

الفهرس

الصفحة	الموضوع
143	(أ) المواطأة لغة:
143	(ب) المواطأة في الاصطلاح الفقهي:
144	(ج) العلاقة بين المعنيتين:
144	(د) وقوعها صراحةً وحكماً:
145	(هـ) التواطؤ في اصطلاح الأصوليين:
146	المبحث الأول
146	أنواع المواطأة
146	النوع الأول
146	المواطأة على الحيل الربوية
146	(أ) العينة:
147	(ب) بيع الرجاء:
148	(ج) التواطؤ على الحيلة إلى ربا الفضل:
150	النوع الثاني
150	المواطأة على الذرائع الربوية
150	(أ) المواطأة على الهدية أو الزيادة في القرض:
152	النوع الثالث
152	المواطأة على المخارج الشرعية
155	النوع الرابع
155	المواطأة على بيع التلجنة
156	النوع الخامس
156	المواطأة على النجش
158	النوع السادس
158	المواطأة على الاحتكار
159	النوع السابع
159	المواطأة في المعاملات المستحدثة

الفهرس

الصفحة	الموضوع
159	(أ) المربحة للأمر بالشراء:
160	(ب) الإجارة المنتهية بالتمليك:
160	(ج) المشاركة المتناقصة:
161	(د) الاعتمادات المستندية:
164	المبحث الثاني
164	القوة الملزمة للمواطأة على العقود والوعود
165	واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول:
166	الرأي الراجع:
168	المبحث الثالث
168	الضوابط الشرعية للمواطأة على العقود
168	والوعود المجتمعة في اتفاقية واحدة
168	الضابط الأول:
169	الضابط الثاني:
169	الضابط الثالث:
170	الضابط الرابع:
170	الضابط الخامس:
177	الخاتمة

بسم الله الرحمن الرحيم

المواطأة على إجراء العقود والمواعيدات المتعددة في صفقة واحدة

يتألف هذا البحث من تمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة

التمهيد

حقيقة المواطأة

(أ) المواطأة لغة:

- 1 - جاء في «معجم مقاييس اللغة» لابن فارس: «الواو والطاء والهمزة (وطء): كلمة تدلُّ على تمهيد شيء وتسهيله»⁽¹⁾. وقال أهل اللغة: التوطئة هي التمهيد والتذليل يقال: وطَّأت الشيء فأتطأ، أي هيأته فتهيأ. والتواطؤ يعني التوافق، والمواطأة: الموافقة⁽²⁾.
- وفي القاموس المحيط: واطأه على الأمر، وتواطأه، وتوطأه، موَاطأة: أي وافقة موافقة⁽³⁾. وقال ابن الأثير: كأنَّ كلاً منهما وطي ما وطينه الآخر⁽⁴⁾.
- وقال ابن فارس: «الموَاطأة: الموافقة على أمر يوطئه كل واحد لصاحبه»⁽⁵⁾.
- وذكر أبو هلال العسكري ورود المواطأة لغة بمعنى المعاونة، فقال: «ومالأتهم ممالأة، وواطأته موَاطأة، وآزرتة مؤازرة، وساعدته، وعاضدته: كل ذلك إذا أعنته»⁽⁶⁾. ومثل ذلك قال عبدالرحمن الهمداني⁽⁷⁾.

(ب) المواطأة في الاصطلاح الفقهي:

- 2 - يُطلق لفظ «التواطؤ» و «المواطأة» في الاصطلاح الفقهي على عدة أمور، أهمها:
- توافق إرادة طرفين - صراحةً أو دلالةً - على إضمار قصديهما التعامل بحيلةٍ أو ذريعةٍ ربويةٍ في صورة عقودٍ مشروعةٍ، استحلالاً لما حرَّمه الله.
 - تماثل البائع مع الناجش - في بيع المزاودة ونحوه - على أن يزيد في ثمن سلعته، لا لرغبةٍ في شرائها، بل ليخدع غيره ويفرّه، فيزيد ويشترىها.
 - التقيّة بإظهار الطرفين عقداً غير مقصودٍ لهما باطناً، وهو ما يُطلق عليه «التلجئة».

(1) معجم مقاييس اللغة 6/120

(2) النهاية لابن الأثير 5/201، 202، مشارق الأنوار للقاضي عياض 2/285

(3) القاموس المحيط ص 71، وانظر المصباح المنير 2/830، أساس البلاغة ص 503

(4) النهاية 5/202، وانظر المفردات للراغب ص 875

(5) معجم مقاييس اللغة 6/121

(6) التلخيص لأبي هلال العسكري 1/151

(7) الألفاظ الكتابية للهمداني ص 142

● الاتفاقُ المستترُّ المتقدمُ بين طرفين على إتيانِ تصرفٍ أو معاملةٍ مشروعةٍ، يُتَوَسَّلُ بها إلى مخرج شرعي (حيلة محمودة).

● تمالؤ أهلِ حرفة من الحرف التي يحتاجُ اليهم الناس على إغلاء الأجرة عليهم، أو طائفةٍ معيّنة من التجار الذين يتبايعون بنوع من السلع، على شرائها من أربابها بثمن بخس، أو بيعها لمن يحتاج إليها بزيادة على الثمن المعروف.

● إتفاقُ إرادة الطرفين في المداولة التمهيديّة التي تَسْبِقُ إبرامَ الاتفاقية (الصفقة) المركبة من مجموعة عقودٍ ووعودٍ متابعَةٍ مترابطةٍ - وفقاً لشروطٍ تحكمها كمنظومة واحدة، تهدفُ إلى أداء وظيفةٍ محددة مقصودة - على تنفيذها عقب إبرامها على النحو الذي تقدّمُ الاتفاقُ عليه (وذلك في المعاملات المالية المستحدثة).

(ج) العلاقة بين المعنيين؛

3 - يلاحظ أنَّ المعنى الاصطلاحي للتواطؤ والمواطأة مستمدّ من المعنى اللغوي للكلمة، الذي يُفيد «تمهيد شيء وتسهيله» ويدلُّ على «الموافقة على أمرٍ يُوطَّئُهُ كُلُّ واحدٍ لصاحبه» كما قال ابن فارس، أو على «المالأة والمعاونة والموازنة» كما قال أبو هلال العسكري والهمداني .. وأنَّ ذلك إنما يتمُّ (في الغالب) سرّاً أو تحت جناح الإخفاء والكتمان، حيثُ يُكْنَى في اللغة عن التغطية والإيهام بالوطء، الذي هو أبلغُ في الإخفاء والستر، كما قال ابن الأثير⁽¹⁾.

(د) وقوعها صراحةً وحكماً؛

4 - لقد ذكر الفقهاء أنَّ التواطؤ أو المواطئة كما تكون بالتصريح بها لفظاً، فقد تقع بدلالة العرف والعادة، كما تتحقق بكل ما ينبئ عنها ويدلُّ عليها من قرائن الأحوال. وفي ذلك يقول ابن تيمية وابن القيم: وجماعُ هذا أنه إذا باعه ربوياً بثمن، وهو يريد أن يشتري منه بثمنه من جنسه، فإنَّه أن يواطئه على الشراء منه لفظاً، أو يكون العرف بينهما قد جرى بذلك، أو لا يكون. فإنَّ كان الأول، فهو باطلٌ - كما تقدم تقريره - فإنَّ هذا لم يقصد ملك الثمن، ولا قصَدَ هذا تملكه، وإنما قصَدَ تملك المثلَّين بالمثلَّين، وجعلاً تسمية الثمن تلبيساً وخداعاً ووسيلةً إلى الربا، فهو في هذا العقد بمنزلة التيس الملعون في عقد التحليل. وإنَّ لم تجد بينهما مواطأة، لكنَّ قد علِمَ المشتري أنَّ البائع يريد أن يشتري منه ربوياً بربوي فذلك، لأنَّ علمه بذلك ضربٌ من المواطأة العُرفية⁽²⁾.

(1) أي في شرح حديث عليٍّ لما خرج مهاجراً بعد النبي صلى الله عليه وسلم: «فَجَعَلْتُ أَتَّبِعُ مَا خَذَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَأُطَا ذِكْرُهُ، حَتَّى انْتَهَيْتُ إِلَى الْعَرَجِ». قال ابن الأثير: أرادَ أني كنتُ أُعْطِي خَبْرَهُ مِنْ أَوَّلِ خُرُوجِي إِلَى أَنْ بَلَغْتُ الْعَرَجَ، وَهُوَ مَوْضِعٌ بَيْنَ مَكَّةَ وَالْمَدِينَةِ، فَكُنِيَ عَنْ التَّغْطِيَةِ وَالْإِيْهَامِ بِالْوَطْءِ الَّذِي هُوَ أَبْلَغُ فِي الْإِخْفَاءِ وَالسُّتْرِ. (النهاية 201/5)

(2) إعلام الموقعين 242/3، بيان الدليل على بطلان التحليل ص 284

(هـ) التواطؤ في اصطلاح الأصوليين:

5 - ذكر علماء الأصول أنَّ نسبة الألفاظ للمعاني خمسة: التواطؤ، والتشاكك، والتخالف، والاشتراك، والترادف. أما التواطؤ: فهو أن يكون اللفظ والمعنى مُتَّحِدَيْن، كالإنسان بالنسبة إلى أفراد من زيد وعمرو وغيرهما، فإنه متَّحدُ المعنى في كل منهما⁽¹⁾.

وعلى ذلك عرَّف القرافي المتواطئ بأنه اللفظُ الموضوعُ لمعنى كَلِّي مُستَوٍ في محالِّه. ثم قال: «المتواطئ مشتقٌّ من التواطؤ، الذي هو التوافق. يقال: تواطأ القومُ على الأمر، إذا اتفقوا عليه. ولما توافقت محالُّ مسمى هذا اللفظ سُمِّي متواطئاً»⁽²⁾.

وقال الغزالي: «الألفاظ المتواطئة: هي التي تنطلقُ على أشياء متغايرة بالعدد، ولكنها متفقةٌ بالمعنى الذي وُضِعَ الاسمُ عليها. كاسم الرجل، فإنه ينطلقُ على زيد وعمرو وبكر وخالد، واسم الجسم ينطلقُ على السماء والأرض والإنسان، لاشتراك هذه الأعيان في معنى الجسمية التي وُضِعَ الاسم بإزائها. وكلُّ اسم مطلقٍ ليس بمعيَّن - كما سبق - فإنه ينطلقُ على آحاد مسمياته الكثيرة بطريق التواطؤ، كاسم اللون للسواد والبياض والحمرة، فإنها متفقةٌ في المعنى الذي به سُمِّي اللونُ لوناً، وليس بطريق الاشتراك البتَّة»⁽³⁾.

(1) فتح الرحمن على لقطه العجلان لذكرى الانصاري ص 52

(2) شرح تنقيح الفصول ص 30

(3) المستصفى 31/1

المبحث الأول

أنواع المواطأة

للتواطؤ على إجراء العقود والصفقات ضرورٌ وصنوفٌ وصورٌ مختلفةٌ، بحسب الأمر المتواطأ عليه، وهي ترجع في الجملة إلى سبعة أنواع:

النوع الأول

المواطأة على الحيل الربوية

6 - الحيلة - كما ذكر ابن تيمية - مشتقةٌ من التحول، وهي نوعٌ مخصوصٌ من التصرف والعمل الذي يتحوّل به فاعله من حالٍ إلى حالٍ. ثم قال: «هذا مقتضاها في اللغة، ثم غُلِبَتْ بعرف الاستعمال على ما يكون من الطرق الخفية إلى حصول الغرض، بحيث لا يُتفطنُ له إلا بنوع من الذكاء والفطنة، فإن كان المقصودُ أمراً حسناً، كانت حيلة حَسَنَةً، وإن كان قبيحاً كانت قبيحة»⁽¹⁾.

7 - وعلى ذلك قَسَمَ الفقهاء الحيلة إلى قسمين: محظور، ومباح. فأما المباح: فهو ما كان مُخْرِجاً من الضيق والحرَج، مُتَّخِذاً للتخلص من المأثم، يُتوصل به إلى فعلٍ الحلال أو تَرْكِ الحرام أو تَخْلِيصِ الحقّ أو دفع الباطل.

وأما المحظور، فهو - كما قال ابن قدامة - أن يُظْهَرَ المرءُ عقداً مباحاً، يُريد به محرماً، مخادعةً وتوسلاً إلى فعلٍ ما حَرَّمَ الله واستباحةٍ محظوراته أو إسقاطٍ واجبٍ أو دفعٍ حقٍّ ونحو ذلك⁽²⁾.

8 - وقد ذهب جماهير أهل العلم إلى أنَّ الحيل الربوية محظورةٌ فاسدةٌ شرعاً، ونَبَهَ كثيرٌ منهم إلى أنَّ مناطَ تحقق الحيلة، وشَرْطَ حظرها وفسادها وقوعُ التواطؤ عليها، إذ هو في الغالب سبيلُها ومفتاحُ الوصول إليها، كما قال ابن تيمية وابن القيم: «إنَّ الاحتيال في الربا غالباً إنما يتمُّ بالمواطأة اللفظية أو العرفية»⁽³⁾. ويتضح ذلك في الأمثلة الآتية:

(أ) العينة:

9 - المرادُ بالعينة المنهي عنها شرعاً: أن يبيعهُ السلعةُ بمائةٍ مؤجلةٍ على أن يشتريها منه بثمانين معجلةً. فهي في الظاهر بيعتان، وفي الحقيقة حيلةٌ إلى القرض الربوي، إذ السلعةُ لغوٌ لا معنى لها في هذا العمل، لأنَّ الأغراضَ والمصالح التي شَرَعَ البيعُ من أجلها، لم يوجد منها في هذه المعاملة شيء.

(1) بيان الدليل على بطلان التحليل لابن تيمية ص 230

(2) المغنى 6/116، إغاثة اللهفان 1/339، إعلام الموقعين 3/252، الموافقات 2/387، 4/201

(3) إعلام الموقعين 3/241، بيان الدليل على بطلان التحليل لابن تيمية ص 284

وقد أوضح ذلك ابن تيمية بقوله: «مسألة العينة: وهي أن يبيعه سلعاً إلى أجل، ثم يشتريها منه بثمن حال أقل منه. فهذا مع التواطؤ يُبطل البيعتين، لأنهما حيلة»⁽¹⁾. وقال ابن القيم: «فالتجارة في كلام الله ورسوله ولغة العرب وعرف الناس إنما تنصرف إلى البياعات المقصودة التي يُقصد فيها الثمن والمثمن. وأما ما تواطأ فيه على الربا المحض، ثم أظهرها بيعاً غير مقصود لهما البتة، يتوسلان به إلى أن يُعطيه مائة حالة بمائة وعشرين مؤجلة، فهذا ليس من التجارة المأذون بها، بل من الربا المنهي عنه»⁽²⁾. وقال أيضاً: «فإن الشارع لم يشرع القرض إلا لمن قصد أن يسترجع مثل قرضه، ولم يشرعه لمن قصد أن يأخذ أكثر منه، لا بحيلة ولا بغيرها. وكذلك إنما شرع البيع لمن له غرض في تملك الثمن وتمليك السلعة، ولم يشرعه قط لمن قصد به ربا الفضل أو النساء، ولا غرض له في الثمن ولا في السلعة، وإنما غرضهما الربا»⁽³⁾.

(ب) بيع الرجاء:

10 - وهو في الاصطلاح الفقهي عبارة عن بيع يرجو البائع فيه عود المبيع إليه. ومن أبرز صورته ما إذا أراد شخص أن يقترض من آخر مبلغاً من المال إلى أجل بزيادة على رأس المال، فيتواطأ على أن يبيع مريد القرض عقاراً مُغلاً للمُقترض (المشتري صورة) ويجعل له غلته مدة بقائه في يده، ويلتزم المشتري برد المبيع إلى البائع متى ما رد إليه الثمن الذي دفعه له. وبذلك يحصل المُقترض (المشتري صورة) على مبلغ القرض مع الزيادة التي تراضيا عليها بهذه الحيلة الربوية⁽⁴⁾.

قال الشوكاني: «بيع الرجاء يقع على صور، منها ما يُقطع ببطلانه، وهو ما كان المقصود منه التواصل إلى الزيادة على المقدار الذي وقع فيه القرض، وذلك نحو أن يريد الرجل أن يستقرض مائة درهم إلى أجل، ولكن المُقترض، لا يرضى إلا بزيادة، فيريدان الخلوص من إثم الزيادة في القرض، فيبيع منه أرضاً بتلك الدراهم، ويجعل له الغلة ينتفع بها عوضاً عن المائة التي أقرضها، وليس المراد البيع والشراء الذي أذن الله فيه، بل ليس المراد إلا ذلك القرض»⁽⁵⁾. ثم قال: «فإذا كان المقصود بالبيع هو ما قدمنا، فلا صحة له، لأنه لم يقع التراضي بين المتبايعين الذي شرطه الله عز وجل بعدم الإنسلاخ (أي إنسلاخ البائع عن المبيع) وإنما أراد حيلة يُحلان بها ما حرم الله، فيضرب بها في وجوههما، ويُحكم ببطلان البيع، وبرد الغلات المقبوضة، ورد الثمن بصفته بلا زيادة ولا نقصان»⁽⁶⁾.

وقال ابن القيم: «المفسدة العظيمة التي اشتمل عليها الربا لا تزول بتغيير اسمه من الربا إلى المعاملة، ولا بتغيير صورته من صورة إلى أخرى، والحقيقة معلومة متفق عليها بينهما قبل العقد، يعلمها من قلوبهما عالم السرائر، فقد

(1) مجموع فتاوى ابن تيمية 30/29

(2) إغاثة اللهفان 105/2

(3) إعلام الموقعين 250/3

(4) فتاوى صديق حسن خان ص 783، 784، عقود الزبرجد في جيد مسائل علامة ضمد للشوكاني ص 225، 226 (مطبوع ضمن مجموع رسائل الشوكاني المعنون ب: أمناء الشريعة).

