "هو عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكل منهما من حقوق وما عليهما من واجبات" (٣)

(١) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ج ٤ - ص ٢٠٠.

(٢) انظر، السرخسي، المبسوط ج ٤ - ص ١٩٤.

(٣) أبو زهرة، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بيروت ص ١٩.

الفصل الأول

بيان حقيقة مقاصد المكلفين وأثرها في الحكم على التصرفات

وفيه المباحث الآتية:

المبحث التمهيدي: بيان أنواع المقاصد اجمالاً.

المبحث الأول: أقسام قصود المكلفين من حيث المباشرة والمشروعية.

المبحث الثاني: تعدد قصود المكلفين.

المبحث الثالث: أثر القصود غير المشروعة في التصرفات والعقود.

المبحث الرابع: علاقة القصد بالحيل والإرادة العقدية.

المبحث التمهيدي

بيان انواع المقاصد اجمالاً

وفيه المطالبان الآتيان:

المطلب الأول: بيان أقسام المقاصد الشرعية.

المطلب الثاني: بيان مقاصد الشارع من النكاح.

المطلب الأول: بيان أقسام مقاصد الشريعة.

تنقسم المقاصد الشرعية كما حددها الإمام الشاطبي إلى قسمين رئيسيين هما :

القسم الأول: مقاصد الشارع.

القسم الثاني: مقاصد المكلفين.

أولاً- مقاصد الشارع: وتنقسم مقاصد الشارع إلى أقسام عدة :

أ- أقسام مقاصد الشارع باعتبار تعلقها بعموم الأمة وخصوصها.

ب- أقسام المقاصد الشرعية باعتبار حظ المكلف وعدمه.

ت- أقسام المقاصد الشرعية من حيث القطع والظن.

أ- أقسام مقاصد الشريعة باعتبار تعلقها بعموم الأمة وخصوصها.

تنقسم مقاصد الشارع باعتبار تعلقها بعموم الأمة وخصوصها إلى ثلاثة أقسام: ١- المقاصد العامة ٢- المقاصد الخاصة ٣- المقاصد الجزئية.

المقاصد العامة: إن مقاصد التشريع العامة هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع، في جميع أحوال التشريع أو معظمه، بحيث لا تختص ملاحظتها في نوع خاص من أحكام الشريعة فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغاياتها العامة والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها، ويدخل فيه أيضاً معاني من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام، ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها^(١).

وفي الحقيقة إن مقاصد الشريعة العامة هي التي يعينها غالباً المتحدثون عن مقاصد الشريعة، وهذه المقاصد العامة بعضها أعم من بعض، وما كان أعم فهو الأهم، فمثلاً نهي الشارع أن يخطب المسلم على خطبة أخيه المسلم وذلك إذا حصل الركون إلى الخاطب الأول بأن أوجب بالموافقة على الخطبة، والنهي عنها للتحريم باتفاق الفقهاء^(٢)، فيظهر لنا بشكل صريح وبين مقصد من مقاصد الشريعة العامة، وهو دوام الأخوة بين المسلمين، واجتناب الأفعال التي تنال من المحبة بينهم، ولو استقرنا أحكام الشريعة لوجدنا أنه يندر أن يخلو حكم من مثل هذا المقصد العظيم.

(١) انظر، ابن عاشور، محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، عمان الطبعة الثانية ص ٢٥١

(٢) انظر، ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٣- ص ٨٧، النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، دار الفكر بيروت ج ١٦- ص ٢٦٠، الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركسي، على مختصر الخرق، دار العبيكان، الرياض الطبعة الأولى ج ٥- ص ١٤٩

المقاصد الخاصة: ونعني بالمقاصد الخاصة، المقاصد المتعلقة بمجال خاص من مجالات التشريع، أي المعاني والحكم التي تهدف الشريعة إلى تحقيقها في باب معين، أو بعدة أبواب تشريعية لكنها متقاربة ومتداخلة كمقاصد الولاية العامة ومقاصد العبادات، التي اعتنى بها الطاهر بن عاشور^(١) في كتابه مقاصد الشريعة الإسلامية، ففي التصرفات العقدية كالنكاح مثلاً، قصد الشارع إقامة نظام المنزل والعائلة، ودفع الضرر المستدام في مشروعية الطلاق^(٢).

المقاصد الجزئية: وهي مقاصد كل حكم على حدّته، من أحكام الشريعة من إيجاب أو ندم أو تحريم أو كراهة، أو شرط أو سبب وأكثر من يعني بهذا من المقاصد هم الفقهاء، لأنهم أهل التخصص في جزئيات الشريعة ودقائقها، وأمثلة ذلك كثيرة تفوق الحصر، ففي كل حكم جزئي شرعي معنى راعاه الشارع عند تشريعه لذلك الحكم، فمثلاً قولنا الصداق في النكاح مقصوده إحداث المودة بين الزوج والزوجة، والإشهاد مقصوده تثبيت عقدة النكاح دفعا للتنازع والجحود^(٣).

وإن الإدراك الصحيح والكامل لمقاصد الشريعة بشقيه مقصد الشارع ومقصد المكلف لا يكون إلا بالبحث عنها والنظر إليها من خلال هذه الأقسام الثلاثة، بحيث لا يمكن الحديث عن المقاصد العامة للشريعة من غير إدراك لمقاصدها لكل باب من أبوابها، ولا يمكن إدراك مقاصد الأبواب ولا المقاصد العامة إلا بفحص المقاصد الجزئية وتتبعها واستخراج دلالتها المشتركة، كما لا يصح تقرير المقاصد الجزئية للأحكام في معزل عن المقاصد العامة.

ب - أقسام المقاصد الشرعية باعتبار حظ المكلف وعدمه:

وتنقسم إلى قسمين رئيسيين وهما:

مقاصد أصلية: وهي المقاصد التي لا حظ فيها للمكلف وهي الضروريات الخمس التي يكون بها القيام بمصالح عامة مطلقة، وهي على ضربين: عينية، وكفائية.

فالعينية هي واجبة على كل مكلف في نفسه، فهو مأمور بحفظ دينه ونفسه وعقله ونسله وماله، فقد يحفظ دينه اعتقاداً وعملاً وذلك بتعلم ما يدفع به عن نفسه الشبه التي تُورد عليه، وبحفظ نفسه بأن يجنبها ما يُرديها

(١) هو محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور، الشهير بالطاهر بن عاشور ولد بضاحية المرسى بالعاصمة التونسية ١٢٣٠هـ وتقلد مناصب هامة في القضاء والندب والإشراف من مشايخ الزيتونة وله مواقف تربوية وإصلاحية كبيرة في عهد الحبيب بورقيبة ففي عام ١٩٦١م مرّ الشيخ بفتنة كبيرة حيث طلب منه بورقيبة أن يغني على الإذاعة بجواز إفتار العمال بحجة زيادة الإنتاج ولكن الله عز وجل أمد الشيخ بقوة من عنده ووقفه إلى الثبات في ذلك الموقف وصرح بما يوافق شرع الله في هذه القضية ثم قرأ آية الصيام (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون) ثم قال بعدها صدق الله، وكذب بورقيبة... انظر، بلقاسم الغالي، شيخ الجامع الأعظم محمد الطاهر بن عاشور دار ابن حزم الطبعة الأولى ص ٢٠.

(٢) انظر، الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ص ١١١.

(٣) انظر، الريسوني، أحمد بن الريسوني، مدخل إلى مقاصد الشريعة، دار الكلمة، القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٠١ ص ١٣ الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ص ٤٤١.

من أسباب الهلاك كالانتحار، ويحفظ نسله حرصاً على خلفه في عمارة هذه الدار، وهكذا، وقد نبه الشاطبي إلى أن هذه المقاصد الأصلية مسلوبة منها حظ المرء لكونه محكوم عليه في نفسه.^(١)

والثانية الكفائية وتعني القيام بالمصالح العامة لجميع الخلق، لتستقيم الأحوال العامة التي لا تقوم الأحوال الخاصة إلا بها، فالمكلف من هذه الجهة مأمور بما لا يعود عليه من جهته تخصيص، لأنه لم يؤمر بخاصة نفسه فقط بل بإقامة الوجود، فلا يجوز لوالي أن يأخذ أجرة ممن تولاهم على ولايته عليهم، ولا القاضي على قضائه ولا المحسن على إحسانه ولا ما أشبه ذلك من الأمور العامة التي للناس فيها مصلحة عامة.

مقاصد تابعة : وهي المقاصد التي رُعي فيها حظ المكلف، فمن جهتها يحصل له مقتضى ما جبل عليه من نيل الشهوات، والاستمتاع بالمباحات وسد الخلل وأكتساب ما يحتاجه من ذلك كله وبهذا الاعتبار تصير المقاصد التابعة خادمة للمقاصد الأصلية ومكملة لها.^(٢)

ج- أقسام المقاصد من حيث القطع والظن:

المقاصد القطعية: وهي التي تواترت عليها وتكررت أدلة القرآن والسنة، تكرراً ينفي احتمال قصد المجاز والمبالغة، وذلك كمقصد التيسير التي وردت به جملة من الآيات الكريمة والأحاديث النبوية، كقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، وقوله ﷺ "إن الدين يسر" وغيرها من النصوص التي تدل قطعاً على أن التيسير من مقاصد الشريعة.

المقاصد الظنية: وهذه المقاصد دون المقاصد القطعية، وتحصيلها سهل من استقراء غير كبير لتصرفات الشريعة لأن ذاك الاستقراء يعطي علماً لاصطلاح الشارع وما يراعيه في التشريع.^(٣)

وقد وضع العز ابن عبد السلام قاعدة ترشد إلى معرفة المقاصد الظنية فقال "إن من عاشر انساناً من الفضلاء الحكماء العلماء، وفهم ما يؤثره ويكرهه في كل ورد وصدر، ثم سنحت له مصلحة أو مفسدة لم يعرف قوله فيها فإنه يعرف بمجموع ما عهده من طريقته وألفه من عادته أنه يؤثر تلك المصلحة ويكره تلك المفسدة"^(٤)

المقاصد الوهمية: وهي التي يتخيل ويتوهم أنها صلاح وخير ومنفعة وهي في الحقيقة خلاف ذلك، ولا شك أن هذا النوع من المقاصد مردود وباطل.^(٥)

ثانياً- مقاصد المكلفين:

^(١) انظر، الشاطبي، الموافقات، ج ٢-ص ١٧٦.

^(٢) انظر، المرجع السابق، ج ٢-ص ١٧٩.

^(٣) انظر، ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص ٢٥١.

^(٤) العز بن عبد السلام، عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأناس، دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٢-ص ١٢٣.

^(٥) انظر ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص ٢٥٦.

أ- تعريف قصود المكلفين:

وهي المقاصد التي يقصدها المكلف في سائر تصرفاته، اعتقاداً وقولاً وعملاً، وتكون معتبرة في التصرفات في من العبادات والعبادات، وهي التي تفرق بينما هو عادة وما هو عبادة وفي العبادات بينما هو واجب وغير واجب، وفي المعاملات والتصرفات بين ما هو صحيح وفساد، وغير ذلك من الأحكام، ولا بد أن يكون قصد المكلف في تصرفاته وتعاملاته موافق لقصد الشارع من التكليف.^(١)

ولذلك يمكن تعريف قصود المكلفين بأنها "المقاصد التي يقصدها المكلف من سائر تصرفاته اعتقاداً وقولاً وعملاً، والتي تفرق بين صحة الفعل وفساده وبين ما هو تعبد وما هو معاملة، وبين ما موافق للمقاصد الشرعية وما هو مخالف لها".

وقد ذكر الشاطبي حالات موافقة فعل المكلف أو تركه لقصد الشارع وبين حكم كل حالة منها، وذلك أن فاعل الفعل أو تاركه إما أن يكون فعله أو تركه موافقاً أو مخالفاً، وقد حدد أربعة أوجه:

الوجه الأول: أن يكون الفعل أو الترك موافقاً للشرع وقصده كذلك، كالقيام بالعبادات بقصد الامتثال لأمر الله، وكالذي يتزوج امتثالاً لأمر الله تعالى قاصداً بزواجه تكثير النسل وعصمة النفس.

الوجه الثاني: أن يكون الفعل أو الترك مخالفاً لأحكام الشريعة والقصد مخالف كذلك، كفعل المحرمات مثلاً فهذا العمل ظاهر البطلان ولا ينظر إلى قصده البتة.

الوجه الثالث: أن يكون الفعل أو الترك موافقاً للشرع وقصده مخالف لمقصد الشارع، وذلك عندما يكون العقد أو التصرف مشروعاً في أصله يطرأ عليه قصد غير مشروع يؤثر في صحته، كالزواج بنية الطلاق و زواج المحلل.

الوجه الرابع: أن يكون الفعل أو الترك مخالفاً لأحكام الشريعة والقصد موافقاً.^(٢)

ب- أقسام قصود المكلفين:

ويمكن أن نقسم قصود المكلفين إلى عدة أقسام وأنواع نستطيع من خلالها أن نصل إلى حقيقة قصد المكلف، وهذه الأقسام هي :

أولاً: القصد من حيث المباشرة وعدمها: وتتألف من:

١- القصد المباشر.

٢- القصد غير المباشر.

ثانياً: القصد من حيث المشروعية وعدمها: وتتألف من :

^(١) انظر، الشاطبي ، الموافقات ، ج ٤-ص ٤٤ .

^(٢) انظر، الشاطبي ، الموافقات ، ج ٢-ص ٢٥٧، وانظر، حسب الله، علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي ، ص ٢٦٤ .

١- المقصد المشروع.

٢- المقصد غير المشروع.

وسأبين هذه التقسيمات والأنواع في المباحث الآتية.

المطلب الثاني: بيان مقاصد الشريعة من النكاح.

إن المراد بمقاصد النكاح هي المصالح التي وضعها الشارع غاية للزواج، وشرع الزواج من أجل تحقيقها، فإذا وجد الزواج تحققت هذه المصالح غالباً، وإذا انتفى الزواج انتفت تلك المصالح وتعطلت، مثل حفظ النوع وانجاب الولد الصالح وحفظ الانساب ونحوها، وهذه المقاصد بعضها أصلي وبعضها تبعي..

فالمقاصد الأصلية من النكاح وهي التي وضع النكاح لتحقيقها شرعاً، وهي مقصود الشرع الأساسي للنكاح، كابتغاء الولد وتكثير نسل الأمة وهذا المقصد لا خلاف فيه بين الفقهاء بأنه المقصد الأصلي للنكاح، فالتناسل والانجاب وكثرة الذرية هو أهم مقاصد الزواج، ففي الهداية : " المقصود الأصلي من النكاح الولد"^(١)، والآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة التي تبين هذا المقصد كثيرة لا يمكن حصرها منتشرة في كتب الفقه.

ومن المقاصد الأصلية من النكاح حفظ الفروج والانساب فالزواج هو السبيل الوحيد لحفظ الفروج من الدنس والانساب من الاختلاط ، ومن أجل ذلك وضعت الشريعة لضمان تحقيق ذلك المقصد أمورا كتحریم الزنا وتحريم الانكحة الباطلة.

أما المقاصد التبعية للنكاح: فهي خادمة للمقاصد الأصلية ولا تتنافى معها، وهذه المقاصد يراعى فيها حظ المكلف فمن جهتها يحصل له ما جبل عليه من نيل الشهوات والاستمتاع بالمباحات وسد الخلات، لان حكمة الله اقتضت أن قيام الدين والدنيا لا يصلح ولا يستمر الا بمراعاة الدواعي الانسانية، ومن أهم المقاصد التبعية للزواج ما يلي:

أ- من المقاصد التبعية للزواج **حل استمتاع كل منهما بالآخر:** ويتحقق ذلك بالوطء المباح والجماع المشروع، الا ان هذا المقصد من المقاصد التابعة للمقصد الاصلي للزواج الذي هو طلب الولد والتناسل، ويؤكد الفقهاء على أنه ليس المقصود الأصلي بهذا العقد قضاء الشهوة ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة ليرغب فيه المطيع والعاصي.

ب- من المقاصد التبعية للزواج **الانفاق على الزوجة والاولاد** ويعتبر هذا المقصد مطلوباً لديومة الزواج حتى يتحقق من الزواج المقصد الاصلي له، الا وهو التناسل وعمارة الأرض.

(١) (المرغيناني، الهداية، ج ٢ - ص ٣٠٨)

ت- تحقيق السكن والمودة والرحمة بين الزوجين: فهذا المقصد التبعية مكمل للمقصد الأصلي الذي هو تكثير الذرية وعمارة الأرض فحتى يتحقق من الزواج النسل والذرية لا بد من تحقيق ذلك المعنى فيه، فتحقيق السكن والمودة بين الزوجين من مقاصد الزواج التي لا تقوم الحياة بين الزوجين الا بها،

فالله عز وجل يقول: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَكَرُونَ﴾ [الروم: ٢١].

ث- تحصيل الزوجين: فمن مقاصد الزواج التبعية تحصيل الزوجين من الفتن واعفافهما عن الحرام.

- أثر المقاصد على عقد النكاح

لا خلاف بين الفقهاء انه إذا لم تتوافر الشروط والاركان في العقد فإنه يكون فاسداً أو باطلاً ، وغياب المقاصد الشرعية من الزواج وان كانت لا تؤثر على الشروط والاركان ، أي شكلية العقد، الا أنها لها تأثير كبير على العقد من الناحية الديانية، فزواج المتعة مثلاً توافرت فيه الشروط والأركان من إيجاب وقبول وولي وشهود ومهر الا انه حرم لغياب مقاصد الزواج من الاستقرار والسكن والمودة، فالحكم بتحريمه مبني على المقاصد ، ولهذا حرم كل نكاح في معناه، كالزواج بنية الطلاق ، فهو وان توافرت فيه اركانه وشروطه شكلاً الا انه لا يحقق مقاصد الشرع من النسل والسكن والمودة، ولهذا يجب التفريق بين الحكم الوضعي والحكم التكليفي، يعني الحكم بصحة العقد أو بطلانه أو بمشروعيته وعدم مشروعيتها، فكم من عقد صحيح غير مشروع لمخالفته المقاصد الشرعية.

المبحث الأول:

بيان أقسام قصود المكلفين من حيث المباشرة والمشروعية.

وفيه المطالبان الآتيان:

المطلب الأول: أقسام قصود المكلفين من حيث المباشرة وعدمها.

المطلب الثاني: أقسام قصود المكلفين من حيث المشروعية وعدمها.

المطلب الأول: أقسام قصود المكلفين من حيث المباشرة وعدمها.

إن الكلام عن تقسيم القصد إلى مباشر وغير مباشر أمر دقيق وشائك لسببين:

الأول: لم يصرح الفقهاء بتقسيم القصد إلى مباشر وغير مباشر وإنما استنبط ذلك من كلامهم في الفروع.

الثاني: إن التفريق بين القصد المباشر وغير المباشر يترتب عليه أمر مهم وهو أن القصد المباشر يجب توافره في أغلب التصرفات حتى يعتد بالعمل شرعاً، أما القصد غير المباشر فلا يتطلب توافره في العقد أو التصرف ولكن إن وجد فيجب أن لا يناقض قصد الشارع، وهذا التقسيم ينطبق على العبادات والتصرفات العقدية، وبما أن موضوع بحثنا هو **القصد في عقد النكاح**، فإنني سأعرض معنى القصد المباشر وغيره في العقود وبشكل خاص (**عقد النكاح**) مبيناً ثمرة هذا التقسيم.

أولاً. القصد المباشر:

لم يعرف الفقهاء مصطلح " القصد المباشر " بشكل صريح في كتبهم الفقهية، ولكن يمكن استنتاج المعنى الشرعي من معناه اللغوي ويمكن أيضاً استنباط المعنى من خلال كلام الفقهاء في الفروع الفقهية المتعلقة بالقصود والنيات.

فالمباشرة في اللغة: الاتصال والبدء...^(١)، فالقصد المباشر لأي تصرف يتصرفه الإنسان هو القصد المتصل بالفعل، وهذا المعنى يدخل تحته أمران من شأنهما تمييز القصد المباشر عن القصد غير المباشر:

الأمر الأول: قصد الفعل ذاته، وهي نية الفعل.

الأمر الثاني: الغرض الأساسي الذي يرمي إليه الفاعل من الفعل، والذي يصاحب نية الفعل ذاته ويمثل ثمرة الفعل ونتيجته التي تقصد من ذلك الفعل عادة، وباجتماع قصد الفعل ذاته " أي نية الفعل " وقصد الغرض الأساسي من الفعل يتميز القصد المباشر عن سواه، ويتم العقد بهما سواء كان عقد نكاح أم غيره^(٢).

أ- قصد الفعل ذاته في العقود:

قصد الفعل في العقد هو قصد الإتيان بالصيغة المنشئة للعقد، إذ إن الصيغة ما شرعت إلا لتكون دليلاً على قصد المتعاقدين وإرادتهما الباطنة في إنشاء العقد، وتسمى بالإرادة الظاهرة ومن المعلوم أن الأصل في إنشاء

^(١) انظر، ابن منظور، لسان العرب ، مادة (بَشَرَ).

^(٢) انظر، السعدي، تعدد القصود ص ٨٨ .

العقود هو الإرادة الباطنة، وما الصيغة الظاهرة إلا أمانة على توافر الإرادة الباطنة^(١) أو المعبر عن الرضا، لكل عقد ألفاظ موضوعة له تدل على رغبة العاقدين في إنشائها.

ب- قصد الغرض الأساسي من العقد:

والغرض الأساس من العقد هو ما يعبر عنه بحكم العقد، وهو النتيجة التي يقصدها المتعاقدان مباشرة من عقدهما وتكون واحدة في كل نوع من أنواع العقود، وتسمى تلك النتيجة بالحكم الأصلي للعقد^(٢)، أو موضوع العقد^(٣)، وهو الأثر الأصلي للعقد والغاية الجوهرية الأساسية المقصودة من العقد، كحل المتعة الزوجية في عقد الزواج.

ج- حكم توافر فرعي القصد المباشر في العقود:

وبالنظر إلى فرعي القصد المباشر في العقود "أي قصد صيغة العقد وقصد الغرض الأساسي له" يظهر لنا عدة حالات هي:

الحالة الأولى: إما أن ينعدم القصدان معاً بحيث لا يقصد الشخص التلفظ بالصيغة، ولا الغرض الأساسي للعقد الموضوعة له تلك الصيغة كزواج النائم والمجنون والسكران إذ إنّ كل من هؤلاء الثلاثة لا يوجد لديهم قصد لما يقع منهم مطلقاً، حيث أجمع الفقهاء^(٤) على أن النائم والمجنون لا تقبل عبارتهما لأنهما ليسا أهلاً لإجراء العقود المختلفة أياً كانت، لزوال القوة المدركة والعقل.

الحالة الثانية: أن يوجد قصد التلفظ بالصيغة وينعدم قصد الغرض الأساسي للعقد، ويدخل في هذه الحالة زواج المكره إذ إن المكره قصد إتيان الفعل "أي صيغة العقد الموضوعة له شرعاً" ولكن لم يقصد حكمه أو غرضه الأساسي، وينطبق هذا الكلام على الهازل في غير عقد النكاح والتصرفات التي وردت في الحديث: "ثلاث جدهن جدد وهزلن جدد النكاح والطلاق والرجعي"^(٥)

(١) انظر، السعدي، تعدد القصد ص ٨٩.

(٢) انظر، الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة:

الثانية، ١٩٨٦م ج ٤-ص ٢٠١.

(٣) انظر، السرخسي، المبسوط ج ١٣-ص ٣٣، العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتاني الحنفي بدر الدين العيني (ت: ٨٥٥هـ)، البناية شرح الهداية دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة: الأولى، ٢٠٠٠م ج ٥-ص ١٦٠.

(٤) انظر، ابن المنذر أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري، (ت: ٣١٩هـ)، الإجماع تحقيق: فؤاد عبد المنعم، دار المسلم والطبعة الأولى، ج ١-ص ٦٦، ٦٨.

(٥) أخرجه الترمذي كتاب الطلاق باب الجد والهزل في الطلاق حديث ١١٨٤، يقول الزيلعي صحيح الحاكم إسناده، وقال الترمذي حسن غريب والعمل عليه عند أهل العلم، الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي (ت: ٧٦٢هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق محمد عوام مؤسسة الريان للطباعة، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٧م ج ٣-ص ٢٩٣.

فالمكره وإن قصد التلفظ بالصيغة وهو فاهم لمعناها إلا أنه لم يقصد الغرض الأساسي، أو حكم العقد الذي وضعت له، ولذا لم يصح عقد زواج المكره عند الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) بخلاف الحنفية^(٣) ففي هذه الحالة لا يبنى على التصرف أي أثر شرعي.

الحالة الثالثة: أن ينعدم قصد الصيغة ويوجد قصد الغرض الأساسي للعقد، ومثال ذلك ما لو قصد شخص الزواج من امرأة معينة، ولكنه لم يقيم بأي عمل يدل على قصده، فلا شك أن قصده المضمر لا أثر له ما لم يترجمه في صيغة أو فعل يدل عليه وهذا بإجماع العلماء حيث جعلوا الصيغة من أركان العقود على اختلاف أنواعها.

وخلاصة المطلب يتبين لنا أن القصد المباشر بفرعيه - قصد إتيان الصيغة المكونة للعقد، وقصد الغرض الأساسي منه - أمر ضروري يجب توافره حتى يعتد بصحة العقد إلا في بعض الجزئيات كعقد الهزل، فهو الشاذ الذي يثبت القاعدة.

ثانياً. القصد غير المباشر:

إذا كان القصد المباشر في الفعل على اختلاف أنواعه يشمل قصد الفعل ذاته، وقصد الغرض الأساسي من ذلك الفعل والذي يصاحب قصد الفعل ولا ينفك عنه، كما سبق بيانه، فإنَّ القصد غير المباشر أوسع من ذلك بكثير، إذ يشمل القصد غير المباشر: كل ما تتجه إليه إرادة الشخص من غايات تأتي وراء القصد المباشر للفعل^(٤)، وإذا كان القصد المباشر بشقيه "قصد الفعل ذاته" وقصد الغرض الأساسي من العقد" في كل طائفة من التصرفات واحداً، فإن القصد غير المباشر يتعدد بتعدد الأشخاص.

وللقصود غير المباشرة أثر كبير في صحة العقد وبطلانه أو فساده إذا كانت مناقضة لقصد الشارع أما إن تعددت القصود غير المباشرة التي لا تناقض قصد الشارع فلا تؤثر في حكم العقد من حيث المشروعية، إلا أنها قد تؤثر في الآثار المترتبة على العقد، وذلك كأثر زيادة الالتزامات أو إنقاصها بين المتعاقدين.

وأما إن تعددت القصود غير المباشرة وكانت مناقضة لقصد الشارع، فإن ذلك له تأثير كبير على بنية العقد من ناحية الصحة والبطلان، وذلك كالنكاح بقصد الطلاق لأخذ الجنسية مثلاً، فالقصد المباشر موجود بشقيه، قصد الصيغة وقصد الغرض الأساسي بالعقد ولكن يوجد قصد غير مباشر وهو نية الطلاق وسأبين هذا الأمر لاحقاً بالتفصيل.

(١) انظر، الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت: ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت الطبعة: الأخيرة، ١٩٨٤هـ ج ٣ - ص ٣٧٨.

(٢) انظر، المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الثالثة ج ٤ - ص ٣٦٥.

(٣) انظر، السرخسي، المبسوط ج ٢٤ - ص ٦٤.

(٤) انظر، السعدي، تعدد القصود، ص ٩٩.

وخلاصة القول في التفريق بين القصد المباشر وغير المباشر بأن القصد المباشر يجب توافره بشقيه ليكون التصرف معتداً به شرعاً، فإن لم يتوافر القصد المباشر أو أصابه خلل كما في عقد تزويج المجنون نفسه فمن شأنه أن يجعل التصرف غير صحيح أو غير لازم.

أما القصد غير المباشر فلا يتطلب توافره لصحة العمل كالذي يريد الزواج لا يطلب منه الإفصاح عن قصده غير المباشر في عقده الذي أجراه، إلا أنه اذا وجد قصد غير مباشر في العقد فانه يجب أن يكون مشروعاً، وهذا ما سناقشه في المطلب الثاني من هذا المبحث وهو المشروعية وعدمها في القصود.

المطلب الثاني: أقسام قصود المكلفين من حيث المشروعية وعدمها.

لو نظرنا إلى احكام الشريعة لوجدنا انه من النادر ان يخلو حكم شرعي من مقاصد عظيمة رتبها الشارع عليها لذلك لا ينبغي للمكلف الا ان يكون قصده في التصرفات والعقود موافقا لمقصد الشارع، فقصد المكلف يجب ان يكون تبعا لقصد الشارع ولا يكون قصده مشروعاً ما لم يتفق مع مقصد الشارع ، لذلك يمكن تقسيم قصود المكلفين باعتبار موافقتها لقصد الشارع وعدمه إلى قسمين: **القصود المشروعة والقصود غير المشروعة.**

أولاً: القصد المشروع:

لم يعرف الفقهاء ولا الأصوليون القصد المشروع بشكل مستقل وإنما يمكن معرفة معنى القصد المشروع من خلال كلام الشاطبي حيث قال: "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع والدليل على ذلك ظاهر 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 خلق لعبادة الله وذلك راجع إلى العمل على وفق القصد في وضع الشريعة، فينال بذلك الجزاء في الدنيا والآخرة، مرَّ أن قصد الشارع المحافظة على الضروريات وما رجع عليها من الحاجيات والتحسينيات وهو عين ما كلف به العبد"^(١).

ويظهر لنا من خلال هذا النص أن قصد المكلف يكون مشروعاً إذا كان يوافق قصد الشارع في تشريعه للأحكام، وهنا يتبين الترابط بين قصد الشارع وقصد المكلف، إذ ينبغي أن يكون قصد المكلف تابعاً لقصد الشارع حتى يتصف بالمشروعية وبذلك لا انفصام بينهما.

ويقول الشاطبي: " القصد المطابق لقصد الشارع هو الصحيح"^(٢).

^(١)الشاطبي ، الموافقات ج ٣-ص ٢٣

^(٢)الشاطبي، المرجع السابق ج ١-ص ٣٨٣

وفي نهاية الأمر يمكننا أن نعرف القصد المشروع بأنه: "توجه إرادة المكلف في أعماله كافة لموافقة المعاني التي رعاها الله عز وجل تفضلاً منه في أحكام دينه كله، تلك المعاني المشتتة على تحقيق مصالح العباد على اختلاف رتبها".

وبرأيي يعتبر هذا التعريف تعريفاً جامعاً مانعاً مشتملاً على كل حيثيات القصد المشروع، والأمثلة على القصد المشروع كثيرة لا يمكن حصرها إذ كل ما لا يناقض الشارع فهو قصد مشروع وهذا يشمل القصد المباشر وغير المباشر.

فالقصد المباشر في العقود بشكل عام وعقد النكاح بشكل خاص التي نصت الشريعة على إباحتها كلها قصود مشروعة، وذلك لأن العاقدین عندما يقصدان عقداً معيناً من العقود المشروعة إنما يتجه قصدهما في الحقيقة إلى ترتيب الأثر الذي أقره الشارع ورتبه على الصيغة التي أتيا بها^(١)، فالقصد المباشر مثلاً من عقد النكاح هو حل الاستمتاع وهو قصد مشروع من دون أدنى خلاف، أما القصد المباشر في عقود نصت الشريعة على تحريمها فهو قصد غير مشروع وذلك لأن الشريعة حرمت تلك العقود كزواج المتعة مثلاً فهو من العقود المحرمة في أصلها من دون النظر إلى القصد المباشر.

