الاشتراك المعنوي للعقود بين النظرية والتطبيق

مهدي نريمانبور، دكتوراه القانون الخاص،
جامعة الشهيد المطهري، إيران
سجا العبودي، طالب دكتوراه، جامعة تربيت مدرس، إيران
ا.م.د.صفاء متعب الخزاعي
جامعة القادسية- كلية القانون

The moral involvement of contracts between theory and practice

Mehdi Narimanpour, Ph.D. in Private Law, Shahid Al Motahari University, Iran

Saja Al-Aboudi, Ph.D. student, Tarbet Modares University, Iran

Dr. Safaa Miteb Al-Khuzaie.

College of Law- Al-Qadisiyah University

المستخلص: إحدى المشاكل الموجودة طوال تاريخ فقه المعاملات هي تحديد ماهية العقود، كثيرا ما نرى الخلاف حول تحديد ماهية العقود في العقود المنجزة بين طرفي العقد. وإحدى أشهر المعايير في هذا المجال هو الفصل بين اللفظ والظاهر، بعبارة أخرى الفصل بين الإرادة الظاهرية والإرادة الباطنية. معظم الفقهاء في الكثير من حالات الخلاف استفادوا من هذا المعيار، ولكن هناك مناقشات مختلفة حول هذه النظرية. ونظرا إلى هذه المناقشات النظرية التي يمكن تقديمها هي نظرية الاشتراك المعنوي للعقود. وفقا لهذا المعيار كل عقد له أثر عقد آخر، المعيار هو العقد الآخر. هذا المعيار في الكثير من الحالات لايهتم بإرادة المتعاقدين، لكن أفضل وأحسن للأسباب التالية: الأولى: ليست لها مشاكل المعيار المشهور والثانية تحدد الحدود بين العقود بشكل واضح ويحد دون إنشاء عقود متعددة مع آثار مشتركة في معظم الحالات يؤدي إلى استغلال العقود. وفي هذه الدراسة باستخدام المنهج التحليلي–الوصفي واستنادا إلى المصادر المكتبية درسنا النظرية المذكورة. **كلمات مفتاحية:** الاشتراك المعنوي، اللفظ، الظاهر، أثر العقد.

Abstract

One of the problems that exist throughout the history of the jurisprudence of transactions is defining the nature of contracts. We often see disagreement about determining the nature of contracts in the contracts completed between the two parties to the contract. One of the most famous criteria in this field is the separation between the verbal and the apparent, in other words, the separation between the outward will and the inner will. Most of the jurists in many cases of disagreement have benefited from this criterion, but there are different discussions about this theory. Given these theoretical discussions that can be presented is the theory of moral participation of contracts. According to this Standard, each contract has the effect of another contract, the Standard being the other contract. This criterion in many cases does not care about the will of the contracting parties, but it is better and better for the following reasons: The first: it has no problems with the well-known standard, and the second clearly defines the boundaries between contracts and limits the creation of multiple contracts with common effects in most cases that leads to the exploitation of contracts.

Keywords: moral participation, pronunciation, appearance, contract effect

المقدمة

تحديد ماهيت العقود لاتزال من القضايا الصعبة في الفقه والقانون. وهذا التحديد على النوعين: في بعض الأحيان يظهر في المصاديق حيث أن العقد أنجز في العالم الحقيقي ولكن طرفي العقد يواجهون الخلاف في ماهية العقد، وبعبارة أدق هناك شبهة مصداقية وعلى سبيل المثال يقوم شخص بنقل ملكية بيته إلى زوجته بمستند رسمي ولكن بعد يظهر الخلاف بين الزوج والزوجة ويدعي الزوج أنه نقل ملكية البيت إلى زوجته في إطار الهبة ولكن الزوجة تقول استنادا

إلى عقد البيع أنه باع البيت لها. وفي الحقيقة هناك تناقض بين الإرداة الظاهرية والإرادة الباطنية وهناك نظريات مختلفة في مجال التناقض بين الإرادة الظاهرية والإرادة الباطنية.