(5) عقود الزبرجد ص 225

(6) عقود الزبرجد ص 227

اتفقا على حقيقة الربا الصريح قبل العقد، ثم غيّر اسمهُ إلى المعاملة، وصوّرتَهُ إلى التبايع الذي لا قَصْدَ لهما فيه البتة، وإنما هو حيلةٌ ومكرٌ ومخادعةٌ لله تعالى ورسوله. صلى الله عليه وسلم⁽¹⁾.

وجاء في مجموع فتاوى ابن تيمية «إذا كان المقصودُ أن يأخذ أحدهما من الآخر دراهم، وينتفعُ المعطي بعقار الآخر مدةً مقام الدراهم في ذمته، فإذا أعادَ الدراهمَ إليه أعادَ إليه العقار، فهذا حرامٌ بلا ريب، وهذه دراهمٌ بدراهمَ ومثلها ومنفعة الدار، وهو الربا البين... وأما صورة: وهو أن يتواطأ على أن يبتاعَ منه العقار بثمن، ثم يوجّره إياه إلى مدة، وإذا جاءه بالثمن أعادَ إليه العقار، فهذا المقصودُ أن المعطى شيئاً أدّى الأجرة مدةً بقاء المال في ذمته، ولا فرق بين أخذِ المنفعة وبين أخذِ عوضِ المنفعة، الجميعُ حرامٌ»⁽²⁾.

(ج) التواطؤ على الحيلة إلى ربا الفضل:

11 - ومن أمثلته ما جاء في المغني «لابن قدامة»: «فصل: وإذا باع مُدِّي تمرٍ رديّ بدرهم، ثم اشترى بالدرهم منه تمرًا جنبياً⁽³⁾، أو اشترى من رجل ديناراً صحيحاً بدراهم، وتقابضاهما، ثم اشترى منه بالدراهم قُرَاضَةً⁽⁴⁾ من غير مواطأة ولا حيلة، فلا بأس به... لما روى أبو سعيد الخدري وأبو هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً على خيبر، فجاءه بتمرٍ جنبي، فقال له: أكلُ تمرٍ خيبرٍ هكذا؟ قال: لا والله، إنا لناخذُ الصَّاعَ من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا تفعل، بع التمر بالدراهم، ثم اشتر بالدراهم جنبياً»⁽⁵⁾. ولم يأمره أن يبيعه من غير من يشتري منه، ولو كان ذلك محرماً لبيّنه له، وعرفه إياه. ولأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة. فجاز كما لو باعه من غيره... فأما إذا تواطأ على ذلك، لم يجز، وكان حيلةً محرّمةً. وبه قال مالك»⁽⁶⁾.

قال ابن القيم: «يوضحه أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «بع الجَمْعَ بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنبياً». وهذا يقتضي بيعاً يُشْتَبُه ويبتدئه بعد انقضاء البيع الأول، ومتى واطأه في أول الأمر على أن أبيعَكَ وأبتاع منك، فقد اتفقا على العقدین معاً، فلا يكون الثاني عقداً مستقلاً مبتدأً، بل هو من تنمة العقد الأول عندهما وفي اتفاقهما، وظاهرُ الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أمرَ بعقدين لا يرتبط أحدهما بالآخر، ولا ينبني عليه»⁽⁷⁾.

(1) إغاثة اللهفان 350/1

(2) مجموع فتاوى ابن تيمية 333، 334، 335.

(3) الجنبي من التمر نوعٌ جيدٌ متجانس، لا تُخالطُهُ أنواع أخرى رديئة.

(4) أي قُرَاضَةٌ ذَهَبٌ. والقُرَاضَةُ - بضم القاف - كما قال الشمس البعلي: «هي قِطْعُ الذهب والفضة». (المطلع ص 241، الشرح الكبير على المقنع 82/12).

معونة أولي النهي 206/4

(5) أخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي ومالك. (صحيح البخاري 97/3، صحيح مسلم 1208/3، عارضة الأحوذى 249/5، الموطأ 632/2).

سنن النسائي 244/7

(6) المغني 114/6 - 116، وانظر الشرح الكبير على المقنع 111/12، 112.

(7) إعلام الموقعين 238/3، وانظر إغاثة اللهفان 103/2

ثم قال: «فصل: وجماع الأمر أنه إذا باعه ربوياً بئمن، وهو يريد أن يشتري منه بئمنه من جنسه (أي أقل أو أكثر)، فإما أن يواطئه على الشراء منه لفظاً، أو يكون العرف بينهما قد جرى بذلك، أو لا يكون. فإن كان الأول فهو باطل كما تقدم تقريره، فإن هذا لم يقصد ملك الثمن، ولا قصد هذا تملكه، وإنما قصد تملك الثمن بالثمن، وجعلاً تسمية الثمن تلبساً وخداعاً ووسيلة إلى الربا، فهو في هذا العقد بمنزلة التيس الملعون في عقد التحليل»⁽¹⁾.

12 - ومن أمثلته أيضاً: قول الحنابلة في المذهب فيمن صارف غيره دراهم بدنانير، فاشترى منه ديناراً بعشرة دراهم مثلاً، وتقابضا، ثم اشترى منه تسعة دراهم بالدينار، أن ذلك جائز إذا وقع من دون مواطأة بينهما. وأما مع التواطؤ فلا يجوز، لأنه يكون بذلك حيلة إلى ربا الفضل.

جاء في «معونة أولي النهي»: «فصل: ولكل من المتصارفين الشراء من الآخر من جنس ما صارف المشتري منه بلا مواطأة بينهما على ذلك .. لأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة، فجاز، كما لو باعه من غيره»⁽²⁾. وجاء في «الإنصاف» للمرداوي: «الثالثة: متى صادفه وتقابضا، جاز له الشراء منه من جنس ما أخذ منه بلا مواطأة على الصحيح من المذهب. قدمه في المغني والشرح وشرح ابن رزين والفروع وغيرهم»⁽³⁾. وقال ابن مفلح: «ومتى صارفه، فله الشراء منه من جنس ما أخذ منه بلا مواطأة»⁽⁴⁾.

(1) إعلام الموقعين 242/3، وانظر بيان الدليل لابن تيمية ص 284

(2) معونة أولي النهي شرح المنتهى 227/4

(3) الإنصاف 125/12

(4) الفروع 313/6

النوع الثاني

المواطأة على الذرائع الربوية

- 13 - الذريعة في اللغة: هي الوسيلة إلى الشيء مطلقاً. وسدّها يعني الحيلولة دون إتيانها⁽¹⁾. والمراد بسدّ الذرائع في الاصطلاح الشرعي: مَنَعَ المباحات التي يُتَدَرَّعُ بها إلى مفسد ومحظورات. وضابط ذلك كما قال القاضي عبد الوهاب البغدادي: «أن يُمنَعَ الشيءُ الجائزُ إذا قويت التهمةُ في التطرُّق والتذرُّع به إلى الأمر المحظور»⁽²⁾.
- والفرق بين الحِيلِ وسدّ الذرائع، كما قال ابن تيمية: «أنَّ الحيلة تكونُ مع قَصْدِ صاحبها ما هو محرَّم في الشرع، فهذا يجبُ أن يُمنع من قصده الفاسد. وأمّا سدّ الذرائع فيكون مع صحة القَصْد خوفاً من أن يفضي ذلك إلى الحيلة»⁽³⁾.
- 14 - وعلى ذلك فكلُّ مواطأة على الذرائع الربوية تقوى التهمة ويكثر القَصْدُ في التطرُّق والتوسُّل بها إلى الأمر المحظور، فإنها تعتبرُ موجباً لمنع تلك الذرائع المباحة في الأصل ومناطاً لحظرها. ويتضح ذلك في المثالين الآتين:

(أ) المواطأة على الهدية أو الزيادة في القرض:

- 15 - أجمع الفقهاء على أنَّ كلَّ هدية أو زيادة مشروطة للمقرض في عقد القرض ربا محرَّم، سواء كانت في القَدْر أو الصفة، وسواء كانت عيناً أو منفعة⁽⁴⁾. وكذا إذا تواطأ على ذلك قبل العقد في أصح قولي العلماء.
- قال ابن تيمية: «وقد اتفق العلماء على أنَّ المقرض متى اشترط زيادةً على قرضه، كان ذلك حراماً، وكذا إذا تواطأ على ذلك في أصح قولي العلماء»⁽⁵⁾.
- أمّا إذا قضى المقرض خيراً مما أخذ في القَدْر أو الصفة، أو أهدى مقرضه هديةً بعد الوفاء بلا شرط أو مواطأة، فهو جائز.
- قال ابن قدامة: «وإنَّ وقى خيراً منه في القَدْر أو الصفة من غير شرط ولا مواطأة، جاز»⁽⁶⁾.

(1) المصباح المنير 1/247

(2) المعونة للقاضي عبد الوهاب 2/996، وانظر: عقد الجواهر الثمينة 2/441، الموافقات 4/199، إرشاد الفحول ص 246، بيان الدليل على بطلان التحليل ص 352

(3) تفسير آيات أشكلت لابن تيمية 2/682

(4) الشرح الكبير على المقنع 12/342، المغنى 6/436، الذخيرة 5/289، المعونة 2/999

(5) مجموع فتاوى ابن تيمية 29/334

(6) الكافي 2/93

وجاء في المقنع وشرحه المبدع: (ولا يجوز شَرْطُ ما يَجْرُ نفعاً - أي للمقرض - نحو أن يُسَكِّنَهُ دارَهُ أو يقضيه خيراً منه. وإنَّ فَعْلَهُ بغير شرطٍ) ولا مواطأة. نصَّ عليه (أو قضى خيراً منه، أو أهدى له هديةً بعد الوفاء، جاز) على الأصح⁽¹⁾.

وعلى ذلك نصت (753) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: «يجوزُ أن يقضِيَ المقرضُ خيراً مما أخذ أو دونه برضاهما، ولو بزيادة أو نقصٍ في القَدَر أو الصفة من غير شرط ولا مواطأة».

(ب) المواطأة على الجمع بين البيع والقرض:

16 - روى أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وأحمد والشافعي ومالك عن النبي صلى الله عليه وسلم. «أنه نهى عن بيع وسَلَف»⁽²⁾.

قال ابن القيم: «وَحَرَّمَ الجمعَ بين السَّلَف والبيع لما فيه من الذريعة إلى الربا في السَّلَف بأخذٍ أكثر مما أعطى، والتوسُّل إلى ذلك بالبيع أو الإجارة كما هو الواقع»⁽³⁾. وقال أيضاً: «إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يَجْمَعَ الرجلُ بين سَلَف وبيع، ومعلومٌ أنه لو أفرد أحدهما عن الآخر صحَّ، وإنما ذلك لأنَّ اقتران أحدهما بالآخر ذريعةٌ إلى أن يُفْرَضَهُ ألفاً، وبيعهُ سلعةٌ تساوي ثمانمائة بألف أخرى، فيكون قد أعطاه ألفاً وسلعةً بثمانمائة ليأخذَ منه ألفين. وهذا هو معنى الربا»⁽⁴⁾.

ولا خلاف بين أهل العلم في أنَّ الحكم بحرمة ذلك وفساده مُنْسَحَبٌ على الجمع بين القرض والسَّلَم. وبين القرض والصَّرَف، وبين القَرْض والإجارة، لأنها كلها بيوعٌ مجتمعةٌ مع القرض⁽⁵⁾.

17 - والمستفاد من كلام الفقهاء في المسألة أنَّ محلَّ النهي هو اجتماعُ المعاوضة مع القرض بشرط أو مواطأة. أما إذا صادف وقوعهما من غير تواطؤ أو اشتراط، فهو جائزٌ، وذلك لضعف التهمة في إفشاء ذلك إلى القرض الربوي⁽⁶⁾.

(1) المبدع 4/209

(2) قال الترمذي: حديث حسن صحيح. (انظر الموطأ 2/657، مختصر سنن أبي داود للمنذري 5/144، مسند أحمد 2/178، عارضة الأحوذني 5/241،

مرقاة المفاتيح 2/323، نيل الأوطار 5/179، الفتاوى الكبرى لابن تيمية 4/39)

(3) إغائة اللفهان 1/363، وانظر: الموافقات للشاطبي 3/196، مجموع فتاوى ابن تيمية 29/62، القواعد النورانية الفقهية ص 142، الفتاوى الكبرى لابن تيمية 4/39

(4) إعلام الموقعين 3/153

(5) بداية المجتهد 2/162، المغني 6/334، القبس لابن العربي 2/843، المبسوط 14/40، فتح العزيز 6/80، الروضة الندية 2/104، الحسبة ص 20

(6) انظر الحاوي للماوردي 6/431، طلبة الطلبة للنسفي ص 249 الشرح الكبير على المقنع 12/132، روضة الطالبين 3/398، أسنى المطالب 2/30

النوع الثالث

المواطأة على المخارج الشرعية

18 - لقد ذكر المحققون من أهل العلم أنَّ الحيل في النظر الشرعي نوعان: أحدهما: (حيل مذمومة فاسدة)

وهي ما يُتوسَّلُ به من العقود والتصرفات المشروعة إلى مقصودٍ محظورٍ خبيث، يتضمنُ تحليلَ المحرمات، أو إسقاطَ الواجبات، أو قلبَ الحقِّ باطلاً، أو الباطلِ حقاً، أو غير ذلك مما يُناقض قصد الشارع الحكيم. وفي ذلك يقول ابن القيم: «الحيل نوعان: نوعٌ، ونوعٌ يتضمنُ إسقاطَ الواجبات، وتحليلَ المحرمات، وقلبَ المظلوم ظالماً، والظالم مظلوماً، والحق باطلاً، والباطل حقاً. فهذا النوع الذي اتفق السلف على دَمِّهِ»⁽¹⁾. ويقول أيضاً: «وسائرُ الحيل التي تعودُ على مقصود الشارع وشرعه بالنقض والإبطال، غاياتُها محرمة، ووسائلُها باطلة لا حقيقة لها»⁽²⁾.

والثاني: (مخارج شرعيةٌ محمودة) وهي ما يُتوسَّلُ به من التصرفات الجائزة إلى مقصودٍ حسنٍ مشروع، ويُتوسَّلُ به إلى فعلٍ ما أمرَ الله به وتركٍ ما نهى عنه، ويُتخلَّصُ به من الوقوع في المآثم، ويُخرَجُ به إلى إتيان ما فيه مصلحةٌ معتبرةٌ وغرضٌ مباح.

جاء في إغاثة اللهفان لابن القيم: «الحيل نوعان: نوعٌ يُتوسَّلُ به إلى فعلٍ ما أمرَ الله تعالى به، وتركٍ ما نهى عنه، والتخلُّص من الحرام، وتخليصِ الحق من الظالم المانع له، وتخليص المظلوم من يد الظالم الباغي. فهذا النوع محمودٌ يُثابُّ فاعله ومعلِّمه»⁽³⁾.

وسئل الشعبي: ما تقول في الحيل؟ فقال: «لا بأس بالحيل فيما يحل ويجوز، وإنما الحيلُ شيءٌ يتخلَّصُ به الرجل من الحرام، ويُخرَجُ به إلى الحلال. فما كان من هذا ونحوه فلا بأس به. وإنما نكره من ذلك أن يحتال الرجل في حقِّ لرجل حتى يبطله، أو يحتال في باطل حتى يُمَوِّهه، أو يحتال في شيء حتى يُدخل فيه شبهةً. وأمّا ما كان على السبيل الذي قلنا، فلا بأس به»⁽⁴⁾.

19 - ومعيارُ التفرقة بين النوعين مبني على النظر إلى مآلات الأفعال والتعويل على مقاصد التصرفات وأغراض

المكلفين منها، فما كان منها مشروعاً المآل، موافقاً لمقاصد الله في أحكامه كان حلالاً طيباً، وما كان منها محظوراً المآل أو مناقضاً لمقاصد الشريعة كان محظوراً خبيثاً. وفي ذلك يقول ابن القيم: «فالحيلةٌ معتبرةٌ بالأمر المحتال بها عليه، إطلاقاً ومنعاً، ومصلحة ومفسدة، وطاعة ومعصية. فإن كان المقصودُ أمراً حسناً، كانت الحيلةُ إليه حسنةً، وإن كان قبيحاً، كانت الحيلةُ إليه قبيحةً، وإن كان طاعةً وقربةً، كانت الحيلةُ عليه كذلك، وإن كان معصيةً وفسوقاً، كانت الحيلةُ عليه كذلك»⁽⁵⁾.

(1) إغاثة اللهفان 1/339

(2) إغاثة اللهفان 2/86

(3) إغاثة اللهفان 1/339

(4) إغاثة اللهفان 1/383

(5) إغاثة اللهفان 1/385

20 - وبناءً على ما تقدم، فيعتبر تواطؤ طرفين فأكثر على المخارج الشرعية (أي الحيل المحمودة) التي لا تخالف وسائلها نصاً شرعياً، ولا تناقض أغراضها مقاصد الشارع الحكيم، ولا تؤول إلى مفسدة خالصة أو راجحة، أمراً سائفاً في النظر الفقهي، حيث إنه إتفاق على إبرام عقود وتصرفات جائزة أصلاً، يُتوسَّل بها إلى تحقيق أهداف ومقاصد مشروعة، ومصالح خالصة أو راجحة، فكان مشروعاً، كما قال العلامة ابن القيم: «فتحصيل المقاصد المشروعة بالطرق التي جعلت موصلةً إليها شيء، وتحصيل المقاصد الفاسدة بالطرق التي جعلت لغيرها شيء آخر. فالفرق بين النوعين ثابت من جهة الوسيلة والمقصود اللذين هما: المحتال به، والمحتال عليه. فالطرق الموصلة إلى الحلال المشروع هي الطرق التي لا خداع في وسائلها ولا تحريم في مقاصدها. وبالله التوفيق»⁽¹⁾.