أما القصد غير المباشر في العقود، فمنها ما هو مشروع وما هو غير مشروع ففي حالة كان القصد غير المباشر مشروعاً فهذا لا خلاف عليه، وذلك لأنه لا يناقض قصد الشارع بخلاف ما إذا كان القصد غير المباشر غير مشروع.

ثانياً: القصد غير المشروع:

لم يعرف الفقهاء القصد غير المشروع بتعريف معين ولكن يمكن الوصول إلى تعريفه بشكل سهل من خلال قول الشاطبي: "كل قصد ناقض قصد الشارع فباطل"^(٢).

فالقصد غير المشروع هو القصد الذي ناقض قصد الشارع، فكل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، ويكون القصد غير المشروع قصداً مباشراً وغير مباشر كما هو حال القصد المشروع، فيكون قصداً غير مشروع مباشراً في حال زواج المتعة، ويكون قصداً غير مشروع غير مباشر في حال الزواج بنية الطلاق، حيث سأذكر هذا الأمر لاحقاً بالتفصيل لكن أوردته هنا لتقريب الصورة فقط.

(١) انظر، السعدي، تعدد القصد ص ١١٠.

(٢) الشاطبي، الموافقات ج ١- ص ٥٧٩.

المبحث الثاني

أثر القصد غير المباشر غير المشروع في التصرفات والعقود

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: تحرير محل النزاع في أثر القصد غير المباشر غير المشروع على صحة العقد.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في أثر القصد غير المباشر " الباعث " غير المشروع في التصرفات والعقود.

المطلب الثالث: تحقيق المناط في الخلاف على أثر القصد غير المباشر غير المشروع " الباعث " .



التمهيد

بعد أن بينا أقسام القصدود المباشرة وغير المباشرة، والمشروعة وغير المشروعة كان لا بد من بيان أثر هذه القصدود على العقود بشكل عام وعقد النكاح بشكل خاص.

وهناك حالتين لاجتماع القصدود المشروعة وغير المشروعة وما يهمنا من هاتين الحالتين هي الحالة الثانية وهي موضوع بحثنا، والحالتين هما :

أولاً- في حالة اجتماع القصد المباشر غير المشروع مع القصد غير المباشر المشروع، وقد علمنا سابقاً أن القصد المباشر يضم كلا من نية الفعل بحد ذاته والغرض الأساسي منه، فيكون القصد المباشر غير المشروع في المحظورات، فلو اجتمع قصد غير مباشر مشروع مع القصد المباشر غير المشروع فالعقد يكون باطلاً بالاتفاق^(١) لأن ذلك العقد معصية بحد ذاتها، كزواج المتعة مثلاً، فالقصد المباشر الذي يشمل نية الفعل ذاته والغرض الأساسي والمتمثل بالصيغة، يظهر فيها القصد غير المشروع وبشكل صريح بسبب التأقيت وصيغة المتعة المنصوص عليها في العقد.

ثانياً- أما في حالة اجتماع القصد المباشر المشروع مع القصد غير المباشر غير المشروع، فإن هذه الحالة تحدث في العقود المباحة من حيث الأصل كعقد النكاح مثلاً، وهو عقد مشروع بأصله لكن إن قصد المكلف منه قصداً آخر غير مباشر وغير مشروع يناقض فيه قصد الشارع فإنه يؤثر في العقد باتفاق الفقهاء^(٢)، ويسمى القصد غير المباشر غير المشروع **بالباعث غير المشروع**، لذلك قيل في الباعث " الغرض غير المباشر الذي تحركت الإرادة لتحقيقه " ^(٣) وقد سبق بيان أن الباعث يدخل في مفهوم القصد غير المباشر^(٤).

وقد بحث الفقهاء حكم هذه المسألة تحت مسمى نظرية الباعث^(٥) وهذا ما سأبينه في هذا المطلب وهو أثر القصد غير المباشر أو (الباعث) غير المشروع في العقود والتصرفات.

(١) انظر، الشاطبي، الموافقات ج ١- ص ٣٤١

(٢) انظر، المرجع السابق، الموافقات ج ٦- ص ٤٤٨

(٣) الحسيني، الباعث وأثره في العقود والتصرفات ص ٥٦.

(٤) انظر، الصفحة ص ١٦ من الرسالة.

(٥) انظر، الدررني، النظريات الفقهية، نظرية الباعث ص ٢٢٨.

المطلب الأول- تحرير محل النزاع في أثر القصد غير المباشر غير المشروع على صحة العقد.

إن القصد هو مدار حل الفعل وحرمة بالإجماع فمن عقد على امرأة ناوياً التأقيت أتم، وإن نوى استدامة النكاح وعفاف النفس وتكثير الذرية أثيب، ومن نظراً إلى الأجنبية بقصد الخطبة والنكاح حلّ نظره، ومن نظر بقصد التشهي والتلذذ أتم، وكل هذا لا خلاف فيه وهو ما يعرف بالحكم الدياني، والإثم الأخروي لا ينظر فيه إلى ظهور مناقضة الشارع أو عدم ظهوره إذ قد يكون العقد مكتمل الأركان صحيحاً من حيث الظاهر ولكنه محرم تبعاً لباعث صاحبه غير المشروع، ولكنّ الخلاف في الحكم القضائي، أي أثر القصد غير المشروع على صحة العقد وفساده.

فهل القصد غير المشروع (غير المباشر) في العقد يفسده إن ظهر أو خُفَّ العقد بما يدل عليه؟ أم لا أثر له، وإن كان ذا أثر في العقد فهل يهدم هذا العقد بدون قيد أو شرط أم ثمة شروط يجب توافرها لكي يُفسد هذا الباعث غير المشروع التصرف الذي قام عليه؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل لا بد من بيان أن ثمة شرطين لإعمال الباعث غير المشروع، شرط متفق عليه وآخر مختلف فيه، وهما :

١- أما الشرط المتفق عليه فهو علم العاقد الآخر بالباعث أو القصد غير المشروع الذي دفع الطرف الآخر إلى التعاقد، وهذا الشرط نتيجة لنزوع الفقه الإسلامي نحو استقرار التعامل، فلا يعمل بالباعث غير المشروع إذا جهله العاقد الآخر أي لا يكون له أي أثر على العقد من ناحية الصحة والبطالان^(١).

٢- أما الشرط المختلف فيه فهو ظهور الباعث أو القصد غير المشروع من خلال القرائن والظروف الملائمة، وقد انقسمت آراء الفقهاء بشأن أثر هذا القصد أو الباعث إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: من غلب على فروعه وأصوله الأخذ بظاهر القول من غير بحث في القصد والبواعث، فلا أثر للباعث عندهم، حيث اشترطوا ظهور الباعث غير المشروع في الإرادة الظاهرة نفسها أي ظهوره في دائرة العقد

الاتجاه الثاني: الأخذ بالقصد والبواعث مطلقاً، حيث لم يشترط فيها ظهورها في متن العقد مادام الطرف الآخر على علم بها، فيفسر أصحاب هذا الاتجاه ألفاظ العقد على مقتضى ما تحتمله القصد وما تومئ إليه تلك البواعث والدوافع التي دفعت صاحب التصرف.

فالفقه الإسلامي تجاه الباعث " القصد غير المباشر غير المشروع " يتنازع عاملان متعارضان:

(١) انظر، العيني، أبو محمد محمود بن أحمد الحنفي بدر الدين العيني (ت: ٨٥٥هـ)، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ٢٠٠٠م ج ٥-ص ٤٨٠.

وانظر، ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير ابن رشد الحفيد (ت: ٥٩٥هـ)، بداية ونهاية المقتصد دار الحديث القاهرة

٢٠٠٠م ج ٢-ص ١٠٧، وانظر، ابن قدامة، المغني ج ٧-ص ١٨١

أ-فهو فقه ذو نزعة موضوعية بارزة، يعتد بالتعبير عن الإرادة ذاتها، أي يأخذ بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة، فيختفي الباعث تحت ستار من صيغة العقد^(١).

ب-لكنه مع ذلك فقه تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية وهذا يعني أنه يُعنى بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة، أي ولو لم يذكر في العقد، ويكون العقد صحيحاً أو باطلاً تبعاً لما إذا كان هذا الباعث مشروعاً أو غير مشروع^(٢).

وفيما يلي تفصيل المذاهب الفقهية.

المطلب الثاني : آراء الفقهاء في أثر القصد غير المباشر (الباعث) غير المشروع في التصرفات والعقود.

وقد انقسم الفقهاء في الحكم على القصد غير المشروع للمكلفين إلى فريقين اثنين هما:

أ- أصحاب الإرادة الظاهرة.

ب- أصحاب الإرادة الباطنة.

- أصحاب الإرادة الظاهرة في القصد غير المباشر غير المشروع (أصحاب النظرة الموضوعية)

وهؤلاء هم الحنفية^(٣) والشافعية^(٤) ولديهم مبدأ عام يسيرون عليه في البحث عن الباعث وهو أنه لا يبحث ولا يفتش عن الباعث خارج العقد، بل يجب أن يكون موجوداً في صيغة العقد ذاتها داخلياً في دائرة التعاقد ، فلا بد أن يتضمنه التعبير عن الإرادة وبذلك لا يعتد بالباعث إذا لم تتضمنه صيغة العقد، فما دام أن تلك القصد غير المباشرة لم تظهر في نطاق التعاقد لا يعتد بها ويصح العقد استقراراً للمعاملات، وهذا ما يسمى بالنزعة الموضوعية^(٥)، والفروع الفقهية المنتشرة في كتبهم تدل على أخذهم بالإرادة الظاهرة، حيث سأذكر بعض هذه الفروع بشكل مستقل لاحقاً.

يقول 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 لو أظهرت كانت تفسد البيع...وكما أكره للرجل أن يبيع العنب مما يراه أنه يعصره خمرأً ولا أفسد البيع إذا باعه إياه لأنه باعه حالاً^(٦))

^(١)انظر، السنهوري، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي ١٩٩٧م ج ٤-ص ٥١، والدريني، النظريات الفقهية ص ٢٣١.

^(٢)انظر، السنهوري، المرجع السابق، ج ٤-ص ٥١، والدريني، النظريات الفقهية ص ٢٣١.

^(٣)الكاساني، بدائع الصنائع ج ٥-ص ١٦٩، الباري، العناية شرح الهداية ج ٤-ص ١٨٢.

^(٤)الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، (ت: ٢٠٤هـ) الأم، دار المعرفة، بيروت

١٩٩٠م ج ٥-ص ٨٦

والمواردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالمواردي، (ت: ٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي شرح مختصر

الزبي، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٩م ج ٩-ص ٣٣٢.

^(٥)انظر، الدريني، النظريات الفقهية، ص ٢٣١.

^(٦)الشافعي، الأم ج ٣-ص ٧٥.

ومن خلال ها النص الفقهي يتضح لنا منهج الإمام الشافعي في إعمال الإرادة الظاهرة وعدم الاعتداد بالباعث إذا لم تتضمنه الصيغة لكن مع الكراهة.

- أصحاب الإرادة الباطنة في القصد غير المباشر غير المشروع (أصحاب النظر الذاتية).

أصحاب هذا الاتجاه هم المالكية^(١) والحنابلة^(٢)، وهم من الفقهاء الذين يعتدون بالمقاصد والبواعث ويجعلون عدم مشروعيتها سبباً في بطلان التصرف كأصحاب الإرادة الظاهرة غير أن الفارق بين الاتجاهين هو فارق من حيث الدرجة-أي درجة الاعتداد بالباعث- والإسلوب.

فالمالكية والحنابلة يأخذون بألفاظ محمولة على النيات مفسرة بها ما دامت قد قامت على تلك النيات قرائن ظاهرة وشواهد قائمة، أما ما خفي كامناً في النفس مستوراً غير معلن فلا يناط به شيء لأنه لا يمكن العلم به، فأصحاب هذا الرأي يستدلون على الباعث غير المشروع من الظروف المحيطة بالعقد أو من طبيعة المحل نفسه وهذه القرائن تكفي عندهم للحكم على المقاصد والبواعث، من ذلك غالب القصد، فإذا كان غالب القصد -أي قصد الناس من عقد معين يتم على وجه معين- قصداً حراماً أو قصداً غير مشروع حكموا على كل عقد يتم على ذلك الوجه بالفساد.

كما اكتفوا بالمظنة البعيدة لهذا الباعث غير المشروع ، وهو إفشاء التصرف في كثير من الأحوال إلى أمر محرم ولو لم تبلغ هذه الكثرة مرتبة الأمور الغالبة على الظن وهذا ما يعرف بمآل التصرف، سداً للذريعة^(٣).

والنتيجة من هذا الكلام فسخ العقد أو الإيجابار على إخراج المحل من ملكية صاحبه عند المالكية بعد الانعقاد^(٤)، وبطلان العقد أصلاً عند الحنابلة^(٥)، فالمالكية بالرغم من اتفاقهم مع الحنابلة بالأخذ بالقرائن إلا أنهم يختلفون معهم في فاعليتها، أي أثرها في العقود.

يقول ابن فرحون^(٦) (ت: ٧٩٩، ١٣٩٦هـ): " ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب الحرب يعني من الحربيين والعنبر لمن يتخذة خمرًا... ويؤدب من يبيع آلات اللهو ويفسخ البيع ويكسر ويؤدب أهل ذلك " (٧).

(١) انظر، الخطاب الرعي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالخطاب الرعي المالكي (ت: ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، الطبعة الثالثة ١٩٩٢م ج ٤-ص ٢٥٤ ، والقراي، الذخيرة ج ٤-ص ٣٢١ .

(٢) انظر، ابن قدامة، المغني ج ٧-ص ١٨٠ ، وابن رجب ، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي (ت: ٧٩٥هـ)، القواعد، دار الكتب العلمية، بيروت، ج ١-ص ٢٣٠ .

(٣) انظر، الشناطي، الموافقات ج ٣-ص ٧٥ وما بعده.

(٤) انظر، ابن فرحون ، بهان الدين ابراهيم بن محمد بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام، تحقيق جمال المرعشلي ، دار عالم الكتب الرياض، طبعة خاصة ٢٠٠٣م، ج ٢-ص ١٥٨.

(٥) انظر، المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج ٨-ص ١٦٨.

(٦) ابراهيم بن علي بن محمد بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون، البعري المالكي المدني أبو الوفاء ولد بالمدينة ونشأ بها وجمع بها من الوادي آشي ومن الزبير بن علي الأسواني والجمال المطري وتفرّد عنه بسماعه منه تاريخ المدينة وغيرهم وتفقه وبرع وصنف وجمع وولي قضاء المدينة وألف كتابا نفيسا في الأحكام وآخر في طبقات المالكية ومات في عشر الأضحى من ذي الحجة سنة ٧٩٩ عن نحو من السبعين، ابن حجر العسقلاني، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، ج ١-ص ٥٣.

(٧) ابن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام ج ٢-ص ١٥٨.

وقد ذكر الدسوقي أن القول بالاجبار على اخراج المحل من ملكية صاحبه من غير فسخ هي الرواية المشهورة وهي التي وردت في المدونة وأن الرواية التي توجب الفسخ منسوبة لأكثر اصحاب الامام مالك^(١).

فخلاصة المذهب عند المالكية أنهم يعملون الباعث غير المشروع الذي دلت عليه القرائن ولو لم يظهر في الصيغة، ولكن العقد عندهم ليس بباطل بل منعقد لكنه مستحق للرفع إما بالفسخ أو الجبر على التخلص من المحل.

أما الحنابلة فيذهبون إلى إبطال العقد بتوافر القصد غير المشروع ما دامت القرائن دالة عليه أي أن العقد لا ينعقد عندهم أصلاً، يقول ابن القيم (ت: ٧٥١هـ، ١٣٥٠ م): "القصد روح العقد ومصححه ومبطله، فاعتبار القصد 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"^(٢).

المطلب الثالث: تحقيق المناط في الخلاف على أثر القصد غير المباشر غير المشروع "الباعث".

نتكلم في هذا المطلب عن منشأ الخلاف بين أصحاب الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، أي على تحقيق المناط فيه، والسبب في عدم اتفاقهم يرجع إلى مسألتين مهمتين هما: اللفظ والنية في العقود وسد الذرائع.

أ- مسألة النية واللفظ في العقود.

اختلف الفقهاء في مسألة هل العبرة لظاهر اللفظ أم لحقيقة القصد والباعث فكان الخلاف تحت عنوان قاعدة: هل العبرة في العقود للمقاصد والمعاني أم للألفاظ والمباني.

فمن قال بعدم الاعتداد بالقصود والمعاني وأنه لا أثر له في العقد قال بالاعتداد بالألفاظ في العقود دون القصود والبواعث، إذان النيات والبواعث غير المشروعة مستترة، فيترك أمرها لله وحده يعاقب صاحبها عليه، وهؤلاء هم الحنفية والشافعية^(٣).

وقد يتصور أن موقفهم مخالف لقاعدتهم (أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) والتي استدلو بها في كثير من كتبهم، والحقيقة أنه لا تعارض في ذلك لأن المراد من القاعدة عندهم أن العبرة بالمدلول اللغوي الذي يفهم من العبارة التي أنشئ بها العقد لا بظاهر اللفظ ذاته، وليس مرادهم القصد الباعث التي حركت الإرادة للتعاقد، فالمبدأ العام للحكم في الدنيا إن كل الأحكام الدنيوية تبنى على الظاهر، والنبي ﷺ في أقضيته كان يقضي بمقتضى الظاهر وهو الذي أوحى إليه.

(١) انظر، الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفکر ج ٣-ص ٧.

(٢) ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد عبد السلام ابراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى ١٩٩١م ج ٣-ص ٧٨.

(٣) انظر، الكاساني، بدائع الصنائع ج ٥-ص ١٦٩ والشافعي، الأمصار المعرفة بيروت ١٩٩٠م ج ٥-ص ٨٦.

ومن قال بالاعتداد بالقصود والبواعث وأنه ذو أثر في العقد، قال باعتبار النية والقصد دون اللفظ واستند في ذلك على مبدأ أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني^(١).

ب- مسألة سد الذرائع:

كذلك اختلف الفقهاء في الأخذ بمبدأ سدّ الذرائع فأصحاب الاتجاه الأول وهم الشافعية والحنفية الذين يحكمون بالظاهر دون النظر إلى غايات الأفعال ومآلاتها ضيقوا الأخذ بسد الذرائع.

وأما أصحاب الإرادة الباطنة الذين يحكمون بالنيات والمقاصد فقد أخذوا بالذرائع وحكموا بها ونظروا إلى المآلات والغايات نظرة مجردة ، فمن عقد عقداً قصد به أمراً محرماً واتخذ هذا العقد ذريعة له فإن المآل والباعث يحرمان العقد فيأثم ديانة ويكون العقد باطلاً سد للذريعة^(٢).

ومن المعلوم إن مبدأ سد الذرائع هو أصل من الأصول التي أكثر من الاعتماد عليها في استنباطه الفقهي الإمام مالك وقاربه في ذلك الإمام أحمد^(٣).

ج- الترجيح:

بعد أن بينا آراء الفقهاء وأقوالهم في أثر الباعث أو القصد غير المشروع في العقود لا بد قبل الترجيح من التأكيد على عدة مسائل مهمة سبق القول فيها، وهي أنه لا خلاف أن القصد والباعث هما مدار الحل والحرمة في جميع المعاملات والعقود وأن جميع الأعمال منوطة بالقصود من بيع وشراء وزواج وغيرها من التصرفات، إن القصود غير المباشرة غير المشروعة لا شك أنها تؤثر على صحة العقد ، لكن الإشكال في كيفية إثبات القصود غير المشروعة إذا لم تظهر في العقد ، فالشافعية كما بينا سابقاً لم يعتدوا بالقرائن على عدم مشروعية القصد غير المشروع ، وإنما اقتصروا على اللفظ دليلاً عليها ، والحنفية وافقوا الشافعية من حيث المبدأ في العمل بالظاهر وعدم الأخذ بالقرائن ودلالة الحالة دليلاً على عدم مشروعية القصد أو الباعث ، لكن بدرجة أخف من الشافعية ، فبالتدقيق على بعض آراء الحنفية نجد أن المالكية والحنابلة قد أسرفوا في الاعتداد بالقصود والبواعث لدرجة أنهم جعلوا للقصود والبواعث تأثيراً في التصرفات العقدية فسحوا أو بطلاناً لمظنة وجود القصد غير المشروع ، وهذا ما يؤدي إلى عدم استقرار التعامل وجعل العقد عرضة للزوال.

لذا أقول لا بد من مراعاة القصود والبواعث في التصرفات والاعتداد بها إذا دلت القرائن والأمارات الواضحة القاطعة على أن العاقد قصد قصداً غير مشروع من العقد أو في العقد والقرينة الواضحة تأخذ حكم العلم،

(١) انظر، الشافعي، الأم، ج ٣-ص ٧٥ والقراي، الذخيرة ج ٤-ص ٣٢١

(٢) انظر، الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن محادر الزركشي (ت: ٧٩٤هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتي، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ -

١٩٩٤م ج ٨-ص ٩٠ .

(٣) انظر، الزركشي ، المرجع السابق ج ٨-ص ٩١

وذلك لأن القرائن غير الواضحة لا يمكن جعلها دليلاً على وجود القصد غير المشروع " الباعث " لأنه قد يعدل عن هذا القصد غير المشروع فيما بعد. والله أعلم.



المبحث الثالث: تعدد قصود المكلفين.

وفيه المطالب الآتية :

المطلب الأول: معنى تعدد القصود في عقد النكاح.

المطلب الثاني: صور تعدد القصود إجمالاً

المطلب الثالث: مناط الحرمة في تعدد القصود.

المطلب الرابع: بطلان العقد بتوافر القصد المناقض لقصد الشارع.

المطلب الخامس: طرق ظهور قصود المتعاقدين المؤثرة في العقد.

التمهيد :

إن تعدد القصد لدى المكلف تعزيره الأحكام الخمسة وذلك بحسب الأحوال فقد يكون تعدد القصد واجبا وقد يكون مستحباً وقد يكون مباحاً، وقد يكون مكروهاً أو محرماً، ولكن لا بد من الإشارة إلى إن تعدد القصد إنما يكون في الأعمال المشروعة فلا يمكن بحث حكم تعدد القصد في المحظورات لأنها غير مشروعة أصلاً وما يهمنا هنا هو القصد غير المشروع في حال اجتماعه مع القصد المشروعة وهذا ما سميته (تعدد القصد).

المطلب الأول: معنى تعدد القصد في عقد النكاح.

استخدم الفقهاء لفظ التعدد ولم يخرجوا به عن المعنى اللغوي الذي يدل على الكثرة والزيادة على الواحد، فأصل التعدد لغة من العدّ، والعدّ، إحصاء الشيء عدّه يعدّ عدّاً، وتعداداً وعدّة وعدّدته^(١).

والفقهاء استخدموا التعدد بالمعنى السابق وهو ما يقابل الوحدة والإفراد، وعباراتهم في ذلك مستفيضة، كقول الجويني (ت: ٤٧٨ هـ، ١٠٨٥ م): "الاتحاد ينافي التعدد"^(٢)

ويقول البابري: "الاتحاد في جميع الجهات يرفع التعدد"^(٣)

وقد اشتهر استخدام الفقهاء للفظ التعدد مركباً مع غيره في بعض العبارات منها تعدد الزوجات وتعدد الجنائيات... وغيرها لكنهم لم يتعرضوا لتعريف تعدد القصد كمصطلح مركب بشكل صريح في أي باب من أبواب الفقه سواء في العقود أو في غيرها- فيما اطلعت عليه - إلا أنهم اهتموا بمسألة وجود أكثر من قصد في الفروع الفقهية، لكن وجدت أول من تعرض لمصطلح تعدد القصد هو الباحث عبد الرحمن السعدي حيث قال أن تعدد القصد في النكاح هو: وجود بعض المسائل التي يترتب فيها أثر معين من انضمام قصد أمر زائد على القصد المباشر في عقد النكاح سواء من ناحية المشروعية أو من ناحية أثر ذلك التعدد في صحة العقد أو في الآثار الناجمة عن العقد بين أطرافها^(٤).

ويظهر ذلك في الكثير من صور عقد النكاح كالنكاح بنية الطلاق ، وهو أن يتزوج شخص امرأة وفي نيته طلاقها بعد فترة طالت أو قصرت^(٥)، فتعدد القصد في هذه المسألة واضح إذ للعائد قصد مباشر وهو حل

(١) انظر، ابن منظور، لسان العرب مادة (عَدَّ).

(٢) الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني أبو المعالي ركن الدين الملقب بإمام الحرمين، (ت: ٤٧٨ هـ)، تحاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق عبد العظيم الديب ، دار المنهاج الطبعة الأولى ٢٠٠٧ م ج ١- ص ٥٥ .

(٣) البابري، العناية شرح الهداية ج ٣- ص ٧٢ .

(٤) انظر، السعدي، تعدد القصد، ص ٤٧ .

(٥) انظر، ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت: ٨٦١ هـ) ، فتح القدير ، دار الفكر بيروت ، الطبعة الأولى ج ٤- ص ١٨١ .

الاستمتاع بالإضافة إلى قصد آخر وهو أن يطلقها بعد فترة لغرض في نفسه، وللفقهاء في ذلك تفصيل سأذكره لاحقاً في مبحث مستقل.

وكذلك مسألة النكاح بقصد التحليل حيث انضم إلى القصد المباشر لعقد النكاح قصد آخر وهو تحليل المرأة لزوجها السابق الذي بانته منه، وكذلك في مسألة حكم نكاح الشغار الذي يعني أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق^(١)، فكل عاقد قصد تزويج من تحت ولايته وقصد كذلك أن يتزوج ممن تحت ولاية الآخر، أي في نكاح الشغار عقدان مقصودان من كل عاقد جمعتهما عقد واحد، وهذه صور من صور تعدد القصود في عقد النكاح.

وفي مسألة زواج المتعة يظهر تعدد القصود المباشرة وغير المشروعة بشكل جلي حيث أن القصد المباشر هو قصد صيغة العقد وقصد الغرض الأساسي له وفي زواج المتعة فإن القصود غير المشروعة تظهر في الصيغة والغرض الأساسي له مما يؤثر على صحة العقد من الناحية العقدية والإثم الأخروي من ناحية أخرى، وفي الحقيقة أنه إذا كان القصد المباشر غير مشروع فلا ينظر أبداً إلى القصود غير المباشرة سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة، وسأبين هذه الصور التي يتعدد فيها القصد غير المشروع في الآثار العملية للقصد لاحقاً.

المطلب الثاني: صور تعدد القصود إجمالاً.

يمكن حصر صور تعدد القصود إلى قسمين رئيسيين يتفرع عن كل قسم العديد من صور عقد النكاح، وتتجلى في الآتي:

أولاً- اجتماع القصد المباشر المشروع مع القصد غير المباشر، والقصد المباشر هو قصد الفعل ذاته وهي نية الفعل وقصد الغرض الأساسي الذي يرمي إليه الفاعل من الفعل، والذي يصاحب نية الفعل ذاته ويمثل ثمرة الفعل ونتيجته التي تُقصد من ذلك الفعل عادة، واجتماع قصد الفعل ذاته (أي نية الفعل) وقصد الغرض الأساسي من الفعل لا يدخل تحت تعدد القصود بل يدخل تحت تخصيص القصد، فاجتماع نية التلطف بصيغة الإيجاب والقبول مع قصد ترتيب الأثر الحكمي على تلك الصيغة هو قصد الزواج المباشر.

فقصد الفعل ذاته هو قصد الإتيان بالصيغة والصيغة هي دليل على قصد المتعاقدين وإرادتهما الباطنة والغرض الأساسي من العقد، وهو النتيجة والغاية التي يقصدها المتعاقدان مباشرة من عقدهما.

أما القصد غير المباشر فهو أوسع نطاقاً من القصد المباشر، فهو ما تتجه إليه الإرادة من غايات تأتي وراء القصد المباشر، وإذا كان القصد المباشر واحداً يتغير في كل تصرف من التصرفات، فإن القصد غير المباشر متعدد بتعدد الأشخاص. إن من صور تعدد القصود اجتماع القصد المباشر المشروع مع القصد غير المباشر

(١) انظر، ابن الهمام، فتح القدير ج ٤ - ص ١٨٢

غير المشروع، وذلك بأن يكون قصد الفعل ذاته وهو قصد الإتيان بالصيغة وقصد النتيجة أو الغاية في عقد النكاح صحيحاً وغير مناقضٍ لقصد الشارع مع قصد أو قصود متعددة غير مباشرة مناقضة لقصد الشارع تأتي وراء القصد المباشر، وهذه الحالة صورة أساسية لتعدد القصود غير المشروعة مع القصد المباشر المشروع ويدخل تحتها عدة صور من صور عقد النكاح، كنكاح التحليل، والنكاح بنية الطلاق، ونكاح الشغار، ونكاح المريض مرض الموت....، فكل هذه الصور يدخل فيها القصد غير المباشر غير المشروع الذي يناقض قصد الشارع كقصد تحليل الزوجة للمطلق ثلاثاً، وقصد أخذ الجنسية (كزواج السوري في تركيا من مواطنة تركية بقصد أخذ الجنسية)، مع العلم أن هذا الأمر قد انتشر كثيراً في أوساط السوريين الموجودين في تركيا وفي أوروبا، فيكون نكاحاً بنية الطلاق. حيث قصد من زواجه أخذ الجنسية وليس الديمومة والتي هي من أهم مقاصد الزواج، وكذلك الزواج في مرض الموت بهدف حرمان بعض الورثة من الميراث حرمان نقصان فيكون مقصده غير المباشر هو الإضرار بالورثة وهكذا...

ومن الصور التي تدخل في القصود غير المباشرة غير المشروعة هي الشروط غير المشروعة التي يشترطها العاقد في عقد الزواج، إذ يجتمع القصد المباشر للعقد (قصد الصيغة والأثر النوعي) وقصد زائد يعبر عنه الشرط الذي اشترطه أحد العاقلين على الآخر، كاشتراط أن تكون العصمة بيد الزوجة أو عدم نقلها إلى خارج البلد التي تزوجت فيها على تفصيل موجود في كتب الفقه، ولكن ما يهمنا هنا هو التمثيل وليس المناقشة.

ثانياً- اجتماع القصد المباشر غير المشروع مع القصود المباشرة المشروعة.

ذكرت سابقاً أن القصد المباشر هو قصد الفعل ذاته، ويتجلى ذلك في الصيغة وقصد النتيجة أي الإرادة. تظهر هذه الصورة جليةً في زواج المتعة حيث صرح العاقد بشكل واضح في العقد قصد التمتع وليس الديمومة وكذلك الزواج الصوري و النكاح المؤقت فكل هذه الانكحة يظهر قصد العاقد غير المشروع من خلال الصيغة التي تعتبر معبراً عن القصد المباشر.

المطلب الثالث: مناط الحرمة في تعدد القصود:

إن المستقرئ للنصوص الشرعية من القرآن والسنة وما ذكره الفقهاء يظهر له بوضوح أن مناط الحرمة في تعدد القصود لدى المكلف إنما هو **مناقضة قصد الشارع**، والمناطق أو الوصف المناسب، أو المعنى الذي من أجله شرع الحكم كلها مصطلحات يطلقها الأصوليون ويريدون بها علة الحكم، والعلة كما عرفها الغزالي (ت: ٥٠٥هـ، ١١١١م) هي: "ما أضاف الشارع الحكم إليه ونصبه علامة عليه، وإطلاق المناطق على العلة من باب المجاز اللغوي لأن الحكم لما علق بها كان كالشيء الذي تعلق بغيره"^(١).

^(١) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي المعروف بحجة الإسلام الغزالي (ت: ٥٠٥هـ)، المستصفي، تحقيق عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٩٩٣ ج ١-ص ٢٨١.