وفي بعض الأحيان ليس تحديد ماهية العقد في المصاديق والعالم الخارجي، بل في المفهوم والماهية. على سبيل المثال، هناك اختلافات كبيرة بين الفقهاء في طبيعة الحوالة. وقد قال بعض الفقهاء أن الحوالة نوع من البيع ، والبعض الآخر اعترض على ذلك ، ورأى أن الحوالة ليست بيعا، بل أنّها استيفاء حقّ. أيضاً هناك خلاف بين الفقهاء وعلماء القانون أن الهبة هبة شريطة وجود العوض أو البيع أو لديهم خلاف في مجال هل الصلح في مقام البيع صلح أو بيع؟ وهناك خلافات كثيرة بين الفقهاء في هذا المجال. وفي هذه الدراسة سوف ندرس النوع الثاني ليبين أولا : هذا الخلاف نجده في أي عقود؟ وثانيا كيف يمكن فصل العقود؟

أهمية البحث: لكل عقد آثاره الخاصة وفي حالة إبرام العقد يظهر على العقد ولهذا في حالة الفرق بين ماهية العقد، نظرا لنوع العقد يظهر الأثر الخاص ولهذا من المهم جد القيام بتحديد نوع العقد حسب الضوابط أو ضابطة واحدة.

خطة البحث: وفي هذه المقالة بداية نقوم بتجديد ماهية نظرية الاشتراك المعنوي وتطبيقاتها، ثم المقارنة بين هذه النظرية ونظرية تحول العقد وقاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني والإرادة الظاهرية والباطنية والقياس، وأخيرا تبيين المبادئ النظرية.

لم نعثر على بحث في هذا المجال بعد البحث عنه في المقالات والكتب وبما أن هذه القضية كانت موجودة بين علماء القانون في القرون الماضية، من الضروري القيام بالبحث في هذا المجال.

المطلب الأوّل: تبيين نظرية الاشتراك المعنوي للعقود: المراد من نظرية الاشتراك المعنوي في العقود هو أنه في الحالات الكثيرة للأعمال والأحداث القانونية نتيجة مشتركة حيث بعض العقود تؤدي إلى نتيجة عقد آخر. على سبيل المثال في الهبة المشروطة بعوض، يتم تبادل الشيئين ومن هذه الجهة تشبه البيع، لأن في البيع أيضا يتم تبادل الشيئين أو في بيع المحاباة يتم نقل عين إلى شخص آخر بعوض قليل كأنه لم يحدث بيعا وفقط الهبة، لأنه في الهبة أيضا يتم نقل العوض المجاني إلى شخص آخر. وبعض الفقهاء في هذه الأمثلة يذهبون إلى أن معيار الماهية في هذه الأمثلة هو الفائدة والنتيجة وبعبارة أخرى إن أدى عقد إلى نتيجة عقد آخر، العقد الآخر هو المعيار ولو لم يقصد المتعاقدان ولهذا في الأمثلة المذكورة، الماهية هي الهبة المشروطة بعوض البيع وليس الهبة وبيع المحاباة ليس بيعا بل هبة.

وفقا لهذه النظرية الأثر المشترك مع عقد آخر يدل على أن ذلك العقد ليس له ماهية مستقلة، بل يسمّى عقدا آخر ولهذا الهبة المشروطة بعوض ليست هبة بل هي بيع، مع قصد الهبة عند الطرفين أو عدم قصدهما أو مع قصد البيع أو عدم قصدهما، كما أن الصلح في مقام البيع لم يعد صلحا بل بيع مع قصد الصلح عند الطرفين أو عدم قصدهما وبعبارة أخرى ولو كان قصد المتعاقدين في الأمثلة قصد جاد للهبة والصلح ولكن هذا القصد لا أثر له ومعيار الأثر هو العقد. وفي الحقيقة وفقا لهذه النظرية، قصد المتعاقدين ليس معيارا كما أن الألفاظ المستخدمة عند إبرام العقد ليس لها موضوعية ولهذا في الأمثلة المذكورة، لايوجد عقد باسم الهبة المشروطة بعوض أو الصلح في مقام البيع وبيع المحاباة، بل جميع هذه العقود بيع وهبة في الواقع.

هذا العمل القانوني يسمى الاشتراك في المعنى[١] أو التعابير المشابهة لها على سبيل المثال جاءت في باب المضاربة: «المضاربة وكالة فى المعنى» أو في ذيل الفرع الفقهي وفيه الشخص بريء الذمة ويحيل إليه قال بعض الفقهاء أن هذه الحوالة وكالة وذكروا في التعليل: «لاشتراكهما في المعنى».