21 - ولعل من أبرز تطبيقات هذا النوع في معاملات المصارف الإسلامية المعاصرة: المواطأة على التورق. حيث يتفق العميل مع المصرف على أمرين: أن يشتري سلعةً محددةً من المصرف (أو غيره) بثمن مؤجل معلوم، وأن يوكل المصرف ببيع تلك السلعة بعد شرائها منه (أوله) لحسابه إلى طرف ثالث (لا علاقة للمصرف به) بثمن معجل يعدل القيمة السوقية (ثمن المثل) من أجل حصول العميل في النتيجة على النقد الذي هو في حاجة إليه، مع تجنب الخسارة الفادحة في بيع تلك السلعة فيما لو تولاه بنفسه، باعتبار أن المصرف أقدر على تحقيق الغرض من العملية بأقل خسارة ممكنة تلحق العميل، سواء وقعت في السوق المحلية أو العالمية.

22 - أما عن مدى مشروعية المواطأة على التورق، فالمسألة ذات شقين: (أحدهما) أصل حكم التورق. (والثاني) حكم التواطؤ عليه.

(أ) فأما الأصل في حكم التورق - الذي يعني في الاصطلاح الفقهي: شراء شخص سلعةً نسيئةً، ثم بيعها نقداً لغير بائعها بأقل مما اشتراها به، ليحصل بذلك على النقد - فهو الجواز والمشروعية في نظر جمهور الفقهاء⁽²⁾.

وقد سمَّاه الحنابلة دون غيرهم من الفقهاء تورقاً، وسمَّاه الإمام الشافعي «زَرْنَقَةً» ووَصَفَهُ الأزهري بـ «العينة الجائزة» حيث قال في كتابه «الزاهر»: «وأما الزَرْنَقَةُ: فهو أن يشتري الرجل سلعةً بثمن إلى أجل، ثم يبيعها من غير بائعها بالنقد. وهذا جائز عند جميع الفقهاء. وروي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تأخذ من معاوية عطاءها عشرة آلاف درهم، وتأخذ الزَرْنَقَةَ مع ذلك، وهي العينة الجائزة»⁽³⁾.

وقد أجاز المجمع الفقهي الإسلامي (برابطة العالم الإسلامي) في دورته الخامسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في 1419/7/11 هـ الموافق 1998/10/31 م بيع التورق، حيث جاء في قراره رقم (5) الآتي:

(1) إغاثة اللهفان 86/2

(2) كشاف القناع 175/3، الفروع 316/6، المغني 263/6، القوانين الفقهية ص 277، شرح منتهى الإرادات 158/2، وعلى ذلك نصت م (234) من مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية: «يصح التورق، وهو أن يشتري الشيء نسيئةً بأكثر من قيمته، لبيعه ويتوسع بثمنه».

(3) الزاهر ص 216

أولاً: إنَّ بيع التورق هو شراء سلعة في حوزة البائع وملكه، بثمن مؤجل، ثم يبيعها المشتري بنقد لغير البائع، للحصول على النقد (الورق).

ثانياً: إنَّ بيع التورق هذا جائز شرعاً، وبه قال جمهور العلماء، لأنَّ الأصل في البيوع الإباحة، لقول الله تعالى (وأحلَّ الله البيع وحرم الربا) ولم يظهر في هذا البيع ربا، لا قصداً ولا صورة، ولأنَّ الحاجة داعية إلى ذلك لقضاء دين أو زواج أو غيرهما.

ثالثاً: جواز هذا البيع مشروط بأن لا يبيع المشتري السلعة بثمن أقل مما اشتراها به على بائعها الأول، لا مباشرة ولا بالواسطة، فإن فعل فقد وقعاً في بيع العينة المحرم شرعاً، لاشتماله على حيلة الربا، فصار عقداً محرماً.

(ب) وأمّا حكم التواطؤ عليه من أطرافه، فهو الجواز والمشروعية بشرط أن تباع السلعة المشتراة لشخص ثالث، لا علاقة للبائع الأول به، وأن لا تؤول المعاملة إلى رجوع السلعة إليه بثمن معجل أقل مما باع به نسيئة بأي حيلة أو ذريعة.

ومستند الجواز: أن ذلك التواطؤ هو اتفاق مسبق على شراء سلعة من شخص بالنسيئة، يتلوه وكالة لذلك الشخص - أو غيره - ببيعها من طرف ثالث، لا علاقة لبائعها الأول به، ثم عقد بيع للسلعة وفقاً لذلك الشرط .. وكل واحد من هذه العقود جائز على الانفراد، كما أنه جائز مع الاجتماع (وذلك لعدم مناقضته لنص شرعي، وانتفاء كونه ذريعة إلى محذور أو حيلة إليه) بالإضافة إلى إفضائه إلى مصلحة راجحة للمتورق المحتاج إلى السيولة المالية، فكان التواطؤ على ذلك صحيحاً مشروعاً.

أما إذا كان الشخص الثالث وكيلًا عن البائع الأول في الشراء أو مشترياً لحسابه بمواطأة لفظية أو عرفية أو نحو ذلك، فلا تجوز عندئذ هذه المعاملة⁽¹⁾، لأنها تكون «بيع عينة» في الحقيقة، وإن كانت تورقاً صورة، إذ من المقرر فقهاً أن العبرة في العقود لحقائقها لا لصورها. يقول ابن القيم: «إنَّ الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها»⁽²⁾ و «إنَّ الاعتبار بالحقائق، وإنما هي التي عليها المعول، وهي محلُّ التحليل والتحريم، والله تعالى لا ينظر إلى صورها و عباراتها التي يكسوها إياها العبد، وإنما ينظر إلى حقائقها وذواتها»⁽³⁾.

ومن المعلوم أنَّ العينة ليست إلّا حيلةً ربويةً محظورة، كما سبق أن بينّا في ف (9) من البحث، لأنَّ البيع فيها إنما عُقد ليُفسَخ وتعود السلعة لبائعها الأول، والعقد كما يقول ابن القيم «إذا قُصد به فسْخه، لم يكن مقصوداً، وإذا لم يكن مقصوداً، كان وجوده كعدمه، وكان توسطه عبثاً»⁽⁴⁾، بخلاف التورق، فإنَّ البيع فيه إنما عُقد ليُمضى وتقطع علاقة البائع الأول بالسلعة تماماً، كما هو موجب عقد البيع شرعاً، فافترقا.

(1) المغني 6/263، الفروع 6/315، عقد الجواهر الثمينة 2/450

(2) إعلام الموقعين 3/107

(3) إعلام الموقعين 3/245

(4) إعلام الموقعين 3/240

النوع الرابع المواطأة على بيع التلجئة

23 - التَّلْجَةُ لغةً من الإلجاء، وهو الإكراه والاضطرار. وأصل معناها: أَنْ يُلْجِكَ الْغَيْرُ إِلَى أَنْ تَأْتِيَ أَمْرًا بَاطِنًا أو لغير ذلك، وَيَتَّفَقُ عَلَى أَنَّهُمَا إِذَا أَظْهَرَ لَا يَكُونُ بَيْعًا بَيْنَهُمَا⁽¹⁾. وفي ذلك يقول ابن تيمية: «التَّلْجَةُ: هي أَنْ يَتَوَاطَأَ اثْنَانِ عَلَى إِظْهَارِ الْعَقْدِ أَوْ صِفَةٍ فِيهِ أَوْ الْإِقْرَارِ بِهِ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ صَوْرَةً، مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ لَهُ حَقِيقَةٌ، مِثْلُ الرَّجُلِ الَّذِي يَرِيدُ ظَالِمٌ أَنْ يَأْخُذَ مَالَهُ، فَيَوَاطِئُ بَعْضَ مَنْ يُخَافُ عَلَى أَنْ يَبِيعَهُ إِيَّاهُ صَوْرَةً، لِيَنْدَفِعَ ذَلِكَ الظَّالِمُ، وَلِهَذَا سُمِّيَ تَلْجَةً، وَهُوَ فِي الْأَصْلِ مُصَدَّرٌ لِحَاثِهِ إِلَى هَذَا الْأَمْرِ تَلْجَةً، لِأَنَّ الرَّجُلَ أُلْجِيَ إِلَى هَذَا الْأَمْرِ، ثُمَّ صَارَ كُلُّ عَقْدٍ قُصِدَ بِهِ السَّمْعَةُ دُونَ الْحَقِيقَةِ يُسَمَّى تَلْجَةً، وَإِنْ قُصِدَ بِهِ دَفْعُ حَقٍّ أَوْ قُصِدَ بِهِ مَجَرَّدُ السَّمْعَةِ عِنْدَ النَّاسِ»⁽³⁾.

كما جاء في م (179) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد. وصورته عند الفقهاء: أَنْ يَتَوَاطَأَ شَخْصَانِ عَلَى إِظْهَارِ بَيْعٍ لَمْ يَرِيدَاهُ بَاطِنًا، بَلْ خَوْفًا مِنْ ظَالِمٍ وَنَحْوِهِ، دَفْعًا لَهُ، أَوْ لغير ذلك، وَيَتَّفَقُ عَلَى أَنَّهُمَا إِذَا أَظْهَرَ لَا يَكُونُ بَيْعًا بَيْنَهُمَا⁽²⁾. وفي ذلك يقول ابن تيمية: «التَّلْجَةُ: هي أَنْ يَتَوَاطَأَ اثْنَانِ عَلَى إِظْهَارِ الْعَقْدِ أَوْ صِفَةٍ فِيهِ أَوْ الْإِقْرَارِ بِهِ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ صَوْرَةً، مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ لَهُ حَقِيقَةٌ، مِثْلُ الرَّجُلِ الَّذِي يَرِيدُ ظَالِمٌ أَنْ يَأْخُذَ مَالَهُ، فَيَوَاطِئُ بَعْضَ مَنْ يُخَافُ عَلَى أَنْ يَبِيعَهُ إِيَّاهُ صَوْرَةً، لِيَنْدَفِعَ ذَلِكَ الظَّالِمُ، وَلِهَذَا سُمِّيَ تَلْجَةً، وَهُوَ فِي الْأَصْلِ مُصَدَّرٌ لِحَاثِهِ إِلَى هَذَا الْأَمْرِ تَلْجَةً، لِأَنَّ الرَّجُلَ أُلْجِيَ إِلَى هَذَا الْأَمْرِ، ثُمَّ صَارَ كُلُّ عَقْدٍ قُصِدَ بِهِ السَّمْعَةُ دُونَ الْحَقِيقَةِ يُسَمَّى تَلْجَةً، وَإِنْ قُصِدَ بِهِ دَفْعُ حَقٍّ أَوْ قُصِدَ بِهِ مَجَرَّدُ السَّمْعَةِ عِنْدَ النَّاسِ»⁽³⁾. وقال صاحب الدر المختار: «بيع التلجئة: هو أَنْ يُظْهِرَا عَقْدًا، وَهُمَا لَا يَرِيدَانِهِ، يُلْجَأُ إِلَيْهِ لَخَوْفِ عَدُوٍّ، وَهُوَ لَيْسَ بِبَيْعٍ فِي الْحَقِيقَةِ، بَلْ كَالْهَزْلِ»⁽⁴⁾.

24 - وأما حكمه، فقد جاء في إعلام الموقعين: «الصورة الثالثة: أَنْ يَتَّفَقَا فِي عَقْدِ الْبَيْعِ عَلَى أَنْ يَتَبَايَعَا شَيْئًا بِثَمَنِ ذَكَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ بَيْعُ تَلْجَةٍ، لَا حَقِيقَةً لَهُ، تَخْلُصًا مِنْ ظَالِمٍ يَرِيدُ أَخْذَهُ، فَهَذَا عَقْدٌ بَاطِلٌ، وَإِنْ لَمْ يَقُولَا فِي صِلْبِ الْعَقْدِ: قَدْ تَبَايَعْنَا تَلْجَةً. قَالَ الْقَاضِي: هَذَا قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ.. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ، وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ مَالِكٍ.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لَا يَكُونُ تَلْجَةً حَتَّى يَقُولَا فِي الْعَقْدِ: قَدْ تَبَايَعْنَا هَذَا الْعَقْدَ تَلْجَةً. وَمَأْخُذُ مَنْ أَبْطَلَهُ أَنَّهُمَا لَمْ يَقْصِدَا الْعَقْدَ حَقِيقَةً، وَالْقَصْدُ مُعْتَبَرٌ فِي صَحْتِهِ. وَمَأْخُذُ مَنْ يَصَحِّحُهُ أَنَّ هَذَا شَرْطٌ مُتَقَدِّمٌ عَلَى الْعَقْدِ، وَالْمُؤَثِّرُ فِي الْعَقْدِ إِنَّمَا هُوَ الشَّرْطُ الْمُقَارِنُ»⁽⁵⁾.

ونص في (235) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد على أنه «لَا يَصِحُّ بَيْعُ التَّلْجَةِ. فَلَوْ أَشْهَدَ أَنِّي أَبِيعُهُ خَوْفًا وَتَقِيَّةً، وَبَاعَهُ كَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا»⁽⁶⁾.

(1) المغرب 2/242، التوقيف للمناوي ص 154، التعريفات الفقهية ص 213

(2) بدائع الصنائع 5/176، رد المحتار 4/244، الفتاوى الهندية 3/209، المجموع للنووي 6/334، أسنى المطالب 2/11، تبصرة الحكام 2/502. شرح

منتهى الإرادات 2/140، المغني 6/308

(3) بيان الدليل على بطلان التحليل ص 143

(4) الدر المختار مع رد المحتار 4/244

(5) إعلام الموقعين 3/104

(6) المغني لابن قدامة 6/308

النوع الخامس المواطأة على النَّجْش

25 - أصل النَّجْش في اللغة: الإثارة والاستخراج. ومنه سُمِّيَ الصَّيَّادُ نَاجِشاً، لإثارته الصيد، واستخراجه من مكانه⁽¹⁾.

وقد روى البخاري ومسلم والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطأ وأحمد في مسنده عن ابن عمر «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النَّجْش»⁽²⁾.

والمراد بذلك النَّجْشُ في البيع. وهو أن يزيد شخص في ثمن السلعة، لا لرغبة في شرائها. بل ليخدع غيره ويغتره، فيزيد ويشترها⁽³⁾. وقال الشافعي: «هل أن يحضر الرجل السلعة تباع، فيعطي بها الشيء، وهو لا يريد الشراء ليقندي به السواهم فيعطوا بها أكثر ما كانوا يعطون لو لم يسمعوا سوقه»⁽⁴⁾. وقال ابن رجب: «هو أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها، إما لنفع البائع بزيادة الثمن له أو الإضرار المشتري بتكثير الثمن عليه»⁽⁵⁾.

26 - وهو فعلة محظورة في قول جماهير أهل العلم. وقال الشافعي: «النَّجْشُ خديعة، وليس من أخلاق أهل الدين»⁽⁶⁾.

وقد ذكر الفقهاء أنه قد يقع من الناجش بدون علم البائع، فيكون الإثم مختصاً به، وقد يكون بفعل البائع نفسه - حيث لا يعلم السائم أنه مالك السلعة - وعند ذلك يختص الإثم به، وقد يحصل بفعل الناجش بمواطأة البائع، فيشتركان في الإثم⁽⁷⁾.

27 - وعلى ذلك، فإن وقع النَّجْشُ بمواطأة البائع، واغتر السائم بالناجش فابتاع، ثم علم بالخديعة، فقد اختلف الفقهاء في حكم البيع من حيث الصحة وال لزوم على ثلاثة أقوال:

أحدها: للحنفية والشافعية في القول الأصح وأحمد في رواية عنه، وهو أنه صحيح لازم، ولا خيار للمشتري في

(1) تهذيب الأسماء واللغات 2/161، المطلع ص 235، معجم مقاييس اللغة 5/394، فتح الباري 4/355، النووي على مسلم 10/159، المفهم للقرطبي

367/4، أختلاف العراقيين للشافعي 3/80. وقال ابن قتيبة: أصل النَّجْشُ الخُتْلُ، وهو الخداع. ومنه قيل للصائد ناجش، لأنه يختل الصيد ويحتال له

(2) البخاري مع الفتح 4/355، مسلم بشرح النووي 10/159، سنن النسائي 7/227، سنن ابن ماجه 2/734، الموطأ 2/684، مسند أحمد 2/63، 319، 108، 156

(3) طرح التثريب للعراقي 6/61

(4) اختلاف العراقيين للشافعي 3/80، فتح الباري 4/355

(5) جامع العلوم والحكم 2/263 (وانظر تعريف النجش في الموطأ 2/684، المعلم للمازري 2/92، القبس لابن العربي 2/851، البحر الرائق 6/107، تحفة المحتاج 4/315، المحلى 8/448، الحاوي للماوردي 6/421، المغني لابن قدامة 6/304).

(6) اختلاف العراقيين 3/80، مختصر المزني مع الحاوي 6/420

(7) طرح التثريب 6/62، فتح الباري 4/355، الاستذكار 5/541

فسخه، لأنَّ التفريط جاء من قبله، حيث لم يتأمل، ولم يراجع أهل الخبرة، وزاد في الثمن باختياره⁽¹⁾.
والثاني: للظاهرية وطائفة من أهل الحديث وبعض الحنابلة، وهو رواية أخرى عن أحمد، وهو أنه باطل واجب الفسخ، بناءً على أن النهي يقتضي الفساد⁽²⁾.