فإذا تحققت مناقضة قصد الشارع في قصد المكلف تحققت الحرمة ولبين ذلك لا بد من بيان معنى مناقضة قصد الشارع وسرد الأدلة على حرمة.

أولاً-بيان معنى مناقضة قصد الشارع وحكمه:

لقد بينّا معنى قصد الشارع في فصل سابق^(١)، وأما مناقضة قصد الشارع فأبينها بما يلي:

أ- **المناقضة لغة** : مصدر من الفعل ناقض، والنقض إفساد العقد بعد إبرامه، والنقض ضد الإبرام، ومنه نقض العهد وناقضه في قوله أو رأيه خالفه^(٢)، فالمناقضة لغة هي الهدم، والإفساد، والمخالفة، وهذا المعنى الأخير هو الذي يهمننا هنا.

ب- **أما معنى مناقضة قصد الشارع في الاصطلاح**: فقد بينا عند الكلام عن قصد الشارع سابقاً أن الفقهاء لم يعرفوا مصطلح قصد الشارع بشكل صريح مع كثرة استخدامه في كلامهم، ويعتبر ابن عاشور هو أول من نص على تعريف مقاصد الشريعة بحسب اطلاعي حيث قال: مقاصد التشريع العامة هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغاياتها العامة والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها، ويدخل فيها أيضاً معاني من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها^(٣).

وبما أن الفقهاء لم يعرفوا قصد الشارع صراحة فكذلك لم يعرفوا مناقضة قصد الشارع إلا أنه يمكن استنتاجه من خلال معناه اللغوي ومن خلال قول الشاطبي (٧٩٠هـ، ١٣٨٨ م) إن: " قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة "^(٤).

فيمكن أن نقول أن مناقضة قصد الشارع تعني أن تتجه إرادة المكلف إلى مخالفة الحكم الموضوعية من قبل الشارع لتحقيق مصالح العباد في التصرفات والأعمال فمثلاً نجد أن مقصد الشارع من عقد الزواج هو التناسل وعمارة الأرض هذه المصلحة التي ارادها الشارع تحتاج إلى ديمومة هذا العقد لذلك عندما يقصد المكلف من زواجه التأقيت أو التحليل فهو يخالف بهذا القصد الحكم والمصالح الموضوعية في عقد الكاح من قبل الشارع.

ج- حكم مناقضة قصد الشارع:

نص الفقهاء على حرمة مناقضة الشارع حيث قال الرازي (ت: ٦٠٦هـ، ١٢٠٩ م): " مقصود الشارع هو ما دلت الدلائل الشرعية على وجوب تحصيله "^(١) فيفهم بمفهوم المخالفة على حرمة مناقضته، إلا أن الحنفية يذهبون إلى

^(١)راجع الصفحة ص ٣٤ من البحث.

^(٢)انظر، ابن منظور، لسان العرب، مادة(نقض).

^(٣)انظر، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ص ٥١

^(٤)الشاطبي، الموافقات ج ٣- ص ٢٣

أن المكلف إن قصد مناقضة قصد الشارع وكان عمله من حيث الظاهر مشروعاً فإن الحكم هو الكراهة التحريمية^(٢) وذلك يرجع إلى أصولهم لأن ما ثبت بدليل ظني وكان النهي بوصف منفك عن الفعل هو المكروه تحريماً، أما المحرم فهو ما ثبت بدليل قطعي، وهذا التفريق لا يؤثر من حيث العمل إذ المكلف مطالب باجتناب المحرم والمكروه تحريماً على السواء حيث يحصل الإثم بفعلهما، إنما الخلاف في الاعتقاد فمستحل الحرام كافر ومستحل المكروه تحريماً فاسق^(٣).

ثانياً- أدلة النهي عن مناقضة قصد الشارع:

إن الأدلة التي استدلت بها الفقهاء على حرمة مناقضة قصد الشارع كثيرة سأذكر طرفاً منها وهي :

أ- القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ ۖ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾ (النساء، آية: ١١٥) **وجه الاستدلال:** بأن من قصد خلاف ما قصد الشارع فهي مشاققة لنهج الشارع، وقال الشاطبي مستنداً بهذه الآية: "والأخذ خلاف ما أخذ الشارع من حيث القصد إلى تحصيل المصلحة أو درء المفسدة مشاققة ظاهرة"^(٤).

ب- السنة:

عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو ردٌّ)^(٥)

وجه الاستدلال في هذا 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 العمل واعتباره كأن لم يكن.

المطلب الرابع: بطلان العقد بتوافر القصد المناقض لقصد الشارع:

قد بينا سابقاً أن مناط الحرمة في اجتماع القصد المباشرة وغير المباشرة، وفي هذا المطلب أبين حكم صحة العقد الذي أضيف إلى قصده المباشر قصد غير مباشر مناقض لقصد الشارع، وهو كما يلي:

(١) الشاطبي، المرجع السابق ج ٣- ص ٢٩

(٢) انظر، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣١٠ هـ ج ٦- ص ٣٩٠ .

(٣) انظر، الحموي، أحمد بن محمد أبو العباس شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفى (ت: ١٠٩٨ هـ) ، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى ١٩٨٥ م ج ١- ص ٢٢ .

(٤) الشاطبي، الموافقات ج ٣- ص ٢٩ .

(٥) أخرجه البخاري، باب إذا اصطالحوا على صلح جور فالصلح مردود، كتاب الصلح، رقم الحديث: ٢٦٩٧ .

أولاً- يبطل العقد إن صرح العاقد بقصده المناقض لقصد الشارع في صيغة العقد، كما لو صرح العاقدان مثلاً بتأقيت النكاح في صلب العقد، فإن ذلك مما يبطل به العقد اتفاقاً^(١)، فتصريح العاقد في صلب العقد يدل على قصده بدون أدنى شك أنه أراد قصداً غير مشروع.

ثانياً- يبطل العقد إذا تجلّى القصد المناقض لقصد الشارع في المحل ويظهر تعدد القصود هنا من خلال اجتماع قصد غير مباشر غير مشروع دل عليه محل القصد المباشر للعقد، ومثاله شراء الخمر، إذ فيه قصدان؛ قصد التملك وهو القصد المباشر لعقد البيع، وقصد المعصية (شرب الخمر أو الاتجار به) وهو قصد مناقض لقصد الشارع، ويمكن أن تظهر هذه الحالة في عقد الزواج من امرأة زنا بها وحملت من هذا الزنا، فالقصد المباشر هو حل الاستمتاع وملك البضع والقصد غير المباشر إخفاء حمل المرأة، وهو قصد غير مباشر يناقض قصد الشارع بعدم نسبة الولد الذي يولد من الزنا إلى الزاني حفاظاً على الأنساب، وهذا عند الإمام مالك وبعض الحنفية، فالقصد غير المباشر غير المشروع تجلّى في المحل.

ثالثاً- يبطل العقد بالقصد غير المشروع وإن لم يصرح به العاقد فيما إذا علمه الطرف الآخر، وقد مر تفصيل ذلك سابقاً وتبين أن للفقهاء مذهبين في حكم هذا النوع من القصود من حيث إبطاله للعقد أو عدم إبطاله، فالحنفية والشافعية يأخذون بالنزعة الموضوعية ويعني هذا أن العقد صحيح مع الإثم، لأن العبرة لظاهر العقد ولا يجب التحري عن النوايا الخفية، أما الحنابلة و المالكية فإنهم يأخذون بالنزعة الذاتية فيبطلون العقد الذي يراد به مناقضة قصد الشارع^(٢).

المطلب الخامس: طرق ظهور قصود المتعاقدين المؤثرة في العقد.

أولاً- القصود التي تعينها القرائن اللفظية^(٣)، التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر كتأقيت عقد النكاح مثلاً، فإنَّ القرينة اللفظية للتأقيت صريحة وواضحة في صلب العقد، أو وجود شرط في العقد غير المشروع، أو اشتراط عدم وجود مهر فهذه كلها قرائن لفظية واضحة تبين مقصد المكلف من هذا العقد.

ثانياً- المقاصد العرفية: وهي المعاني المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم، فإنها كذلك معبرة في تعيين جهة العقود، فكلام كل إنسان يفهم بحسب لغته وعرفه 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^(٤) وذلك كاستخدام مصطلح معين عند أهل بلد يقصدون به مقصداً غير مشروع في عقد النكاح مع أن ظاهره لا يفهم منه شيء يناقض قصد الشارع ففي هذا الحالة يفهم اللفظ بحسب معناه العرفي.

(١) المغني لابن قدامة / ج ٧- ص ٩٥

(٢) راجع ص ٣١ من هذا البحث.

(٣) انظر، الزرقاء، أحمد بن محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، (ت: ١٣٥٧ هـ) ، دار القلم دمشق، الطبعة: الثانية، ١٩٨٩ ص ٥٥

(٤) انظر، المرجع السابق، والسعدى تعدد القصود ، ص ٢٢١

ثالثاً- دلالة الحال: وسمتها الظروف التي نشأ فيها العقد وتختلف عن القرائن العرفية بأن دلالة الحال أخص إذ القرائن العرفية يكون مضمونها معهودا لكل الناس أما دلالة الحال فهي التي تقتزن بإنشاء العقد، أي دلالة محل العقد على القصد كما ذكرت سابقا في حكم عقد القران على المزنبة من فعل الزاني وهي حامل، فدلالة حال المحل تبين قصد العاقد، وهي قصد نسبة الولد إليه أو قصد عدم ظهور فعل الزنا.



المبحث الرابع

علاقة القصد بالحيل والإرادة العقدية

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: علاقة القصد بالحيل.

المطلب الثاني: علاقة القصد بالإرادة العقدية.



المطلب الأول: علاقة القصد بالحيل.

أولاً- تعريف الحيل لغة واصطلاحاً.

أ- تعريف الحيل لغة: الحيل جمع حيلة، وهي الحِفظُ وجودة النظر والقدرة على دقة التصرف^(١)، والحيلة

هي وسيلة بارعة تحيل الشيء عن ظاهره ابتغاء الوصول إلى المقصود^(٢).

ب- تعريف الحيل اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تعريفهم للحيل بحسب نظرتهم لها من تجويز أو منع فقد

عرف الشاطبي الحيل بأنها: "تقديم عمل ظاهر الجواز بإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم

آخر"^(٣).

وعرفها ابن القيم بأنها: "سلوك الطرق الخفية للتوصل إلى الغرض الممنوع منه شرعاً أو عقلاً أو عادة"^(٤).

وعرفها ابن عاشور بأنها: "إبراز عمل ممنوع شرعاً في صورة عمل جائز"^(٥).

وبالنظر إلى هذه التعريفات نجد أنها تغلب جانب المنع والحرمة في الحيل، فالتعاريف مبنية على حسب نظرتهم للحيل، وهذا الأمر فيه تضيق للمسألة مع العلم أن الحيل يمكن أن تكون جائزة حتى عند الذين عرفوها بهذا التعريف كابن القيم والشاطبي، فالتعريفات التي نقلتها لم تكن جامعة لمعنى الحيل بل قاصرة على نوع معين فيها، وهو جانب الحرمة والمنع ومن المعلوم أنه يجب أن يكون التعريف جامعاً مانعاً وهذا ما لم أجده بالتعريفات السابقة.

وعرف الحنفية الحيلة بأنها: "الحذق في تدبير الأمور، وهي تقليب الفكر حتى يهتدي إلى المقصود"^(٦).

ويبدو أن تعريف الحنفية هو الأقرب إلى حقيقة الحيل حيث إنه لم يحدد حكم الحيل وترك الباب مفتوحاً للمنع والجواز حيث نص على أنها "الحيل" الحذق والتوصل إلى المقصود سواء كان هذا المقصود محرماً أو جائزاً، فهذا التعريف هو التعريف الأشمل للحيل لكونه جامعاً لكل المعاني التي يمكن أن يقصدها المكلف من حيلته.

ثانياً- أقسام الحيل.

قسم الشاطبي رحمه الله الحيل إلى ثلاثة أقسام^(٧):

(١) انظر، ابن منظور، لسان العرب، الفيروزآبادي، القاموس المحيط مادة (حول)

(٢) انظر، المعجم الوسيط، ص ٢٠٩.

(٣) الشاطبي، الموافقات ج ٥-ص ١٨٧

(٤) ابن القيم، إعلام الموقعين ج ٣-ص ١٨٢

(٥) ابن عاشور، مقاصد الشريعة ج ١-ص ١٠٦

(٦) الحموي، غمز عبون البصائر ج ٤-ص ٢١٩

(٧) انظر، الشاطبي، الموافقات ج ٢-ص ٣٨٨، ٣٨٧

١- الحيل المشروعة: وهي الحيل التي تتخذ للتخلص من المآثم للتوصل إلى الحلال أو إلى الحقوق أو دفع باطل، وهي الحيل التي لا تخدم أصلاً مشروعاً ولا تناقض مصلحة شرعية كالنطق بكلمة الكفر إكراهاً عليها وهذا لا خلاف في جوازه.

٢- الحيل المحرمة وهي الحيل التي تتخذ وسيلة للتوصل بها إلى المحرم، أو إلى إبطال الحقوق وهي الحيل التي تخدم أصلاً مشروعاً، أو تناقض مصلحة مشروعة كحيل المنافقين والمرابين وهذا ما لا خلاف في بطلانه.

٣- وهناك نوع ثالث من الحيل وهو محل الإشكال والغموض وفيه اضطرت أنظار النظار من جهة أنه لم يتبين فيه دليل واضح قطعي ليلحق بالقسم الأول أو الثاني، ولا ظهر أنه خلاف المصلحة التي وضعت لها الشريعة فصار هذا القسم من الوجوه المتنازع فيها.

وقسم ابن القيم الحيل المحرمة الى أربعة أقسام^(١):

- ١- أن تكون الحيلة محرمة ويقصد بها محرم، كالتحليل بالردة على فسخ النكاح.
- ٢- أن تكون مباحة في نفسها، ويقصد بها المحرم فتصير حراماً كالسفر لقطع الطريق.
- ٣- أن تكون الحيلة غير موضوعة للإفضاء إلى المحرم، وإنما وضعت مفضية إلى المشروع، كالإقرار والبيع والهبة ونحو ذلك، فيتخذها المتحليل سلماً وطريقاً إلى الحرام.
- ٤- أن يقصد بالحيلة أخذ حق أو دفع باطل، وهذا القسم ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ- أن يكون الطريق محرماً في نفسه وأن كان المقصود به حقاً، مثل أن يكون له على رجل حقاً، فيجحد له بينة له فيأتي صاحب الحق بشاهدي زور يشهدان له بالحق وهما لا يعلمان ثبوت هذا الحق .

ب- أن تكون الطريق مشروعة وما تفضي إليه مشروعاً كالتحليل على جلب المنافع ودفع المضار كالأَسباب التي نصبها الشارع مفضية إلى مسبباتها، كالبيع والإيجار، وفي الحقيقة أنه هذا القسم لا يمكن إدخاله في موضوع الحيل وإنما هي أسباب ومسببات.

ج- أن يحتال على التوصل إلى الحق، أو دفع الظلم بطريقة مباحة، لم توضع موصلة إلى ذلك بل وضعت لغيره، فيتخذها طريقاً إلى هذا المقصود الصحيح، أو يكون قد وضعت له لكن تكون خفية ولا يفتن لها، والفرق بين هذا القسم والذي قبله أن الطريق في الذي قبله نصبت مفضية إلى مقصودها ظاهراً، سالكها سالك للطريق المعهود، والطريق في هذا القسم نصبت مفضية إلى غيره فيتوصل بها إلى ما لم توضع له.

^(١) انظر، ابن القيم، إعلام الموقعين ج ٣-ص ٢٤٦

وبعد بيان أقسام الحيل عند الشاطبي وابن القيم نجد أنهما اتفقا على إنكار الحيل بشكل عام، وأن المحتال يفتح الطرق إلى المفاسد بحيله، والملاحظ أيضا من تقسيم ابن القيم أنه أتى بصور من التحيل لا تندرج في المفهوم المشهور للحيلة، فقال في القسم الرابع (أي ان يقصد بالحيلة أخذ حق أو دفع باطل) فهو يدخل هذا النوع في باب الحيل المحرمة التي تهدم قواعد الشريعة، لكن من المعلوم أن هذا النوع من الحيل يؤدي إلى الظفر بالحق وإداء الواجب وهما من مقاصد الشارع، فكان مقصد المتحيل في هذا القسم موافقا لقصد الشارع إلا أن الوسيلة غير مشروعة، لأنه عدل إليها ضرورة تحصيل حقه إذ الوسائل المشروعة عجزت عن تحقيق ذلك.

ففي هذه المسالك يأثم المتحيل من حيث الوسيلة وليس القصد لذلك أرى أن هذا القسم لا يجوز إدخاله تحت معنى الحيل المحرمة لأن قصد المتحيل فيه موافقا لقصد الشارع.

وكذلك أدرج ابن القيم في الفقرة (ب) في القسم الرابع وهو ما كان بطريق مشروعة وما يفضي إليها مشروع (في تقسيم الحيل المحرمة) مع العلم أن الوسيلة مشروعة والمآل مشروع فكيف يدرج هنا!!

ثالثاً- أقوال الفقهاء وأدلتهم في الحيل: لم تظهر الحيل في عهد رسول الله ﷺ ولا في عصر الصحابة من بعده بشكل صريح، ولم تقرر في وجه من الوجوه في عهد الصحابة، فهذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول: " لا أوتي بمحليل ولا محلل له إلا رجتهما "(١)

وكذلك شأن التابعين فهم متفقون على إبطال الحيل كالفقهاء السبعة وغيرهم من فقهاء المدينة(٢).

ومن أئمة الحديث الذين أنكروا الحيل إنكاراً شديداً الإمام البخاري (ت: ٢٥٦هـ، ٨٦٩م) رحمه الله فقد وضع في جامعه الصحيح باباً اسمه "باب في ترك الحيل" (٣).

أما أصحاب المذاهب الفقهية فقد اختلفوا في مشروعية حيل إلى فريقين رئيسيين سأعرض آراءهم وأدلتهم:

الفريق الأول: حيث ذهب الحنفية والشافعية(٤)، إلى جواز العمل بالحيل مادامت ضمن الضوابط الشرعية ولم تفوت مصلحة شرعية أو تؤدي إلى أخذ حق بغير وجه استحقاق أو تحايلاً لهدم أصل في الدين.

يقول السرخسي(ت: ٤٩٠هـ، ١٠٩٦م): " إن ما يتخلص به الرجل من الحرام أو يتوصل به إلى الحلال من الحيل فهو حسن إنما يكره أن يحتال في حق الرجل حتى يطله أو في باطل حتى يمويه، أو في حق حتى يدخل فيه شبهة، فما كان على هذا السبيل فهو مكروه " (٥).

(١) رواه ابن أبي شيبة، المصنف، تحقيق عامر العمري الأعظمي، دار السلفيين، بومباي ج ٤-ص ٢١٤ .

(٢) هم عبيد الله بن عبد الله بن عيينة بن مسعود (ت: ٩٨هـ)، عروة بن الزبير بن العوام (ت: ٩٤هـ)، القاسم بن محمد بن أبي بكر (ت: ١٠١هـ)، سعيد بن المسيب

(ت: ٩٤هـ)، خارجة بن زيد بن ثابت الانصاري (ت: ٩٩هـ)، سليمان بن يسار (ت: ١٠٧هـ)، أبو بكر بن عبد الرحمن بن هشام بن المغيرة (ت: ٩٤هـ).

(٣) ابن حجر، فتح الباري، (كتاب الحيل) ج ١٢-ص ٣٤٢ .

(٤) انظر، السرخسي، المبسوط ج ٣٠-ص ٢١٠، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ج ١-ص ٣٧٤، وابن حجر، فتح الباري، ج ١٢-ص ٣٤٤ .

(٥) انظر، السرخسي المبسوط ج ٣٠-ص ٢١٠

ويعتبر المذهب الحنفي من أكثر المذاهب توسعا واستخداما للحيل الشرعية^(١) التي لا يقصد بها هدم مقاصد الشارع وتفويت أحكامه وإنما هي وسيلة لتسير الحياة العملية

يقول الحموي (ت: ١٠٨٥هـ، ١٦٧٤م): " مذهب علمائنا : أن كل حيلة يحتال بها الرجل بإبطال حق الغير، أو لإدخال شبهة فيه، أو لتمويه باطل فهي مكروهة [تحرمًا] وكل حيلة يحتال بها الرجل ليتخلص بها عن الحرام، أو يتوصل بها إلى حلال فهو حسن "^(٢).

وهناك الكثير من الكتب في الحيل تنسب إلى الحنفية ككتاب الحيل للخصاف^(٣)، لكن الحنفية في كتبهم لا يقولون بكل حيلة، بل إنهم يحرمون ما لا يوافق مقاصد الشريعة ويؤكد هذا أنه لم يؤثر في كتبهم حيلة واحدة في باب العبادات، وشارك الشافعية الحنفية في التوسع بالحيل، وقد ألف القزويني الشافعي^(٤) كتابا في الحيل أسماه (الحيل في الفقه).

واستدلوا على كلامهم بعدة أدلة من الكتاب والسنة والقياس على جواز الحيل بشروطها وضوابطها^(٥)، وهي:

أ- أدلتهم من الكتاب:

قوله تعالى لنبية أيوب **الضَّلَالَةَ: ﴿وَأَخَذَ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنُثْ إِنََّّا وَجَدْنَاهُ صَابِرًا نِعْمَ الْعَبْدُ إِنَّهُ أَوَّابٌ﴾** /سورة ص، آية: ٤٤/ حيث حلف ليضربن امرأته مائة ضربة، المتعارف الظاهر إنما تكون متفرقة ثم عزز عليه فعل هذا بمن أحسنت إليه في عشرتها، فأرشدته الله تعالى إلى طريق يتحلل بها من يمينه بأن يضربها ضربة واحدة، بضغت فيه مائة عود وهذه حيلة في خروجه من اليمين^(٦)، ولا يضر هذا الدليل أنه متعلق بشرع غيرنا وذلك لأن الحنفية وأكثر الشافعية^(٧) يذهبون إلى أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ما يخالفه^(٨).

^(١) قد ادعى على أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه ألف كتابا في الحيل ملل اشتهر به من شدة الذكاء وجودة الرأي في استنباط الأحكام ولكن هذا الادعاء لم تثبت صحته وان اثر عنه روايات فيها، وما أثر عن الإمام الأعظم أبي حنيفة رحمه الله أنه أتاه أخوان تزوجا أختين فزفت كل امرأة منهما إلى زوج أختها، فدخل بها ولم يعلم ثم علما الحالة لما أصبحا، فذكرا له ذلك وسألاه المخرج فقال لهما: كل منكما راضي بالتي دخل بها؟ فقالا نعم فقال: ليطلق كل منكما امرأته التي عقد عليه تطليقة، ففعلا فقال: ليعقد كل منكما على المرأة التي دخل بها ففعلا، فقال: ليمضي كل منكما إلى أهله، أبو زهرة، الامام أبو حنيفة ص ٤٣١، قلت: فهذه الحيلة لا تخرج إلا من عبقرى كالإمام الأعظم أبي حنيفة، وذلك لان المرأة التي دخل بها كل منهما قد وطأها بشبهة فله أن ينكحها في عدتها وأمرها أن يطلقها تطليقة واحدة بالتي لم يدخلها، فالواحدة بينتها ولا عدة عليها منه، فلأآخر أن يتزوجها.

^(٢) انظر، الفتاوى الهندية، ج ٦-ص ٣٩٠

^(٣) هو من أئمة الحنفية، أحمد بن عمر الشيباني أبو بكر كان عالما في الفروض والحساب والفقه وله عدد من التصانيف، (ت: ٢٦١هـ)، انظر تقي الدين التميمي،

الطبقات السنية في تراجم الحنفية، دار الرفاعي، الطبعة الأولى، الرياض، ١٩٨٣م ج ١-ص ٤١٨

^(٤) هو محمود بن الحسن القزويني الشافعي فقيه أصولي تفقه في بغداد ودرّس فيها (ت: ٤٤٠هـ) له تصانيف عديدة، انظر ابن الصلاح، طبقات الفقهاء الشافعية دار البشائر الإسلامية الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ ج ٢-ص ٦٧١.

^(٥) السرخسي، المبسوط ج ٣٠-ص ٢٠٩ وما بعدها

^(٦) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء اسماعيل بن عمر الدمشقي، تحقيق محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ ج ٤-ص ٤١

^(٧) ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية وأكثر الشافعية ورواية عن الامام أحمد أن شرع من قبلنا شرع لنا، وذهب بعض الشافعية ورواية عن الإمام أحمد أن شرع من قبلنا ليس شرع لنا، ينظر للتفصيل، الغزالي، المستصفى ج ١-ص ١٦٥، الأمدي، الإحكام ج ٤-ص ١٣٧، ابن قدامة، روضة الناظر ج ١-ص ١٥٩

^(٨) انظر، البوطي، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق الطبعة الرابعة ص ٣٠٥، ٣٠٤.

ب- أدلتهم من السنة:

عن أبي هريرة رضي الله عنه: (أن رسول الله ﷺ استعمل رجلا على خير فجاءه بتمر جنيب^(١)، فقال له رسول الله ﷺ أكل تمر خير هكذا ؟ فقال: لا والله يا رسول الله، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاث، فقال رسول الله ﷺ: فلا تفعل، بع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيبا^(٢)).

وجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ قد أمره أن يتوصل إلى مراده، وهو أخذ الجيد من التمر بالردىء منه بطريق مشروع في الأصل وهو أن يتوسط عقد آخر، فقال له بع الردىء بالدرهم، ثم اشتر بالدرهم التمر الجيد، ولم يفرق بين أن يبتاع من المشتري نفسه، أو من غيره فشمله بعموم، ولو كان الابتاع من المشتري حراما لنهى عنه رسول الله ﷺ.

قال النووي (ت: ٦٧٦هـ، ١٢٧٧م) في شرح هذا الحديث: واحتج بهذا الحديث أصحابنا وموافقوهم، في أن مسألة العينة ليست بحرام، وهي الحيلة التي يعملها بعض الناس توصلا إلى مقصود الربا، بأن يريد أن يعطيه مائة درهم بمائتين فيبيعه ثوبا بمائتين ثم يشتري منه بمائة، وهذا كله ليس بحرام عند الشافعية^(٣).

وعن سعيد بن سعد بن عباد^(٤) قال: "كان من أبياتنا رويجل ضعيف مخدج فلم يرعى الحي، الا وهو على أمة من إمائهم، يخبث بها، فذكر ذلك سعد بن عباد لرسول الله ﷺ وكان ذلك الرجل مسلماً فقال: اضربوه حدّه، فقالوا: يا رسول الله إنه أضعف مما تحسب، لو ضربناه مائة قتلناه، فقال: خذوا له عثكالا^(٥) فيه مائة شمراخ^(٦)،

ثم اضربوه به ضربة واحدة، قال: ففعلوا^(٧).

(١) الجنيب: الجيد من التمر، والجمع الردىء من التمر.

(٢) رواه البخاري، الصحيح، كتاب البيوع، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه رقم (٢٠٨٩).

(٣) النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ/١١ ص-٢١.

(٤) هو سعيد بن سعد بن عباد الأنصاري الساعدي، ابن الصحابي سعد بن عباد أحد العشرة المبشرين بالجنة، واختلف في صحبته، قال ابن عبد البر صحبته صحيحة، هو صحابي ابن صحابي، واختلف فيه قول ابن حبان، فذكره في الصحابة وفي ثقات التابعين، وقال الواقدي: كان واليا لعلّي على اليمن، انظر، ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ/٣ ص-٨٨.

(٥) العثكال: هو العذق من النخل أي عنقود التمر الكبير.

(٦) الشمراخ: هو الغصن الدقيق الذي يكون في عنقود التمر.

(٧) رواه ابن ماجه في السنن، انظر سنن ابن ماجه، هو أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (ت: ٢٧٣هـ).

رقم الحديث (٢٥٧٤) تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية ج ٢- ٨٥٩، ٨٦٠.

وجه الدلالة: أن الضرب بالشمراخ ليس هو الحد الواجب في الأصل بدليل أنه قال لهم قبل أن يرشدتهم إلى هذا اضربوه حدّه^(١)، قال الشوكاني(ت: ١٢٥٠، ١٨٣٤ م): وهذا العمل من الحيل الجائزة شرعاً وقد جوز الله مثله في قوله^(٢): ﴿وَحُذِّ بِيدِكَ ضِعْفًا﴾ /سورة: ص، آية: ٤٤/

ج- دليلهم من المعقول:

إن العقود الشرعية ما هي إلا حيل يتوصل بها لإسقاط الحدود والمآثم، ولهذا لو وطئ إنسان امرأة أجنبية من غير عقد ولا شبهة لزمه الحد، فإذا عقد عليها عقد النكاح ثم وطئها لم يلزمه الحد فكان العقد حيلة على إسقاط الحد،

وشرع الله الرهن حيلة على رجوع صاحب الدين في ماله من عين المرهون إذا أفلس الراهن أو تعذر الاستيفاء منه^(٣).

الفريق الثاني: وهم المالكية والحنابلة^(٤)، حيث ذهبوا إلى عدم جواز الحيل وذلك بحكم اعتبارهم المقاصد وقولهم بسد الذرائع، فيمنعون جميع الوسائل المؤدية إلى الممنوع بشكل عام ولو لم يقصد العقادان أو أحدهما التوصل إلى المحذور، فيقولون بتحريم الحيل بوجود القصد الفاسد منهما أو من أحدهما والتي يمكن أن تخدم أصلاً شرعياً أو تناقض مصلحة شرعية من إحلال حرام أو تحريم حلال، وهذا الأمر في الحقيقة متفق عليه عند كل المذاهب وحتى عند الحنفية والشافعية القائلين بجواز الحيل، ومع هذا فإن المالكية والحنابلة لا يقولون بالحيل إلا استثناء في بعض فروعهم حتى لو كانت هذه الحيلة موافقة لمقاصد الشريعة، وذلك سداً للذرائع، فقد جاء في المغني: الحيل كلها محرمة ولا تجوز في شيء من الدين^(٥)، وقال الشاطبي: " الحيل في الدين بالمعنى المذكور غير مشروعة في الجملة " ^(٦).

واستدل المالكية والحنابلة على منعهم للحيل وامتناعهم عنها بعدة أدلة من الكتاب والسنة والاجماع والمعقول، سأذكر بعضاً منها:

أ- الأدلة من الكتاب:

(١) البوطي، ضوابط المصلحة ص ٣٠٩

(٢) الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي بن محمد (ت: ١٢٥٠)، تحقيق: عصام الدين الصبايبي، دار الحديث، مصر الطبعة الأولى ١٩٩٣ مج ٧-ص ٢٨٥.

(٣) البوطي، ضوابط المصلحة ص ٢٩٩، ٣٠٤.

(٤) انظر الشاطبي، الموافقات ج ٢-٣٩١، ٣٧٨، ابن القيم، إعلام الموقعين ج ٣-ص ٢٤٢

(٥) انظر، ابن قدامة، المغني ج ٤-ص ٥٦

(٦) الشاطبي، الموافقات ج ٢-ص ٣٨٧

ما ذكر في القرآن الكريم من صفات المنافقين والمرائين وذمهم ومن صفات أهل الكتاب وتحاييلهم على الشرع، قوله تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَقُولُ آمَنَّا بِاللَّهِ وَبِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَا هُمْ بِمُؤْمِنِينَ﴾ (٨) يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يُخَادِعُونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾/سورة: البقرة، آية: ٨/

- ومنها أيضاً قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْمُنَافِقِينَ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَهُوَ خَادِعُهُمْ وَإِذَا قَامُوا إِلَى الصَّلَاةِ قَامُوا كُسَالَى يُرَاءُونَ النَّاسَ وَلَا يَذْكُرُونَ اللَّهَ إِلَّا قَلِيلًا﴾/سورة: النساء، آية: ١٤٢/

ففي هذه الآيات يبين الله سبحانه وتعالى أن هنالك صنفاً من الناس يحاولون أن يخدعوا الله وفي حقيقة الأمر أنهم هم المخدعون وهم لا يشعرون، ويتجلى ذلك بإتيانهم أفعالاً وأقوالاً ظاهرها الخير وموافقة لمقصد الشارع إلا أنهم يطنون خلاف ذلك، لأجل تحصيل مرادهم، وهذه هي حقيقة الحيل، كون المحتال يقصد بأفعاله وأقواله خلاف ما يظهر^(١).