والثالث: للحنابلة والمالكية في المشهور وابن حزم والشافعية في قول صححه الغزالي من أئمتهم، وهو أن للمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء، لأنَّ ذلك تدليس من جهة البائع، فأشبهه التَّصْرِيه⁽³⁾. قال الغزالي: «فهذا - أي النجش - إن لم تجر مواطأة مع البائع، فهو فعل حرام من صاحبه، والبيع منعقد، وإن جرت مواطأة، ففي ثبوت الخيار خلاف، والأولى إثبات الخيار، لأنه تغرير بفعل يضاهي التغرير في المصراة وتلقي الركبان»⁽⁴⁾.

غير أن الحنابلة قيّدوا قولهم بثبوت الخيار للمشتري بما إذا وقّع البيع بغبن، لم تجر العادة بمثله. وقيده ابن حزم بما إذا وقّع البيع بزيادة على القيمة (أي ثمن المثل) مطلقاً.

وقال ابن رجب: «فإن اختار المشتري حينئذ الفسخ، فله ذلك، وإن أراد الإمساك، فإنه يحط عنه ما غبن به من الثمن. ذكره أصحابنا»⁽⁵⁾.

(1) جامع العلوم والحكم 2/264، المغني 6/305، النووي على مسلم 10/159، فتح الباري 4/355، البيان للعرماني 5/347، الحاوي للماوردي 6/421، البحر الرائق 6/107، أسنى المطالب 2/40، الاستذكار 5/541، اختلاف العراقيين 3/80.

(2) المحلى 8/449، المفهم 4/367، بداية المجتهد 2/167، جامع العلوم والحكم 2/263، الاستذكار 5/542، المغني 6/305، طرح التثريب 6/62، فتح الباري 4/355.

(3) المعلم للمازري 2/92، المهذب 1/298، الحاوي 6/421، البيان للعرماني 5/346، المغني 6/305، شرح منتهي الإرادات 2/173، المحلى 8/448، مغنى المحتاج 2/37، تحفة المحتاج 4/315، الكافي لابن عبد البر ص 365، طرح التثريب 6/62، فتح الباري 4/356، كشف القناع 3/200.

(4) إحياء علوم الدين 2/71.

(5) جامع العلوم والحكم 2/264، وانظر كشف القناع 3/200.

النوع السادس المواطاة على الاحتكار

28 - لقد نصَّ ابن تيمية وتلميذه ابن القيم على أنه لو تواطأ أهلُ حِرْفَةٍ من الحِرَفِ التي يَحْتَاجُ إليها الناسُ على إغلاء الأجرة عليهم بغير حق، فيعتَبَرُ ذلك من الجور والبغي والفساد في الأرض، الذي يستوجبُ تدخُّلَ الدولة بالتسعير الجبري عليهم، وإلزامهم ببذل خدماتهم بأجرة المثل العادلة، نظراً لضرورة الناس إليها.

وكذلك إذا تواطأت طائفةٌ معيَّنةٌ من التجار - كالذين يتبايعون بنوع من السلع التي يحتاج إليها الناس - على شرائها من جالبيها بثمان بخس، أو بيعها لمن يحتاج إليها بزيادة على القيمة المعروفة، فيجبُ على الدولة منْعُهُم من ذلك الجور والظلم، والتسعيرُ عليهم، وإجبارهم على البيع والشراء بالثمان العادل. لأنَّ في إقرارهم على ما هم عليه معاونةٌ لهم على الظلم والعدوان⁽¹⁾، وقد قال تعالى (وتعاونوا على البرِّ والتقوى، ولا تعاونوا على الإثم والعدوان) (المائدة 2)

جاء في فتاوى ابن تيمية: «ولهذا مَنَعَ غير واحد من العلماء - كأبي حنيفة وأصحابه . القُسامَ الذين يقسمون العقار وغيره بالأجر أن يشتروا، فإنهم إذا اشتروا، والناس محتاجون إليهم، أغلوا عليهم الأجر، فَمَنَعَ البائعين الذين تواطؤوا على أن لا يبيعوا إلا بثمان قدره أولى، وكذلك مَنَعَ المشتريين إذا تواطؤوا على أن يشتروا فيما يشتره أحدهم، حتى يهضموا سلعَ الناس أولى. وأيضاً: فإذا كانت الطائفةُ التي تشتري نوعاً من السلع أو تبيعها قد تواطأت على أن يهضموا ما يشترونه، فيشتروه بدون ثمن المثل المعروف، ويزيدون ما يبيعونه بأكثر من الثمن المعروف، ويبخسوا ما يشترونه، كان هذا أعظم عدواناً من تلقي السلع، ومن بيع الحاضر للبادي، ومن النجش، ويكونون قد اتفقوا على ظلم الناس، حتى يُضطروا إلى بيع سلعهم (بأقل من ثمن المثل) وشرائها بأكثر من ثمن المثل، والناس محتاجون إلى بيع ذلك وشرائه، وما احتاج إلى بيعه وشرائه عمومُ الناس، فإنه يجبُ أن لا يُباعَ إلا بثمانِ المثل إذا كانت الحاجةُ إلى بيعه وشرائه عامةً»⁽²⁾.

(1) الطرق الحكيمة لابن القيم ص 208، الحسبة لابن تيمية ص 26

(2) مجموع فتاوى ابن تيمية 78/28

النوع السابع

المواطأة في المعاملات المستحدثة

29 - إنَّ من خصائص وسمات التعامل المالي في هذا العصر استحداث معاهدات مركبة، ينضوي تحت كل اتفاقية (صفقة) منها مجموعة عقود مترابطة متوالية، لا تقبل التفكيك والتغيير الهيكلي، يجري التواطؤ المسبق بين طرفيها على إنشائها وإبرامها على نسقٍ محدد، متتابع الأجزاء، متلاحق المراحل، يهدف إلى تحقيق المصلحة أو الغرض الذي اتجهت إرادة العاقدین وقصدُهما إلى تحصيله.

وقد جرى العرف التجاري والمصرفي على اعتبار المواطأة المتقدمة على إنشائها واجبة المراجعة، ومُلزمة للطرفين، وذلك لقيام الاتفاقية وابتنائها على نظام مرتبطة أجزاؤه ببعضها، صُمِّمَ ووُضِعَ لأداء وظيفة محددة باجتماع ذلك المزيج من العقود والوعود في صفقة واحدة، وفقاً لشروط تحكمه كمعاملة واحدة لا تقبل الفصل والتجزئة.

ويتضح هذا المعنى في الأمثلة الآتية:

(أ) المرابحة للأمر بالشراء:

30 - تجري هذه العملية في المصارف الإسلامية عادةً على أساس:

أ - طلب العميل من المصرف أن يقوم بشراء سلعة معينة، ثم يبيعها له بالنسيئة إلى أجلٍ محدد بعد تملكها على أساس المرابحة التي تشمل التكلفة الكلية للسلعة، مضافاً إليها الربح المتفق عليه مسبقاً. ثم تعهد المصرف بشراء تلك السلعة، ثم يبيعها للعميل بعد تملكها مرابحةً إلى أجلٍ المحدد بالثمن المتفق عليه.

ب - قيام المصرف عَقَبَ ذلك بشراء تلك السلعة المطلوبة، ثم يبيعها بعد تملكها من العميل مرابحةً وفق ما سَبَقَ الإتفاق عليه.

فهذه العملية في حقيقتها منظومة متكاملة، ومعاملة واحدة، مترابطة الأجزاء متوالية المراحل، يجري التواطؤ (الاتفاق المتقدم) عليها وفق ذلك النسق والترتيب قبل إنشاء عقودها وإنفاذ وعودها لغرض تمويلي محدد، بحيث إذا اختل شيء من نظامها أو تعطل أحد أجزائها، فأت الغرض المقصود منها، ولحق العاقدین أو أحدهما نتيجة ذلك ضررٌ جسيم⁽¹⁾.

(1) انظر القرار رقم 40، 41 (5/2) (5/3) لمجمع الفقه الإسلامي بجدة (التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي). في دورته الخامسة المنعقدة بالكويت من 1409/5-6 الموافق 10 - 15/12/1988م بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء

(ب) الإجارة المنتهية بالتملك:

31 - تجري هذه العملية في المصارف الإسلامية غالباً على أساس تواطؤ المصرف مع العميل على:

أ - قيام المصرف بتأجير العين (الاستعمالية) التي يملكها للعميل بأجر محدد إلى أجل معلوم، وتطبق على العقد جميع الأحكام الشرعية المتعلقة بإجارة الأعيان.

ب - وعد المصرف للعميل بهبة تلك العين له عقب انتهاء عقد الإجارة، ووفاء جميع أقساطها للمصرف.

بحيث إذا تحقق ذلك، فإن المصرف ينفذ وعده بإبرام عقد هبة مستقل للعميل. أو:

يهبُ المصرف - بعقد مستقل يُعقَّبُ عقد الإجارة - العين للمستأجر هبة مضافة إلى وقت انتهاء عقد الإجارة، ومعلقة على شرط سداد كامل أقساطها.

32 - وحيث إنَّ الفَرْضَ والقَصْدَ من عملية «الإجارة المنتهية بالتملك» تمويلُ العميل (المستأجر أولاً، ثم الموهوب

ثانياً) عن طريق مَخْرَجٍ شرعي يتضمنُ اجتماع عقدي الإجارة والهبة على النحو المتقدم بيانه في صفقة واحدة، ومنظومة مترابطة، لا تقبل القطع والفصل والتجزئة، فقد جرى العرف التجاري والمصرفي على اعتبار التواطؤ المتقدم على العملية بين الطرفين بمنزلة الشرط المنصوص عليه في صلب اتفاقيتها في الصحة والإلزام، إذ لا يخفى اتجاه إرادة العاقلين وقصدهما إليه منذ البداية، وكذا ضياع الهدف والمصلحة المبتغاة من هذه المنظومة لو انخرمت إحدى جزئياتها أو انحرفت عن النسق والترتيب المرسوم⁽¹⁾.

(ج) المشاركة المتناقصة:

33 - تقوم هذه المعاملة على أساس اتفاق طرفين على إحداث (إنشاء) شركة ملك بينهما في مشروع أو عقار أو

غير ذلك يشتريانه، ثم إنهاؤها بانتقال حصة أحد الشريكين (المصرف الممول) إلى الآخر (العميل) تدريجياً بعقود بيع مستقلة متعاقبة.

وهي في حقيقتها صيغة تمويل تعتمد على اشتراك المصرف مع أحد عملائه في شراء أصل من الأصول المنتجة، ثم بيع حصته للعميل تدريجياً، الفَرْضُ منها أن تكون مخرجاً شرعياً أو بديلاً عن القَرْضِ الربوي، حيث يُقدَّمُ المصرفُ بواسطتها الإئتمان لعملائه على غير أساس الفائدة.

34 - وتتألف اتفاقية «المشاركة المتناقصة» بحسب المواطأة الممهدة لإبرامها من مجموعة عقود ومواعيد

متربطة، تُجرى على مراحل متعاقبة، تهدف إلى أداء وظيفة تمويلية محددة، تَوَاضَع طرفاها على تركيبها على النحو الآتي:

(1) انظر القرار رقم 110 (12/4) لجمع الفقه الاسلامي بجدة (التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي) في دورته الثانية عشرة المنعقدة في الرياض من 28/6 - 1/7/1421 هـ الموافق 23 - 28/9/2000م بشأن موضوع الإجارة المنتهية بالتملك

أ - الاشتراك في شراء مشروع أو عقار ذي ريع أو نحو ذلك من الأصول المنتجة.

ب - يتواعد الطرفان:

أولاً: على الاشتراك في تأجير ما اشترى لطرف ثالث، بحيث يستحق كل واحد منهما ما يقابل حصته في الملك من بدل الإجارة، أو على تأجير الطرف (الممُول) حصته للعميل (الشريك).

ثانياً: على أن يقوم الشريك (العميل) بشراء حصة شريكه (الممُول) تدريجياً بعقود بيع متتالية وفقاً لجدول زمني يتفقان عليه، وكلما زادت حصة العميل في المشروع أو العقار نقصت حصة الممُول بقدر تلك الزيادة، ونقصت تبعاً لها نسبة نصيبه في بدل الإجارة .. إلى أن يتم خروج الممُول، وحلول العميل محله بالكامل في حصته من ذلك الملك المشترك.

ج - يؤجر الطرفان الملك المشترك إلى طرف ثالث بعقد إجارة مستقل، ويقتسمان الأجرة بحسب حصة كل منهما في الملك، أو يؤجر الطرف (الممُول) حصته للعميل ببدل معلوم في عقد إجارة منفرد.

د - تُبرم بين الشريك الممُول والشريك العميل عقود بيع متتالية لحصص الممُول، وفقاً للأجال المتواعد عليها مسبقاً، حتى يتم انتقال ملكية نصيب الممُول بكامله إلى العميل بموجب تلك العقود المتعددة المتلاحقة، المنفصلة عن بعضها في الإنشاء والتفويض والآجال.

هـ - في حالة وقوع تلف أو خسارة في محل الشركة المتناقصة قبل انتهائها، فإن الضمان يكون على الطرفين بحسب حصة كل منهما في الملك المشترك.

35 - وقد جرى العرف التجاري والمصرفي المعاصر على اعتبار المواطأة المتقدمة على إنشاء هذه المعاملة واجبة المراجعة، وذلك لعدم قابلية تلك المنظومة المترابطة للتفكيك والتجزئة والتبديل، باعتبارها موضوعاً ومصممة لأداء وظيفة تمويلية مستحدثة محددة مقصودة من طرفيها.

كما تعتبر الوعود التي تشتمل عليها اتفاقيتها ملزمة للطرفين، إذ لو لم تكن كذلك، لكان القصد والهدف من إبرامها احتمالياً غير مؤكد التحقق، ولما جازف الطرفان بالإقدام على الدخول فيها، لأنها في حقيقتها وبالنظر إلى الغرض منها عبارة عن معاقدة واحدة مركبة من أجزاء مترابطة، وفقاً لشروط تحكمها كمعاملة واحدة⁽¹⁾.

(د) الاعتمادات المستندية:

36 - تتألف عملية «الاعتماد المستندي» من مجموعة عقود ووعود مترابطة، تبدأ بتواطؤ طرفيها على إنشائها فيما بعد متوالية متلاحقة، على نسق معين، وفي مراحل محددة، وفقاً لشروط خاصة ملزمة تحكمها كصفقة واحدة، لا تقبل التجزئة.

(1) المشاركة المتناقصة وأحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة للدكتور نزيه حماد 513/2 وما بعدها (مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد

وتتركب هذه المعاملة من مزيج من العقود والمواعيد الآتية:

أ - وعد (ملزم) من العميل بالشراء، ومن البنك بالبيع.

ب - توكيل من البنك لمراسله بطلب البضاعة وكفالة دفع الثمن.

ج - بيع البائع البضاعة إلى البنك ممثلاً بمراسله.

د - بيع البنك البضاعة إلى العميل.

37 - ومن الجدير بالبيان أن نظام الاعتمادات المستندية قد استحدث وأنشئ لغرض أداء وظيفة معينة لم تكن

موجودة في العصور السالفة، تتمثل في ترتيب العلاقة وتنفيذ البايعة بين المستورد والمُصدّر عبر البنوك

(بنك المشتري ومراسليه في بلد البائع وبنك البائع) حتى يطمئن المشتري إلى شحن البضاعة المطلوبة

من قبله، ويطمئن البائع إلى دفع الثمن له، حيث لا توجد ثقة متبادلة بين البائع والمشتري في ذلك، إذ لو

كانت تلك الثقة قائمة بينهما لما كان هناك حاجة إلى هذا النظام، حيث يستطيع المشتري معها أن يطلب

من البائع مباشرة أن يشحن له البضاعة المطلوبة، ويقوم هو بتحويل ثمنها له بالطرق المعتادة.

وعلى ذلك كانت عملية «الاعتماد المستندي» منظومة واحدة مترابطة، تطورت إليها الأعراف التجارية ضماناً

لحقوق البائع والمشتري، حيث تتوسط البنوك بينهما، فتضمن للمشتري تنفيذ مشروطه. بخصوص المبيع، وتضمن

للبيع دفع الثمن إذا شحن البضاعة بمواصفاتها المتفق عليها، وجرى تصميمها في وحدة متكاملة لا تقبل تبديل أو

سقوط شيء من الأجزاء، تهدف إلى تحقيق مصالح معتبرة محددة للمتعاقدين.

38 - وتتلخص عملية «الاعتماد المستندي» في أن المشتري يطلب من بنكه فتح اعتماد للبائع مقابل تسليم البنك

المستندات المثبتة لعملية الشحن، مع فاتورة، ومع بوليصة التأمين - إن اشترط ذلك - وغير ذلك مما

قد يرغب في اشتراطه (كشهادة منشأ البضاعة من السلطات المختصة، وشهادة فحص البضاعة على

أرصدة الميناء قبل الشحن بواسطة مكاتب متخصصة للتثبت من حقيقة البضاعة المشحونة ومطابقتها

للمواصفات المطلوبة).

والأصل أن يودع المشتري الثمن لدى بنكه، ولكن في غالب الحالات يكتفي البنك بأن يطلب إيداع 10% - 20%

فقط عند فتح الاعتماد، ويقوم البنك بعد ذلك بإبلاغ مراسله في بلد البائع أن ثمة اعتماد مفتوح لديه، وبشروط ذلك

الاعتماد، فيقوم البنك المراسل بإبلاغ ذلك إلى البائع الذي يقوم عندئذ بتجهيز البضاعة وشحنها، ويسلم إلى البنك

المراسل أو إلى بنكه الخاص - إن كان ذلك أيسر له - المستندات المطلوبة، فيقوم البنك بالدفع إليه فوراً، ويرسل

المستندات إلى بنك المشتري الذي يقوم بتبليغ المشتري بوصول المستندات، فيقوم بسداد باقي القيمة إلى البنك، ويسلم

منه المستندات التي بموجبها يتسلم البضاعة عند وصولها.

ونظراً لكون التعامل بالاعتماد المستندي يتم غالباً بين بنوك في دول مختلفة، فقد دعت الحاجة إلى بلورة أحكامه

التي استقر عليها عرف التعامل بين البنوك في نماذج وضعتها غرفة التجارة الدولية وشملت اتفاقات دولية لإلزام

الأطراف بأحكامها.

وتقوم فكرة الاعتماد المستندي في هذا التنظيم على أساس أن البنوك لا تتعامل في البضاعة، وإنما تتعامل في المستندات التي يُطلب منها استيفاؤها. فهي لا تحوز البضاعة، ولا تملكها إلا إذا امتنع المشتري عن سداد باقي القيمة، فيقوم بنكّه حينئذ ببيع البضاعة لاستيفاء حقّه⁽¹⁾.

(1) أثر تغير الواقع في الحكم تغييراً واستحداثاً للدكتور جمال الدين عطية ص 43، البنوك الإسلامية للدكتور عطية ص 123

المبحث الثاني

القوة الملزمة للمواطأة على العقود والوعود

39 - للمواطأة على العقود والمواعدات (الملزمة) في النظر الفقهي ثلاث خصائص:

الأولى: أنها - في حقيقتها - اتفاق بين طرفين على إجراء عقود و تنفيذ وعود في المستقبل.

والثانية: أن هذا الاتفاق يعتبر بمثابة وفي منزلة الشرط المتقدم على تلك العقود والمواعدات، وتسري عليه أحكامه، من حيث الحل والحرمة، والصحة والفساد، واللزوم والنفاذ وما إلى ذلك⁽¹⁾. قال ابن تيمية: «فإذا تَوَاطَأَ على أمر، ثم عَقَدَا العقد مطلقاً، حُمِلَ على ما تَوَاطَأَ عليه»⁽²⁾.

والثالثة: أن القوة الملزمة للمواطأة هي نفس القوة الملزمة للشروط المتقدمة على العقود (والوعود الملحق بها) التي اختلف الفقهاء في شأنها على قولين:

(أحدهما) للحنفية والظاهرية والشافعية في المشهور من المذهب وأحمد في رواية عنه: هو أن الشرط المتقدم على العقد لا يُعتبر كالمقارن له، ولا تأثير له في العقد أصلاً. ومن ثم فلا يجب الوفاء به قضاءً، ويجوز العُدُولُ عنه، حيث إنَّ كلَّ ما يسبق العقد من شروط واتفاقات لغو لا يُعتدُّ به، ولا تلزمُ العاقدَين مراعاته، لعدم توجُّه إرادة العاقدَين إلى الالتزام به، وانتفاء قَصْدِهِمَا الوفاء به، طالما أنه لم يُصرَّح به في العقد⁽³⁾.

وعلى ذلك قال العمراني في «البيان»: «وأما إذا كان الشرط قبل العقد، فإنه لا يُلحَقُ بالعقد إن كان صحيحاً، ولا يبطلُ به العقد إن كان الشرط فاسداً»⁽⁴⁾. وقال النووي في «المجموع»: «وأما الشرط السابق فلا يُلحَقُ بالعقد، ولا يؤثر فيه، فلا يلزمُ الوفاء به، ولا يفسدُ العقدُ به إن كان شرطاً فاسداً، لأنَّ ما قَبِلَ العقد لغو. هكذا نصَّ عليه، وقطع به الأصحاب»⁽⁵⁾.

(والثاني) للحنابلة على الصحيح من المذهب والمالكية: وهو أن الشرط المتقدم كالشرط المقارن، في الصحة ووجوب الوفاء، وفي الفساد والإلغاء. فإذا اتفقا على شيء، ثم عَقَدَا العقد بعد ذلك، فهو مصروفُ إلى المتعارف مما اتفقا عليه، إذ لا فرق بين الشروط المنصوص عليها في صلب العقد، والشروط المتفق عليها قبله، ولو لم يُصرَّح بها حال التعاقد، مادام العقد قد اعتمد عليها، إذ الشرط الملحوظ كالشرط الملفوظ، والشرط العرفي كاللفظي، والمقصود في العقود معتبرة⁽⁶⁾.

جاء في «نظرية العقد» لابن تيمية: «إنَّ أصلَ المذهب أنَّ الشروط المتقدمة على العقد كالمقارنة له، فإذا تَوَاطَأَ على

(1) انظر ف 11، 15، 17 من البحث، وتأمل النصوص الفقهية الواردة فيها بهذا الخصوص

(2) نظرية العقد لابن تيمية ص 204

(3) الفتاوى الكبرى لابن تيمية 108/4، المحلى 412/8، العقود والشروط والخيارات لأحمد إبراهيم ص 711

(4) البيان شرح المذهب 137/5

(5) المجموع شرح المذهب 374/9

(6) إعلام الموقعين 105/3، 145، 212، 241، كشف القناع 91/5، بيان الدليل على بطلان التحليل ص 533، مجموع فتاوى ابن تيمية 336/29، الفتاوى

الكبرى لابن تيمية 108/4، العقود والشروط والخيارات لأحمد إبراهيم ص 711، المدخل الفقهي العام للزرقا 487/1

أمر، ثم عَقَدَا العقد مطلقاً، حُمِلَ على ما تواطأ عليه»⁽¹⁾ وقال رحمه الله في «الفتاوى الكبرى» والمشهور في نصوص أحمد وأصوله، وما عليه قدماء أصحابه، كقول أهل المدينة: أَنَّ الشَّرْطَ المتقدِّم كالشرطِ المقارن، فإذا اتفقا على شيء، وعَقَدَا العقد بعد ذلك، فهو مصروفٌ إلى المعروف بينما مما اتفقا عليه، كما تنصرفُ الدراهمُ والدنانير في العقود إلى المعروف بينهما، وكما أَنَّ جميع العقود إنما تنصرفُ إلى ما يتعارفُه العاقدان»⁽²⁾.

واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول:

● فاما الكتاب: فقد وردت آياتٌ عديدةٌ في كتاب الله عز وجل تأمر بالوفاء بالعهود والعقود، وتمدحُ المحافظين عليها، وتذمُّ الناقضين لاتفاقاتهم، الناكثين لشروطهم، كقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) (المائدة 1) وقوله سبحانه (وأوفوا بالعهد إِنَّ العهد كان مسؤولاً) (الإسراء 34) وقوله عز وجل (والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون) (المؤمنون 8) وقوله تعالى (وَمَنْ نَكَثَ فَإِنَّمَا يَنْكُثُ عَلَى نَفْسِهِ) (الفتح 4) قال ابن تيمية: «ولم يُفَرِّقْ سبحانه بين عقد وعقد، وعهد وعهد، وَمَنْ شَارَطَ غيره في بيع أو نكاح على صفات اتفقا عليها، ثم تعاقدوا بناءً عليها، منهي من عقودهم وعهودهم، والعربُ وأهل اللسان لا يعقلون ولا يفهمون إلا ذلك، والقرآن نَزَلَ بلغتهم .. وَمَنْ نَكَثَ الشَّرْطَ المتقدِّم فهو ناكث، كمن نَكَثَ المقارن، لا تفرقُ العربُ بينهما في ذلك»⁽³⁾.

● وأما السنة: فما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «المُسْلِمُونَ على شروطهم، إلا شَرَطاً أحلَّ حراماً أو حرَّم حلالاً»⁽⁴⁾. ووجه الدلالة فيه: أنه يُفِيدُ أَمَرَ المسلمين بالوقوف عند ما توجبُهُ عليهم شروطهم والتزاماتهم ما دامت لا تُبَيِّحُ شيئاً ثَبَتَ عن الشارع تحريمُهُ، ولا تحرِّمُ عليهم أمراً أحلَّهُ الله لهم. والمفهوم من لغة العرب أَنَّ ما تقدَّم العقد من اتفاقاتٍ تتعلَّقُ به يُطْلَقُ عليه اسمُ الشَّرْطِ، كما يُطْلَقُ على ما يقارنُهُ. ولهذا نرى الناسَ وقت الخُصومة والنزاع، يقولُ أحدهما لصاحبه: أَلَمْ يَكُنِ الشَّرْطُ بيننا كذا وكذا؟ أَلَمْ أَشَارِطْكَ على كذا وكذا؟ وإذا كان الأمر كذلك، فيكونان في الحكم سواءً⁽⁵⁾.

وأيضاً ما روى البخاري ومسلم والبيهقي وأحمد عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «يُنْصَبُ لكلِّ غَادِرٍ لَوَاءٌ يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِقَدْرِ غَدَرَتِهِ. فيقال: هذه غَدَرَةُ فلان بن فلان»⁽⁶⁾ قال ابن تيمية: «وَمَنْ شَارَطَ غيره على

(1) نظرية العقد ص 204

(2) الفتاوى الكبرى 108/4

(3) بيان الدليل ص 527

(4) أخرجه أبو داود والترمذي والدارقطني والبيهقي وابن حبان والحاكم وابن الجارود وغيرهم، واستشهد به البخاري في صحيحه في باب أجر السمسة من كتاب الإجارة، وصححه بعض العلماء، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. (انظر فتح الباري 4/451، مختصر سنن أبي داود للمنذري 5/214، عارضة الأحوذى 6/103، السنن الكبرى للبيهقي 6/79، المستدرک 2/49، إرواء الغليل 5/142، التخليص الحبير 3/23).

(5) بيان الدليل ص 527، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص 50

(6) اللؤلؤ والمرجان 2/437، السنن الكبرى للبيهقي 8/159، مسند أحمد 2/16، 29، 48

شيء على أن يتعاقدا عليه، وتعاقدا، ثم لم يَفِ له بشرطه، فقد غَدَرَ به. هذا هو الذي يعقله الناس ويفهمونه، ولا يُعرَفُ التفريق بينهما في معاني الكلام عن أحد من أهل اللغة. ولا في الحكم عَمَّنْ قوله حجة مُلْزِمة»⁽¹⁾

● وأما المعقول: فهو أن مبنى العقود ومناط صحتها شرعاً رضا المتعاقدين، كما دلَّ قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم) (النساء 29)، والكلام الصادر من العاقدين - أو ما يقوم مقامه - إنما اكتفي به، لأنه دليل على ذلك الرضا، فإذا اتفق مريدا العقد على أمور بينهما، ثم تعاقدا بعد ذلك بدون إعادة ذكرها عند التعاقد، فَمِنَ المعلوم في العادة أن كلاً منهما إنما رضي بالعقد الذي تتحقق فيه تلك الشروط التي اتفقا عليها قبل العقد. ومن ادَّعى أن أحدهما قد رضي بعقد مطلق كان بطلان قوله معلوماً بالضرورة. وإذا كان العاقدان إنما رضيا بالعقد الذي تَشَارَطَا عليه قبل عقده، وكان ملاك العقود هو الرضا، وجَبَ أن يكون العقد ما رضيا به، وهو ما يَشْتَمِلُ على الشَّرْطِ السابق، لا الخالي منه⁽²⁾

قال ابن تيمية: «وأيضاً، فإنَّ العقود في الحقيقة إنما هي بالقلوب، وإنما العبارات مُبَيِّنَات لما في القلوب، لا سيما إن قيل هي إخبارات. وبيانها لما في القلب لا يختلف بجمع الكلام في وقت أو تفريقه في وقتين، لا سيما الكلام الكثير الذي قد يتعذر ذكره في التعاقد، وهذا هو الواقع في خطاب جميع الخلق، بل في أفصح الخطاب وأبلغه، فإنَّ مَنْ مَهَّدَ قاعدةً بَيَّنَ بها مرادَهُ، فإنه يُطْلَقُ الكلامُ وَيُرْسَلُهُ، وإنما يريدُ به ذلك المُقَيَّد الذي تقدَّم، والمستمعُ يَفْهَمُ ذلك منه، ويَحْمِلُ كلامَهُ عليه، كالعالم يقول مثلاً: يجوز للرجل أن يوصي بثلاث ماله، فلا يدخل في كلامه المجنون ونحوه، للعلم بأنه قد قرَّر في موضع آخر أن كلام المجنون لا حكم له في الشرع.

فكذلك الرجل يقول «بِعْتُ» و «أُنْكَحْتُ»، فإنَّ هذا اللَّفْظُ وإن كان مُطْلَقاً في اللفظ، فهو مُقَيَّدٌ بما تشارطا عليه قبل ذلك. ومعنى كلامه: «بِعْتُكَ» البيع الذي تشارطنا عليه، و«أُنْكَحْتُكَ» النكاح الذي تراضينا به. فَمَنْ جَعَلَ كلامَهُ مطلقاً بعد أن تقدَّم منه المشاركة والمواطأة، فقد خَرَجَ عن مقتضى قواعد خطاب الخلق وكلامهم في جميع إيجابهم ومقاصدهم، وهذا واضح لا معنى للإطناب فيه»⁽³⁾

الرأي الراجع:

40 - وبالنظر في أدلة الفريقين يظهر لي رجحان قول المالكية والحنابلة بأنَّ الشَّرْطَ المتقدم كالشرط المقارن في الصحة ووجوب الوفاء وفي الفساد والإلغاء. فإذا كان الشرط صحيحاً مشروعاً كان ملزماً قضاءً، وذلك لقوة الأدلة والحجج التي استندوا اليها واعتمدوا عليها، ولأنَّ قَوْلَ الحنفية والشافعية والظاهرية بالترقية بين الشرط المتقدم والمقارن، وأنَّ الشرط المتقدم لغو لا يُعْتَدُّ به، ولا يلزم الوفاء به، لعدم توجه إرادة العاقدين وقصدِهما إلى الالتزام والوفاء به غير مُسَلَّم .. ويُردُّ عليه بما يأتي:

(1) بيان الدليل ص 527

(2) نظرية الشروط المقرنة بالعقد ص 50، بيان الدليل ص 530

(3) بيان الدليل ص 531

(أولاً) أن استفادة التصرف من العبادة الدالة على إنشائه - أو ما يقوم مقامها في ذلك - لا يستلزم اعتبارها والنظر إليها وحدها، والحكم عليه بالإطلاق أو التقييد تبعاً لذلك من غير التفات إلى ما تقدمها من شروط ومواطات. كيف، وقد أثبتنا بالأدلة النقلية والعقلية المستندة إلى الشرع أن ما تقدّم على التصرف يقيده، ويوجب اعتبار التصرف اللاحق على حسب الاتفاق السابق.⁽¹⁾

(ثانياً) أن عادة الناس قد جرت على أن العاقدين إذا اشترطا قبل العقد شيئاً فيه، أو تواطأ على ذلك، ثم عقدا العقد مطلقاً، فإنه يجب عليهما التقييد بذلك الشرط اعتماداً على تقدّم ذكره والتزامه، وأنه ليس لغواً - كما ادعى المخالف - بل الغالب بينهم أن من يشرط على غيره شروطاً، ثم ينشأن العقد بعد ذلك أن يلاحظ الشروط المتقدمة ويجعلانه مبنياً عليها.⁽²⁾

41 - ثم إن مما يؤكد رجحان القول بالتسوية بين الشروط المتقدمة والمقارنة أن العمل به يوصد باب التحايل على من يريد التوصل إلى الشروط المحرمة في نظر الشارع، لأنه لا يفرق في تأثر العقد بالفساد منها بين الشرط المتقدم عليه وبين المقارن له، بخلاف الرأي المقابل، فإنه يؤدي إلى فتح باب التحايل إلى الشروط المحرمة، إذ لا يعجز من يقصد إتيان عقد حرّمه الله ورسوله لما فيه من الشرط الفاسد المحظور أن يتواطأ مع من يتعاقد معه على ذلك الشرط، ثم يسكتا عن ذكره في صلب العقد، ليتم غرضهما ويحصل مقصودهما.

ومن تأمل الشريعة حق التأمل علم أنه لا فرق بين الشرط المتقدم والمقارن، إذ مفسدة الشرط لم تزل بتقدمه على العقد، بل مفسدته مقارناً كمفسدته متقدماً.. وكيف تفرق الشريعة بين متماثلين من كل وجه لافتراقهما في تقدّم لفظ وتأخره، مع استواء العقدين في الحقيقة والمعنى، وهل هذا إلا أقرب الوسائل والذرائع إلى حصول ما قصد الشارع إعدامه وإبطاله، فنهى عنه وحرّمه.⁽³⁾

والخلاصة: أن التواطؤ بمنزلة الشرط المتقدم على العقد في القوة الملزمة والأحكام. والشرط المتقدم كالمقارن في الصحة ووجوب الوفاء، وفي الفساد والإلغاء، على الراجح من أقاويل الفقهاء طالما أن العقد قد اعتمد وابتنى عليه، واتفقت إرادة العاقدين على مراعاته.