- و منها أيضاً ماجاء في قصة أصحاب السبت الذين حرم الله عليهم الصيد في هذا اليوم فحفروا حياضهم بحيث يكون لها قنوات تصلها بالبحر حتى تدخلها الحيتان يوم السبت، ثم يجسونها ويصيذونها في الأيام الجائزة، فعاقبهم الله بالمسخ، قال الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الَّذِينَ اعْتَدَوْا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ﴾/سورة: النساء، آية: ١٤٢/وجه الدلالة: حيث تدل الآية على أن الأعمال بمقاصدها لا بصورها، وأن العبرة للمعاني لا للظواهر وأن كل حيلة يترتب عليها العبث بالشرع تكون محرمة^(٢).

ب- أدلتهم من السنة:

- قول رسول الله ﷺ: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه)^(٣).

يعتبر هذا الحديث أصلاً في إبطال الحيل إذ دل على أن الأعمال بمقاصدها، فمن نوى بعقد النكاح التحليل كامن محلل، إذ أن كل شيء قصد به تحریم ما أحل الله أو تحليل ما حرم الله كان ممنوعاً^(٤).

الترجيح: بحسب ما بينا أن الفقهاء اختلفوا في حكم الحيل بين مؤيد ومانع، لكن الملاحظ أن القائلين بجواز الحيل لم يجوزوها على الإطلاق وإنما وضعوا ضوابط وشروط لقبول الحيلة، فكلامهم يدور حول الحيل المشروعة وفق الضوابط الشرعية، أما المانعون للحيل فإنهم يرمونها بحسب نظرهم لها وهي الحيل التي تخدم أصلاً شرعياً أو تناقض مصلحة معتبرة، فكل فريق من الفريقين حكم على الحيل بموجب تصوره للمسألة، وفي نهاية بيان هذه المسألة يتبين لي جواز الأخذ بالحيل ولكن ليس على الإطلاق وإنما ضمن الضوابط الشرعية للحيل وهي:

(١) الشاطبي، الموافقات، ج ٢- ص ٣٨١، ٣٨٠

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين ج ٣- ص ١٦٢

(٣) سبق تخريجه انظر ص ١٣ من البحث.

(٤) ابن حجر، فتح الباري ج ١٢- ص ٣٢٨، ٣٢٧

١- أن لا تعارض قصد الشارع أي لا تخالف مقصداً من مقاصد الشرع وإلا كانت حيلة غير مشروعة.

٢- أن لا تهدم الحيلة أصلاً شرعياً.

٣- أن لا تلحق الحيلة ضرراً بالغير.

٤- أن لا تسقط الحيلة حقاً ثابتاً للغير.

٥- أن تكون الوسيلة مشروعة في الأصل.

ثالثاً- صلة الحيل بالقصد.

يتصل القصد بالحيل المحرمة من ناحية القصد غير المباشر غير المشروع إذ إن كلاً من الحيلة في جانبها المحرم والقصد غير المشروع يقومان على فعل ظاهره الجواز ويفضي إلى هدف أو غاية غير مشروعة، كما أن كلاهما فيه مناقضة لقصد الشارع وتفويت لمقاصد الشرع ففي هذا الجانب يمكن اعتبار الحيل تطبيقاً عملياً للقصد غير المشروع.

المطلب الثاني: علاقة القصد بالإرادة العقدية.

تمهيد:

لا شك أن أساس العقد هو الصيغة وهذه الصيغة نعبر عنها بالإيجاب والقبول وهي معبرة عن الإرادة "إرادة المكلف"، ولكن إذا اتفقت هذه الصيغة مع الإرادة نشأ العقد بالإجماع لكن قد يحدث ألا يتطابق التعبير عن الإرادة مع القصد وذلك كعقد المكره مثلاً فإن الصيغة فيه هنا تخالف إرادة المكلف، فلذلك لا بد من بيان العلاقة بين القصد والإرادة العقدية وأوجه الشبه بينهما.

أولاً- تعريف الإرادة لغة واصطلاحاً.

أ- تعريف الإرادة لغة: الإرادة مأخوذة من (رَوَدَ) أي طلب، و راد الكلاً يروده روداً ورياداً، والإرادة:

المشيئة، وأراد الشيء شاءه وأحبه^(١).

وتأتي الإرادة بمعنى القصد كقوله تعالى: ﴿تِلْكَ الدَّارُ الْآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِي الْأَرْضِ وَلَا فَسَادًا وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ﴾/سورة: القصص، آية ٨٣/ أي لا يقصدونه ولا يطلبونه^(٢)، وفي الحقيقة إن هذا المعنى هو الذي نقصده ونريده.

(١) انظر ، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مادة (رود).

(٢) انظر ، الجرجاني، التعريفات ص ١٧ .

ب- الإرادة اصطلاحاً: عرفت الإرادة اصطلاحاً بأنها القوة مركبة من شهوة وحاجة وخاطر وأمل ثم جعلت اسماً لنزوع النفس إلى شيء مع الحكم فيه أنه ينبغي أن يفعل أو أن لا يفعل^(١)، وعرفت الإرادة اصطلاحاً بأنها: هي القوة المولدة للعقد^(٢)، وبذلك يتبين لنا أن المعنى الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي، فتكون الإرادة بحسب معناها اللغوي والاصطلاحي هي القصد ونعبر عنها بالقصد المباشر.

ثانياً- أقسام الإرادة العقدية:

تنقسم الإرادة العقدية إلى قسمين رئيسيين هما:

أ- الإرادة الظاهرة، ب- الإرادة الحقيقية^(٣).

أ- الإرادة الظاهرة: وهي كما عبر عنها الشيخ الزرقا: التعبير عن الإرادة الحقيقية بكلام أو بفعل صادر عن المتعاقدين، فالإرادة الظاهرة هي (الإيجاب والقبول) أو ما يقوم مقامها كالتعاطي في غير عقد الزواج، وهذه الإرادة الظاهرة هي التي تعبر عما في النفس من بواعث وتبرز المقاصد، فهي العامل في العقد دون حاجة إلى البحث عما في النفس مادامت القصد والبواعث مستورة ولا يوجد دليل أو قرينة^(٤).

ب- وأما الإرادة الحقيقية: فهي الإرادة الباطنة التي لا يطلع عليها^(٥) وهي أساس القصد المباشر للعقد، والرغبة في إنشائه مع الرضا لما يترتب عليه من آثار^(٦).

ثالثاً- العلاقة بين الإرادة الحقيقية والظاهرة:

إن الإرادة الباطنة تمثل جوهر التصرف، والإرادة الظاهرة تمثل الرداء الذي يستر به ذلك الجوهر والثانية تدل على الأولى، فالإرادة الظاهرة هي وسيلة للتعبير عما تنطوي عليه الإرادة الحقيقية وفي الحقيقة أن إطلاق اسم الإرادة الظاهرة على وسيلة التعبير عن الإرادة الباطنة إنما هو تجوز وذلك لأنه في الحقيقة لا يمكن اعتبارها إرادة وإنما وسيلة للتعبير فمن هذه الناحية سميت بالإرادة الظاهرة وذلك بالنظر إلى المآلات، وإنما الإرادة هي الإرادة الحقيقية أو الإرادة الباطنة.

(١) انظر أبو البقاء، أيوب بن موسى الحسني القريني الكفوي أبو البقاء الحنفي (ت: ١٠٩٤ هـ)، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش، مؤسسة الرسالة بيروت ج ١- ص ٧٤.

(٢) انظر، الزحيلي، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق ج ٤- ص ٨٨.

(٣) انظر، الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ص ٤٣٥.

(٤) انظر الزرقا، المدخل الفقهي العام ص ٤٣٦.

(٥) انظر الزرقا، المرجع السابق ص ٤٣٦.

(٦) انظر، الدريني، لنظريات الفقهية ص ٣٦٧.

أ- **انفراد الإرادة الحقيقية (الباطنة) بالوجود:** إن العقد لا يمكن انعقاده بمجرد وجود الإرادة الباطنة ولو علم الطرفان بوجود نيتهم، فالزواج لا ينعقد بمجرد نية العاقدين، فلا بد من القالب الخارجي الذي يظهر هذه الإرادة إلى العيان، فقصد الغرض الأساسي لا يمكن اعتباره ما لم يقيد بصيغة "الإيجاب والقبول" أو إحدى الوسائل الشرعية الأخرى التي تعبر عن الإرادة الباطنة، ويكاد الفقهاء يجمعون على ضرورة إظهار الإرادة كشرط لإنتاجها، فالإرادة الباطنة لا يمكن اعتبارها ما لم تحتز عتبة النفس^(١)، قال الإمام الشافعي: "والنية لا تصنع شيئاً وليس معها كلام فالنية إذا لم يكن معها كلام أولى ألا تصنع شيئاً يفسد به بيع ولا نكاح"^(٢)، وذلك لأن الألفاظ إنما وضعت لتبين ما في النفس، وخصوصاً أن خواطر القلوب وإرادة النفوس لا يستطيع الإنسان اختيارها، ولو رتبنا الأحكام عليها لهلك الناس جميعاً فقد قال رسول الله ﷺ (إن الله تجاوز لي عن أمتي ما وسوست بها صدورهم ما لم تعمل أو تكلم)^(٣).

ب- **انفراد الإرادة الظاهر:** إذا انفردت الإرادة الظاهرة المتمثلة بالإيجاب والقبول من دون وجود الإرادة الحقيقية (الباطنة)، كالتعبير الصادر من الطفل غير المميز أو النائم أو المجنون أو المكره باستثناء المازل في عقد الزواج لورود النص، فإن هذا التعبير لا يفيد شيئاً البتة، وكما أن التصرف لا يوجد بمجرد النية، فكذا الإرادة الظاهرة لا تفيد شيئاً لوحدها وذلك لأن هذه الإرادة هي المعبر عما في النفس، فحتى يكون للإرادة أثر في تكوين العقد لا بد من أن تجتمع الإرادة الظاهرة المتمثلة بالإيجاب والقبول والإرادة الحقيقية التي تمثل الرضا والاختيار، فإذا توافقت الإرادتان وتوافرت كل الشروط المعتبرة فيهما تم العقد وترتبت آثاره إلا في بعض الحالات التي ورد النص عليها كعقد نكاح المازل، لكن الإشكال إذا خالفت الإرادة الظاهرة المتمثلة بالإيجاب والقبول للإرادة الحقيقية "الرضا و الاختيار"^(٤) أي خلاف التعبير "الإرادة الظاهرة" للإرادة الحقيقية، وهذا ما سآبينه في المطلب التالي.

رابعاً- الاختلاف بين الصيغة (الإرادة الظاهرة) والإرادة الحقيقية (الباطنة).

^(١) إن للقصد خمس مراتب: الأولى: الهاجس وهو يلقي في النفس وليس له أثر أو مواخذة لأنه ليس للعبد دخل فيه، والثانية: الخاطر وهو جريان الهاجس، والثالثة: حديث النفس وهو ما يقع فيها من التردد هل يفعل أو لا وهو متجاوز عنه، والرابعة: الهم وهو ترجيح قصد الفعل، والخامسة: العزم وهو قوة ذلك القصد والجزم به، فالهاجس لا يواخذ به جماعاً لأنه ليس من فعله وإنما هو وارد عليه لا قدرة له على رده، والخطر الذي بعده كان قادراً على دفعه بصرف الهاجس، ولكنه هو وما بعده من حديث النفس مرفوعان بالحديث الصحيح وإذا ارتفع حديث النفس ارتفع ما قبله بطريق الأولى، وهذه المراتب الثلاث الأولى لو كانت في الحسنات لم يكن له بها أجر وذلك لعدم القصد، وأما الهم فإن الحسنات تكتب والسيئة لا تكتب، وأما العزم فهو المؤاخذ به. السيوطي، الأشباه والنظائر ص ٣٣١ ونظم بعضهم هذه المراتب فقال:

مراتب القصد خمسٌ هاجسٌ ذكرُوا
فخاطرٌ فحديث النفس فاستمعَا
يليه همٌ وعزمٌ كلها رُفعت
سوى الأخير ففيه الإنم قد وقعا

^(٢) انظر، الشافعي، الأم ج ٤-ص ١٢١ .

^(٣) أخرجه البخاري في كتاب العتق، باب الخطأ والنسيان في العتاق والطلاق، رقم الحديث: ٢٥٢٨.

^(٤) انظر، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج ٤-ص ٣٠٣٧.

إن التلازم بين الإرادتين ليس ضرورياً، فإنه قد تنفك الإرادتان عن بعضهما وذلك إما بسبب انعدام الإرادة أو قصداً من أحد العاقدين أو قد يكون ذلك من غير قصد^(١).

١ - انعدام الإرادة: ويكون في الأمور التالية:

أ- عبارة المجنون غير المميز والنائم والمغمى عليه: حيث أن العقود التي تصدر منهم لا أثر لها لانعدام الإرادة الحقيقية في إنشاء العقد لقوله ﷺ: (رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يكبر)^(٢).

وعلل الشاطبي رحمه الله إبطال تصرفات من تنعدم إرادته كالمجنون والنائم ونحوه بقوله: "الأحكام الخمسة إنما تتعلق بالأفعال والتروك في المقاصد، أي أن أفعال المكلفين وتروكهم إنما تتعلق بها الأحكام الشرعية التكليفية، إذا توفر فيها القصد، وأما ما وقع من غير قصد ولا عمد ولا نية ولا وعي.... فهو بمثابة حركات العجاوات والجمادات"^(٣).

والسكران أيضاً ليست له إرادة حقيقية في التصرف لكن مع ذلك اختلف الفقهاء في تصرفاته^(٤).

ب- عدم فهم العبارة: فإذا لم يفهم الشخص عبارة الغير و نطق بعبارة تدل على الرضا بالتصرف لم ينعقد العقد، سواء في الإيجاب أو القبول، لأن العبارة الصادرة عنه لا تدل على قصد صحيح ولا تعبر عن إرادته وذلك كالصبغة التي تصدر من العجمي ولا يفهم معناها، كصبغة الإيجاب والقبول في عقد الزواج، يتلفظ بها وهو غير فاهم لمعناها، عندها لا يتم العقد لانتهاء الإرادة الحقيقية^(٥)، إلا أن الحنفية خالفوا هذا الأصل في العقود ذات الطبيعة الخاصة لما لها من خطر، فقالوا: إذا كان التصرف مما يستوي فيه الجد والهزل كالزواج... وعلم العاقدان أن اللفظ المستخدم ينعقد به التصرف وإن لم يعلم حقيقة معناه فينعقد به التصرف^(٦)، أما إذا كانت العبارة غير مفهومة ولا يعرف العاقدان دلالة اللفظ المستخدم في التصرف فلا يتم العقد بالإجماع.

٢ = الاختلاف بين التعبير " الإرادة الظاهرة " و الإرادة الحقيقية "الباطنة".

(١) انظر، سوار، وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة التوجيه المصرية الطبعة: الأولى ١٩٦٠ م، القاهرة ص ٣٧٠ وما بعدها، و الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج ٤-ص ٣٠٣٨.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الحدود، باب المجنون يسرق أو يصيب أحداً رقم الحديث: (٤٣٩٨).

(٣) الشاطبي، الموافقات ج ١-ص ٢٣٤

(٤) اختلف الفقهاء في اعتبار تصرفات السكران إلى عدة أقوال: فذهب الحنفية والشافعية ورواية عند الحنابلة إلى أن ما يصدر من السكران من صيغ سواء زواج أو طلاق أو بيع ونحو ذلك صحيحة وناظرة ترتب عليها آثارها، وذهب بعض الشافعية وهو رواية عند الحنابلة إلى عدم صحة تصرفاته، وذهب الإمام مالك وأصحابه إلى صحة تصرفات السكران لكنها غير لازمة، فتلزمه الجنائيات والعق والطلاق ولا تلزمه الإقارن والعقود، ينظر: السرخسي، المبسوط ج ٦-ص ١٧٦، المرداوي، الحاوي الكبير ج ١٠-ص ٢٣٦، الصاوي، بلغة السالك، ج ٢-ص ٥٤٣ ابن قدامة، المغني، ج ٧-ص ٣٧٩.

(٥) انظر، الرملي، نهاية المحتاج ج ٦-ص ٤٣٤.

(٦) انظر، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي (ت: ١٢٥٢)، رد المحتار على الدر المختار، (حاشية ابن عابدين) دار الفكر، بيروت الطبعة: الثانية، ١٩٩٤ م ج ٣-ص ١٥، و ابن الهمام، فتح القدير ج ٣-ص ١٩٧.

وهذا الاختلاف إما أن يكون مقصوداً أو غير مقصود^(١).

فأما الاختلاف المقصود بين التعبير والإرادة الحقيقية فيكون في :

أ- **التعليم والتعلم والتمثيل**: فقد يصدر عن المتكلم بعض صيغ التصرفات وهو مدرك لمعناها قاصداً للعبارة لكنه لا يريد إنشاء أي التزام، أي أنه لا يريد نتيجة هذا التصرف، وإرادة نتيجة التصرف هو جزء من الإرادة الحقيقية (الباطنة)، كالقيام بعقد الزواج على سبيل التعليم أو حتى التمثيل كما في المسلسلات التلفزيونية، فهذه التصرفات لا يبنى عليها أي أثر وتعتبر باطلة^(٢)، لأن الإرادة العقدية ناقصة بالرغم من وجود الصيغة، إلا أنه لم يرد الغرض الأساسي من هذا التصرف أو نتيجته، إلا أن بعض الحنفية خالفوا الفقهاء في هذه المسألة حيث بنوا على هذه التصرفات الآثار الشرعية بكونها من العقود التي يستوي فيها الجد والهزل^(٣).

ب- **الهزل**: فالهزل يدرك ما يقوله إلا أنه لا يريد نتيجته، أو لا يريد أن يترتب عليه أي أثر، وعقود الهازل وتصرفاته يمكن أن تجري في التصرفات المالية^(٤)، أما في التصرفات غير المالية التي لا تقبل الفسخ كالزواج مثلاً فتصح عبارته ويترتب عليها الآثار الشرعية لورود النص، وذهب الحنفية إلى أن عبارة الهازل صالحة لإنشاء العقود وترتيب الآثار عليها سواء في المعاوضات المالية أو في غير المالية^(٥).

وأما الاختلاف غير المقصود بين التعبير (الإرادة الظاهرة) والإرادة الحقيقية (الباطنة) فيكون في:

أ- **الخطأ في التعبير أو سبق اللسان**: وهو صدور التعبير من غير قصد عند المباشرة لتعبير مقصودة سواه، وذلك كأن يقصد المتكلم النطق بكلمة فيسبق لسانه إلى كلمة أخرى فيتلطف بها، فذهب الحنفية إلى صحة عبارة المخطئ سداً لذريعة ادعاء الخطأ^(٦)، أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أنه لا يترتب على عبارته أي عقد أو التزام^(٧)، لحديث: (إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(٨).

ب- **الإكراه**: وهو أن يقصد العاقد في حالة الإكراه التلطف بالعبارة مع فهمه لمعناها لكنه غير راض بترتيب الآثار عليها، كالمكره على الزواج فإنه يتلطف بالعبارة وهو فاهم لمعناها، لكن إرادته الحقيقية معدومة فلا ينشأ

(١) انظر، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤-ص ٢٠٤٠-٣٠٣٨، سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ص ٣٧٠ وما بعدها .

(٢) انظر، النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت الطبعة: الثانية، ١٩٩١م ج ٨-ص ٥٤٠

(٣) انظر، ابن عابدين، رد المختار ج ٣-ص ١٥

(٤) انظر، النووي، روضة الطالبين ج ٨-ص ٥٤٠، والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٣-ص ٤، وابن قدامة، المغني ج ٧-ص ٨٠ .

(٥) انظر، ابن عابدين، رد المختار ج ٣-ص ٢٤٢

(٦) ابن عابدين، المرجع السابق ج ٣-ص ٦٤١

(٧) الرملي، نهاية المحتاج ج ٦-ص ٤٤٠

(٨) سبق تخريجه في الصفحة ٥٨.

عنها أي التزام عند أكثر الفقهاء^(١)، أما الحنفية فقالوا إن الإكراه يؤثر على العقود المالية فقط وأما العقود التي لا تقبل الفسخ أو فيها حق لله فإنه تقع صحيحة^(٢).

خامساً: الأسس التي تقوم عليها الإرادة:

إن الإرادة العقدية التي تمثل القصد المباشر، هي أساس العقد وتقوم هذه الإرادة على عنصرين أساسيين لا تحقق من دونهما هما: الاختيار، والرضا.

أ- تعريف الرضا والاختيار: عرف الحنفية الرضا بأنه : إظهار الشيء واستحسانه^(٣)، وعرفوا الاختيار بأنه: القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل في قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر^(٤).

و يمكن أن نعرف الرضا والاختيار عند الجمهور بأن الاختيار هو: قصد المكلف بعبارة الدلالة والكشف عما في نفسه من رغبة^(٥).

وبذلك نرى أن الحنفية قد فرقوا بين الاختيار والرضا، فالاختيار هو القصد ومشية أمر بين الوجود والعدم ، والرضا هو الاستحسان والسرور والتفضيل، وبذلك يكون الرضا عند الحنفية أخص من الرضا عند الجمهور فمجرد القصد إلى تحقيق أثر في العقود عليه يسمى رضا عند الجمهور وإن لم يظهر السرور، في حين لا يمكن اعتبار الرضا ما لم يتحقق الاستحسان والتفضيل على أقل تقدير عند الحنفية، فلذلك يمكن أن يحصل الاختيار دون الرضا في مذهبهم.

ب- اثر اختلاف الفقهاء في التفريق بين الرضا والاختيار: كما بينا سابقاً أن الحنفية فرقوا بين الرضا والاختيار في تعريفهم لهما، بينما اعتبرهما الجمهور أمراً واحداً، ولهذا التفريق أثر فقهي أبينه فيما يلي:

أ- مذهب الحنفية: ذهب الحنفية إلى إن الرضا والاختيار شيئان مختلفان من حيث المعنى الاصطلاحي والآثار، فالاختيار عندهم هو مجرد إرادة عابرة أو ما يقوم مقامها، سواء وجدت الرغبة في إنشاء العقد أو لم توجد، أما الرضا فهو استحسان الشيء وتفضيله والرغبة في آثار العقد، فيعتبر الرضا أخص من الاختيار وهو شامل له

(١) النووي، روضة الطالبين ج ٨-ص ٥٧ والمواق المالكي، خليل محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المالكي (ت: ٨٩٧هـ) ، التاج والإكليل لمختصر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م ج ٥-ص ٣١٢ وما بعدها، المغني لابن قدامة ج ٧-ص ٣٨٢ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ج ٧-ص ١٨٦ .

(٣) أمير بادشاه، محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي (ت: ٩٧٢هـ، تيسير التحرير، دار الفكر، بيروت) ج ٢-ص ٢١٩.

(٤) البخاري، كشف الأسرار، ج ٤-ص ٣٨٣ .

(٥) يؤخذ هذا التعريف من كتب الجمهور، ينظر، الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه ج ٢-ص ١٧٣ ، انظر، الخرشني ، الخرشني على مختصر خليل ، محمد الخرشني أبو عبد الله المطبعة الأميرية بولاق ج ٥-ص ٩ ، فليوبي وعميرة ، حاشيتا فليوبي وعميرة على شرح المحلى على منهاج الطالبين، أحمد بن سلامة الفليوبي، وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة ، طبعة البابي الحلبي الطبعة الثالثة ١٩٥٥م ، ج ٢-ص ١٥٦

دون العكس، فقد يوجد الاختيار دون الرضا، كعقد الهازل والمكره إذ في كل من العقدين يتحقق الاختيار دون الرضا^(١)، أما إذا لم يتحقق شيء من الرضا والاختيار فهذا العقد باطل، كعقد زواج المجنون وغير المميز^(٢).

وبناءً على هذا التفريق بين الرضا والاختيار قال الحنفية إن الرضا شرط لصحة العقود التي تقبل الفسخ، كالبيع والإجارة ونحوه فهي لا تصح إلا مع التراضي، وقد تنعقد لكنها تكون فاسدة، وأما العقود التي لا تقبل الفسخ عندهم فالرضا ليس شرطاً لصحتها، فيصح عندهم النكاح والطلاق مع الإكراه^(٣).

ب- مذهب الجمهور: لا يفرق الجمهور بين الرضا والاختيار بل اللفظان عندهم مترادفان متلازمان لا يوجد أحدهما دون الآخر^(٤)، فالاختيار والرضا عندهم هو القصد إلى العبارة المنشئة للعقد والتي تكشف عما في النفس من الرغبة في إنشائه بغية الوصول إلى الآثار التي رتبها الشرع على ذلك، فالأصل عندهم أنهما شرط في الانعقاد فإذا لم تتوافر في العبارة تلك الدلالة لم يكن ثمة اختيار للعقد ولا رضا به كعقد زواج المكره مثلاً فلا يقع طلاقه ولا بيعه ولا أي تصرف قولي لعدم وجود الرضا والرغبة فيها، وليس هنالك اختيار صحيح فيها^(٥).

سادساً: بيان الصلة بين القصد والإرادة العقدية. إن الإرادة العقدية هي ذاتها القصد المباشر للعقد، وكما بينا سابقاً إن القصد القصد المباشر في العقد هو قصد الفعل ذاته، ونعبر عنه بالصيغة (الإيجاب والقبول) وقصد الغرض الأساسي من العقد أو قصد النتيجة (الرضا والاختيار).

فالإرادة العقدية إذا تعبر عن هذين الجانبين فقط، وهما يمثلان القصد المباشر وليس كل حيثيات القصد، أي إن الإرادة العقدية لا تتعدى معنى القصد المباشر، فهي واحدة في كل نوع من أنواع العقود كما هو شأن القصد المباشر على عكس القصد غير المباشر الذي يتنوع ويتعدد حتى ضمن النوع الواحد من العقود، كالدوافع والبواعث التي يريدها العاقد أو كليهما من وراء العقد والتي تختلف باختلاف الأشخاص.

لكن من خلال دراساتي واستقراي لهذا الموضوع وجدت أن الكثير من العلماء قد اعتبروا أن الإرادة العقدية شاملة لكل حيثيات القصد المباشر وغير المباشر، كالأستاذ الزحيلي رحمه الله في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته التفصيلية، وتلميذته مصونة الحسني في أطروحة الدكتوراه الباعث وأثره، ووحيد الدين سوار في كتابه التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، فهؤلاء عندما تكلموا عن حالات اختلاف الإرادة الظاهرة "الإيجاب والقبول" عن

(١) انظر، الكاساني، بدائع الصنائع ج ٧-ص ١٨٦ النووي، روضة الطالبين ج ٨-ص ٥٨ ابن قدامة، المغني ج ٧-ص ٣٨٢.

(٢) انظر، سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص ٤٤٥ وأبو وزهرة، الملكية ونظرية العقد، ص ١٩٩.

(٣) انظر، المرغيناني، الهداية ج ٣-ص ٢٧٢

(٤) انظر، الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت: ٥٠٥)، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد بن محمود، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ ج ٥-

ص ٣٨٥، حمزة، حمزة حمزة، نظرية العقد، رسالة دكتوراه، جامعة كراتشي ص ١٠١ إلى ١١١

(٥) انظر، ابن عابدين، رد المحتار ج ٣-ص ٢٤٢، النووي، روضة الطالبين ج ٨-ص ٥٧، الدسوقي، حاشية الدسوقي ج ٣-ص ٤ ابن قدامة، المغني، ج ٧-ص ٨،

مصونة، الباعث وأثره في المعاملات المالية، ص ١٢٩.

الإرادة الحقيقية "الباطنة" ذكروا من هذه الحالات "مخالفة التعبير للإرادة قصداً" وهذا التقسيم لا غبار عليه لكنهم جعلوا "القصد غير المشروع ونكاح التحليل مثلاً" عليه "يعبر مما يدخل تحت هذه الحالة وبذلك يفهم من كلامهم أن الإرادة لعقدية تشمل القصد غير المباشر، أو الدوافع والبواعث التي تحرك إرادة القصد، وهذا الأمر ليس دقيقاً البتة، وذلك لأن قصد الزوج المحلل هو قصد غير مباشر غير مشروع، لا يدخل في صيغة العقد أو نتيجته، فالمحلل قد قصد الصيغة وأراد النتيجة وهي الزواج لكن كانت له بواعث ودوافع أخرى وهي تحليل الزوجة للمطلق ثلاثاً، فهذه البواعث والدوافع أتت وراء القصد المباشر أو الإرادة العقدية، ومن خلال هذا الكلام يظهر لنا أن الإرادة العقدية تشمل القصد المباشر للعقد وأما البواعث والدوافع التي لا تدخل في الصيغة أو الغرض الأساسي للعقد فهي تأتي وراء الإرادة العقدية ولا تؤثر على مبدأ الرضا والاختيار في الإرادة الحقيقية.



الفصل الثاني

أثر القصد غير المشروع على بعض صور عقد النكاح القديم والمعاصرة

وفيه المباحثين الآتيين

المبحث الأول: أثر القصد غير المشروع على بعض صور عقد النكاح القديمة

المبحث الثاني: أثر القصد غير المشروع على بعض صور عقد النكاح المعاصرة

المبحث الأول

أثر القصد غير المشروع على بعض صور عقد النكاح القديمة

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: نكاح التحليل.

المطلب الثاني: الزواج بنية الطلاق .

المطلب الثالث: نكاح الشغار.

المطلب الرابع: زواج المريض مرض الموت.

المطلب الخامس: نكاح المتعة.

المطلب الأول: نكاح التحليل.

أولاً: معنى نكاح التحليل لغة واصطلاحاً.

لا بد قبل الخوض في بيان حكم نكاح التحليل من بيان معنى التحليل لغة واصطلاحاً، مع العلم أننا بينا معنى النكاح سابقاً^(١).

أ- معنى التحليل لغة: التحليل من حَلَلٍ وحَلٍّ بالمكان، نزول القوم بِمَحَلَّةٍ، والحليل والحليلة الزوجان، وحلٌّ المحرم من إحرامه، يَحُلُّ، إذا خرج من إحرامه، والحلال ضد الحرام، وكل شيء أباحه الله فهو حلال^(٢).

وحل الشيء: صار مباحاً، وحلت المرأة جاز تزوجها، وهذا لك حل أي حلال، واستحل الشيء اتخذه حالاً، والتحليل أن يطلق الرجل امرأة ثلاثاً فيتزوجه رجل آخر بشرط أن يطلقها بعد موافقتها إياه لتحل للزوج الأول^(٣).

ب- التحليل اصطلاحاً: وردت عدة تعاريف في نكاح التحليل وكلها تصب في نفس المعنى.

عرفه ابن عرفة (ت: ٨٩٤هـ، ١٤٨٨ م) بأنه: "نكاح عقده الزوج الثاني قاصداً تحليل المطلقة المثلثة"^(٤).

وعرف الحنفية نكاح التحليل بأنه: أن يتزوج الرجل امرأة في قصده أن يحللها لزوجها السابق الذي طلقها ثلاثاً^(٥).

وهكذا نجد أن التعريفات تكاد تكون متطابقة سواء الاصطلاحية أو اللغوية كتعريف ابن منظور.