(1) نظرية الشروط المقترنة بالعقد للدكتور زكي الدين شعبان ص 53

(2) نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص 53، إعلام الموقعين 3/145

(3) انظر إعلام الموقعين 3/145، 146، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص 55، 56

المبحث الثالث

الضوابط الشرعية للمواطأة على العقود

والوعود المجتمعة في اتفاقية واحدة

42 - يستخلص مما تقدّم بيانه عن حقيقة المواطأة وأنواعها وقوتها الملزمة وتطبيقاتها في المعاملات المالية المستحدثة، ومن الأحكام الشرعية لاجتماع العقود والوعود المتعددة في صفقة واحدة⁽¹⁾: أن تواطؤ الطرفين على إنشاء وإبرام الاتفاقيات المستجدة - التي ينضوي تحت كل منظومة منها مجموعة عقود ووعود مترابطة، أدرجت في صفقة واحدة، وصُمِّمَتْ على نَسَقٍ محدد، متتابع الأجزاء، متلاحق المراحل، وفقاً لشروط تحكمها كمعاملة واحدة لا تقبل التفكيك والتجزئة، تهدف إلى أداء وظيفة محددة، وبلوغ غرضٍ معيّن، اتجهت إرادة العاقلين وقصدهما إلى تحقيقه - يعتبر جائزاً صحيحاً، ملزماً لطرفيه، حيث إنه إتفاق في منزلة ومثابة وحكم الشرط المقارن للعقد، وذلك إذا توفرت الضوابط الخمسة الآتية:

الضابط الأول،

43 - أن لا يقع التواطؤ على إنشاء اتفاقية محظورة بنص شرعي. فإن جرى على ذلك، كانت المواطأة ومحلّها (الاتفاقية) فاسدين لاغيين شرعاً. ومثال ذلك المواطأة على الجمع بين بيع وقرض⁽²⁾، أو على العينة⁽³⁾، أو على نكاح التحليل⁽⁴⁾.

(1) انظر بحث «اجتماع العقود المتعددة في صفقة واحدة» ضمن كتاب قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد للدكتور نزيه حماد ص 249 - 274
(2) حيث روى أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وأحمد والشافعي ومالك عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وسلف. (مختصر سنن أبي داود للمنذري 144/5، عارضة الأحوذى 241/5، الموطأ 657/2، مسند أحمد 178/2، مرقاة المفاتيح 323/2، نيل الأوطار 179/5، الفتاوى الكبرى لابن تيمية 39/4)

(3) حيث روى أحمد وأبو داود والبيهقي عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إذا تبايعتم بالعينة (...) سَلَطَ الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم». قال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام: «رواه أبو داود من رواية نافع عنه، وفي إسناده مقال، ولأحمد نحوه من رواية عطاء، ورجاله ثقات، وصححه ابن القطان». وقال في التلخيص الحبير: «وعندي أن إسناده الحديث الذي صححه ابن القطان معلول، لأنه لا يلزم من كون رجاله ثقات أن يكون صحيحاً، لأنّ الأعمش مدلس، ولم يذكر سماعه من عطاء، وعطاء يحتمل أن يكون هو الخرساني، فيكون فيه تدليس التسوية، اسقاط نافع من عطاء وابن عمر». (بلوغ المرام مع سبل السلام 14/3، وانظر: مختصر سنن أبي داود للمنذري مع تهذيب السنن لابن القيم 99/5، 104، مسند أحمد 42/2، 84، السنن الكبرى للبيهقي 316/5، التلخيص الحبير 19/3)

(4) حيث روى أحمد والنسائي والترمذي والدارمي والبيهقي وابن أبي شيبة عن ابن مسعود قال: «لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له». قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وقال ابن تيمية: إسناده جيد. وقال ابن القيم: إسناده صحيح. وفي رواية أخرى: «لعن الله المحلل والمحلل له». (انظر بيان الدليل ص 386، إغاثة اللهفان 269/1، عارضة الأحوذى 44/5، مسند أحمد 448/1، 462، سنن النسائي 149/6، سنن الدارمي 185/2، السنن الكبرى للبيهقي 208/7، مسند أبي شيبة 95/4، 190/14)

الضابط الثاني:

44 - أن لا تقع المواطأة على حيلة ربوية. كالتواطؤ على العينة، أو على بيع الرجاء، أو على الحيلة إلى ربا الفضل.⁽¹⁾

الضابط الثالث:

45 - أن لا تقع المواطأة على ذريعة ربوية. كالتواطؤ على دفع المقرض للمقرض هدية أو زيادة على مقدار القرض، والتواطؤ على الجمع بين المعاوضة والقرض.⁽²⁾

46 - ونظراً لابتناء هذا الضابط على قاعدة «سد الذرائع»، فيجب أن يراعى عند تطبيقه تحقق شرطي العمل بهذه القاعدة، وهما:

(أولاً) أن يكون التوسل بما هو مشروع إلى ما هو محظور - في تلك المعاملة - كثيراً بمقتضى العادة، وأن تقوى التهمة وتظهر على قصد ذلك المحظور وإرادته. حيث جاء في «الموافقات» للشاطبي: «قاعدة الذرائع التي حكّمها مالك في أكثر أبواب الفقه، لأن حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى ما هو مفسدة... ولكن هذا بشرط أن يظهر لذلك قصد، ويكثر في الناس بمقتضى العادة»⁽³⁾. وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي: «الذرائع معناها أن يمنع الشيء الجائر إذا قويت التهمة في التطرق به والتذرع إلى الأمر المحظور».⁽⁴⁾ وقال ابن شاس: «إذا ثبت هذا، فلا يختلف المذهب في مراعاة ذلك، وفسخ العقد، إذا كان مما يكثر القصد إليه، وتظهر التهمة عليه، كبيع وسلف، أو سلف جرّ نفعاً».⁽⁵⁾

(ثانياً) أن لا يكون هناك حاجة أو مصلحة راجعة إلى تلك المعاملة. حيث جاء في القواعد الفقهية أن «ما حُرّم سداً للذريعة أخفّ مما حُرّم تحريم المقاصد»⁽⁶⁾ وأنه «يُغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد»⁽⁷⁾، وأن «ما حُرّم لسدّ الذرائع، فإنه يُباح عند الحاجة والمصلحة الراجعة».⁽⁸⁾

وفي ذلك يقول ابن تيمية: «والشارع قد سدّ الذرائع في مواضع (...). ولكن يشترط أن لا تفوت مصلحة راجعة، فيكون النهي عما فيه مفسدة، وليس فيه مصلحة راجعة. فأما إذا كان فيه مصلحة راجعة، كان ذلك مباحاً، فإن هذه المصلحة راجعة على ما قد يخاف من المفسدة. ولهذا يجوز النظر إلى الأجنبية للخطبة، لرجحان المصلحة، وإن كان النظر لغير حاجة لم يجز».⁽⁹⁾ ويقول أيضاً: «أصل الإمام أحمد وغيره أن ما كان من باب سدّ الذريعة إنما يُنهى عنه

(1) انظر النوع الأول من المبحث الأول ف (6 - 12)

(2) انظر النوع الثاني من المبحث الأول ف (13 - 17)

(3) الموافقات 4/198

(4) المعونة 2/966

(5) عقد الجواهر الثمينة 2/441

(6) إعلام الموقعين 2/140

(7) الأشباه والنظائر للسيوطي ص 158

(8) زاد المعاد 4/78

(9) تفسير آيات أشكلت لابن تيمية 2/682

إذا لم يُحتَج إليه، وأما مع الحاجة للمصلحة التي لا تحصل إلا به، فلا يُنهي عنه. ولهذا يُفرَّق في العقود بين الحيل وسدِّ الذرائع، فالمحتال يُقصدُ المحرَّم، فهذا يُنهي عنه، وأما الذريعة فصاحبها لا يقصد المحرَّم، لكن إذا لم يُحتَج إليها فهي منهي عنها، وأما مع الحاجة فلا⁽¹⁾ وقال ابن القيم: «ما حرَّم سدُّ الذريعة أبيع للمصلحة الراجعة ... وأبيع ما تدعو إليه الحاجة منه»⁽²⁾.

الضابط الرابع:

47 - أن لا يكون التواطؤ على الجمع بين عقدين - فأكثر - بينهما تناقض أو تضاد في الموجبات والأحكام. وغالباً ما يقع ذلك عند تواردهما على محلّ واحد أو بدل واحد، كما في الجمع بين المضاربة وإقراض المضارب رأس المال، أو بين صرف دراهم بدنانير وإقراض تلك الدنانير لبائعها. وكما في الجمع بين صرف وجعالة ببديل واحد. أو بين سلّم وجعالة ببديل واحد⁽³⁾. وفي العقود المستحدثة كما في جمع الإجارة مع البيع في اتفاقية ما يسمى بالبيع الإيجاري (Hire - Purchase) في التقنيات المعاصرة، حيث يتفق الطرفان على إجارة سلعة معينة بأجرة معلومة، إلى أجل محدد (مقسطة على تلك المدة) تنقلب تلقائياً بعد سداد كامل أقساطها بيعاً، وتنقل ملكية السلعة إلى المستأجر مع سداد القسط الأخير. وتعتبر الأجرة التي دفعت ثمناً للمبيع. ويكون ضمان السلعة خلال مدة الإجارة على المستأجر⁽⁴⁾.

الضابط الخامس:

48 - أن يكون كلُّ جزء من أجزاء الاتفاقية المتواطئ عليها (أي العقود والوعود والشروط) صحيحاً مشروعاً بمفرده.

وذلك لأنَّ الأصل الشرعي هو جواز اجتماع العقود والوعود المختلفة في معاملة واحدة إذا كان كل واحد منها جائزاً بمفرده. ما لم يكن هناك دليل شرعي حاصر، فعندئذ يمتنع بخصوصه استثناء. إذ الأصل قياس المجموع على أحاده، فحيث انطوت المعاملة (الاتفاقية) على عدة عقود ووعود، كل واحد منها جائز بمفرده، فإنه يحكم على المجموع بالجواز. وعلى ذلك نصَّ جمهور الفقهاء في مواطن عديدة، منها:

(أ) قول الزيلعي الحنفي في معرض احتجائه على مشروعية الحوالة المطلقة والمقيدة: «ولأنَّ كلاً منهما يتضمَّن أموراً جائزة عند الانفراد - وهي تبرُّع المحتال عليه بالالتزام في ذمته والإيفاء، وتوكيلُ

(1) مجموع فتاوى ابن تيمية 23/214، 215، وانظر مجموع الفتاوى 32/228 - 229

(2) إعلام الموقعين 2/142

(3) قال الشهاب الرملي: حيث يؤدي ذلك إلى تناقض الأحكام، لأنَّ الثمن لا يلزم تسليمه عن عقد الجعالة إلا بفرار العمل، وعن جهة الصرف والسلم يجب تسليمه في المجلس، وتنافي اللوازم يقتضي تنافي الملزومات. (حاشية الرملي على أسنى الطالب 2/45)

(4) بيع التقسيط للدكتور رفيع المصري ص 28، الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي للحافي ص 47

المحتال بقبض الدين أو العين من المحال عليه، وأمر المحال عليه بتسليم ما عنده من العين أو الدين إلى المحتال - فكذا عند الاجتماع⁽¹⁾. أي فحيث كانت هذه العقود كلها جائزة عند الانفراد، فإنها تكون كذلك عند الاجتماع، إذ لا فرق.

(ب) قول الكاساني في معرض استدلاله على جواز شركة المفاوضة: «ولأنها مشتملة على أمرين جائزين، وهما الوكالة والكفالة، لأن كل واحدة منهما جائزة حال الانفراد، فكذا حالة الاجتماع»⁽²⁾.

(ج) ماجاء في المقنع وشرحه «المبدع»: «وإن جمعا بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة، صح: لأن كل واحد منها يصح منفرداً، فصح مع غيره»⁽³⁾.

(د) وقول ابن قيم الجوزية: «لا محذور في الجمع بين عقدين، كل منهما جائز بمفرده، كما لو باعه سلعة وأجره داره شهراً بمائة درهم»⁽⁴⁾.

(هـ) وما جاء في أسنى المطالب: «فصل: وإذا جمّع في صفقة بين عقدين مختلفي الحكم، كبيع وإجارة، أو بيع وسلم، أو بيع ونكاح، صحّ كل منهما لصحته منفرداً، فلا يضرّ الجمع، ولا أثر لاختلاف الحكم في ذلك ... وتقييدهم العقدين باختلاف حكمهما لبيان محلّ الخلاف، فلو جمّع بين متفقين، كشركة وقراض، كأنّ خلط ألفين له بألف لغيره. وقال: شاركك في أحدهما، وقارضتك على الآخر، فقبل، صحّ جزماً، لرجوعهما إلى الإذن في التصرف»⁽⁵⁾.

49 - غير أن هذا الضابط لا يعمل به على عمومه، إذ هو مخصّص بقاعدة التبعية (والضمنية) التي بُنيت عليها جملة مهمة من الرخص والتخفيفات الشرعية، إذ يفترق في التابع والضمني عند الاجتماع مالا يفترق عند الاستقلال والانفراد.

وبيان ذلك أن الشريعة فرّقت في أحكام الصفقة أو المعاملة التي يجتمع فيها عقدان فأكثر بين ما كان مقصوداً أصالة⁽⁶⁾ في التعاقد وبين المقصود تبعاً والوارد ضمناً، وقضت باغتفار صفوف من الخلل والمخالفات في التوابع والضمنيات دون ما كان مقصوداً أصالة أو مستقلاً. وعلى ذلك قال ابن تيمية: «إن الصفقة إذا كان في تفريقها ضرر، جاز الجمع بين عقدين في المعاوضة، وإن لم يجز إفراد كل منهما، لأن حكم الجمع يخالف حكم التفريق»⁽⁷⁾.

(1) تبين الحقائق 174/4

(2) بدائع الصنائع 58/6

(3) المبدع لبرهان الدين ابن مفلح الحنبلي 43/5، وانظر المغني 137/7

(4) إعلام الموقعين 354/3

(5) أسنى المطالب لتركيا الأنصاري الشافعي 45/2، وانظر البيان للعمري 148/5، مغني المحتاج 41/2، 42، روضة الطالبين 429/3، قليوبي وعميرة 188/2

(6) وهو ما عبّر عنه ابن تيمية بـ «المقصود الأكبر» و «المقصود الأعظم» و «معظم المقصود». (مجموع فتاوى ابن تيمية 34/29، 35، 55، 56، 80، الفتاوى الكبرى لابن تيمية 39، 35، 23/4، القواعد النورانية الفقهية ص 123، 124، 137، 138، 154)

(7) القواعد النورانية الفقهية ص 148، مجموع فتاوى ابن تيمية 71/29، الفتاوى الكبرى لابن تيمية 44/4

وجاء في قواعد الفقهاء تقريرُ هذا الأصل الفقهي الكلي أيضاً، ومنها قاعدة «يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها»⁽¹⁾ و «يغتفر في الضمني ما لا يغتفر في المستقل»⁽²⁾ و «يغتفر فيما دخل ضمناً وتبعاً ما لا يغتفر في الأصول والمتبوعات»⁽³⁾ و «يغتفر في الثبوت الضمني ما لا يغتفر في الأصل»⁽⁴⁾

و «يشترط للثابت مقصوداً ما لا يشترط للثابت ضمناً وتبعاً»⁽⁵⁾ و «قد يُمنع الشيء مقصوداً، وإذا حصل في ضمن عقد لم يُمنع»⁽⁶⁾ و «يغتفر في العقود الضمنية ما لا يغتفر في الاستقلال»⁽⁷⁾ و «يغتفر في التبعية ما لا يغتفر في الاستقلال»⁽⁸⁾ و «يثبتُ ضمناً ما يمتنع قصداً»⁽⁹⁾ الخ.

50 - والذي يستخلص من كلام الفقهاء في القضية: أن الغتفر بموجب التبعية (والضمنية) يشمل الخلل في الأمور الخمسة الآتية:

الأمر الأول: اغتفار الغرر المؤثر في البيع (ونحوه من عقود المعاوضات المالية) إذا كان وجوده في العقد - أو كان العقد المتضمن له - تابعاً. وذلك لما روى البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ومالك وأحمد عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر، فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع»⁽¹⁰⁾ حيث دلّ الحديث على أن موجب اغتفار الغرر في الثمرة المشتراة قبل بدو صلاحها - التي اشترطها المبتاع - إنما هو «التبعية» أي أن تُقصدَ في العقد تبعاً لا أصالة، وأنه لا حرج عندئذ في أن يكون للثمره المؤبرة قسطن من الثمن مادامت ثابتةً ضمناً وتبعاً، لا استقلالاً، وقد نبّه إلى هذا المعنى ابن قدامة بقوله: «لأن الغرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمتنع الصحة، وفيما إذا باعهما معاً تدخل الثمرة تبعاً، ويجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع»⁽¹¹⁾

الأمر الثاني: اغتفار الجهالة الفاحشة في عقود المعاوضات المالية، إذا وقعت في العقود عليه تبعاً أو في عقد تابع (غير مقصود أصالة) قياساً على اغتفار الغرر في التوابع، لأنها في معناه⁽¹²⁾ وعلى ذلك

(أ) نصّ الفقهاء على صحة بيع اللبن في الضرع مع الشاة أو الناقة أو البقرة، وإن كان لا يجوز بيعه مفرداً⁽¹³⁾ قال النووي: «أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان في ضربه لبن، وإن كان اللبن مجهولاً، لأنه تابع

(1) م (54) من مجلة الأحكام العدلية، الأشباه والنظائر للسيوطي ص 120

(2) فتاوى الرملي 115/2

(3) زاد المعاد 825/5

(4) بدائع الفوائد لابن القيم 27/4

(5) بدائع الصنائع 58/6

(6) المنثور الزركشي 376/3

(7) المنثور 378/3

(8) شرح منتهى الإرادات للبهوتي 147/2

(9) رد المحتار 170/4

(10) انظر البخاري مع الفتح 49/5، صحيح مسلم 1172/3، سنن أبي داود 240/2، عارضة الاحوذى 252/5، سنن النسائي 260/7، سنن ابن ماجه 745/2، الموطأ 617/2، مسند أحمد 6/2، 9، 54، 63، 78، 102، 150، 326/5، اللؤلؤ والمرجان 376/2

(11) المغني 150/6

(12) انظر الزرقاني على الموطأ 253/3، مجموع فتاوى ابن تيمية 56/29

(13) المجموع 323/9، المغني 239/6، النووي على صحيح مسلم 156/10

للحيوان»⁽¹⁾ واحتجّ ابن قدامة على جواز بيعه تبعاً للحيوان بقوله: «ولنا أنه أمرٌ مقصودٌ يتحقق في الحيوان، ويأخذُ قسماً من الثمن .. وإنما لم يَجْزُ بيعُهُ مفرداً للجهالة، والجهالةُ تسقط فيما كان تبعاً»⁽²⁾.

وبناء على هذا الأساس نصّ جمعٌ من الفقهاء على صحة بيع أساسيات الحيوان، والنوى في التّمير معه، وإن لم يجز بيعهما مفردين⁽³⁾.

وعلى جواز بيع الشاة مع حملها، وإن لم يجز بيع الحمل مفرداً⁽⁴⁾.

(ب) ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن عقد الوكالة بشراء مجهول الجنس والقدر والقيمة لا يصح مفرداً، ويصح تبعاً وضمناً في شركات العنان والمضاربة والمفاوضة والوجوه. كما نصّ الحنفية على أن عقد الكفالة مع جهالة المكفول له لا يصح مفرداً، ويصح تبعاً وضمناً في شركة المفاوضة.

وبيان ذلك أن شركة العقد - كما قال الغزالي في «الوسيط» - : «معاملة صحيحة، وليست عقداً برأسه»⁽⁵⁾ أي إنها ليست عقداً واحداً فقط كالبيع أو الصرف أو السلم أو الإجارة أو الهبة أو الكفالة أو الحوالة .. إلخ، بل هي معاملة أو معاهدة تجتمع فيها جملة عقود، كالبيع والشراء المتكرر، والاستئجار والتأجير، والصرف والسلم، والوكالة والإذن في التصرف في المال المشترك، والكفالة في بعض صورها ... إلخ. ولا يخفى أن الوكالة والكفالة فيها تثبتان ضمناً وتبعاً، وإنما تفتقر فيهما تلك الجهالات باعتبار التبعية والضمنية. ويتضح ذلك في النصوص الفقهية الآتية:

● قال الزيلعي في معرض رده على من تمسك بالقياس، فمنع جواز شركة المفاوضة نظراً لتضمنها وكالة بمجهول الجنس وكفالة مع جهالة المكفول له، وكلا العقدين فاسدٌ للجهالة إذا وقع مفرداً: «ولا يُقال: الوكالة بالمجهول لا تجوز، فوجب أن لا تجوز هذه الشركة لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس، كما إذا وكله بشراء ثوب ونحوه، لأننا نقول: التوكيل بالمجهول لا يصح قصداً، ويصح ضمناً، حتى صحت المضاربة مع الجهالة، لأنها توكيلٌ بشراء شيء مجهول في ضمن عقد المضاربة، فكذا هذا.

وأقرب منه شركة العنان، فإنها جائزة بالإجماع، وإن تضمنت ما ذكرنا من الجهالة في الوكالة، إذ لا بدّ من تضمّن عقد الشركة الوكالة...

ولا يُقال: إن الكفالة لا تجوز إلا بقبول المكفول له في المجلس، فكيف جازت هنا مع جهالته؟ لأننا نقول ذلك في التكفيل مقصوداً، وأما إذا دخل في ضمن شيء آخر، فلا يشترط على ما ذكرناه في اشتراط الوكالة مع الجهالة. أو نقول: جَوَزه لتعامل الناس، ويمثله يُترك القياس، كما في الاستصناع»⁽⁶⁾.

(1) المجموع 9/236

(2) المغني 6/239

(3) المغني 6/239

(4) المجموع 9/323

(5) الوسيط للغزالي 3/259

(6) تبين الحقائق 3/314

● وقال الكمال ابن الهمام في هذا الشأن: «والمانع، وهو الوكالة، بمجهول، والكفالة لمجهول، يمنع إذا ثبت قصداً، ولا يلزم من منع الشيء إذا ثبت قصداً منعه إذا ثبت ضمناً»⁽¹⁾.

● وقال الكاساني في معرض احتجاجه على جواز اشتغال شركتي العنان والمضاربة على الوكالة العامة، مع أن الوكالة العامة لا تصح من غير بيان في حال الانفراد: «الوكالة لا تثبت في هذا العقد مقصوداً، بل ضمناً للشركة، وقد ثبت الشيء ضمناً، وإن كان لا يثبت قصداً، ويشتد للثابت مقصوداً ما لا يشترط للثابت ضمناً وتبعاً»⁽²⁾.

● وقال البهوتي في معرض استدلاله على جواز اشتغال شركة الوجوه على الوكالة بشراء مجهول الجنس والقدر والقيمة، مع أن الوكالة لا تصح مع هذه الجهالة إذا كانت مفردة: «ولأن عقدها مبنية على الوكالة، فيتقيد بما أذن فيه، وسواء عينا جنسه - أي ما يشتريانه - أو قدره أو قيمته أولاً، لأن ذلك إنما يعتبر في الوكالة المفردة، أما الوكالة الداخلة في ضمن الشركة، فلا يعتبر فيها ذلك، بدليل المضاربة وشركة العنان، فإن في ضمنهما توكيلاً، ولا يعتبر فيهما شيء من هذا: فلو قال كل منهما للآخر: ما اشتريت من شيء فبيننا، صح لما تقدم»⁽³⁾.

● وجاء في م (1824) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: «الوكالة التي تتضمنها الشركة ليست كالوكالة المفردة، فلا يشترط لصحة شركة الوجوه ذكر جنس ما يشتريانه ولا قدره ولا قيمته. فلو قال كل منهما للآخر: كل ما اشتريت من شيء فهو بيننا، صح».

الأمر الثالث: اغتفار ربا البيوع، وعدم توافر شروط صحة الصرف في بيع النقود ببعضها، إذا وقع ذلك في التوابع، لا في المعقود عليه أصالة.

جاء في المغني لابن قدامة: «فصل: وإن باع ما فيه الربا بغير جنسه، ومعه من جنس ما بيع به، إلا أنه غير مقصود - كدار مموه سقّفها بالذهب - جاز. لا أعلم فيه خلافاً، وكذلك لو باع داراً بدار مموه سقّف كل واحدة منهما بذهب أو فضة، جاز، لأن ما فيه الربا غير مقصود بالبيع، فوجوده كعدمه، وكذلك لو اشترى عبداً له مال، فاشترط ماله، وهو من جنس الثمن، جاز إذا كان المال غير مقصود. ولو اشترى عبداً بعبد، واشترط كل واحد منهما مال العبد الذي اشتراه، جاز إذا لم يكن ماله مقصوداً، لأنه غير مقصود بالبيع، فأشبه التمويه في السقف»⁽⁴⁾.

ومستند ذلك ما روى البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والدارمي ومالك وأحمد عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من ابتاع عبداً، وله مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع»⁽⁵⁾.

(1) فتح القدير 381/5.

(2) البدائع 58/6، وانظر رد المحتار 337/3، الطحطاوي على الدر 514/2.

(3) كشف القناع 517/3، وانظر شرح المنتهى للبهوتي 339/2، مطالب أولي النهي 544/3، المغني 122/7.

(4) المغني 96/6.

(5) انظر البخاري مع الفتح 49/5، صحيح مسلم 1173/3، سنن أبي داود 240/2، عارضة الاحوذى 253/5، سنن النسائي 261/7، سنن ابن ماجه

746/2، سنن الدارمي 253/2، الموطأ 611/2، مسند أحمد 78، 82، 150، 301/3، 310، 326/5.

وقد أوضح هذا الأصل وأبرزه القاضي أبو بكر ابن العربي بقوله: «باب: ما جاء في مال المملوك ينبنى على القاعدة العاشرة، وهي المقاصد والمصالح، لأنَّ الرجل إذا اشترى عبداً له ذهبٌ بذهب، فالقاعدة الثالثة تمنع منه من جهة الربا، والقاعدة العاشرة في المصالح والمقاصد تقتضي جوازه، لأنه إنما المقصودُ منه ذاته لا ماله، والمال وقع تبعاً»⁽¹⁾.

وجاء في «الموطأ» وشرحه للزرقاني: (قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا) بالمدينة (أنَّ المبتاع) أي المشتري (إنَّ اشترطَ مالَ العبد فهو له، نقداً كان أو ديناً أو عَرَضاً) عملاً بإطلاق الحديث، لأنَّ ماله تبعٌ، فهو غير منظور إليه، وكأنه لم يجعل له حصة من الثمن. وقال الحنفي والشافعي: لا يصحُّ هذا البيع، لما فيه من الربا. ويردُّ عليهما الحديث. وسواء كان (يُعْلَمُ أو لا يُعْلَمُ) عملاً بظاهر الحديث، خلافاً لمن قال: لا بُدَّ أن يكون معلوماً (وإنَّ كان للعبد من المال أكثر مما اشترى به) وسواء (كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عَرَضاً)⁽²⁾.

وقد صرَّح أبو العباس القرطبي في شرحه للحديث بأنَّ هذا الأصل يعُمُّ سائر عقود المعاوضات، فقال في «المفهم»: «..... ويلتحق بالبيع في هذا الحكم كلُّ عقد معاوضة كالنكاح والإجارة»⁽³⁾.

ولا يخفى أنَّ مشتري العبد مع ماله، قد أخذَ بعين الاعتبار قطعاً مقدارَ ماله، سواء كان كثيراً أم قليلاً، وجعل له - ضمناً - قسطاً من الثمن، وإن لم ينصَّ عليه استقلالاً، إذ لولا ذلك لما اشترطَ ماله معه بالعقد. وبذلك تتضح إفادة الحديث جوازَ شراء ماله تبعاً لعينه - على أساس مقابله بجزء من الثمن ضمناً - من غير مراعاة أحكام الصرف، طالما أنَّ ماله مقصودٌ تبعاً لا أصالةً في المعاملة (الصفقة) ... كما أنَّ إطلاقَ لفظِ الحديث يدلُّ على أنه لا فرق في جواز استثناء بيع مال العبد من أحكام الصرف بين كونه قليلاً أو كثيراً، وبين كونه معلوماً أو مجهولاً.

الأمر الرابع: اغتفار بيع الكالِيء بالكالِيء (أي المبيع المؤخر بالثمن المؤجل) إذا وقع ذلك في التوابع، لا في المعقود عليه أصالة. وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: «من ابتاع عبداً وله مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع»، حيث نصَّ الامام مالك في «الموطأ» على جواز بيع العبد واشترط ماله، وإن كان ديناً مؤجلاً في ذمة الغير، وكان الثمن ديناً مؤخراً في ذمة المشتري، عملاً بظاهر الحديث وإطلاقه، وأخذاً بعمل أهل المدينة.

الأمر الخامس: اغتفار فوات شيء من الأركان أو شروط الصحة في العقود التابعة والضمنية. ومن أمثلة ذلك:

(أ) اغتفار ترك الإيجاب والقبول (الصيغة) في البيع الضمني. حيث جاء في «الأشباه والنظائر» للسيوطي:

«قاعدة: يُغتفر في التوابع مالا يُغتفر في غيرها». وقريبٌ منها: «يُغتفر في الشيء ضمناً مالا يُغتفر

فيه قصداً». وعن فروعها: البيع الضمني، يغتفر فيه تركُ الإيجاب والقبول، ولا يغتفر ذلك في البيع

المستقل»⁽⁴⁾.

(1) القيس 2/ 805

(2) الزرقاني على الموطأ 3/ 253

(3) المفهم للقرطبي 4/ 399

(4) الأشباه والنظائر ص 120

(ب) اغتفار فوات التجيز في البيع الضمني. حيث جاء في «الأشباه والنظائر» السيوطي: «ضابط: لا يقبل البيع التعليق إلا في صور....»

(الثالثة) البيع الضمني، كأعتق عبدك عني على مائة إذا جاء رأس الشهر.⁽¹⁾

(ج) ما جاء في «بدائع الفوائد» لابن القيم: «قاعدة: فرق بين ما ثبت ضمناً وبين ما ثبت أصالة، بأنه يُفتقر في الثبوت الضمني مالا يُفتقر في الأصل. وعلى ذلك مسائل:

(منها) لو قال الكافر لمسلم: اعتق عبدك المسلم عني، وعلى ثمنه، فإنه يصح في أحد الوجهين. ونظيره إذا أعتق الكافر المومس شركاً له في عبد مسلم عتق عليه جميعه في أحد الوجهين، ولو قال للمسلم، يعني عبدك المسلم حتى أعتقه، لم يصح بيعه.⁽²⁾

(1) الأشباه والنظائر ص 377

(2) بدائع الفوائد 4/27

الخاتمة

لقد انتهينا بعد الدراسة الفقهية المستوعبة لأقاويل أهل العلم وأنظارهم وأدلتهم في قضية المواطأة على العقود والوعود في المعاملات المالية التقليدية وفي الاتفاقيات والمنظومات العقدية المستحدثة إلى الخلاصة الآتية:

1 - لقد جرى الاصطلاح الفقهي على استعمال لفظ «التواطؤ» و«المواطأة» بمعان متعددة، أهمها:

(أ) الاتفاق المضمّر المتقدّم بين طرفين - صراحةً أو دلالةً - على التعامل بعقود جائزة، يُقصدُ بها التحايلُ على الربا، أو تكونُ ذريعةً إليه، استحلالاً لما حرّمه الله.

(ب) تمالؤ البائع مع شخص، في بيع المزاودة ونحوه، على أن يزيد في ثمن سلعته، لا بقصد شرائها، بل ليخدع غيره ويغتره، فيزيد ويشترها.

(ج) التقيّة بإظهار الطرفين عقداً غير مقصودٍ لهما باطناً. وهو ما يُعرف بالتلجئة.

(د) الاتفاق المتقدم - الظاهر أو المستتر - بين طرفين على عقد معاملة أو صفقة مشروعة، يُتوصّلُ بها إلى مخرج شرعي (حيلة محمودة).

(هـ) اتفاق إرادة الطرفين في المداولة التمهيدية التي تسبق إبرام الاتفاقية (الصفقة) المركبة من مجموعة عقود ووعود متتابعة مترابطة - وفقاً لشروط تحكمها كمنظومة واحدة، تهدفُ إلى أداء وظيفة محددة مقصودة - على عقدها وإنجازها على النحو الذي تقدّم الاتفاق عليه. (وذلك في المعاملات المالية المستحدثة).

2 - وأنّ المواطأة كما تكون بالتصريح بها لفظاً، فقد تقع بدلالة العرف والعادة، كما تتحقّق بكل ما يُنبئ عنها ويدلّ عليها من قرائن الأحوال.

3 - وأنّ للمواطأة على العقود والوعود في النظر الفقهي ثلاث خصائص:

(الأولى) أنها اتفاق بين طرفين على إجراء عقود وإنجاز وعود في المستقبل:

(والثانية) يعتبر هذا الاتفاق بمثابة الشرط المتقدم على تلك العقود والوعود، وتسري عليه أحكامه، من حيث الجُلّ والحرمة، والصحة والفساد وما إلى ذلك.

(والثالثة) القوة الملزمة للمواطأة نفسُ القوة الملزمة للشروط المتقدمة على العقود والالتزامات، التي تعتبر - على الراجح من أقاويل الفقهاء - كالشروط المقارنة لها، في الصحة ووجوب الوفاء، وفي الفساد والإلغاء. وعلى ذلك:

فإذا اتفق الطرفان على شيء، ثم عقدا العقد بعد ذلك، فهو مصروفٌ إلى ما اتفقا عليه مُسَبِّقاً، إذ لا فرق بين الشروط المنصوص عليها في صلب العقد والشروط المتواطأ عليها قبله، ولو لم يُصرّح بها حال التعاقد، ما دام العقد قد اعتمد عليها، إذ الشرط الملحوظ كالمفوض، والشرط العرفي كالشرط اللفظي، والقصودُ في العقود معتبرة شرعاً.

4 - للتواطؤ على إجراء العقود والصفقات ضروراً وصنوفٌ متعددة، يختلفُ حكمُها بحسب الأمر المتواطأ عليه، وهي ترجع في الجملة إلى سبعة أنواع:

(أ) المواطأة على الحيل الربوية، وهي محظورةٌ مذمومةٌ فاسدة، ومن أمثلتها: التواطؤ على بيع العينة، وعلى بيع الرجاء وعلى الحيلة إلى ربا الفضل.

وقد نبّه جمعٌ من الفقهاء إلى أنَّ مناطَ تحققِ تلك الحيل وشُرطَ تحريمها وفسادها هو تواطؤ الطرفين عليها - وعلى ذلك، فإذا وَقَعَتْ تلك البيوع بدون مواطأة متقدمة، فلا حرج فيها شرعاً.

(ب) المواطأة على الذرائع الربوية: وهي محظورةٌ فاسدةٌ شرعاً إذا كانت تلك الذريعة مما تقوى التهمة - ويكثر قَصْدُ الناس - في التوسل والتطرق بها إلى الربا، ولم يكن هناك حاجةٌ أو مصلحةٌ راجعةٌ إليها.

ومن أمثلتها: المواطأة على الهدية أو الزيادة في القَدْر أو الصفة للمُقْرِض في عقد القرض، والمواطأة على الجمع بين المعاوضة والقرض.