ثانياً: بيان صورة مسألة نكاح التحليل وعلاقتها بالقصد غير المشروع.

وصورته أن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً فإنها تحرم عليه حتى تنكح زوجاً غيره، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾/سورة: البقرة، آية: ٢٣٠/فيأتي رجل آخر فيتزوجها بنية أن يطلقها

^(١)راجع ص ٢٢ من هذا البحث.

^(٢)انظر، ابن منظور، لسان العرب مادة (حل).

^(٣)انظر، ابن سيده المرسى، أبو الحسن علي بن اسماعيل بن سيده المرسى (ت: ٤٥٨هـ)، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة السابعة ٢٠٠٠م ج ٢-ص ٢٢٦.

^(٤)الرضاع، محمد بن قاسم الأنصاري ابوعبدالله الرضاع المالكي (ت: ٨٩٤هـ)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى ج ١-ص ١٦٧.

^(٥)انظر، السرخسي، المبسوط، ج ٦-ص ٩.

لتحلل لزوجها الأول، فيكون القصد من هذا الزواج التحليل، الذي يمكن أن يكون مشروطاً في صلب العقد ،
أوغير مشروط ، تدل عليه قرائن حال الزوج والزوجة، فنكاح التحليل داخل في مناهج التحليل ،

وذلك قصد الشارع الأصلي من النكاح التناسل وبلييه طلب السكن والمودة والاستقرار والتعاون على القيام
بالمصالح الدنيوية والأخروية ، والمحلل لم يقصد هذه الأمور من النكاح ، وإنما قصد بلفظ العقد رفع الحرمة ،
حيث اتخذ المحلل من ألفاظ العقد حيلة لتحليل المطلقة ثلاثاً لا لقصد مواصلة النكاح ، وهذا قصد غير
مشروع يتنافى مع مقاصد الشارع من النكاح ، ولذلك اختلف العلماء في حكمه بحسب نظرتهم لحكم خفاء
وظهور القصد غير المشروعة في العقود، ومن هن اقساموا نكاح التحليل إلى صورتين رئيسيتين:

٢- النكاح بقصد التحليل.

١- النكاح بشرط التحليل

ثالثاً : بيان آراء الفقهاء في حكم نكاح التحليل.

اختلف الفقهاء في حكم نكاح التحليل على عدة مذاهب وهي .

أ- مذهب الحنفية:

لقد فصل الحنفية في مسألة حكم نكاح التحليل بين حالتين اثنتين، النكاح بقصد التحليل، والنكاح بشرط
التحليل، حيث اتفقوا في واحدة واختلفوا في أخرى فذهب الحنفية^(١) إلى جواز الزواج بقصد التحليل من دون
شرط في العقد مع الكراهة، بل ذهب بعضهم بأن المحلل يؤثر على فعله^(٢) وذلك بسبب اعتبار جهة المصلحة
في نكاح التحليل، باعتبار أن القصد من نكاح التحليل الإصلاح بين الزوجين، إذ قد يكون هذا الزواج سبباً
في التآلف .

قال الكاساني(ت: ٥٨٧هـ، ١١٩١م): " فإن تزوجت بزواج آخر وفي نيتها التحليل فإن لم يشترط ذلك بالقول، وإنما
نويها، ودخل بها على هذه النية حلت لأول بقولهم جميعاً، لأن مجرد النية في المعاملات غير معتبر فوقع النكاح صحيحاً
لاستجماع شرائط الصحة وتحل لأول"^(٣).

أما في حالة النكاح بشرط التحليل، كأن يتزوج مطلقة بشرط صريح في العقد على أن يحلها لزوجها الأول،
فذهب أبو حنيفة وزفر^(٤) إلى صحة هذا النكاح وأنها تحل لأول بعد أن يطلقها الثاني وتنتهي عدتها، وتكره
للثاني، وذلك لأن عمومات النكاح تقتضي الجواز ، ولأن عقد الزواج لا تبطله الشروط الفاسدة فكان النكاح

(١)المودودي، عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي مجد الدين أبو الفضل الحنفي (ت: ٦٨٣هـ)، الاختيار لتعليل المختار، ج٣-ص١٥١ مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٣٧هـ،
والعيني، البناية شرح الهداية ج٥-ص٤٨٠ ، شيخ زادة، عبدالرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده يعرف (بدماد أفندي) (ت: ١٠٧٨هـ) ، مجمع الأنهر في
شرح ملتقى الأبحر، ج١-ص٤٣٩ دار إحياء التراث العربي ، البابري ، العناية شرح الهداية، ج٤-ص١٨١

(٢)الزيلعي، تبين الحقائق ج٢-ص٢٥٦

(٣)الكسائي، بدائع الصنائع ج٣-ص١٨٧ .

(٤)الزيلعي، تبين الحقائق ج٢-ص٢٥٦ ، العيني، البناية شرح الهداية ج٥-ص٤٠٨ .

صحيحاً. قال الزيلعي (ت: ٧٦٢هـ، ١٣٦٠هـ): "يكراه الزوج بشرط أن يحلها له يريد به بشرط التحليل بالقول بأن قال: تزوجتك على أن أحلل لك له، أو قالت المرأة ذلك" (١).

قال الزيلعي (ت: ٧٦٢هـ، ١٣٦٠هـ): "يكراه الزوج بشرط أن يحلها له يريد به بشرط التحليل بالقول بأن قال: تزوجتك على أن أحلل لك له، أو قالت المرأة ذلك" (٢).

وذهب محمد إلى أن النكاح صحيح ولا تحل للأول عقاباً لهما، ومعاملة بنقيض القصد وذلك لأن النكاح عقد مؤبد فكان بشرط الإحلال استعجال ما أخره الله تعالى لغرض الحل، فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحاً إلا أنه لا يحصل به الغرض (٣)، وذهب أبو يوسف إلى فساد هذا النكاح لظهور القصد المناقض لمقصد الشارع، وهو التأقيت، وظهور شرط التأقيت في النكاح يفسده، وما دام النكاح فاسداً لا يقع به التحليل (٤).

واستدل الإمام أبو حنيفة (٥) على صحة نكاح التحليل بعموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾/سورة: البقرة، آية: ٢٣٠/

وقوله ﷺ: "لعن الله المحلل والمحلل له" (٦)، فهذا الحديث يقتضي صحة النكاح والحل للأول مع الكراهة لوجود اللعن، لأن التماس التحليل واشترائه في العقد هتك للمروءة وإعارة للنفس في الوطء لغرض الغير فإنه إنما يطؤها ليعرضها لوطء الغير وهو قلة حمية، ولهذا قال ﷺ عن المحلل: "هو التيس المستعار" (٧).

ب- مذهب المالكية والحنابلة:

ذهب المالكية (٨) والحنابلة (٩) إلى حرمة نكاح التحليل وبطلانه، سواء النكاح بقصد أو شرط التحليل، فلا فرق عندهم ما إذا اشترط التحليل في صلب العقد أو قبل العقد ما دام قصد التحليل موجوداً وكان الدافع إلى

(١) الزيلعي، تبين الحقائق ج ٢-ص ٢٥٩.

(٢) الزيلعي، تبين الحقائق ج ٢-ص ٢٥٩.

(٣) الباري، العناية شرح الهداية ج ٤-ص ١٨١.

(٤) الزيلعي، تبين الحقائق ج ٢-ص ٢٥٩.

(٥) المرجع السابق، والكاساني، بدائع الصنائع ج ٣-ص ١٨٧.

(٦) أبو داود، السنن، كتاب النكاح، باب في التحليل رقم الحديث (٢٠٧٦) ج ٢-ص ٢٢٧، البيهقي السنن الكبرى، أحمد بن الحسن بن علي الخشروجردي الخرساني أبو عمر البيهقي (ت: ٤٥٨هـ) كتاب النكاح، باب ما جاء في نكاح التحليل، رقم الحديث (٤١٨٦)، دار الكتب العلمية بيروت، ط ٣ ٢٠٠٣ م ج ٧-ص ٣٣٩، وهذا الحديث صححه ابن القطان وابن دقيق العيد على شرط البخاري لكن الصحيح أن هذا الحديث روي بطرق كثيرة لكن لا يخلو كل طريق من طرق السند من رجل ضعيف.

(٧) ابن ماجه السنن، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء الكتب العربية ج ١-ص ٦٢٣ قال الحاكم صحيح الإسناد ولم يخرجاه، الحاكم، أبو عبد الله بن محمد بن عبد الله القهستاني النيسبوري (ت: ٤٠٥هـ)، المستدرک علی الصحیحین، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت الطبعة: الأولى، ١٩٩٠ م كتاب النكاح ج ٢-ص ٢١٧.

(٨) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ج ٣-ص ٨٠ والدسوقي، حاشية الدسوقي ج ٢-ص ٢٥٨.

(٩) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة الجماعلي المقدسي الحنفي، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، ١٩٩٤ م ج ٣-ص ٤٢.

الزواج ليس الرغبة وإنما التحليل، قال الدسوقي من المالكية: (إن تزوج امرأة أثبتَّها زوجها بنية إحلالها، أو بنية الإحلال مع نية الإمساك، أعجبته بأن نوى التحليل إن لم تعجبه وإمساكها إن أعجبته، فإن نكاحه يفسخ قبل الدخول وبعده ولا تحل بوطئه لمبتها، لانتفاء قصد الإمساك، لما خالطها من قصد التحليل إن لم تعجبه، فلما انتفت نية الإمساك على الدوام المقصود من النكاح وجب التفريق بينهما قبل البناء وبعده (١).

أما لو شرط عليه أن يحلها لزوجها الأول ووافق على ذلك ظاهراً ونوى إمساكها على التأييد فالنكاح صحيح لحصول المقصود منه وهو قصد الإمساك على الدوام (٢).

وبذلك يظهر لنا أن المالكية والحنابلة يرون أنها لا تحل حتى يتزوجها بالغ زواج رغبة، لم يقصد به التحليل، فإن قصده فسخ قبل الدخول وبعده ولم يحل، ولا أثر لنية المرأة المبتوتة لأن القصد المؤثر هو قصد المحلل، وكذلك لا فرق عندهم بين أن يُذكر شرط التحليل في صلب العقد أو قبله، إذ الحكم يدور على قصد المتزوج فإن كان نكاح رغبة فيصح وإلا وجب الفسخ قبل الدخول وبعده.

واستدل المالكية والحنابلة (٣) على بطلان نكاح التحليل بعدة أدلة منها:

قوله: لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلِلَ وَالْمَحْلِلَ لَهُ (٤).

وقوله: أَلَا أَخْبَرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ؟ قَالُوا نَعَمْ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ هُوَ الْمُحْلِلُ (٥).

وقال سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه: وَاللَّهِ لَا أَوْتَى لَا بِمَحْلِلٍ وَلَا بِمَحْلِلٍ لَهُ إِلَّا رَجْمَتُهُمَا.

وعن نافع عن أبيه (٦) قال: جاء رجل إلى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثاً، فتزوجها أخ له من غير مؤامرة منه ليحلها لأخيه، قال: لا، الإنكاح رغبة، كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله ﷺ (٧).

ت- مذهب الشافعية:

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي ج ٢-ص ٢٥٨.

(٢) عليش، محمد بن أحمد عليش المالكي (١٢٩١هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر بيروت ١٩٨٩م ج ٣-ص ٣٤٥.

والزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ج ٥-ص ٢٣٠.

(٣) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: ٥٢٠هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية ج ٤-ص ٣٨٦ والمرداوي، الإنصاف ج ٨-ص ١٦١.

(٤) سبق تخريجه في الصفحة ٧٨.

(٥) سبق تخريجه في الصفحة ٧٩.

(٦) هو الصحابي الجليل عقبة بن عامر بن عيسى الجهني، أبو حماد روى عن النبي وعن عمر بن الخطاب وهو أحد من جمع القرآن وكان له السابقة والهجرة (ت: ٥٨هـ)، ابن حجر، تهذيب التهذيب، أبو الفضل أحمد بن محمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٢٥هـ)، دار المعارف الهند الطبعة: الأولى، ١٣٢٦هـ ج ٧-ص ٢٤٢..

(٧) أخرجه، البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النكاح باب التحليل ج ٨-ص ٣٤٠.

فرق الشافعية في نكاح التحليل بين النكاح بشرط التحليل والنكاح بقصد التحليل، فإذا اشترطوا في العقد أن يزوجه فيصحبها ثم يطلقها، فهو نكاح باطل لا يبنى عليه أي أثر أو حقوق شرعية باستثناء العدة، حيث قال الإمام الشافعي بعد أن ساق الكلام عن المتعة " ونكاح المحلل الذي يروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لعنه والله تعالى أعلم ضرب من نكاح المتعة لأنه غير مطلق، إذ شرط أن ينكحها حتى تكون الإصابة "(١).

أما النكاح بقصد التحليل وذلك بأن يشترط عليه قبل العقد، ويتزوجها من غير شرط ولكنه ينوي ويعتقده فالنكاح صحيح، وهو مكروه.

قال العمراني (ت: ٥٥٨هـ، ١١٦٢ م) : " المسألة الثالثة: أن يشترط عليه، قبل النكاح أنه إذا أحللها للأول طلقها أو تزوجها ونوى بنفسه ذلك فعقد النكاح عقداً مطلقاً.... فيكره له ذلك فإن عقد كان العقد صحيحاً "(٢).

واستدل الشافعية على مذهبهم بطلان النكاح بشرط التحليل بأحاديث لعن المحلل ووصفه بالتيس المستعار.

واستدلوا على جواز النكاح بقصد التحليل بالحديث الذي رواه ابن سيرين: أن امرأة طلقها زوجها ثلاثاً، وكان مسكين أعراي يقعد بباب المسجد فجاءته امرأة فقالت: هل لك في امرأة تنكحها، فتبيت معها الليلة وتصبح فتفارقها، فقال: نعم، فكان ذلك، فقالت له امرأته: إنك إذا أصبحت فإنهم سيقولون لك فارقها فلا تفعل ذلك، فإني مقيمة لك ما ترى، اذهب إلى عمر، فلما أصبحت أتتوه وأتوها، فقالت: كلموه فأنتم جئتم به، فكلّموه فأبى، فانطلق إلى عمر رضي الله عنه فقال له: (الزم امرأتك فإن رابوك بريبة فأنتي، وأرسل إلى المرأة التي مشيت لذلك فنكل بها، ثم كان يغدو على عمر ويروح في حلة فيقول الحمد لله الذي كساك ياذا الرقعتين حلة تغدو فيها وتروح) (٣).

فهذا الأثر يفيد أنه قد تقدم فيه شرط التحليل على العقد ولو لم يشترط التحليل في صلب العقد أي قصد التحليل ولم يشترط ولم يرَ عمر في ذلك بأساً وأجاز العقد، لكنه نكل بالمرأة التي مشيت فيه فدل على كراهته.

رابعاً: مناقشة آراء الفقهاء والترجيح بينها

بعد بيان آراء الفقهاء وعرض أدلتهم في حكم نكاح التحليل، يظهر لي أن أغلب الفقهاء قد ذهبوا إلى أن نكاح التحليل مناقض للمصالح والمقاصد الشرعية من النكاح، وذهبوا إلى ترتب الإنثم على فاعله، لكن الخلاف كان في مدى تأثير مناقضة قصد الشارع على صحة وبطلان عقد النكاح، فالأدلة التي ساقها الحنفية، تنص على كراهة نكاح التحليل، والكراهة إذا اطلقت في كتب المتون قصد بها الكراهة التحريمية، لكن هذه الكراهة التي رتب على مخالفة مقاصد الشارع، لا تبطل العقد عندهم وخصوصاً عند خفاء القصد غير

(١) الأم، الشافعي ج ٥-ص ٨٦

(٢) العمراني، أبو الحسن يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (ت: ٥٥٨هـ) البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج ٩-ص ٢٧٩ دار المنهاج، الطبعة الأولى

(٣) أخرجه البيهقي، السنن الكبرى، باب من عقد النكاح مطلقاً لا يشترط فيه ج ٧-ص ٣٤١

المشروع وعدم ظهوره في صلب العقد ، وذلك حفاظاً على استقرار التعاملات والعقود الشرعية وذلك لأن اعتبار القصد غير المشروع غير الظاهرة يصبح ذريعة لهدم العقود من دون وجه حق بحجة وجود القصد غير المشروع ، أما إذا شرط التحليل في العقد ، فالعقد كما ذهب الحنفية يصح بقدر الإمكان ، فيبطل الشرط ويصح العقد ، لكن إن وافقنا الحنفية في قولهم بعدم بطلان النكاح بقصد التحليل ، لأجل استقرار العقود الشرعية لا يمكن موافقة الحنفية في مسألة الغاء شرط التحليل وبقاء العقد ، وذلك لأن بطلان شرط التحليل من الناحية الشكلية لا يمنع مناقضة العاقد لقصد الشارع ، ففي الحقيقة التحليل تم والمناقضة باقية ، ومقاصد الشارع لم تتحقق من هذا النكاح ، أما المالكية والحنابلة فقد جعلوا للقصد مكانة مهمة في العقود ، حيث يعتبر عقد نكاح التحليل باطلاً ويجب فيه الفسخ ، والقول بهذا الرأي على الإطلاق يؤدي إلى عدم استقرار التعاملات والعقود ، لأن دلالة القرائن على القصد غير المشروع ظنية لا يمكن إبطال العقد بسببها ، أما كلام بعض الحنفية بأن نكاح التحليل يحقق مصلحة شرعية وهي الإصلاح بين الزوجين ، وأن الإصلاح قصد شرعي ، أقول أن هذا القصد الشرعي يصطدم بقصد غير شرعي ، والقصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي ، لذلك أرجح ما ذهب إليه الشافعية ، بأن النكاح بشرط التحليل باطل لا يبنى عليه أي أثر شرعي ، وذلك بسبب المناقضة الصريحة لقصد الشارع في صلب العقد ، فشرط التحليل ظهر في صيغة الإيجاب والقبول وهذا ما عبرنا عنه "بالقصد المباشر" ، أما النكاح بقصد التحليل فصحيح مع ترتب الإثم ، وذلك لأن القصد غير المشروع إنما يعرف عن طريق الدلالة العرفية أو القرائن الظنية ، ولا يمكن الحكم ببطلان زواج التحليل عن طريق الدلالات الظنية على مخالفة العاقد لقصد الشارع ، فالزواج بقصد التحليل صحيح مع ترتب الإثم الأخروي والله أعلم.

المطلب الثاني: الزواج بنية الطلاق.

أولاً: بيان معنى الزواج بنية الطلاق وعلاقته بالقصد.

إن الزواج بنية الطلاق هو أن يتزوج الرجل المرأة بولي ومهر وشهود وإعلان، واستكمال كافة الشروط والأركان، ولكن الزوج يضمن في داخله نية تطليقها بعد زمن معين أو مجهول، وهذه النية أو القصد يكون مضمراً لا يصرح عنه العاقد في العقد، فالعقد صحيح من الناحية الشكلية، لأن الصيغة موجودة والشروط متوفرة والإرادة العقدية حاضرة، وهو ما نعبر عنه بالقصد المباشر للعقد "قصد الصيغة، وإرادة النتيجة" لكن الإشكال يقع بوجود القصد غير المباشر غير المشروع ، قصد التأقيت الذي لم يظهر في صلب العقد وإنما بقي مضمراً ، حيث يعتبر قصد التأقيت من طرف المكلف مناقضاً لخصائص الزواج من تأييد وديمومة ، والتي إذا لم تتحقق لم يتحقق معنى الزواج الشرعي وما يقصد من ورائه من تكوين الأسرة عمارة الأرض ،

فالقصد المباشر في عقد الزواج بنية الطلاق مشروع لا إشكال فيه وهو (قصد الصيغة و إرادة النتيجة) أم قصده غير المباشر من هذا الزواج الذي أراد فيه قصد الطلاق بعد فترة محددة أو غير محددة لدافع نفسي دفعه

إلى هذا العقد، كالاتمتاع لفترة في سفر ما. أو مصلحة معينة أرادها، وغالباً ما تكون قانونية، كالحصول على الجنسية أو الإقامة من بلد الزوجة، وبانتهاء مصلحته ينتهي الزواج وفي الحقيقة إن هذا الأمر لا تستسيغه النفس البشرية لما فيه من غرر وتدليس. ولما فيه من مناقضة صريحة لمقصد الشارع من الزواج، وهو الديمومة وإنشاء الأسرة الصالحة.

وفي نهاية بيان مفهوم الزواج بنية الطلاق، يمكن تعريفه بأنه: عقد يبيت فيه العاقد نية تطليق زوجته إذا قضى منها وطراً بزمان محدد أو غير محدد بدون علم الزوجة.

ثانياً: آراء الفقهاء في حكم الزواج بنية الطلاق:

اختلف الفقهاء في حكمه الى فريقين اثنين، فريق الأكثرية القائلين بالجواز، وبعض الفقهاء القائلين بالحرمة كما سأبينه فيما يلي:

أ- القائلون بالجواز:

ذهب أكثر الفقهاء كالحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) وبعض الحنابلة كابن قدامة وابن مفلح^(٤) على أنه إذا تزوج الرجل امرأة و بنيتها طلاقها بعد شهر أو أكثر فالنكاح صحيح مادام لم يصرح بالشرط في صلب العقد أو حتى قبل العقد عند بعضهم، لكن بالرغم من صحته عندهم إلا أن هذا العقد لا يخلو من كراهة ، وذلك لأنه ليس من أخلاق المسلم الغرر والتدليس و لأن كل ما لو صرح به أبطل إذا أضمر كره .

نص الشافعية على أن عقد الزواج بنية الطلاق صحيح مع الكراهة حتى لو توافقا عليه قبل العقد ، قال الشريبي : " فإن تواطأ العاقدان على شيء من ذلك قبل العقد ثم عقداً بذلك القصد بلا شرط كره خروجاً من خلاف من أبطله " (٥)

وقال ابن نجيم : " ولو تزوجها وفي نيته أن يقعد معها مدة نواها فالنكاح صحيح لأن التوقيت إنما يكون باللفظ " (٦)

(١) الزيلعي، تبين الحقائق ج ٢-ص ١١٥، ابن عابدين ، الدر المختار ج ١-ص ٥٢

(٢) العبدري، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الغرناطي (ت: ٨٩٧هـ)، التاج والأكلیل لمختصر الخليل ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ج ٥-ص ٨٥، والصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك ، دار المعارف ج ٢-ص ٣٨٧.

(٣) الرملي ، نهاية المحتاج ج ٦-ص ٢١٤، الشريبي ، مغني المحتاج ج ٤-ص ٣٠٠

(٤) ابن قدامة ، المغني ج ٧-ص ١٧٩ ، وابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح (ت: ٨٨٢هـ)، المبدع في شرح المقنع دار الكتب العلمية ، بيروت ط ١، ١٩٩٩م ج ٦-ص ١٥٤.

(٥) الشريبي ، مغني المحتاج ج ٤-ص ٣٠٠.

(٦) ابن نجيم ، البحر الرائق ج ٣-ص ١١٦.

وقال ابن قدامة : " وإن تزوجها بغير شرط إلا أن في نيته طلاقها بعد شهر ، أو إذا انقضت حاجته في هذا البلد فالنكاح صحيح " (١).

و النيات من أعمال القلوب والقلوب بيد الله تعالى فالأصل الذي يعتمد عليه الفقهاء في تحويز هذا النكاح هو اكتمال شروط العقد، وإنما الإشكال في النية أو القصد الخفي عند الزوج سواء عرفته الزوجة أم لا، وهذا الشيء يصعب التدخل فيه أو معرفته. فالزوج يمكن أن يتزوج بنية الطلاق لكن بعد أن يعاشر زوجته وتصبح بينهما مودة لا يطلقها والعكس صحيح، ومن الأمور التي اعتمد عليها المجيزون أن هذا الزواج فيه تيسير على المغتربين وعون لهم في عدم الوقوع في الزنى!

قال الدسوقي : "وأما إذا لم يقع ذلك في العقد ولم يُعلمها الزوج بذلك وإنما قصده في نفسه وفهمت المرأة أو وليها المفارقة بعد مدة فإنه لا يضر وهي فائدة تنفع المغترب" (٢).

ب-القائلون بالتحريم والمنع:

كالإمام الأوزاعي^(٣) (ت: ١٦٧هـ)، وأكثر الحنابلة^(٤) وقد نص الإمام أحمد على تحريمه وقال: هو متعة، قال المرداوي في الإنصاف: "ولو نوى بقلبه فهو كما لو شرطه على الصحيح من المذهب نص عليه"^(٥)، فالراجح عند الحنابلة المنع والتحريم، مستدلين في منعهم وتحريمهم لمثل هذا الزواج بمقاصد الشارع الأساسية من الزواج، وذلك أن مقصود الشارع في الزواج هو حصول السكن والمودة والرحمة بين الزوجين، وهذا الأمر غير موجود في الزواج بنية الطلاق، والحنابلة يجعلون للقصد غير المشروع أثر كبير على صحة العقد والتصرفات فهم يعتبرون بالقصد غير المشروع أكثر من غيرهم، لذلك يجرمون ويطلقون مثل هذه العقود.

ثالثاً : مناقشة الأدلة والترجيح بين الآراء.

بعد بيان آراء الفقهاء وعرض أدلتهم يظهر لي أن المجيزون للزواج بنية الطلاق يعتمدون على دليلين اثنين وهما

-الدليل الأول : إن عقد النكاح وقع على وجهه ، مكتمل الشروط والأركان حيث لا يوجد في صلب العقد شرط يؤثر على صحة العقد، وإضمار الطلاق لا يضر ، كأن يضمن أنه إذا لم تعجبه فسيطلقها، وهذا جائز من دون خلاف.

-الدليل الثاني : واستدلوا بمخافة الوقوع في الزنى للمغترب عن أهله في بلد آخر.

(١) ابن قدامة، المغني، ج ٧-ص ١٧٩.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي ج ٢-ص ٢٣٩

(٣) ابن قدامة، المغني، ج ٧-ص ١٧٩

(٤) المرداوي، الانصاف ج ٨-ص ١٦٣

(٥) المرداوي، المرجع السابق، ج ٨-ص ١٦٣

ويمكن الجواب على أدلة المجيزين بما يلي:

-بأن دليلهم الأول: أن عقد النكاح صحيح من كل وجه من الناحية الشكلية، أقول إن هذا العقد في حقيقته يخالف مقاصد الشريعة، فالزواج قصد منه "السكن" والمراد به السكن الكامل بين الزوجين ، بما تحمله هذه الكلمة من معنى ، سكن القلب وسكن الجوارح وسكن الحواس ،وهو الاستقرار الكامل، ولا يكون كذلك إلا إذا كان مصحوباً بالمودة والرحمة من الطرفين على الدوام ، فكيف يحقق الزواج بنية الطلاق هذه المقاصد وقد أضمر في قلبه عند بدء عقد النكاح الطلاق ، وقصد من الزواج، " الدوام والإستمرار"، وهي "العشرة بالمعروف" التي أرادها الله من عقد النكاح، لأن المعروف بين الناس جميعاًعرهم وعجمهم ومسلمهم وكافرهم أن من يتزوج يريد من زواجه الدوام ، لأن هذا الأمر أمر فطري فطر الله الناس عليه ، فمعاشرة من يتزوج بنية الطلاق ليست بالمعروف ،ومن مقاصد الزواج " تكوين الأسرة التي هي نواة المجتمع الصالح" ، والزواج بنية الطلاق لا يحصل به هذا المقصد ،بل المتزوج بنية الطلاق قصده وفعله مناقض لهذا المقصد،فلا يريد من هذا الزواج تكوين الأسرة ، وإنما يريد منه إفراغ شهوته فقط .

وإن الفقهاء القائلون بجواز الزواج بنية الطلاق ، قد ذهبوا إلى حرمة الزواج المؤقت ، لما فيه من مفسدة اللعب بهذه الرابطة العظيمة التي هي من أعظم الروابط البشرية ، بالرغم من حصوله بالتراضي بين الرجل والمرأة ، وأما الزواج بنية الطلاق وإن كان مكتمل الأركان والشروط ، ولم يشترط فيه التأقيت في صيغة العقد ، لكن كتمانها للطلاق يعد غشاً وخداعاً وهو أجدر بالبطلان من العقد الذي يشترط فيه التوقيت ،فالزواج بنية الطلاق فيه المفاسد التي في عقد الزواج المؤقت وفوق ذلك يشتمل على الغش والخداع ، وما يؤدي إليه من العداوة والبغضاء وذهاب الثقة حتى بين الصادقين الذين يريدون الزواج حقيقة .

وإذا تفهمنا موقف الحنفية والشافعية بقولهم بجواز النكاح بنية الطلاق، لأنهم يحكمون على العقود والتصرفات بالظواهر^(١)، ولعل هذا السبب الرئيسي لتجوز الحنفية والشافعية لمثل هذا الزواج، وعلتهم في ذلك هو استقرار التعاملات، وذلك لأن الحكم على التعاملات والتصرفات وفق القصد أمر صعب جداً، لخفاء ذلك الأمر.

فإننا لا يمكننا فهم قول المالكية بجواز النكاح بنية الطلاق، حيث عرفنا سابقاً أن المالكية كما هو شأن الحنابلة يقدمون الإرادة الباطنة على الظاهرة في الحكم على التصرفات^(٢)، فكيف يحكمون على الزواج بنية الطلاق بالجواز لصحته من الناحية الشكلية ويهملون الإرادة الباطنة " قصد التأقيت" و المالكية كما بينا سابقاً قد حرموا نكاح التحليل^(٣) و ذكروا أنه "إذا شرط التحليل في صلب العقد وكانت نية الزوج عدم التحليل

(١)راجع (ص ٣٧) من الرسالة.

(٢)راجع (ص ٣٨) من الرسالة.

(٣) راجع (ص ٧٦) من الرسالة.

فالعقد صحيح"، وذلك لأن الأصل عندهم في الحكم على العقود هو النية والقصد، فكيف بهم يقولون بجواز العقد في النكاح بنية الطلاق لاكتمال الأركان والشروط الشكلية، مع وجود القصد غير المشروع

فأرى بحسب ما ذكرته، أن كلام المالكية في جواز الزواج بنية الطلاق غير منسجم مع كلامهم بتحريم وبطلان نكاح التحليل، حيث خالف المالكية ما قرروه من أصول في حكم نكاح التحليل بأن الأصل في الحكم على التصرفات والتعاملات هي القصد، والإرادة الباطنة والله أعلم.

وأما دليلهم الثاني: خوف الوقوع بالزنى:

أقول إنه يمكن الرد عليهم بأن أمر الوقوع في الزنى أمر ظني، والنبي ﷺ أرشدنا كيف نعصم أنفسنا من الوقوع في الزنى لغير المتزوج في الحديث المشهور ((فعليكم بالصيام فإن لكم به وجاء))^(١)

فظن الوقوع في الزنا لا يبرر مثل هذا الزواج لترتب مفسد عظيمة عليه، ولما فيه من فتح الباب على مصراعيه لأصحاب الأهواء والشهوات للتلاعب بأعراض الناس وما أكثرهم وقد عاينت بعضهم حيث يأتي رجل من دولة غنية إلى إحدى الدول (للسياحة) فيتزوج إحدى بنات هذه الدولة وبعد أن ينتهي من إرواء غريزته الحيوانية يطلقها وربما قد تحمل منه، وغالباً يكون هذا العقد خارج نطاق القضاء، فيضيع حق هذه الزوجة المغرر بها، فالذي يقوم بمثل هذا الفعل يتمتع بالنساء والفتوى في يده، فما الفرق بين هذا النكاح الذي قصد فيه التأفيت ونكاح المتعة، أحدهما أضمر نية الطلاق والآخر أظهرها "فالأمر بمقاصدها"^(٢)

وفوق ذلك علينا الأخذ بالاعتبارات الزمانية، في الحكم على الزواج بنية الطلاق "فلا ينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمان"^(٣) فالأحكام الاجتهادية التي تتغير بتغير الأزمان هي الأحكام الاجتهادية التي تبنى على المصلحة. أما القواعد الكلية والمبادئ العامة والأحكام الجزئية التي ورد فيها نص فإنها لا تتغير ولا تتبدل.