وقد نبّه جمعٌ من الفقهاء إلى أنَّ مناطَ حَظَرِ وفسادِ الذرائع الربوية تواطؤ الطرفين عليها. فإنْ وَقَعَتْ بدون مواطأة مسبقة فلا حرج فيها شرعاً.

(ج) المواطأة على المخارج الشرعية (الحيل المحمودة): وهي صحيحةٌ جائزةٌ شرعاً، لأن وسائلها لا تخالف نصاً شرعياً، وأغراضها لا تناقض مقاصد الشريعة، كما أنها لا تؤول ولا تفضي إلى مفسدة خالصة أو راجعة.

ومن أمثلتها: التواطؤ على التورق، وكذا التواطؤ على إجراء الاتفاقيات المستحدثة التي تجمع عقوداً والتزامات مترابطة، متلاحقة. سائغةٌ شرعاً عند الإنفراد وعند الاجتماع، تهدفُ إلى تحقيق غَرَضٍ محدّدٍ مشروع.

(د) المواطأة على بيع التلجئة: كما إذا تواطأ شخصان على إظهار عقد بيع، لم يريداه باطناً، بل خوفاً من ظالم ونحوه، دفعاً له، أو لغير ذلك. وأن يتفقا على أنهما إذا أظهراه لا يكون بيعاً بينهما.

وهو مع المواطأة المتقدمة عليه عقدٌ باطلٌ، لا يترتب عليه شيء من أحكام البيع وموجباته.

(هـ) المواطأة على الاحتكار: وذلك كما لو تواطأ أهلُ حرفة يحتاج إليهم الناس، على إغلاء الأجرة عليهم بغير حق، فيعتبر ذلك جوراً وظلماً، يستوجب تدخل الدولة بالتسعير الجبري عليهم، وإلزامهم ببذل خدماتهم بأجرة المثل.

ومثل ذلك مآلوا تواطأت طائفةٌ معينة من التجار - كالذين يتبايعون بنوع من السلع التي يحتاج إليها بغبن فاحش، فيجب على الدولة التسعير عليهم، وإجبارهم على الشراء والبيع بالثمن العادل.

(و) المواطأة على النَّجَش: والمراد بالنجش أن يزيد شخص في ثمن السلعة، لا لرغبة في شرائها، بل ليخدع غيره ويفرّه، فيزيد ويشترىها. وهو فعلة محظورة شرعاً.

والنَّجَش قد يقع من الناجش بدون علم البائع، فيكون الإثم مختصاً به، وقد يكون بفعل البائع نفسه - حيث لا يعلم السائم أنه مالك السلعة - وعند ذلك يختص الإثم به، وقد يحصل بفعل الناجش بمواطأة البائع، وفي هذه الحالة يشتركان في الإثم.

(ز) المواطأة على المنظومات العقدية المستحدثة: وهي الاتفاقيات التي ينضوي تحت كل نسق محدد، متتابع الأجزاء، متلاحق المراحل، وفقاً لشروط تحكمها كعامل واحد، لا تقبل التفكيك والتجزئة، تهدف إلى تحقيق وظيفة محددة، وبلوغ غرض معين، اتجهت إرادة العاقلين وقصدهما إلى تحقيقه.

ومن أمثلتها: الصورُ المشروعةُ من المراجعة للأمر بالشراء، والإجارة المنتهية بالتملك، والمشاركة المتناقصة، والاعتمادات المستندية.

وهذا النوع من المواطآت يعتبر جائزاً صحيحاً، ملزماً للطرفين إذا توافرت الضوابط الشرعية لصحة المنظومة التي جرى التواطؤ المسبق على إنشائها وتنفيذها، حيث إنه اتفاق متقدم على المعاملة في حكم الشرط المقارن لها في الصحة ووجوب الوفاء، أو في الفساد والإلغاء.

5 - أمّا الضوابط الشرعية لصحة المواطأة على المنظومات العقدية المستحدثة فهي خمسة:

(أ) أن لا يقع التواطؤ على إنشاء معاملة محظورة بنص شرعي: فإن وقع على شيء من ذلك، كانت المواطأة ومحلها (الاتفاقية) فاسدين مردودين شرعاً.

ومن أمثلة ذلك: المواطأة على الجمع بين بيع وقرض، أو على العينة، أو على نكاح التحليل.

(ب) أن لا تقع المواطأة على حيلة ربوية: كالتواطؤ على العينة أو على بيع الرجاء، أو على الحيلة إلى ربا الفضل.

(ج) أن لا تقع المواطأة على ذريعة ربوية: كالتواطؤ على دفع المقرض للمقرض هدية أو زيادة على مقدار القرض، والتواطؤ على الجمع بين المعاوضة والقرض. وذلك إذا توافر شرطاً العمل بقاعدة «سدّ الذرائع» وهما:

● أن لا يكون هناك حاجة أو مصلحة راجحة إلى تلك المعاملة.

(د) أن لا يقع التواطؤ على الجمع بين عقدين - فأكثر - بينهما تناقض أو تضاد في الموجبات والأحكام.

ومن أمثلة ذلك: الجمع بين المضاربة وإقراض المضارب رأس المال، أو بين الصرف والجعالة ببدل واحد، أو بين البيع والإجارة في اتفاقية واحدة وفق ما يسمى في التقنيات المعاصرة بالبيع الإيجاري (Hire Purchase).

(هـ) أن يكون كل جزء من أجزاء الاتفاقية (العقود والوعود والشروط) صحيحاً مشروعاً بمفرده.

غير أنه يُستثنى من عموم هذا الضابط الرُّخصُ والتخفيفات الشرعية المبنية على قاعدة التبعية والضمنية، والتي يفتقر بموجبها (في العقود التابعة والضمنية) الخلُّ والقصورُ الناشئ عن وجود بعض موانع الصحة أو فوات بعض شروطها، وذلك في الأمور الخمسة الآتية:

- (أ) الغرر المؤثر في صحة عقود المعاوضات المالية.
 - (ب) الجهالة المؤثرة في صحة عقود المبادلات المالية.
 - (ج) ربا البيوع، وعدم توافر شروط صحة الصرف في بيع النقود ببعضها.
 - (د) بيع الكالئ بالكالئ.
 - (هـ) فوات شيء من الأركان أو شروط الصحة.
- إذ الأصل أن يُفتقر في التابع والضماني عند الاجتماع مالا يفتقر عند الانفراد.
- وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

مراجع البحث

- أثر تغير الواقع في الحكم تغييراً واستحداثاً للدكتور جمال الدين عطية، مجلة المسلم المعاصر، العدد (59) سنة 1411هـ.
- الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي لخالد بن عبدالله الحافي، ط. الرياض سنة 1420هـ.
- إحياء علوم الدين للغزالي، ط. مؤسسة الحلبي بمصر سنة 1387هـ.
- اختلاف العراقيين للإمام الشافعي (مطبوع مع الأم) بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة 1324هـ.
- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للألباني، ط. المكتب الإسلامي بدمشق سنة 1399هـ.
- أساس البلاغة للزمخشري، ط. دار المعرفة ببيروت سنة 1982م/.
- الاستذكار لابن عبدالبر، ط. دار إحياء التراث العربي ببيروت سنة 1421هـ.
- أسنى المطالب على روض الطالب للشيخ زكريا الأنصاري، مط. الميمنية بمصر سنة 1313هـ.
- الأشباه والنظائر للسيوطي، مط. مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة 1378هـ.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية، مط. السعادة بمصر سنة 1374هـ.
- إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان لابن قيم الجوزية، مط. السنة المحمدية بمصر سنة 1358هـ.
- الألفاظ الكتابية للهمداني، ط. الدار العربية للكتاب بتونس سنة 1980م.
- أمناء الشريعة مع مجموعة الرسائل للشوكاني، ط. دار النهضة العربية بمصر سنة 1976م.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، ط. وزارة الشؤون الإسلامية بالرياض سنة 1419هـ.
- البحر الرائق على كنز الدقائق لابن نجيم، ط. دار الكتب العربية الكبرى بمصر سنة 1327هـ.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، مط. الجمالية بمصر سنة 1327هـ.
- بدائع الفوائد لابن قيم الجوزية، مط. المنيرية بمصر (د.ت).
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (الحفيد)، مط. مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة 1379هـ.
- البتوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم، التقليد والاجتهاد، النظرية والتطبيق للدكتور جمال الدين عطية، ط. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ببيروت سنة 1413هـ.
- البيان شرح المذهب للعمراني، ط. دار المنهاج ببيروت سنة 1421هـ.
- بيان الدليل على بطلان التحليل لابن تيمية، ط. مكتبة لجنة بدمنهو/مصر سنة 1416هـ.

- بيع التفسير للدكتور رفيع المصري، ط. دار القلم بدمشق والدار الشامية ببيروت سنة 1410هـ.
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون، مط. العامرة الشرفية بمصر سنة 1301هـ.
- تبين الحقائق على كنز الدقائق للزليعي مط. الأميرية ببولاق/مصر سنة 1313هـ.
- تحفة المحتاج شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي، مط. الميمنية بمصر سنة 1315هـ.
- التعريفات الفقهية للمجددي، ط. كراتشي سنة 1407هـ.
- تفسير آيات أشكلت لابن تيمية، ط. مكتبة الرشد بالرياض سنة 1417هـ.
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني، ط. شركة الطباعة الفنية بمصر سنة 1384هـ.
- تهذيب الأسماء واللغات للنووي، مط. المنيرية بمصر (د.ت).
- تهذيب مختصر سنن أبي داود لابن قيم الجوزية، مط. السنة المحمدية بمصر سنة 1369هـ.
- التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي، ط. دار الفكر بدمشق سنة 1410هـ.
- جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي، ط. مؤسسة الرسالة ببيروت سنة 1412هـ.
- حاشية الطحاوي على الدر المختار للحصكفي، مط. الأميرية ببولاق/مصر سنة 1254هـ.
- حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المنهاج للمحلي، مط. دار إحياء الكتب العربية بمصر سنة 1394هـ.
- الحاوي الكبير للماوردي، ط. دار الفكر ببيروت سنة 1403م.
- الحسبة في الإسلام لابن تيمية، ط. دار الأرقم بالكويت سنة 1414هـ.
- الذخيرة للقرافي، ط. دار الغرب الإسلامي ببيروت سنة 1994م.
- رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، مط. الأميرية ببولاق سنة 1272هـ.
- روضة الطالبين للنووي، ط. المكتب الإسلامي بدمشق سنة 1388هـ.
- الروضة الندية على الدرر البهية لصديق حسن خان، مط. المنيرية بمصر (د.ت).
- زاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزية، ط. مؤسسة الرسالة ببيروت سنة 1399هـ.
- الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي للأزهري، ط. وزارة الأوقاف بالكويت سنة 1399هـ.
- سبل السلام على بلوغ المرام للصنعاني، مط. الاستقامة بمصر سنة 1357هـ.
- السنن الكبرى للبيهقي، ط. حيدر آباد الدكن بالهند سنة 1344هـ.
- سنن ابن ماجة القزويني، مط. دار إحياء الكتب العربية بمصر سنة 1373هـ.

- سنن النسائي (المجتبى)، مط. المصرية بالقاهرة سنة 1348هـ.
- شرح تنقيح الفصول للقرافي، ط. القاهرة سنة 1973م بعناية طه عبدالرؤوف سعد.
- شرح الزرقاني على الموطأ، ط. دار المعرفة ببيروت سنة 1398هـ.
- شرح صحيح مسلم للنووي، مط. المصرية بالقاهرة سنة 1349هـ.
- الشرح الكبير على المقنع لعبدالرحمن ابن قدامة، ط. وزارة الشؤون الإسلامية بالرياض سنة 1419هـ.
- شرح منتهى الإرادات البهوتي، ط - مصر (د. ت)
- طرح التشريب في شرح التقريب للحافظ العراقي، مط. جمعية النشر والتأليف الأزهرية بمصر سنة 1354هـ.
- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم، ط. دار البيان بدمشق سنة 1410هـ.
- طلبه الطلبة للنسفي، ط. دار النفائس ببيروت سنة 1995م.
- عارضة الأحوذى شرح سنن الترمذي لابن العربي، مط. الصاوي بمصر سنة 1353هـ.
- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس، ط. دار الغرب الإسلامي ببيروت سنة 1353هـ.
- العقود والشروط والخيارات لأحمد ابراهيم، مجلة القانون والاقتصاد بمصر، السنة الرابعة 1134م العدد (6).
- فتاوى الرملي (بهامش الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي)، مط. الميمنية بمصر سنة 1308هـ.
- فتاوى صديق حسن خان، ط. دار الراعي بالرياض ومركز ابن باز بالهند سنة 1422هـ.
- الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ط. دار الريان بالقاهرة سنة 1408هـ.
- الفتاوى الهندية (العالم كيرية)، مط. الأميرية ببولاق/مصر سنة 1310هـ.
- فتح الباري على صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني، مط. السلفية بمصر (د. ت).
- فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي (بهامش المجموع للنووي)، مط. التضامن الأخوي بمصر سنة 1347هـ.
- فتح القدير على الهداية، للكمال ابن الهمام، مط. الميمنية بمصر سنة 1319هـ.
- الفروع لابن مفلح المقدسي، ط. مؤسسة الرسالة ببيروت ودار المؤيد بالرياض سنة 1424هـ.
- القاموس المحيط للفيروز أبادي، ط. مؤسسة الرسالة ببيروت سنة 1406هـ.
- القبس على الموطأ لابن العربي، ط. دار الغرب الإسلامي ببيروت سنة 1992م.
- قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد للدكتور نزيه حماد، ط. دار القلم بدمشق سنة 1421هـ.
- القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية، مط. السنة المحمدية بمصر سنة 1370هـ.

- القوانين الفقهية لابن جزي الغرناطي، ط. الدار العربية للكتاب بتونس سنة 1982م.
- الكافي لابن قدامة المقدسي، ط. دار الفكر ببيروت سنة 1419هـ.
- كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي، مط. الحكومة بمكة المكرمة سنة 1394هـ.
- اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان لمحمد فؤاد عبد الباقي، ط. وزارة الأوقاف بالكويت سنة 1413هـ.
- المبدع شرح المقنع لبرهان الدين ابن مفلح، ط. المكتب الإسلامي بدمشق سنة 1400هـ.
- المبسوط للسرخسي، مط. السعادة بمصر سنة 1324هـ.
- مجلة الأحكام العدلية، تنسيق نجيب هواويني، ط. بيروت سنة 1388هـ.
- المجموع شرح المذهب للنووي، مط. التضامن الأخوي بمصر سنة 1347هـ.
- مجموع فتاوى ابن تيمية، جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، ط. الرياض سنة 1398هـ.
- المحلى لابن حزم الأندلسي، مط. المنيرية بالقاهرة سنة 1350هـ.
- مختصر سنن أبي داود للمنذري، مط. السنة المحمدية بمصر سنة 1369هـ.
- المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا، مط. الجامعة السورية بدمشق سنة 1952م.
- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح للملا علي القاري، مط. الميمنية بمصر سنة 1309هـ.
- المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابوري، ط. حيدر آباد الركن بالهند سنة 1341هـ.
- المستقصى للغزالي، مط. الأميرية ببولاق/مصر سنة 1325هـ.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل، مط. الميمنية بمصر سنة 1313هـ.
- مشارق الأنوار على صحاح الآثار للقاضي عياض، ط. المغرب سنة 1333هـ.
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي، مط. الأميرية ببولاق/مصر سنة 1324هـ.
- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحبياني، ط. المكتب الإسلامي بدمشق سنة 1381هـ.
- المطلع على أبواب المقنع للبعلي، ط. المكتب الإسلامي بدمشق سنة 1385هـ.
- معجم مقاييس اللغة لابن فارس، ط. دار إحياء الكتب العربية بمصر سنة 1368هـ.
- المعلم بفوائد مسلم للمازري، ط. دار الغرب الإسلامي ببيروت سنة 1992م.
- معونة أولي النهى في شرح المنتهى لابن النجار الفتوح، ط. دارخضر ببيروت سنة 1416هـ.
- المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبدالوهاب البغدادي، ط. المكتبة التجارية بمكة المكرمة (د.ت).
- المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي، ط. حلب سنة 1402هـ.

- المغني على مختصر الخرقي لابن قدامة المقدسي، ط. هجر بمصر سنة 1410هـ.
- مغني المحتاج بشرح المنهاج للخطيب الشرييني، مط. مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة 1377هـ.
- مفردات ألفاظ القرآن للراغب الأصبهاني، ط. دار القلم بدمشق سنة 1412هـ.
- المفهم لما أشكل من مختصر صحيح مسلم للقرطبي، ط. دار ابن كثير بدمشق سنة 1417هـ.
- المنشور في القواعد للزركشي، ط. وزارة الأوقاف بالكويت سنة 1402هـ.
- المذهب للشيرازي، ط. مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة 1379هـ.
- الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، ط. المكتبة التجارية الكبرى بمصر (د.ت).
- الموطأ للإمام مالك بن أنس، ط. دار إحياء الكتب العربية بمصر سنة 1951م.
- نظرية الشروط المقترنة بالعقد لزكي الدين شعبان، ط. دار النهضة العربية بمصر سنة 1968م.
- نظرية العقد لابن تيمية، مط. السنة المحمدية بمصر سنة 1368هـ.
- النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير، مط. مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة 1357هـ.
- نيل الأوطار للشوكاني، ط. دار الكتب العلمية ببيروت سنة 1403هـ.
- الوسيط للغزالي، ط. دار السلام بمصر سنة 1417هـ.