الفقهاء المجيزون لهذا الزواج ربما قد أجازوه لمصلحة مرجوة كانت معتبرة في زمانهم، أما اليوم فالموضوع مختلف حيث إن المفسدات الحاصلة من وراء هكذا زيجات تفوق المصلحة التي تحققها، فالزواج بنية الطلاق أصبح وسيلة للوصول إلى غايات بهيمية أو من أجل تحصيل أمر دنيوي كإقامة أو جنسية في بلد ما، والمجتمع الإسلامي يرفض مثل هكذا زيجات حيث لو عرف ولي أمر الزوجة أو الزوجة بنية الزوج لما وافق عليه البتة. ولو كان الإمام أبو حنيفة والشافعي ومالك في زماننا هذا لما أجازوا الزواج بنية الطلاق (سداً للذريعة) ودرءاً للمفسد لأن "درء المفسد مقدم على جلب المصالح"^(٤).

(١) البخاري، كتاب النكاح رقم الحديث (١٨١٢).

(٢) السبكي، الأشباه والنظائر، ج ١ ص ٥٤.

(٣) مجلة الأحكام العدلية (المادة ٣٩).

(٤) السيوطي، الأشباه والنظائر ج ١ ص ٨٧.

لذلك أقول : إن الرأي الراجح هو رأي الإمام الأوزاعي و الإمام أحمد لكن بشرط أن تكون نية المتزوج هو الجرم بالطلاق بعد مدة، أما إذا كانت مترددة فلا ينطبق عليه الكلام السابق ، لكن إن وقع الزواج بنية الطلاق فإنه يكون صحيحاً من ناحية ترتيب الآثار الشرعية عليه كالعدة والنفقة ونسب الأولاد مع الإثم للزوج المطلق والله أعلم.

المطلب الثالث: نكاح الشغار

أولاً: تعريف نكاح الشغار:

أ: **الشغار لغة:** الشغار بكسر الشين، الرفع: يقال شغار الكلب إذا رفع رجله ليبول، والشغار: نكاح كان في الجاهلية، وهو أن يزوج الرجل آخر امرأة على أن يزوجه الآخر امرأة أخرى بغير مهر، وسمي هذا النوع من الزواج شغاراً لقبحه، تشبيهاً له بقبح الكلب حين يرفع رجله ليبول.^(١)

قال الأصمعي (ت: ٢١٦ هـ، ٨٣١ م): "الشغار الرفع فكأن كل واحدٍ منهما رفع رجله للآخر عما يريد، وإما خلوه عن المهر لقولهم، شَغَرَ البلد إذا خلا وشاغر الرجل أي زوج كل واحدٍ صاحبه حَرَمَتُهُ، على أن بُضِعَ كل واحدٍ صدائق الأخرى"

ب : تعريف نكاح الشغار اصطلاحاً:

لم يخرج تعريف نكاح الشغار الاصطلاحي عن معناه اللغوي وجميع تعاريفه تكاد تكون متشابهة متفقة على المفهوم نفسه إجمالاً، فالشغار: هو أن يزوج الرجل وليته على أن يزوجه الآخر وليته على أن مهر كل منهما بُضِعَ الآخر^(٢).

وعرف الحنابلة مثلاً الشغار: أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته سواء جعل مهر كلٍ منهما بضع الأخرى أو سكت عن المهر أو شرطاً نفيه^(٣).

ثانياً: بيان علاقة نكاح الشغار بالقصد غير المشروع:

فالشغار كما ظهر لنا من التعريف هو إسقاط المهر من قبل الولي، والمهر حق للمرأة وأثر من آثار العقد الصحيح ، والولي قصد من نكاح الشغار الزواج من غير أن يدفع المهر ، وهذا قصد غير مشروع لأنه يناقض

انظر الفيومي ، المصباح المنير ، مادة (شَغَرَ) الفيروزآبادي ، القاموس (مادة: شَغَرَ) .

^(١) ابن منظور، لسان العرب مادة (شغار) ،

^(٢) العيني ، البناية شرح الهداية ، ج ٥-ص ١٥٧ ، ابن رشد ، بداية المجتهد ج ٣-ص ٨٠ ، الشافعي ، الأم ج ٥-ص ٨٢ .

^(٣) ابن مفلح، المبدع شرح المقنع ج ٦-ص ١٤٩ .

مقاصد الشارع من الزواج، وذلك لأن الشارع قضى في عقد الزواج بإعطاء المهر للمرأة ليس فقط من أجل التكريم وإظهار الحفاوة للمرأة، وإنما من أجل زرع المودة والرحمة بين الزوجين، فالمهر الذي هو بمثابة الهدية يؤلف بين القلوب ويزرع الرحمة والسكن في قلب المرأة، وهذا ما لا يتحقق في نكاح الشغار، فنكاح الشغار لا ينظر فيه إلى مصلحة المرأة بل تكون المصلحة للأولياء، لذا في الغالب لا توجد في هذا النكاح المودة والرحمة ولا السكن، بل ربما عاشا في نزاع وخصام يكون له أثر سيء في تربية الأولاد، وبذلك يظهر لنا بشكل واضح بأن قصد الولي من نكاح الشغار غير مشروع يناقض مقاصد الشارع الحكيم، أما تكييف هذا القصد هل هو قصد مباشر غير مشروع يظهر في الصيغة أما قصد غير مباشر غير مشروع تدل عليه القرائن، في الحقيقة إن القصد غير المشروع في نكاح الشغار يكون مباشراً في أغلب الأحيان، فالقصد غير المشروع ظاهر في صلب العقد في صيغة الإيجاب والقبول كقول الولي "زوجتك ابنتي أو أختي على أن تزوجني ابنتك أو أختك"، فجعل بضع أحدهما في مقابل الأخرى في صيغة العقد، فالقصد المباشر يشمل إرادة الغرض الأساسي وإرادة النتيجة^(١) والتي تكون الصيغة معبرة عنها، فهل يؤثر هذا القصد الذي ظهر في صيغة العقد على صحة العقد أم لا مع العلم أن المهر ليس شرط صحة وإنما أثر من آثار العقد، هذا ما يجعل تأثير هذا القصد غير المشروع أخف من غيره من ناحية بطلان العقد وصحته. أما إذا سمي المهر في صلب العقد وجعل كل مهر مقابل مهر الأخرى لا على وجه التصريح بل اتفقا قبل العقد، أو فهم من القرائن إرادة مثل هكذا نكاح فهنا يكون القصد المباشر سليماً خالياً من العيوب، وإنما الإشكال يقع في القصد غير المباشر المضمّر.

وفي كلا حالتي نكاح الشغار سائبين حكمهما ومدى تأثير هذا القصد غير المشروع سواء كان المباشر أو غير المباشر على صحة العقد وبطلانه.

ثالثاً: آراء الفقهاء في حكم نكاح الشغار:

قبل بيان آراء الفقهاء وأدلتهم لا بد من تحرير محل النزاع:

إن الصورة الأساسية لنكاح الشغار والتي اتفق عليها الفقهاء هي أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الرجل الآخر ابنته، وليس بينهما صداق، أو أن بضع كل واحد منهما صداق للأخرى، فالعقد هنا خالٍ من الصداق ومقتضى البطلان عند من يراه ليس خلو العقد من تسمية المهر، فالنكاح يصح وإن لم يسم المهر، ولكن المقتضى هو جعل البضع صداقاً.

وهذه الصورة أجمع الفقهاء على ثبوت النهي عنها^(٢)، ولكن دار الخلاف بينهم في كون النهي يقتضي البطلان أم لا يقتضيه، فمحل النزاع في هذه الجزئية فقط وسأبينه بالتفصيل عند كل مذهب من المذاهب الأربعة:

^(١)راجع الصفحة (٤٠ ص) من البحث

^(٢)ابن رشد بداية المجتهد ج ٣، ص ٨٠.

أ- مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية إلى أن صورة الشغار المنهي عنه هو أن يزوج الرجل أخته لآخر على أن يزوجه الآخر أخته، أو يزوجه ابنته، من دون أن يسمى المهر^(١)، فأساس الشغار عندهم هو خلوه من التسمية، وأما إذا وجدت فلا شغار، وذهبوا إلى أن هذا العقد صحيح، وذلك لأن هذا النكاح مؤبد أدخل فيه العاقدان شرطاً فاسداً، حيث شرطاً فيه أن يكون بضع كل واحدة منهما مهرَ الأخرى، والبضع لا يصلح مهراً، وهذا الأمر هو شرط فاسد ، والشروط الفاسدة لا تبطل العقد.

كما لو إذا تزوجها على أن يطلقها وعلى أن ينقلها من منزلها، والعقود التي تتضمن شرطاً فاسداً تصحح، لذلك يجب مهر المثل في نكاح الشغار، لأنه سمى مالا يصلح صداقاً، فيصح العقد ويجب مهر المثل كما لو سمى خمراً مهراً فالعقد يصح والمهر يصح^(٢).

ب-مذهب المالكية:

قسم المالكية الشغار إلى صورتين اثنتين^(٣):

الأولى: تسمى وجه الشغار وذلك كأن يقول : زوجني أختك بمئة على أن أزوجك أختي بمائة، ففي هذه الصورة ذكر الولي المهر والشرط في العقد لذلك سمى وجه الشغار، لأنه شغار من وجه دون وجه، فمن حيث إنه سمى لكل منهما صداقاً فليس بشغار لعدم خلو العقد عن الصداق، ومن حيث توقف إحداهما على الأخرى فشغار.

الصورة الثانية: تسمى صريح الشغار: وفي هذه الصورة لا يذكر المهر ويذكر الشرط، كقوله "زوجنيأختك أو ابنتك على أن أزوجك أختي أو بنتي".

وفي كلا الصورتين يعتبر العقد فاسداً يفسخ قبل البناء ولا شيء لها، ويثبت بعده بالأكثر من المسمى وصداق المثل في وجه الشغار، وصداق المثل في صريح الشغار، وَيَلْحَقُ به الولد ويُدرأ الحد، وسبب هذا التقسيم والتفريق بين الصورتين- مع العلم أن كلا الصورتين فاسدتان هو الرد على من أجاز وجه الشغار.

ت-مذهب الشافعية:

^(١)الكاساني ، بدائع الصنائع ج ٢-ص٢٧٨ ، ابن عابدين ، الدر المختار (حاشية ابن عابدين) ج ٣-ص١٠٥ .

^(٢)ابن نجيم، البحر الرائق ج ٣-ص١٦٧، الباري ، العناية ج ٣-ص٣٣٨ .

^(٣) الصاوي، حاشية الصاوي ج ٢-ص٤٤٦، العبدري ، التاج والاكلي ج ٥-ص٩١ .

ذهب الشافعية إلى بطلان نكاح الشغار^(١) لكنهم اقتصروا في بطلان هذا النكاح على صورة واحدة وهي أن يزوج الرجل ابنته أو أخته من رجل على أن يزوجه ذلك ابنته أو أخته، ويكون بضع كل واحدة منهما صداقاً للأخرى، فسبب بطلان نكاح الشغار هو التشريك في البضع ، أي جعل البضع مهراً للبضع الآخر.

أما إذا قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك صح النكاحان لأنه لم يحصل التشريك في البضع، وإنما حصل الفساد في الصداق، فبطل الصداق وصح النكاح ولكل واحدة منهما مهر المثل بعد البناء^(٢).

ث-مذهب الحنابلة:

اعتبر الحنابلة نكاح الشغار باطلاً سواء ذكراً أن بضع كل واحدة مهر الأخرى أم لا^(٣)، أما إذا سموا صداقاً كقولهم: "زوجتك أختي على أن تزوجني أختك ومهر كل واحدة مائة" فالمنصوص عن الإمام أحمد صحته، واعتبره الخرقى غير صحيح^(٤).

رابعاً: بيان أدلة الفقهاء ومناقشتها:

بما أن الفقهاء قد اتفقوا على أن نكاح الشغار منهي عنه فقد استدلووا على ذلك بعدة أدلة أذكر بعضها^(٥).

فعن ابن عمر رضي الله عنهما ((أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار ، والشغار ان يزوج الرجل ابنته على ان يزوجه ابنته وليس بينهما صداق))^(٦).

وعن عمران بن حصين^(٧) أن رسول الله ﷺ قال: ((لا جلب^(٨)، ولا جنب^(٩)، ولا شغار في الإسلام))^(١٠).

لكن الخلاف وقع بين الفقهاء هل النهي هنا يقتضي البطلان أم لا؟^(١١)

(١) الشافعي ، الأم ج ٥-ص ٨٢.

(٢) الماوردي؛ الحاوي ج ٩ ص ٣٢٢ .

(٣) ابن مفلح، المبدع شرح المقنع ج ٦-ص ١٤٩ .

(٤) ابن مفلح، المرجع السابق ج ٦-ص ١٤٩ .

(٥) السرخسي، المبسوط ج ٥-ص ١٠٥، ابن رشد ، بداية المجتهد ج ٣-ص ٨٠، الماوردي ، الحاوي ج ٩-ص ٣٢٤، ابن قدامة، المغني ج ٧-ص ١٧٧

(٦) أخرجه البخاري ، الجامع الصحيح ، كتاب النكاح ، باب الشغار ، رقم الحديث (٥١١٢)

(٧) هو عمران بن حصين بن عبيد بن خلف بن عبد نهم بن سلول بن كعب الخزاعي ، أسلم هو وأبو هريرة عام خير ، روى عن النبي ﷺ ، كان قاضياً على البصرة ، مات

سنة (٥٢ هـ) وكان الحسن البصري يخلف بالله ما قدمها راكب خير من عمران بن حصين، يعني البصرة. ابن حجر تهذيب التهذيب ج ٨-ص ١٢٥

(٨) الجلب: هو ان يتبع الرجل فرسه ، ويركض خلفه ويجلب عليه ، ويصيح وراءه يستحثه بذلك على العدو .

(٩) الجنب: هو ان يجنب المسابق الى فرسه فرساً لا راكب عليه، يتحول اليه عندما يتعب الذي يركبه، والجلب والجنب في الرهان. ابن قدامة ، المغني ج ٩-ص ٣٨٤

(١٠) أخرجه الترمذي ، باب ما جاء في النهي عن نكاح الشغار ، رقم الحديث (١١٢٣) وقال حديث حسن صحيح.

(١١) مسألة اقتضاء النهي فساد المنهي عنه المرادف للبطلان هي محل خلاف بين الأصوليين، والذي عليه الجمهور هو اقتضاء الفساد إلا ما خرج بدليل منفصل وذهب أثر الخفية وبعض الشافعية إلى عدم فساد المنهي عنه وبه قال إمام الحرمين والغزالي ، وفصل آخرون بين العبادات والمعاملات فقالوا يقتضي الفساد في العبادات دون المعاملات وهو اختيار الرازي ، ينظر الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، إمام الحرمين (ت: ٤٧٨ هـ) البرهان في أصول الفقه ، تحقيق: صلاح بن محمد ، دار

فالحنفية ذهبوا إلى أن النهي يقتضي الكراهة فقط، وذلك أن هذا النكاح مؤيد أدخل فيه شرطاً فاسداً، حيث شرط فيه أن يكون بضع كل واحد منهما بدلاً للمهر، والبضع لا يصلح مهراً، والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة، كما إذا تزوجها على أن يطلقها ونحو ذلك^(١).

وحصول النهي في نكاح الشغار لخلوه عن العوض والحنفية عند الخلو يصححون العقد بجعل مهر المثل عوضاً، فلا يكون بعدها شغاراً والنهي في الحديث ليس عن عين النكاح لأنه تصرف مشروع مستقل، فالنهي حاصل لإخلاء النكاح عن تسمية المهر والدليل ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: ((نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة بالمرأة ليس لواحدة منهما مهر))^(٢)، وهو إشارة إلى أن النهي لمكان تسمية المهر لا لعين النكاح، فبقي النكاح صحيحاً. وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن النهي في الأحاديث يقتضي فساد المنهي^(٣)

وأن النهي ليس بسبب خلو العقد من المهر وإنما بسبب توقف النكاح على شرط فاسد^(٤).

ورد الحنفية على الكلام السابق بأن الذي فسد بالنهي ماتوجه إليه وهو الصداق دون النكاح^(٥)

وأجاب الشافعية عنه بأن النهي توجه إلى نكاح الشغار لما روي عن رسول الله ﷺ ((نهى عن نكاح الشغار))^(٦).

ورد الحنفية بأنه إنما سمي شغاراً لخلوه من صداق، ونحن لا نخليه لأننا نوجب فيه صداق المثل فامتنع أن يكون شغاراً^(٧).

وفي الحقيقة: إن سبب الخلاف بين الحنفية من جهة والجمهور من جهة أخرى هو هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل، فإن قلنا غير معلل لزم الفسخ على الإطلاق، وإن قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل^(٨).

الكتب العلمية بيروت ١٩٩٧ م، ج ١-ص ٩٦، ينظر أيضاً، الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن الرازي الملقب بفخر الدين (٦٠٦هـ)، المحصول، تحقيق:

طاهر جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٩٨٨ م، ج ٢-ص ٢٩٩

(١) البخاري، كشف الأسرار ج ١-ص ٢٦٦ والكاساني، بدائع الصنائع ج ٢-ص ٢٧٨

(٢) لم أجد الحديث بهذا اللفظ والمشهور ما ذكرته سابقاً من الحديث الذي رواه البخاري ((.... ليس بينهما صداق)).

(٣) الأمامي، أبو الحسن علي بن أبي علي الثعلبي الأمامي (ت: ٦٣١هـ)، الإحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي بيروت، ج ٢-ص ١٧٧ الغزالي،

المستصفى ج ٢-ص ٤، ابن رشد، بداية المجتهد ج ٣-ص ٨٠، ابن قدامة، المغني ج ٧-ص ١٧٧، الماوردي، الحاوي ج ٩-ص ٣٢٤.

(٤) انظر، الصاوي، الحاوي ج ٤-ص ٢٤٦، الزركشي، شرح الزركشي ج ٥-ص ٢١٩.

(٥) انظر، الكاساني، بدائع الصنائع ج ٢٩-ص ٢٧٨.

(٦) الماوردي، الحاوي ج ٩-ص ٣٢٥.

(٧) انظر، الكاساني، بدائع الصنائع ج ٩-ص ٢٧٨، السرخسي، المبسوط ج ٥-ص ١٠٥

(٨) انظر، ابن رشد، بداية المجتهد ج ٣-ص ٨٠، ابن عابدين، رد المختار ج ٣-ص ١٠٥

وفي نهاية هذا المطلب يظهر لنا أن الفقهاء متفقون على أن زواج الشغار منهي عنه لوجود القصد غير المشروع من قبل الولي، حيث قدمت مصلحة الولي على مصلحة المرأة، والشارع الحكيم أراد من عقد النكاح مصلحة المرأة أولاً ليتحقق بذلك مقاصد الزواج من المودة والرحمة والسكن وإنشاء الأسرة الصالحة، وهذا مالا يحققه نكاح الشغار، وكما ذهب الحنفية فإن النهي عن نكاح الشغار معلق بعدم العوض وهذا واضح في نصوص بعض أحاديث النهي عن نكاح الشغار، فإذا صح العقد بفرض مهر المثل فإنه يكون فعلياً قد ضمن حق المرأة وروعي مصلحتها وتحققت مقاصد الشارع الحكيم، فلا يوجد داعي لإبطال عقد زواج الشغار، لذلك أرجح ما ذهب إليه الحنفية بأن زواج الشغار مكروه ويفرض للمرأة مهر المثل والله أعلم .

المطلب الرابع: زواج المريض مرض الموت.

أولاً: بيان مفهوم مرض الموت:

اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم مرض الموت:

فذهب الحنفية إلى أن مرض الموت هو: الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن هذا ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، فيعتبر ابتداء السنة من تاريخ الاشتداد^(١).

وعرف الشافعية مرض الموت: بأنه المرض المخوف الذي يتصل بالموت، ولو لم يكن الموت بسببه^(٢).

فتعريف الحنفية شامل جامع لكل الحثيات، فعلى هذا يشترط لتحقيق مرض الموت عند الحنفية أن يتوافر فيه وصفان:

الوصف الأول: أن يكون مخوفاً، أي يغلب الهلاك منه عادة أو يكثر.

جاء في الفتاوى الهندية: حد مرض الموت تكلموا فيه، والمختار للفتوى أنه إن كان الغالب منه الموت كان مرض الموت سواء كان صاحب فراش أم لم يكن^(٣).

وأما ما أشكل أمره من الأمراض فيرجع فيه إلى قول أهل المعرفة وهم الأطباء لأنهم أهل الخبرة في ذلك والتجربة والمعرفة، ولا يقبل إلا قول طبيين مسلمين ثقتين، لأن ذلك يتعلق به حقوق شرعية^(٤).

(١) الزيلعي، تبين الحقائق ج ٢-ص ٢٨٢، مجلة الأحكام العدلية (مادة: ١٥٩٥).

(٢) انظر، الشافعي، الأم ج ٤-ص ٣٥.

(٣) انظر، الفتاوى الهندية ج ٤-ص ١٧٦.

(٤) انظر، النووي، المهذب ج ٦-ص ٦٠.

ويقصد بالعجز عن الخروج لمصلحه خارج بيته: عجزه عن إتيان المصالح القريبة العادية.

الوصف الثاني: أن يتصل المرض بالموت، سواء وقع الموت بسببه أم بسبب آخر خارج عنه، كقتل أو غرق أو غير ذلك^(١).

وقد ألحق الفقهاء بالمريض مرض الموت في الحكم حالات مختلفة وعديدة ليس فيها مرض أو اعتلال صحة، وإنما توفر فيها الوصفان المشترطان منها:

أ- ما إذا ركب البحر، وتموج الموج واضطرب، وهبت الريح العاصف، وخيف الغرق، فهكو مخوف^(٢).

ب- إذا كان الشخص في الحرب والتحمت الصفوف واختلطت^(٣).

ج- الأسير والمحبوس إذا كان من العادة أن يقتل^(٤).

وأما الأمراض المزمنة لا تعد مرض الموت إلا إذا تغير حال المريض واشتد وخيف منه الهلاك.

ثانياً: علاقة زواج المريض مرض الموت بالقصد غير المشروع .

إن الزواج شرع لتحقيق مقاصد رتبها الشارع على النكاح، وعلى المكلف أن يكون قصده موافقاً لقصد الشارع، والمريض مرض الموت لا يمكنه القيام بمصلحه القربة، فكيف يقوم بمصالح الزواج وهو مشرف على الموت، فهنا يظهر القصد غير المشروع للمكلف من خلال القرائن ودلالة الحال، فقصده في الغالب هو حرمان الورثة من التركة حرمان نقصان، وليس تحقيق مقاصد الشارع من النكاح من إنجاب الأولاد وعمارة الأرض وإنشاء الأسرة الصالحة، فالدافع والباعث لهذا الزواج هو الإضرار بالورثة فقط. وهو قصد غير مشروع يخالف الحكم والمصالح التي يريدها الشارع الحكيم.

ثالثاً: آراء الفقهاء في حكم زواج المريض مرض الموت:

ذهب الحنفية^(٥) والشافعية^(٦) والحنابلة^(٧) إلى صحة نكاح المريض مرض الموت حيث يثبت به التوارث بين الزوجين، ويثبت مهر المثل للزوجة.

(١) انظر نازيلي، تبين الحقائق ج ٢-ص ٢٨٤، ابن قدامة، المغني ج ٦-ص ٥٠٧.

(٢) انظر، ابن عابدين، الدر المختار ج ٣-ص ٣٨٥.

(٣) انظر، المبسوط، السرخسي ج ٦-ص ١٦٨، الهيتمي، تحفة المحتاج ج ٧-ص ٣٤.

(٤) انظر، الأم، الشافعي، ج ٤-ص ١٠٩.

(٥) انظر، ابن عابدين، الدر المختار ج ٣-ص ٣٨٥.

(٦) انظر، الشافعي، الأم، ج ٤-ص ١٠٩، العمراني، البيان ج ٨-ص ٢١٤.

(٧) انظر، ابن قدامة، المغني ج ٧-ص ٢٧٣.

واستدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣]

وبما ورد عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: "لو لم يبق من أجلي إلا عشرة أيام ، وأعلم أنني أموت في آخرها يوماً، لي فيهن طول النكاح، لتزوجت مخافة الفتنة" ^(١).

وبما روى ابن أبي شيبه عن معاذ بن جبل رضي الله عنه أنه قال في مرضه الذي مات فيه: "زوجوني، إني أكره أن ألقى الله عز وجل عزباً" ^(٢)، وإذا ثبتت صحة الزواج في مرض الموت ثبت التوارث بين الزوجين.

وذهب المالكية ^(٣) إلى أن هذا النكاح لا يجوز، فإذا تزوج رجل بامرأة وهي مريضة مرض الموت كان لها الصداق إن مسها ،ولا ميراث له منها، وإن مات هو فلها الصداق إن مسها ولا ميراث لها منه، أما إذا لم يمسه فلا صداق ولا ميراث له.

رابعاً: مناقشة الأدلة والترجيح بين الآراء:

استدل الحنفية والمالكية والشافعية على كلامهم بجواز نكاح المريض مرض الموت بعدة أدلة من القرآن والآثار المنقولة عن بعض الصحابة .

لكن أهم دليل يستندون عليه هو عموم قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣] وغيرها من الآيات التي تدل على إباحة النكاح، فأصحاب هذا القول لم يلاحظوا تحقق أو عدم تحقق مقاصد النكاح في زواج المريض مرض الموت ، لكن أقول إن عموم هذه الآية وغيرها لا يصلح دليلاً لكلامهم، وذلك إن العموم مقيد بعدم مخالفة قصد المكلف، لقصد الشارع في أي حكم مباح أو مشروع، وقصد المكلف من الزواج في مرض الموت غير مشروع لأنه قصد الإضرار بالورثة ، ودلالة حال المكلف دليل واضح على قصده غير المشروع ، فالشارع الحكيم قصد من تشريع الزواج حصول الأولاد وإكثار النسل، والمريض مرض الموت ليس لديه القدرة على إتيان النساء من أجل إنجاب الأولاد ، وقصد أيضاً السكن والمودة وهذا لا يحصل إلا إذا قصد المكلف دوام النكاح وهذا الأمر لا يمكن وهو يعرف أنه مشرف على الموت ، حيث إنه لم يقدم على عقد النكاح إلا بسبب قرب دنو أجله كي ينقص من حصة الورثة

^(١) أثر ابن مسعود، أخرجه سعيد بن منصور في سننه ، أبو عثمان بن شعبة الخرساني الجوزجاني (ت: ٢٢٧هـ) السنن ،باب الترغيب في النكاحج ١-ص ١٦٤.

^(٢) ابن أبي شيبه، المصنف ، باب التزويج لمن كان يأمر به ويحث عليه ج ٣، ص ٤٥٣ رقم الحديث (١٥٩٠٩).

^(٣) انظر ، عيش، منح الجليل ج ٣-ص ٣٠٦.

وأما الآثار الواردة عن ابن مسعود رضي الله عنه ومعاذ بن جبل رضي الله عنه فإنه لا يفهم منها جواز نكاح المريض مرض الموت، بل فيه حث على الزواج لا غير، والدليل ما ذكره ابن مسعود رضي الله عنه في نهاية كلامه "لتزوجت مخافة الفتنة"، لكن السؤال هنا هل المريض مرض الموت والذي لا يقوى على فعل أموره العادية يُخاف عليه من الفتنة؟

الجواب: في أغلب الظن لا وخصوصاً أننا قد بينا أوصاف مرض الموت وأنه ليس وعكة وتمر وإنما هو مرض لا يقوى صاحبه معه على قضاء حاجته العادية ومن بينها وطء النساء، لذا يظهر لي أن ابن مسعود رضي الله عنه ذكر ذلك من باب الترغيب في الزواج، لذلك أرى أن الباعث غير المشروع ظاهر في نكاح المريض مرض الموت، والقرائن تدل على ذلك وهو عدم حاجته للنساء، بسبب قربه من الموت، فما هو سبب زواجه إذاً غير إضراره بالورثة!

والمالكية القائلين بعدم الجواز لاحظوا هذا القصد غير المشروع، وهو إدخال وارث على الورثة لينازعهم على التركة، وهذا الأمر يتسق مع منهج المالكية في أعمال الإرادة الباطنة إذا ظهرت بالقرائن بخلاف الحنابلة الذين قالوا بتقديم الإرادة الباطنة على الظاهرة في الحكم على التصرفات، لكنهم هنا أظن أنهم خالفوا منهجهم.

لذلك أرجح قول المالكية بعدم جواز نكاح المريض مرض الموت، وأنه يعامل بنقيض قصده فهو قصد الإضرار بالورثة لذلك لا ترث زوجته منه شيء ولها الصداق فقط. والله أعلم.

المطلب الخامس: نكاح المتعة.

أولاً: بيان معنى نكاح المتعة

قبل بيان معنى نكاح المتعة الاصطلاحي علينا بيان المعاني اللغوية للمتعة ومن ثم بيان التعريف الاصطلاحي.

أ- المتعة لغة: اسم مصدر "متع" والمتعة بضم الميم تدور على معنى التلذذ والانتفاع وقد تكسر عند العرب، والمتاع متفق مع المتعة من ناحية الانتفاع المؤقت لاشتقاقها منه كقوله تعالى: ﴿وَمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا إِلَّا مَتَاعُ الْغُرُورِ﴾ [الحديد: ٢٠]

فالمتعة: اسم للتمتع، كالتمتاع، وهي أن تتزوج امرأة تمتع بها أيام ثم تخلي سبيلها، تتمتع بها لا تريد ادامتها، وسميت متعة لانتفاع المرأة بما يعطيها الرجل وانتفاعه منها لقضاء شهوته وحاجته^(١).

(١) الفيروزآبادي، القاموس المحيط (مادة: متع)، الزمخشري، الكشاف ج ١-ص ٣٨٥

ثانياً: نكاح المتعة اصطلاحاً: وعُرف نكاح المتعة بعدة تعريفات لا تخرج كلها عن المعنى اللغوي للمتعة، فنكاح المتعة هو: عقد الرجل على المرأة بأن يتمتع بها مدة معلومة بشيء من المال ينتهي هذا العقد بانتهائها من غير طلاق^(١).

و عرفها محمد الحامد بقوله: "هو أن ينكح الرجل امرأة بشيء من المال مدة معينة، ينتهي النكاح بانتهائها من غير طلاق، وليس فيه وجوه نفقة و سكنة، و على المرأة استبراء رحمها بحيضتين، و لا توارث يجري بينهما إن مات أحدهما قبل انتهاء النكاح."^(٢)

ثانياً: آراء الفقهاء وأدلتهم في حكم نكاح المتعة:

اتفق الفقهاء على تحريم نكاح المتعة وبطلان عقده^(٣)، ولم يخالف في ذلك إلا الشيعة وحكي عن ابن عباس أنها جائزة^(٤).

واستدل علماء أهل السنة على تحريم المتعة بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة والإجماع اذكر طرفاً منها:^(٥)

- فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ﴾ (٥) إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٦) فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴿ [المؤمنون: ٥ - ٧]

ووجه الدلالة: من الآية أن الآية حددت جواز الاستمتاع بالمرأة إما عن طريق الزواج أو ملك اليمين ، أما المرأة المتمتع بها في نكاح المتعة ليست زوجة ولا مملوكة، وأما كونها غير مملوكة فواضح، وأما أنها ليست زوجة ، فهو انتفاء لوازم الزوجية عنها، كالميراث والعدة والطلاق، فتبين أن مبتغى نكاح المتعة هو التعدي على حرمان الله.

وبهذه الآيات الكريمة استدلت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها على تحريم نكاح المتعة عندما سألت عن متعة النساء فقالت: بيني وبينكم كتاب الله ، وقرأت هذه الآية ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ [المؤمنون: ٥ - ٧]^(٦)

- ومن السنة:

^(١)السرخسي، المبسوط ج ٥-ص ١٥٢.

^(٢)محمد الحامد، نكاح المتعة حرام في الإسلام (ص ٥).

^(٣)السرخسي، المبسوط ج ٥-ص ١٥٢، الدسوقي، حاشية الدسوقي ج ٢-ص ٢٣٩، الشافعي، الأم ج ٧-ص ١٨٣، ابن قدامة، المغني ج ٧-ص ١٧٨.

^(٤)النووي، صحيح مسلم، ج ٩-ص ١٨٩ الفكيكي، المتعة واثراها (ص ٦٢).

^(٥)الكاساني، بدائع الصنائع ج ٩-ص ١٨٩ ابن رشد، بداية المجتهد ج ٣-ص ٨٠، النووي، المجموع ج ١-ص ٢٥٠-٢٥٣ ابن قدامة، المغني ج ٧-ص ١٧٨.

^(٦)أخرجه الحاكم في المستدرک وصح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ج ٢-ص ٣٣٤.

عن الربيع أن رسول الله ﷺ : نهي عن المتعة وقال: ((ألا إنها حرام من يومكم هذا إلى يوم القيامة، ومن كان أعطي شيئاً فلا يأخذه))^(١).

وفي حديث آخر ((نهي رسول الله ﷺ عن المتعة، وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خير))^(٢).

- الإجماع:

ذكر أهل العلم أنه قد انعقد الإجماع ممن يعتد بهم على تحريم نكاح المتعة استناداً إلى ماسبق من الأدلة،

فقد قال الإمام النووي : ثبت أن نكاح المتعة كان جائزاً في أول الإسلام ، ثم ثبت بالأحاديث الصحيحة أنه فسخ، وانعقد الإجماع على تحريمه ، ولم يخالف فيه إلا طائفة من المبتدعة^(٣).

فتحريم نكاح المتعة قد وقع الإجماع على تحريمه إلا الشيعة، فالأمة بأسرها امتنعوا عن العمل بالمتعة.

- من المعقول:

إن النكاح لم يشرع لإشباع الغريزة فحسب بل لأغراض ومقاصد يتوصل به إليها من تكوين الأسرة وإنشاء مجتمع فاضل، وأيضاً فإن النكاح يجب أن يبنى على العدل والرحمة، ونكاح المتعة فيه ظلم وحيث للمرأة، ولما فيه إهانة للمرأة من وضعها في مهنة مهينة ووضعية يرغب بها مادامت شابة، فإذا كبرت رमित، لذلك من المعقول أن تمنع الشريعة مثل هذا النوع من النكاح ، والذي يسمى نكاحاً تجوزاً، وإلا فهو عين الزنى.

ثالثاً: علاقة نكاح المتعة بالقصد غير المشروع

من خلال عرض آراء الفقهاء وأدلتهم يمكن القطع بأن علماء أهل السنة متفقون على إبطال مثل هذا النوع من النكاح، وذلك لأن النكاح الشرعي عقد على تملك منفعة البضع على الدوام والاستمرار ، فالدوام والاستمرار من أعظم الأسباب في حصول مقاصد الشريعة في النكاح ، ونكاح المتعة يتعارض مع تلك المقاصد، إذ لا يراد به المودة والرحمة والسكن ولا المكاثرة بالأولاد ولا بناء الأسرة ولا الترابط الأسري والإجماعي .

وفي الحقيقة يتبين بطلان نكاح المتعة من صيغته وحتى من دون الخوض في الأدلة، وذلك من خلال قصد المكلف الغير المشروع والذي يظهر للعيان من خلال صيغة هذا العقد، وكما بينا سابقاً بأن القصد ينقسم إلى قسمين قصد مباشر وهو الصيغة وإرادة النتيجة، وقصد غير مباشر وهو البواعث التي تأتي وراء القصد المباشر. وهنا في مثل هذا النكاح لا ننظر إلى القصد غير المباشرة سواء المشروعة أو غير المشروعة وذلك لعدم

^(١) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيض ثم حرم رقم الحديث (١٤٠٦).

^(٢) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب نهي رسول الله ﷺ عن نكاح المتعة آخر رقم الحديث (٥١١٥).

^(٣) ابن حجر ، فتح الباري ج ٩ - ص ١٧٣ .

شرعية القصد المباشر المتمثل بالصيغة وقد ذكرنا سابقاً أنه إذا كانت القصدود المباشرة غير مشروعة فلا يؤبه بالقصدود غير المشروعة في أغلب الأحيان وفي عقد نكاح المتعة تكون الصيغة بلفظ التمتع وليس النكاح، والصيغة تعبر عن قصده المباشر، فالعقد قصد به التمتع وليس صفة النكاح الشرعي ، وقصد المكلف المباشر من العقد مجرد المتعة ، إذ لا فرق بينه وبين البغاء والله أعلم.



المبحث الثاني

أثر القصد غير المشروع في بعض صور عقد النكاح المعاصرة

ويتكون هذا المبحث من المطالب الآتية:

المطلب الأول: زواج السفر.

المطلب الثاني: زواج المسيار.

المطلب الثالث: زواج الأصدقاء (الفرند).

المطلب الرابع: الزواج المدني.

المطلب الخامس: الزواج العرفي.



تمهيد:

بيننا سابقاً أن القصد المشروع هو القصد الذي لا يناقض قصد الشارع الحكيم، فالشارع قد جعل لعقد الزواج مقاصد ومصالح معينة وطالب المكلفين بأن تكون مقاصدهم موافقة لهذه المقاصد حتى لو كان عقد الزواج مكتمل الشروط والأركان، وقد بينت سابقاً جزءاً من المقاصد الشرعية لعقد الزواج، وقد ظهرت في زماننا هذا بعض العقود المستحدثة للزواج تحمل أسماءً واشكالاً جديدة، وبالنظر إلى حقيقة هذه الزيجات المستحدثة تظهر مخالفتها لمقاصد الشارع الأصلية أو التبعية كزواج المسيار وزواج الفرند وزواج المسافر ونحوها، حيث سأبين في هذا المبحث بعض هذه الصور.

المطلب الأول: زواج السفر.

يطلق على زواج السفر عدة تسميات كزواج السياحي وزواج المسافر أو زواج الترانزيت وذلك لارتباطه بسفر الرجل سواء كان سفر للسياحة أو العمل، حيث يقوم بعض الرجال بالسفر لبعض الدول للسياحة أو لأي غرض آخر لفترة محدودة كشهر أو شهرين، فيتزوج من دولة التي سافر إليها وهو ينوي الطلاق، فيترك زوجته في بلدها ويعود إلى بلده وربما تكون قد حملت منه، وربما يذهب خفية فلا يعلم الناس مكانه.

أولاً- تعريف زواج السفر:

زواج السفر هو : الزواج الذي يتم بإيجاب وقبول مع حضور ولي وشاهدين ولكن ينوي الزوج فيه الطلاق بعد مدة في المستقبل طالت أو قصرت علمت المرأة أم لم تعلم^(١).

ثانياً-بيان صورة المسألة وتحرير محل النزاع:

يمكن أن يكون زواج السفر على صورتين اثنتين:

الصورة الأولى : أن يكون الرجل مسافراً إلى بلد ما فيتزوج امرأة من أهل هذه المنطقة، على أن يقدم لها مهراً يرضيها وينوي أن هذا الزواج محدد لمدة السفر ، سواء ظهرت نيته في الصيغة أم لم تظهر.

الصورة الثانية: أن يسافر الرجل إلى بلد آخر يكثر سفره إليه، فيعقد على امرأة على أن تبقى مقيمة في بلدها وبأنتيها عندما يأتي إلى هذا البلد دون أن ينوي الطلاق ، وفي كلا صورتين يكون العقد موثقاً وتحقق به جميع أركان العقد وشروطه الشكلية ، فالصورة الثانية من زواج السفر وإن كان السفر فيها هو الدافع للزواج غير أنها مكتملة الأركان والشروط وقد تحقق فيها مقاصد الشارع من الزواج، فالعاقد في نيته أراد التأييد، والاستمرارية ، والزوجة رضيت في بقائها في بلدها لذلك فإن هذه الصورة لا خلاف فيها ، فالمكلف قصد عصمة نفسه وديمومة العقد واستمراره ، ولم يخالف أي مقصد من مقاصد الشريعة في عقد الزواج.

أما الصورة الأولى فهي موضع الخلاف بين العلماء ، وذلك لأن من شروط عقد الزواج الإستمرارية كي تحقق مقاصد الزواج التي أرادها الشارع من المودة والرحمة والاستقرار والتي تحقق المقصد الأصلي من النكاح ألا وهو التكاثر وعمارة الأرض ، ولما كان هذا الزواج لا يحقق غايات النكاح الشرعية ، كان الخلاف في حكم هذه الصورة ، وهذه الصورة تكون على حالتين:

١- أن ينص الزوج في العقد على أنه لوقت محدد.

٢- أن يبقى الأمر خفياً في نية الزوج سواء علمت المرأة أم لم تعلم.

ثالثاً-حكم زواج السفر:

لقد ذكرت سابقاً بأن زواج السفر الذي اختلف العلماء المعاصرون فيه قد ناقشه الفقهاء المتقدمون في كتبهم تحت عنوان الزواج بنية الطلاق وقد بينت في المبحث الأول من الفصل الثاني آراء الفقهاء وأدلتهم في حكم الزواج بنية الطلاق، فزواج السفر بالرغم من تسميته الجديدة إلا أن موضوعه موجود في الكتب الفقهية كما

^(١) الزحيلي، وهبة الزحيلي، عقود الزواج المستحدثة وحكمها في الشريعة، بحث مقدم للمجتمع الفقهي الإسلامي بتاريخ ١٤/٣/١٤٣٧هـ.

ذكرت آنفاً، وهذا الزواج إما أن يكون محدد بوقت معين ينتهي بانتهائه، أو تبقى نية الطلاق مخفية لا يظهرها الزوج.

فإذا كان عقد زواج السفر ينص صراحة على التأقيت فهو زواج مؤقت لا يحقق مقاصد الشارع من عقد الزواج كالمودة والسكينة والتكاثر ، بل له مدة معينة ينتهي العقد بانتهائها ولا فرق بينه وبين زواج المتعة عند أصحاب المذاهب الأربعة^(١) باستثناء زفر الذي فرق بين الزواج المؤقت وزواج المتعة فنكاح المتعة عند زفر باطل وأما النكاح المؤقت فهو نكاح توفرت فيه شروط الانعقاد والصحة والتأقيت شرط فاسد فيلغى هذا الشرط ويبقى العقد.

أما إذا لم ينص على التأقيت في العقد وبقيت نية الطلاق مضمرة غير ظاهرة فهو كما ذكرت يسمى النكاح بنية الطلاق عند المتقدمين وزاج السفر عند المعاصرين ، فذهب أكثر الحنابلة والإمام الاوزاعي^(٢) والمجمع الفقهي الإسلامي^(٣) إلى حرمة نكاح السفر حتى لو لم يظهر القصد غير المشروع في العقد، وذلك لأن العاقد لا يقصد استمرار الحياة الزوجية واستقرارها وإنما قصد التوقيت لتحقيق أغراضه وأهدافه الغير مشروعة والتي تناقض مقاصد الشارع من الزواج.

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية إلى صحة العقد بالرغم من وجود نية التأقيت، وإلى ذلك ذهب علماء الأزهري الشريف^(٤)، فالعقد مكتمل الأركان والشروط والحكم يكون على الظاهر.

وبذلك يظهر لنا أن زواج السفر جائز وصحيح عند أكثر الفقهاء المتقدمين وعلماء الأزهري الشريف، وباطل عند أكثر الحنابلة حيث أيد المجمع الفقهي قولهم.

لكن يظهر لي عند النظر من ناحية مقاصدية إلى أن زواج السفر لا يحقق مقاصد الزواج الشرعية ولا غاياته المرجوة كالمودة والسكينة والمودة بين الزوجين والاستقرار والتي تحقق المقصد الأصلي من النكاح ألا هو التكاثر وعمارة الأرض، فكيف يمكن لهذا الزواج ان يحقق المقاصد الشرعية وهذا الزواج مؤقت ينتهي بانتهاء غايته، فالزواج لا يحقق معانيه ومقاصده من المودة والاستقرار والنسل إلا كان مؤبداً.

لكن بالرغم من المخالفة الصريحة لهذا الزواج لمقاصد الشارع إلا انه مكتمل الأركان والشروط الشكلية إلا انه يناقض مقاصد الشارع من وجه خفي يمكن أن تظهر هذه المخالفة بالقرائن الظنية فلذلك يمكن القول ان عقد

(١) انظر الزيلعي، تبين الحقائق ج ٢-ص ١١٥ ، ابن عابدين ، رد المختار ج ١-ص ٥٢ ، العبدري، التاج والأكليل ، ج ٥-ص ٨٥ ، (الرملي ، تحاية المحتاج ج ٦-ص ٢١٤ ، ابن قدامة ، المغني ج ٧-ص ١٧٩

(٢) انظر المرداوي، الانصاف ج ٨-ص ١٦٣

(٣) انظر ، الأشقر ، أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، دار النفائس ، الطبعة الأولى ، عمان ٢٠٠٠م ، ص ٢٢٣

(٤) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، رقم الفتوى "٢١٤٠" قرار رقم (١٨ ، ٥ ، ١٤١٥)

زواج السفر صحيح مع ترتب الإثم على الزوج بسبب قصد المكلف غير الشروع ولما فيه من الغش والخداع ، وقد بينت ذلك بالتفصيل في حكم الزواج بنية الطلاق^(١)

المطلب الثاني: زواج المسيار:

يعتبر زواج المسيار من الصور المستحدثة والتي بدأت بالانتشار في المجتمعات الإسلامية وخصوصا في بعض الدول العربية كالسعودية ومصر، وقد اختلف العلماء المعاصرون في حكم هذا الزواج وهل يخالف مقاصد الشارع الحكيم ام لا ، لذلك سأبين في هذا المطلب حكم زواج المسيار وهل هو مناقض لقصد الشارع ام لا، لكن علينا أولا بيان تعريف زواج المسيار وصوره.

أولا- تعريف زواج المسيار:

" زواج المسيار هو ابرام عقد تنازل فيه المرأة عن السكنى والنفقة والقسم أو بعض منها، وترضى بأن يأتي الرجل إلى دارها في أي وقت شاء من ليل أو نهار"^(٢).

فزواج المسيار يطلق على الزواج الشرعي المستوفي للأركان والشروط لكن يتضمن تنازل الزوجة عن بعض حقوقها الشرعية كالنفقة والسكنى والمبيت، ويأتي لزيارتها من وقت لآخر.

ثانيا- بيان صورة المسألة:

إن زواج المسيار كما بينا في تعريفه عقد شرعي على امرأة تحل له شرعا ويكون العقد مستوفيا للأركان والشروط ، الا ان الزوجة تنازل عن بعض حقوقها وهذا التنازل يمكن أن يكون مكتوبا او غير مكتوب، وقد تكون الدوافع إلى هذا الزواج راجعة إلى الرجل وقد تكون راجعة إلى المرأة ، فالرجل يمكن أن يريد الزواج من امرأة أخرى ولا يستطيع ذلك بسبب رفض المجتمع لفكرة التعدد او بسبب خصومة مع زوجته ولا يريد طلاقها بسبب وجود الأولاد والقانون يمنع الزواج مرة ثانية كتركيا مثلا، فيلجأ إلى زواج المسيار لتلبية هذه الحاجات أو بعضها، وقد تكون المرأة غنية صاحبة ثروة أو مال وفاتها قطار الزواج ، وقد تكون مطلقة أو أرملة وعندها مال وتخاف على نفسها من الوقوع في الفاحشة فتلجأ إلى مثل هذا الزواج مع التنازل عن بعض حقوقها الزوجية، فصورة زواج المسيرة مستكملة للشروط والاركان الشكلية للعقد الا ان الفقهاء المعاصرون اختلفوا في حكمه بحسب نظرهم إلى الزواج هل هو مناقض لمقصد الشارع من النكاح أم موافق للمقاصد الشرعية، وهذا ما سنبينه في حكم زواج المسيار.

^(١)راجع الصفحة ٨٠ من البحث

^(٢)الجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة عشر ، مكة المكرمة (١٤٠٣، ٣، ١٤٢٧ هـ)

ثالثاً- آراء العلماء المعاصرون في حكم زواج المسيار:

أ- ذهب جمع من العلماء المعاصرين كوهبة الزحيلي ونصر فريد واصل مفتي مصر ، وسليمان الأشقر والقرضاوي^(١)، إلى جواز زواج المسيار مطلقاً وذلك لتوافر الأركان والشروط وبالنظر إلى المال فإنه يحقق مقاصد الشريعة من المودة والسكن واستدلوا على كلامهم بأنه عقد قد استوفي الأركان والشروط ، فهو صحيح في أصله ووصفه وأما اشتراط عدم النفقة والسكن فهذه شروط لا تتنافى مع مقتضى العقد وهي حقوق للمرأة ولها ان تتنازل عنها.

فعن عائشة رضي الله عنها قالت عندما كبرت سودة بنت زمعة جعلت يومها من رسول الله ﷺ لعائشة فقالت يا رسول الله قد جعلت يومي منك لعائشة فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومين يومها ويوم سودة.^(٢)

وهذا الحديث فيه دليل على جواز إسقاط المرأة حقها في القسم وكذا يجوز حقها في السكن أو النفقة وقد أقرها ﷺ على ذلك.

إلا أن بعض العلماء كالأستاذ وهبة الزحيلي الذين قالوا بصحة زواج المسيار ذهبوا إلى كراهته وذلك لعدم تحقق بعض المقاصد الشرعية من الزواج. قال الأستاذ وهبة الزحيلي : " هذا الزواج وإن كان صحيحاً مشروعاً في الظاهر إلا أنه لا يحقق مقاصد الزواج الثابتة والسكن والاطمئنان والإشراف على المنزل ونحو ذلك فهو في رأي مكروه والتشجيع والمعارضة بحسب الظروف وبحسب كل حالة على حدى "^(٣).

ب- وذهب بعض العلماء المعاصرين كالأستاذ أحمد حجي الكردي^(٤) إلى صحة عقد زواج المسيار مع بطلان الشرط، ومتى طالبت المرأة بحقها وجب الوفاء وذلك لأن الشروط الموضوعة في عقد زواج المسيار تتنافى ومقتضى العقد فتبطل الشروط ويصح العقد.

ح- وذهب بعض العلماء المعاصرين إلى حرمة زواج المسيار ، كمحمد الزحيلي ومحمود السلطاوي ومحمد صالح وعلي القره داغي^(٥)، واستدلوا على حرمة زواج المسيار ، بأن هذا الزواج لا يحقق مقاصد الزواج السامية من حيث المودة والسكن ، وحفظ النوع الانساني وتعهده على أكمل وجه والله عزوجل يقول: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً

^(١) انظر، القرضاوي ، يوسف القرضاوي ، زواج المسيار حقيقته وحكمه ، مكتبة وهبه ، الطبعة الأولى ، ص ٨ ، الزحيلي ، وهبة الزحيلي ، فتاوى معاصرة ، دار الفكر ، ص ٢٢٦ ،

الأشقر ، مستجدات فقهية ، ص ٢٤٠

^(٢) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب المرأة تحب يومها من زوجها لضررها ، (رقم الحديث ٥٢١٢)

^(٣) الزحيلي ، فتاوى معاصرة ، ص ٢٢٦

^(٤) الأشقر ، مستجدات فقهية ، خطاب الأستاذ أحمد حجي الكردي ، ص ٢٣٧

^(٥) انظر، الأشقر ، المرجع السابق ، ص ٢٤٢=٢٥٢

إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ [الروم: ٢١]، فالله تعالى جعل الزواج سَكَنَةً ومودة بين الأزواج فإذا سقط حق المرأة لم تحقق المعاني المرجوة من الزواج وخصوصاً أن قضاء الشهوة فقط ليس المقصد الأساسي من الزواج وإنما هو هدف المكلف.

رابعاً- الترجيح:

بعد بيان أقوال العلماء المعاصرين في حكم زواج المسيار وعرض أدلتهم يظهر لي أن دليل القائلين بجواز زواج المسيار من " حديث عائشة بأن سودة بنت زمعة زوج النبي ﷺ قد تنازلت عن بعض حقوقها لعائشة رضي الله عنها "، لا يصلح الاستدلال به وذلك لأن سودة بنت زمعة رضي الله عنها كانت كبيرة بالسن ولا تستطيع خدمة النبي ﷺ فأعطت يومها لعائشة رضي الله عنها ، ولو كانت شابة لما فعلت ذلك فقياس زواج المسيار على فعل زمعة قياس فاسد.

لكن نقض دليل القائلين بجواز زواج المسيار لا ينفي أن زواج المسيار مكتملاً للشروط والأركان اللازمة فهو صحيح من الناحية الشكلية إلا أنه ليس الزواج المثالي الذي اراده الشرع لكنه الزواج الممكن الذي توجبه الضرورة لذلك أرجح ما ذهب إليه أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي من أنه زواج صحيح ولكنه مكروه والتشجيع والمعارضة يكون بحسب الحالة وليس على الإطلاق.

خامساً: الفرق بين زواج المسيار وزواج السفر والزواج العادي .

يتفق زواج المسيار مع زواج السفر بأن كلا العقدين قد استكملا الأركان والشروط الشكلية اللازمة لعقد النكاح ، ويفترقان بأن زواج المسيار ينوي فيه الزوج التأييد ، أما زواج السفر فيكون مؤقتاً ، وفي زواج المسيار تتنازل الزوجة عن حقوقها للزوج من نفقة وقسم ، أما زواج السفر فلا تنازل فيه عن الحقوق

وأما الفرق بين زواج المسيار والزواج المعتاد أو المكتمل : زواج المسيار زواج ناقص مشوه مبتور الجذور ، أو عديم المقاصد ، فهو لا يحقق مقاصد الزواج غالباً من السكن النفسي وتبادل العشرة ، ورعاية الأولاد ، وإناس الزوجة ، واطمئنانها إلى هذا الزوج الذي تراه أحياناً كالضعيف ، يقضي وطره ثم يغادر ، أي أنه يفقد المدلول الاجتماعي

المطلب الثالث: زواج الأصدقاء " الفرند "

تمهيد:

إن فكرة زواج الفرند أو الصديقة، فتوى للشيخ عبد المجيد الزنداني، وهو من علماء اليمن وهذه الفكرة تقابل أسلوب غربي في ارتباط الشابات بالشباب في الغرب حيث يعتبر عبد المجيد الزنداني هو أول من ذكر مصطلح زواج الفرند حيث برر فتواه بأنه اطلع على حال شباب المسلمين في الغرب فهناك من يأتي بصديقه إلى منزل الأسرة والفتاة تعيش مع صديق لها، والمحرمات التي تتركب والتي تخالف الشرع والدين فالمواجهة هذه المشكلات قرر ان الحل بزواج الفرند.

أولاً- تعريف زواج الفرند:

زواج الفرند هو أن يعقد الرجل على امرأة تحل له شرعا بوجود جميع الشروط والأركان غير أنه بمجرد العقد يحق للزوج معاشرة زوجته في بيتها أو بيته بقطع النظر عن المكان والزمان ودون الالتزام بأي حقوق للزوجة، فلا مهر ولا نفقة ولا مسكن، كل ذلك لا أهمية له فهو صورة مطابقة عن علاقات الاصدقاء الجنسية عند غير المسلمين غير ان هذه العلاقة عند المسلمين يسبقها عقد^(١).

ثانياً- آراء العلماء في حكم زواج الأصدقاء "الفرند":

اختلف العلماء المعاصرون في حكم زواج الفرند إلى قولين اثنين :

القول الاول : القول بجواز هذا الزواج وانه مشروع حيث ذهب ثلثة من العلماء المعاصرين إلى هذا القول كالزنداني وهو صاحب الفكرة وعلي ابو الحسن الندوي رئيس لجنة علماء الازهر وبعض علماء نجد^(٢)، واستدل اصحاب هذا القول بأن زواج الاصدقاء عقد ابرم بوجود أركانه وشروطه وللزوجة الحق في التنازل عن حقوقها في السكن والنفقة، وللزوج الحق في أن تسلم المرأة له نفسها ، قال تعالى ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، ووجدكم أي سعتكم وميسر لكم ، وهذا المتيسر للمغترب في بلاد الغرب، وذهبوا إلى ان هذا الزواج يساعد على اعفاف النساء؛ والرجال الذين يرغبون بالزواج بالتعدد ولا يقدرين عليه ماديا حيث يساعد هذا الزواج على حل المشاكل الاقتصادية وإن اباحت من باب الضرورات التي راعاه الاسلام.

القول الثاني: ذهب فريق آخر من علماء المسلمين إلى عدم جواز زواج الفرند، كمفتي مصر السابق نصر فريد واصل ورأفت عثمان عضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر^(٣) وأغلب علماء الشام و استدلو على عدم

(١)الزنداني ، عبد المجيد الزنداني ، " زواج الفرند نكاح لا سفاح " مجلة المستقبل الإسلامي ، العدد ١٢١ ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٨

(٢)عبد الموجود، عادل أحمد عبد الموجود ، الأنكحة الفاسدة ، دار الكتب العلمية ، الطبعة ٢٠٠٥ ، ص ٢٤٥ ، الزنداني ، زواج الفرند ، مجلة المستقبل العدد ١٢٨ ، ص ٣١

(٣)الزنداني ، زواج الفرند ، مجلة المستقبل ، العدد ١٢٨ ، ص ٣١ ، عبد الموجود ، الأنكحة الفاسدة ، ص ٢٣٧ ، رابطة العالم الإسلامي ، المجمع الفقهي ، عقود الزواج المستحدثة الدورة الثامنة عشر ، مكة المكرمة ، ص ٧٣

جواز زواج الاصدقاء ، بأن الله شرع الزواج ليكون رابطاً وثيقاً بين الرجل والمرأة يقوم على المودة والرحمة ويراد به الدوام والاستقرار ، ومن المعلوم أن السكن والمودة من المقاصد الأساسية للزواج فإذا لم تتحقق هذه المقاصد فقد الزواج قيمته الأساسية وأصبح مجرد شهوة يتساوى فيه الإنسان والحيوان، فليس المقصود من الزواج هو قضاء الوطر، بل الغرض أسمى من ذلك فقد شرع الزواج لمعاني ومقاصد اجتماعية ونفسية ، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وهذا الزواج سيكون مدخلاً للفساد والافساد والله تعالى حدد أحكام الزواج وبين أركانه وشروطه ، فهي ثابتة لا تتغير بتغير الأزمان ولا الإمكانة بل على الناس أن تتكيف معها، والعائد قصد من هذا الزواج اشباع شهوته دون ترتب آثار العقد عليه، فالزواج قصد إسقاط ما أوجبه الله تعالى من السكن والمهر والتنازل للوصول إلى شهوته، فيكون قصده غير مشروع ومناقض لقصد الشارع من تشريع الزواج.

ثالثاً-الترجيح:

بعد بيان آراء العلماء في زواج الاصدقاء يظهر لي أن زواج الفرند بالرغم من تحقق جوانبه الشكلية إلا أنه لا يرتب أي التزامات على الزوج، وبالتالي لا يحقق مقاصد الشارع من هذا الزواج ، فالمقصد الأصلي من الزواج هو التكاثر وعمارة الأرض ولتحقيق هذا المقصد لا بد من توافر المقاصد التبعية المكملة لهذا المقصد العظيم كالسكن والمودة والرحمة ، حيث أن هذه المقاصد التبعية مفقودة في زواج الأصدقاء، فالقصد من هذا الزواج هو قضاء الشهوة والمتعة المؤقتة وهذا ما دلت عليه الوقائع المشهودة على حالات كثيرة تسترت وراء مصطلح زواج الفرند والعبرة كما هو معلوم في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، إذ مدار عقد زواج الفرند على تحقيق المتعة فقط، متسترة بستر شرعي دلت القرائن على أن العاقد لم يقصد حقيقة الزواج.

والزواج الشرعي كما هو معلوم له حكم وأسرار كثيرة وعظيمة لا تحقق مع زواج الأصدقاء كالعشرة الدائمة والمودة وانجاب الأولاد، ومع فوات هذه المقاصد لا ينبغي القول بصحة هذا الزواج وكذلك سدا لذريعة المفسدين وذلك لأن القول بجوازه يفتح الفساد لأهل الأهواء والشهوات.

رابعاً: الفرق بين زواج الأصدقاء وزواج المسيار :

هذا الزواج يشبه زواج المسيار، فكلاهما يعيش فيه الرجل والمرأة غالباً بمعزل عن الآخر ، فهو إن وجدت صيغته من إيجاب وقبول بشروطهما ، إلا أن زواج الأصدقاء أسوأ حالاً وأخطر مصيراً ، حيث لا يوجد بيت يجمع الأسرة ، فإذا أنجبت الزوجة ولداً كيف يعيش الأولاد في مظلة أسرة غير مشتركة ، وهم بحاجة دائمة إلى حنان الأم وإلى رعاية الأب وهذا لا يتحقق بزواج الفرند

المطلب الرابع : الزواج المدني:

أولاً- تعريف الزواج المدني وبيان صورته:

عرفه الاستاذ وهبة الزحيلي بأنه : "مجرد رباط كبقية العقود المالية ويخلو من مراعاة الشروط التي تتناسب مع كرامة الإنسان"(١).

فالزواج المدني هو اتفاق على مجرد الارتباط دون الالتزام بأحكام الزواج واثاره لا عند الانعقاد ولا عند الفسخ، وفيه مخالفات شرعية صارخة إذا يمكن ان يكون هذا الزواج بين امرأة مسلمة وغير مسلم بحجة إلغاء الطائفية والفوارق الدينية ، يقول الرافعي " فمريد الزواج المدني يقدم طلبا هو وخطيبته في دائرة الاحوال الشخصية يعربان فيه عن رغبتهما في الزواج مرفقا به الاوراق الثبوتية، دون حضور ولي، ولا يشترط حضور شاهدين وهو أمر اختياري ويقوم الموظف بتوجيه السؤال للخطاب هل تريد الزواج بفلانة ، فيجيب نعم ثم يوجه سؤالا للمخطوبة هل تريدين الزواج بفلان فتجيب نعم "(٢).

ثانياً- حكم الزواج المدني:

ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى أن الزواج المدني إذا كان مستوفيا للأركان والشروط الشرعية الواجب توافرها في العقد الصحيح كان الزواج صحيحا بغض النظر عن الاسم الذي يطلق عليه(٣)، فالعبرة في هذا العقد للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

قال المستشار فيصل المولوي "عقد الزواج القانوني الذي يعقد في أي بلد من غير إسلام يعتبر عقدا شرعيا إذا تم بين الزوجين ولا يوجد مانع شرعي من الزواج بينهما، لان ركن العقد هو الإيجاب والقبول بين الطرفين وهو متوفر في عقد كما يتوفر فيه عادة الإعلان أما شرط موافقة الولي فهو غير مجمع عليه بين المذاهب"(٤).

وذهب أكثر العلماء إلى حرمة الزواج المدني وأنه عقد باطل لا يحل به الدخول على المرأة بل لا بد من عقد شرعي لاستحلال الدخول عليها ولا مانع من اجراء العقد المدني بعد ذلك لا لاستحلال الدخول ولكن لضمان الحقوق وخصوصا في بلاد الغرب.(٥)

وقد اعتمد العلماء على تحريم الزواج المدني بأن صيغته استفهامية في الإيجاب والقبول ، اذ يشترط في صيغة الزواج الشرعي أن تكون بالماضي أو بصيغة تدل على الحال أو الاستقبال إما في الإيجاب وإما في القبول(١).

(١) الزحيلي ، فتاوى معاصرة ، ص ٢١٤

(٢) الرافعي ، سالم عبد الغني الرافعي ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب ، دار ابن حزم ٢٠٠٢، ص ٣٦٠

(٣) انظر الرافعي ، المرجع السابق ، ص ٤٠٦ ، الزحيلي ، فتاوى معاصرة ، ص ٢١٦ ،

(٤) خليل، عبدالله خليل ، صور مستحدثة لعقد الزواج ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح، غزة ، ص ٦٦

(٥) انظر، الرافعي ، أحكام الأحوال الشخصية، ص ٤٠٦ ، الزحيلي ، فتاوى معاصرة ، ص ٢١٦

وبعد بيان آراء العلماء المعاصرين يظهر لي أن صورة الزواج المدني المنتشر في دول الغرب وبعض الدول الإسلامية عقد مخالف لنصوص الشريعة ولا يترتب له أي أثر شرعي ، لأنه عقد شرعه المقتن وفق هواه ومراده بعيد عن حكم الله تعالى، فالزواج شرع لتحقيق مقاصد ومصالح مصدرها هدى الله وليس هوى النفس ، فقصد المكلف في الزواج المدني مخالف لمقصد الشارع من الزواج حيث يظهر قصد المكلف غير المشروع في صيغة العقد الإيجاب والقبول ، فعقد الزواج الذي له صيغة معينة تدل على ماهيته وعلى ترتيب الآثار الشرعية عليه وهذه الصيغة تدل على القصد المباشر للمكلف من هذا العقد، وصيغة الزواج المدني تدل على أن العاقد لا يريد الزواج الشرعي المخصوص وإنما يريد نوعاً من أنواع العقود التي تشبه إلى حد ما العقود المالية وهذا ما لا يجوز في عقد النكاح.

المطلب الخامس: الزواج العربي:

أولاً- تعريف الزواج العربي: الزواج العربي هو اصطلاحاً يطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية سواء أكان مكتوباً أم غير مكتوب^(٢) وعرفه أستاذنا وهبة الزحيلي : " بأنه عقد بين طرفين بإيجاب وقبول وشهادة شهود من غير تسجيل الوثيقة الرسمية لدى المحاكم الشرعية"^(٣)، وعرفه شلتوت : " بأنه الزواج الذي لا يكتب في الوثيقة الرسمية التي بيد المأذون ، وقد تصحبه توصية الشهود بالكتمان وبذلك يكون من زواج السر وربما لا تصحبه توصية بالكتمان فيأخذ اسمه الخاص وهو الزواج العربي"^(٤).

ويقول شلتوت عن الزواج العربي بأنه العقد الشرعي الذي كان معهوداً عند المسلمين إلى عهد قريب وقد كان الضمير الإنمائي كافياً عند الطرفين للاعتراف به^(٥).

ثانياً -صورة الزواج العربي:

إن الصورة الأساسية للزواج العربي كما بينا في تعريفه هو أن يتزوج رجل بامرأة زواجا مستوفيا لكل الشروط والأركان سواء وثق هذا الزواج بواسطة الكتابة أم لم يوثق بها ، إلا أنه في كلا الحالتين لم يوثق لدى الجهات الرسمية، فهذه الصورة الأساسية للزواج العربي لكن تطور مفهوم الزواج العربي ليصبح شاملاً لحالات وصور تختلف فيها بعض الشروط اللازمة عند كل الفقهاء أو بعضهم، كالزواج من دون ولي أو من دون شهود، وقد ظهرت في المجتمعات الإسلامية عدة صور للزواج يطلق عليها الزواج العربي بعضها استكمل الشروط اللازمة للزواج الشرعي والبعض الآخر غير مستكمل للشروط وهي:

الصورة الأولى: عقد الزواج مستكمل الشروط غير الموثق لدى الجهات الرسمية، وهذه الصورة هي صورة الزواج العربي الأساسية.

(١) انظر ، الزحيلي ، الفقه الإسلامي ، ج ٣ = ص ٦٥٧

(٢) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ = ص ٨٣

(٣) الزحيلي ، فتاوى معاصرة ، ص ١٩٦

(٤) شلتوت ، محمود شلتوت ، الفتاوى ، دار الشروق القاهرة الطبعة السابعة ص ٢٧٠

(٥) شلتوت ، المرجع السابق ص ٢٧٠

الصورة الثانية : عقد الزواج دون ولي للزوجة، وفيه تتولى المرأة تزويج نفسها إضافة لعدم توثيق العقد لدى الجهات المختصة مع توثيقه بشهادة الشهود.

الصورة الثالثة: عقد الزواج دون ولي ومن دون شهود مع عدم توثيقه لدى الجهات المختصة.

ثالثاً- آراء الفقهاء في حكم الزواج العرفي:

ذهب اغلب العلماء المعاصرين إلى أن الزواج العرفي إذا كان مكتمل الشروط والأركان ولم يوثق توثيقاً رسمياً عند الجهات المختصة صحيح لا يتناقض مع مقاصد الشريعة^(١)، لأن عقد الزواج هو عبارة عن إيجاب وقبول، وحضور شاهدين وولي، فلا تتوقف صحته على توثيق العقد، فالزواج العرفي لا فرق بينه وبين الزواج الشرعي ولا يجوز ترتيب العقوبة على الزواج العرفي، وذلك لأن عدم التوثيق في العقد لا يحدث خللاً في عقد النكاح، فالفقهاء عرفوا عقد الزواج ولم يذكروا فيه التوثيق، فالتوثيق الرسمي شيء زائد على حقيقة العقد وماهيته.

قال الأستاذ وهبة الزحيلي " الزواج العرفي هو عقد صحيح كامل الأركان والشروط المطلوبة شرعاً، وبه تثبت جميع الحقوق من متعة ونفقة وطاعة المرأة لزوجها"^(٢)

وذهب بعض العلماء المعاصرين إلى وجوب توثيق عقد الزواج وأنه يجب ترتيب عقوبة للمخالفين، كأبو زهرة والقرضاوي وشلتوت^(٣)، وقالوا أنه يحق للحاكم أن يقيد المباح مراعاة للمصلحة العامة وله أن يستحدث من السياسات الشرعية ما يحفظ للناس حقوقهم وأمنهم واستقرارهم، فالتوثيق يعتبر الآن من المصالح المهمة التي يجب توفرها في عقد النكاح حيث يعتبر مقصداً مهماً من مقاصد الشريعة إلا وهو حفظ النسل وهذا الأمر أيدته معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية وذلك سداً للذرائع حيث ضعف في زماننا هذا الوازع الديني فصار بعض الناس ينكر الزواج هرباً من الآثار المترتبة عليه.

أما الصورة الثانية من الزواج العرفي والذي تتولى فيه المرأة تزويج نفسها، إضافة لعدم توثيقه لدى السلطات المعنية مع توثيقه بشهادة الشهود فهذه الصورة فيها أمرين اثنين :

أولاً عدم التوثيق وبهذا الاعتبار لها نفس الحكم الذي تحدثنا عنه في الصورة الأساسية للزواج العرفي، والأمر الثاني عدم الولي أي تزويج المرأة نفسها، وجمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنبلية وأبو يوسف من الحنفية ذهبوا إلى عدم جواز تزويج المرأة نفسها ولا فرق بين البالغة وغير البالغة ولا البكر والثيب^(٤).

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى عدم اشتراط الولي في نكاح المرأة فيجوز للمرأة البالغة إن تزوج نفسها بكرًا كانت أم ثيباً^(٥)

(١) انظر القرضاوي "الزواج العرفي"، مجلة البحوث الفقهية " العدد ٣٦، شلتوت، الفتاوى ص ٢٧٠، عبد الموجود، الانكحة الفاسدة، ص ٧٦-٧٧.

(٢) الزحيلي، فتاوى معاصرة، ص ١٩٦.

(٣) شلتوت الفتاوى، ص ٢٧٠، القرضاوي الزواج العرفي مجلة البحوث العلمية العدد ٣٦، مخلوف، محمد حسين مخلوف، فتاوى شرعية وبحوث اسلامية، دار الكتب العلمية بيروت، ص ٣٢.

(٤) انظر، ابن رشد بداية المجتهد، ج ٢ ص ١٢، النووي المجموع ج ١٦ ص ١٧٦، ابن قدامة المغني، ج ٦ ص ٤٧٦، السرخسي المبسوط ج ٥ ص ١٠.

وقد ذهبت معظم المجمع الفقهي^(٢) ولجان البحوث العلمية إلى حرمة هذه الصورة وبانه زواج باطل لا يبنى عليه اي اثر من الآثار الشرعية وذلك لأن الحق في الزواج مشترك بين المرأة والأولياء فالزواج لا يختص بالزوجة فقط بل هو علاقة الزوج والزوجة واسرة الزوجة ايضاً ، فمن مقاصد الشريعة في الزواج أقامت العلاقات الاسرية وربط العائلات فيما بينها من خلال رابطة المصاهرة ، والقول بجواز تزويج المرأة بهذه الصورة فيه تجاوز وإضرار بحقوق العائلة ، وفوق ذلك فان عقد الزواج له خطر كبير لما له تعلق بالأعراض التي تعتبر حفظها من اهم المقاصد الأصلية للزواج، وما كان له هذا الخطر فانه يجب الاحتياط فيه^(٣).

وأما الصورة الثالثة وهي عدم وجود الولي والشهود بالإضافة لعدم التوثيق فهذه الصورة ظاهرة البطلان بالإجماع .

وفي نهاية بيان آراء العلماء للزواج العرفي بصوره المختلفة يظهر لي أن الزواج العرفي إذا كان مكتمل الشروط والأركان فهو صحيح يترتب عليه كافة الآثار الشرعية ، وأما دم التوثيق لدى الجهات المختصة فهذا يعد خروجاً على الترتيبات الإدارية التي قررها ولي الأمر توثيق للحقوق، ويمكن فرض بعض العقوبات على من لم يلتزم بالتوثيق حماية للمجتمع والأسرة وحفاظاً على مقاصد النكاح، وأما إذا زوجت المرأة نفسها من دون توثيق للعقد فان هذا الزواج باطل لا يترتب عليه اي اثر شرعي ، وذلك لأن قصد العاقد في مثل هذا الزواج والذي يتجاوز فيه الأولياء و لا يوثق في المحكمة الشرعية هو الوصول إلى الفاحشة بوسيلة مشروعة وهذا هو الغالب في الزيجات العرفية.

(١) السرخسي المرجع السابق ج ٥ ص ١٠ .

(٢) مخلوف ، فتاوى شرعية وبحوث اسلامية، ص ٣٢ .

(٣) عقلة ، محمد عقلة ، نظام الاسرة في الاسلام ، دار الرسالة للطباعة ، ط ٤ ، ج ١ ص ٣٩٨ .

الخاتمة

- ١- النتائج.
- ٢- التوصيات.

- النتائج.

١- لم يفرد الفقهاء لموضوع القصد مبحثاً مستقلاً في كتبهم ، و لعله بسبب وضوح المعنى في أذهانهم ، حيث لم يفرقوا بين مصطلح القصد وبين غيره من المصطلحات ، كمصطلح "الإرادة" و "العزم" و "الأم"، حيث اعتبروها ألفاظ مترادفة من حيث الإجمال، حتى أنهم أستخدموها في كتبهم بمعنى واحد ، ولكن من حيث التفصيل بينها عموم و خصوص وهذا ما نص عليه القرآني والغزالي

٢- عند اطلاق لفظ "الباعث" فإن المقصود به "الباعث غير المشروع" ، بينما "القصد" لا يقتصر على غير المشروع ، فيمكن أن يكون مشروعاً أو غير مشروع.

٣- إن ثمة تقسيم القصد إلى مباشرة و غير مباشرة ، هي أن القصد المباشر ، يجب أن يتوافر في كل عقد حتى يعتد بالتصرف مبدئياً، أما القصد غير المباشر ، فلا يجب توافره لكن إن وجد فيجب أن يكون مشروعاً،

٤- لا يشترط ظهور القصد غير المشروعة في صلب العقد للحكم عليه بعدم المشروعية. بل مجرد ظهوره عن طريق القرائن يكفي لكي يؤثر على صحة العقد ، و أما المسؤولية الشرعية في القصد غير المشروعة فلا تنتفي سواء ظهرت بالقرائن أم لم تظهر.

٥- لا ينظر إلى الباعث غير المشروع ، لأجل الحكم على الفعل بعدم المشروعية إلا إذا كان الفعل في أصله مباحاً، فالفعل إذا كان محرماً لا ينظر إلى الباعث لأن الفعل في أصله باطل .

٦- إن القصد المباشر واحد في كل التصرفات والعقود، فالقصد المباشر يشمل الصيغة المعبرة عنه ويشمل إرادة النتيجة ، وهذان الأمران موجودان في جميع العقود والتصرفات ، أما القصد غير المباشر ، فإنه يختلف من عقد لآخر ، بل إنه يختلف من شخص لآخر ضمن العقد الواحد .

٧- لم يتطرق الفقهاء لمبدأ تعدد القصود و أثره في صحة التصرفات والمعاملات التي تعدد فيها القصد ، لكن يمكن استنتاج ذلك من خلال الفروع و الجزئيات الفقهية. و هذا الأمر من أكبر التحديات التي واجهتها في هذه الرسالة، استنتاج الأقوال و الاتجاهات من خلال الفروع.

٨- إن مقاصد المكلفين التي تخالف مقاصد الشارع ، لا يمكن الحكم على التصرفات بالبطلان بالرغم من ترتب الإثم الأخروي ، إلا إذا كان القصد غير المشروع ظاهراً ، وتكون مقاصد الشارع التي خالفها المكلف ثابتة بدليل قطعي الدلالة .

٩- إن بعض التصرفات في عقد النكاح التي أجازها أكثر الفقهاء قديماً، لا يمكن إجازتها في عصرنا هذا ، استناداً إلى فساد قصود بعض المكلفين وسوء سريرتهم، ومن المعلوم أنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان ولو كان الأئمة في زماننا هذا لما أجازوها سداً للذريعة ومنافاتها لمقاصد الشريعة.

- التوصيات.

١- إن موضوع قصود المكلفين أمر شائك و يحتاج إلى دراسة عميقة و بحث موسع في كافة أبواب الفقه ، مع العلم أنني اقتصر في دراستي هذه على عقد النكاح و لذلك أوصي بدراسة قصود المكلفين دراسة مقاصدية فقهية مقارنة في كافة مجالات الفقه ، في العبادات و المعاملات و خصوصاً أن معظم الدراسات القليلة مقارنة مع غيرها ، و التي تعنى في هذا المجال كانت سطحية ، إنشائية. كنت قد أشرت إلى ذلك في المقدمة بشكل مفصل. ولا أزعم أن دراستي هذه قد سدت هذا النقص بالكامل ، لكن حاولت بقدر استطاعتي.

٢- وأوصي بدراسة بعض النظريات الفقهية ذات المسميات الحديثة كنظرية التعسف في استخدام الحق ، و نظرية الباعث بشكل مفصل ، و دراسته دراسة عميقة من منظور مقاصدي و أنا كنت قد أشرت إلى ذلك و بينت بعض العلاقة بين هذه النظريات ذات التسمية الحديثة و قصود المكلفين بشكل مختصر لكن في الحقيقة تحتاج هذه النظريات إلى دراسة مقاصديه عميقة.

انتهت الرسالة في ٢٠١٨/٠٨/٠٦

الفهارس

- ١- فهرس الآيات.
- ٢- فهرس الأحاديث.
- ٣- فهرس الأعلام.
- ٤- فهرس المصادر والمراجع.
- ٥- فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات

طرف الآية	السورة.....رقم الآية..... صفحة الورود
﴿وَلَقَدْ عَلَّمْتُمُ الَّذِينَ اعْتَدَوْا مِنْكُمْ	البقرة.....٦٥.....٦٢
﴿وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ آمَنَّا بِاللَّهِ وَ	البقرة.....٨٩.....٦٢
﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى	البقرة.....٢٣٠.....٧٨\٧٤
﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنْ	النساء.....٣.....٩٧/٩٦
﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ	النساء.....٢٤.....١٠١
﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا	النساء.....١١٥.....٥١
﴿إِنَّ الْمُنَافِقِينَ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَهُوَ خَادِعُهُمْ	النساء.....١٤٢.....٦٢
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ	المائدة.....١.....٢٣
﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ	النحل.....١٠٦.....٢٠
﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُفْرُوجِهِمْ حَافِظُونَ	المؤمنون.....١١٥.....٩٩
﴿تِلْكَ الدَّارُ الْآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ	القصص.....٨٣.....٦٥
﴿وَحُذِّبِيكَ ضِعْنًا فَاصْرَبْ بِهِ	ص.....٤٤.....٦٠
﴿أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَاتِكُمْ فِي حَيَاتِكُمُ الدُّنْيَا	الأحقاف.....٢٠.....١١٠
﴿وَمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا إِلَّا مَتَاعُ الْغُرُورِ	الحديد.....٢٠.....٩٩

فهرس الأحاديث

طرف من الحديث.....	صفحة الورود
﴿ألا إنها حرام من يومكم هذا إلى يوم القيامة، ومن كان.....﴾	١٠٠
﴿إن الله تجاوز لي عن أمتي ما وسوست بها صدورهم.....﴾	٦٧
﴿أن رسول الله ﷺ استعمل رجلا على خير فجاءه بتمر.....﴾	٦٠
﴿إنما الاعمال بالنيات وإنما لكل لامرئ ما نوى.....﴾	٢١
﴿ثلاث جدهن جد.....﴾	٣٦
﴿هو التيس المستعار.....﴾	٧٦
﴿رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى.....﴾	٦٧
﴿فعليكم بالصيام فإن لكم به وجاء.....﴾	٨٥
﴿كان من أياتنا رويجل ضعيف مخدج.....﴾	٦١
﴿لا جلب و لا جنب و لا شغار في الإسلام.....﴾	٩١
﴿لعن الله المحلل والمحلل له.....﴾	٧٦
﴿من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو ردٌ.....﴾	٥١
﴿حرم رسول صلى الله عليه وسلم عن أن تنكح المرأة بالمرأة.....﴾	٩٢

- فهرس الأعلام

اسم العلم ...	صفحة الورود
ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الدين.....	٤٤
ابن حصين، عمران بن حصين بن عبيد بن خلف	٩١
ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور.....	٣٠
ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد بن محمد بن أبي القاسم.....	٤٤
ابن فارس ، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي أبو الحسين	١٩
ابن منظور ، محمد بن مكرم بن علي.....	٥
ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح	٨٣
ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن نجيم	١٢
البابري، محمد بن محمود	٤٨
الخصاف، أحمد بن عمر الشيباني أبو بكر	٢٤
الشاطبي، ابراهيم بن موزى بن محمد اللخمي الغرناطي.....	٢٠
الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي أبو عبد الله بدر الدين.....	١٦
الزيلعي، عبد الله بن يوسف	١٦
العمري، يحيى بن أبي الخير	٧٨
الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي المعروف بحجة الإسلام.....	٤٩
الفيومي ، أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي	٩
القراقي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو	١٤
الكاساني، أبو بكر بم مسعود بن أحمد الكاساني.....	٧٥
سعيد بن سعد بن عبادة الأنصاري الساعدي.....	٦١

نافع، الصحابي الجليل عقبة بن عامر بن عيسى الجهني..... ٨٦



- فهرس المصادر و المراجع

- (١) ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية ت ٧٥١هـ إعلام الموقعين عن رب العالمين ، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى ١٩٩١ م.
- (٢) ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني ت ٨٥٢هـ، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ.
- (٣) ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ٨٥٢هـ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة ، دمشق، ١٣٧٩ هـ.
- (٤) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير ابن رشد الحفيد ت ٥٩٥هـ ، بداية ونهاية المقتصد دار الحديث القاهرة ٢٠٠٠ م .
- (٥) ابن رجب ، زين الدين عبد الرحمن بن رجب بن الحسن البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي ت ٧٩٥هـ ، القواعد ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- (٦) ابن رجب الحنبلي، زين الدين بن عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الحنبلي ٧٨٥هـ ، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الحكم تحقيق شعيب أرنؤوط ، مؤسسة الرسالة
- (٧) ابن سيده المرسى، أبو الحسن علي بن اسماعيل بن سيده المرسى ت ٤٥٨هـ ، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق عبد الحميد هندراوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة السابعة ٢٠٠٠ م.
- (٨) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي رد المختار على الدر المختار، (حاشية ابن عابدين دار الفكر، بيروت الطبعة الثانية ١٩٩٤ م.
- (٩) ابن عاشور ، محمد الطاهر بن عاشور مقاصد الشريعة الاسلامية ، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، عمان الطبعة الثانية.
- (١٠) ابن فرحون المالكي، برهان الدين ابراهيم بن محمد بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام، تحقيق جمال المرعشلي، دار عالم الكتب الرياض، طبعة خاصة ٢٠٠٣ م.
- (١١) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي الشهير بابن قدامة المقدسي ت ٦٢٠ ، المغني ، هـ مكتبة القاهرة.

(١٢) ابن فارس ، ، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي أبو الحسين ت ٣٩٥ هـ ، معجم مقاييس اللغة تحقيق عبد السلام هارون ، دار الفكر ١٩٧٩ م .

(١٣) ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ .

(١٤) ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن مفلح أبو إسحاق ، المبدع في شرح المقنع ت ٨٨٤ هـ دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى، ١٩٩٧ .

(١٥) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي ت ٧١١ هـ لسان العرب، دار صادر ، بيروت الطبعة الثالثة.

(١٦) ابن نجيم، زين الدين ابن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري ،البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثالثة.

(١٧) أبو ستيت ، أحمد حشمت أبو ستيت النظرية العامة للالتزام ، مكتبة عبدالله وهبه القاهرة

(١٨) الأشقر ، أسامة عمر سليمان الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، دار النفائس الطبعة الأولى عمان

(١٩) الزركلي ، الاعلام ،خير الدين بن محمود بن محمد بن فاس الزركلي ١٣٩٦ هـ

(٢٠) الألوسي ، محمود الألوسي أبي الفضل ،روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي بيروت، والجصاص أحكام القرآن .

(٢١) البابري العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين البابري ت ٧٨٦ هـ دار الفكر بيروت.

(٢٢) البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، الجامع الصحيح ت ٢٥٦ هـ كتاب الإيمان، باب النية ، دار طوق النجاة ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٠ هـ.

(٢٣) البرني، محمد عاشق الهى البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة الشيخ، كراتشي، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هـ.

(٢٤) البوطي، محمد سعيد رمضان ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق الطبعة الرابعة.

(٢٥) الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي ت ٣٧٠ هـ ، أحكام القرآن ، تحقيق محمد صادق القمحاوي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ١٤٠٥ هـ.

(٢٦) الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني أبو المعالي ركن الدين الملقب بإمام الحرمين ت ٤٧٨ هـ ، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق عبد العظيم الديب ، دار المنهاج الطبعة الأولى ٢٠٠٧ م.

(٢٧) الحسني ، مصونة الحسني، الباعث وأثره في العقيد والتصرفات في الفقه الإسلامي .
(٢٨) الحموي، أحمد بن محمد أبو العباس شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي ت ١٠٩٨ هـ ، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى ١٩٨٥ م.

(٢٩) الخطاب الرعيني، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالخطاب الرعيني المالكي ت ٩٥٤ هـ ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، دار الفكر الطبعة الثالثة ١٩٩٢ م.

(٣٠) الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي ت ٩٧٧ هـ ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٩٩٤ م.

(٣١) الدريني، فتحي الدريني ، النظريات الفقهية، جامعة دمشق.

٣٢ الدريني، فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية بيروت

(٣٣) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ت ١٢٣٠ هـ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر.

(٣٤) الرصاع ،، محمد بن قاسم الانصاري ابو عبد الله الرصاع المالكي ت ٨٩٤ هـ ، الهداية الكلفية الشافعية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية، شرح حدود ابن عرفة المكتبة العلمية، الطبعة الأولى.

(٣٥) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ت ١٠٠٤ هـ ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج دار الفكر ، بيروت الطبعة الأخيرة ١٩٨٤ هـ.

(٣٦) الريسوني، أحمد بن الريسوني ، مدخل إلى مقاصد الشريعة ، دار الكلمة ، القاهرة ، الطبعة الأولى ٢٠٠١

الرافعي ، سالم عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم طبعة ٢٠٠٢

(٣٧) الزحيلي ، وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق.

(٣٨) الزحيلي ، وهبة الزحيلي، عقود الزواج المستحدثة وحكمها في الشريعة، بحث مقدم للمجمع الفقهي الاسلامي .

٣٩) الزحيلي ، وهبه الزحيلي ، فتاوى معاصرة، دار الفكر

٤٠) الزرقا، المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق.

٤١) الزركشي ، بدر الدين بن بهادر الزركشي ت ٧٩٤هـ ، البحر المحيط في أصول الفقه دار الكتي، الطبعة الأولى ١٩٩٤ .

٤٢) الزركشي ، أبو عبد الله بدر الدين بن بهادر الزركشي ت ٧٩٤هـ ، المنشور ، وزارة الأوقاف الكويتية ، الطبعة الثانية ١٩٨٥م.

٤٣) الزركسي،، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي ، شرح الزركسي، على مختصر الخرقى دار العبيكان، الرياض الطبعة الأولى.

٤٤) الزيلعي، ، فخر الدين الزيلعي الحنفي ت ٧٤٣هـ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق المطبعة الأميرية بولاق ، القاهرة، الطبعة الأولى ١٣١٣هـ

٤٥) السرخسي ، محمد بن أحمد شمس الأئمة السرخسي ت ٤٨٧هـ ، المبسوط ، دار المعرفة بيروت، الطبعة الاولى ١٩٩٣م.

٤٦) العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني ت ٨٥٥ هـ ، البناية شرح الهداية دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.

٤٧) السعدي ، عبد الرحمن السعدي ، أثر تعدد القصور.. رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة دمشق ، كلية الشريعة

٤٨) السنهوري، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دار إحياء التراث العربي ١٩٩٧ م.

٤٩) السنهوري ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ومصادر الالتزام ، دار احياء التراث العربي

٥٠) السيوطي، جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر دار الكتب العلمية الطبعة الثانية .

٥١) الشاطبي، ابراهيم بن موسى الغرناطي الشهير بالشاطبي ت ٩٧٠هـ ، الموافقات دار ابن عفان ، الطبعة الاولى ١٩٩٧ .

٥٢) شلتوت ، محمود شلتوت ، الفتاوى ، دار الشروق القاهرة ، الطبعة السادسة

٥٣) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد تحقيق عصام الدين الصباييطي، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار ، ، دار الحديث ، مصر الطبعة الأولى ١٩٩٣ م.

٥٤) الصاوي ، أبو العباس أحمد بن محمد الصاوي المالكي ت ١٢٤١، بلغة السالك لأقرب المسالك هـ دار المعارف

٥٥) الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية

٥٦) عبد الموجود، عادل أحمد عبد الموجود الأنكحة الفاسدة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ٢٠٠٥.

٥٧) الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، إحياء علوم الدين ، دار المعرفة ، بيروت الطبعة الأولى

٥٨) العيني، أبو محمد محمود بن أحمد الحنفي بدر الدين العيني ت ٨٥٥ هـ ، البناية شرح الهداية ، دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ٢٠٠٠ م.

٥٩) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي المعروف بحجة الإسلام الغزالي ت ٥٠ هـ المستصفى تحقيق عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٣ .

٦٠) الزحيلي ، وهبه الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، دار الفكر

٦١) الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ت ٧١٨ هـ ، القاموس المحيط ، مادة غَرَضَ مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الثامنة ٢٠٠٥ م.

٦٢) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي أبو العباس ت ٧٧٠ هـ ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية بيروت.

٦٣) القرافي، أبو العباس شهاب الدين القرافي ت ٦٨٤ هـ ، الذخيرة، تحقيق محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٩٤ م.

٦٤) القرافي ، أبو العباس شهاب الدين القرافي ،لأمنية في إدراك النية ، دار الكتب العلمية بيروت ،

٦٥) القرضاوي ، يوسف القرضاوي ،زواج المسيار حقيقته وحكمه، مكتبة وهبه .

٦٦) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ت ٥٨٧ هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ١٩٨٦ م.

٦٧) محمود ، مصطفى محمود ،شرح قانون العقوبات القسم العام، مكتبة وهبه ، الطبعة العاشرة ١٩٨٣.

٦٨) مخلوف ، محمد حسين مخلوف فتاوى شرعية وبحوث إسلامية، دار الكتاب العربي .

٦٩) الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، ت ٤٥٠ هـ ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي شرح مختصر المزني تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٩ م.

٧٠) المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي ت ٨٨٥ هـ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، الطبعة الثالثة.

٧١) المودودي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية مجد الدين أبو الفضل الحنفي ت ٦٨٣ هـ ، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٣٧ هـ.

٧٢) النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي ت ٦٧٦ هـ ، المجموع شرح المذهب، دار الفكر بيروت.

٧٣) النووي، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي ت ٦٧٦ هـ ، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت الطبعة الثانية ١٣٩٢ هـ.

٧٤) النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي ت ٦٧٦ هـ ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت الطبعة الثانية، ١٩٩١ هـ.

٧٥) الخازن ، علاء الدين علي بن محمد البغدادي الخازن، لباب التأويل تفسير الخازن ، دار الكتب العلمية ، بيروت.

٧٦) الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي ت ٦٠٦ هـ ، مفاتيح الغيب التفسير الكبير، دار احياء التراث العربي، بيروت ، الطبعة الثالثة .

٧٨) ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام ت ٨٦١ هـ ، فتح القدير ، دار الفكر بيروت ، الطبعة الأولى.

٧٩) الصفدي ، صلاح الدين الصفدي ، الوافي بالوفيات ، ت ٧٦٤ هـ تحقيق أحمد الأرناؤوط دار إحياء التراث بيروت.

٨٠) أمير بادشاه، محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي ت ٩٧ هـ ، تيسير التحرير، دار الفكر، بيروت.

٨١) بلقاسم الفالي ، محمد الطاهر بن عاشور، شيخ الجامع الأعظم دار ابن حزم الطبعة الأولى.

٨٢) ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد ت ٢٧٣ هـ ، السنن، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.

٨٣)سوار، وحيد الدين سوار التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مكتبة التوجيه المصرية الطبعة الأولى ١٩٦٠ م ، القاهرة.

٨٤)عليش، محمد بن أحمد عليش المالكي ١٢٩١ هـ ، منح الجليل شرح مختصر خليل دار الفكر بيروت ١٩٨٩ م.

٨٥)الكتاني ، عبد الحي الكتاني ت ١٣٨٣ هـ ، فهرس الفهارس والاثبات ومعجم المعاجم والمشيوخات والمسلسلات، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٩٨٢ م.

٨٦)لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوي الهندية دار الفكر، الطبعة الثانية ١٣١٠ هـ.

٨٧)مجلة الأحكام العدلية ، المادة (١٠٣ - ١٠٤) تحقيق نجيب هواويني، نشر محمد نور كراتشي.

٨٨) الحسني ،مصونة الحسني، الباعث وأثره في المعاملات المالية، منشورات جامعة دمشق

٨٩)الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي ت ٧٦٢ هـ ، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق محمد عوام مؤسسة الريان للطباعة، بيروت، الطبعة الأولى.