المطلب الثاني/ تطبيقات النظرية

١- اختلف الفقهاء في أنّ الإقالة بيع أم فسخ. قال بعضهم أنّه بيع[٢].

٢- اختلف الفقهاء في عقد الحوالة إلى ثلاثة أقوال: منهم من يرى أنها من قبيل البيع، ومنهم من يرى أنها عقد إرفاق ومعونة، ومنهم من يرى أنها استيفاء[٣].

٣- قد اختلف في ماهية الوفاء بالدين بغير النقد، أ هو بيع أم وفاء؟[٤]

٤- قال بعض الفقهاء بأن المضاربة بمعنى الوكالة وتعبير الفقهاء هكذا: «المضاربة وكالة في المعنى»[٥].

٥- عقد البضاعة أو الإبضاع: عقد يعطي المالك رأس المال لشخص آخر دون المشاركة في الفائدة والربح وقال بعض الفقهاء أن الإبضاع هو التوكيل التبرعي في التجارة[٦] .

٦- الأشخاص الذين يشترطون الصلح المسبوق بالتنازع في العقد، يعتقدون أنه في حالة قيام المتعاقدين بإبرام عقد الصلح بدون التنازع بين المتعاقدين، ذلك العقد يتحول إلى البيع أو الهبة

[١]- العلامة الحلي، مختلف الشيعة، ج٧، ص٢٧٩

[٢]- السرخسي، المبسوط، ج١٤، ص٦٦

[٣]- ديبان: المعاملات المالية اصالة ومعاصرة، ص٤٨٧

[٤]- نجفي، جواهر الكلام، ج٢٤، ص٥٣.

[٥]- كاشف الغطاء، كشف الغطاء عن مبهمات شريعه الغراء، ج٨، ص٤٩؛ زركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج٥، ص٦٦.

[٦]- الشهيد الثاني، مسالك الأفهام، ج٥، ص٣٦٥؛ بابرتي، العناية شرح الهداية، ج٨، ص٤٧٤

أو إلخ... في الحالات المعينة. وعلى سبيل المثال في حالة قيام المتعاقدين بصلح المبيع مقابل العوض، ذلك العقد يكون بيعا[١].

٧- في حالة محيل مشغول الذمة ليس محتالا أو المحال عليه ليس مشغول الذمة، بعض الفقهاء قالوا في هذه الحالات أن الحوالة تتحول إلى وكالة في القرض[٢].

٨- قال بعض الفقهاء إن البيع بلاثمن هبة لأنه لايتضمن العوض، لذلك يعتبر هبة لأنه الهبة بدون عوض. جاء في كتاب أنوار الفقاهة: «وإن كان بلا ثمن لم يكن بيعا، بل كان من قبيل الهبة»[٣].

٩- يعتقد بعض الفقهاء بأن بيع الوفاء رهن وليس بيع حقيقي. وان بيع الوفاء يسمى بيع الأمانة أو بيع العهدة أيضا ومعناه أن البائع يبيع مبيعا للمشتري شريطة ان يكون إعادة المبيع عند عودة الثمن[٤].

١٠- الهبة المشروطة بالعوض: بعض الفقهاء منهم فقهاء الحنفية يعتقدون أن الهبة المشروطة بالعوض، عقدها عقد البيع وليس الهبة[٥].

١١- قال بعض الفقهاء عندما يستعير أحد النقود لشخص آخر هذا عقد قرض وليس عارية لأن النقود تستهلك[٦].

١٢- الإعارة المشروطة بالعوض: في حالة يقدم شخص سلعة لشخص آخر ولكن يطلب عوضا بالمقابل، بعض الفقهاء يقولون هذا إجارة[٧].

١٣- قال بعض الفقهاء أن الإجارة من مصاديق البيع[٨].

١٤- بعض الفقهاء يعتقدون أنّ الجعالة إجارة. قال ابن رشد: هو الإجارة على منفعة مظنون حصولها[٩].

---

[١]- كاشف الغطاء، تحرير المجلةريال ج٤، ص١٠٨؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٥، ص٢٦٠

[٢]- البحراني، الحدائق الناضرة، ج٢١، ص٥٣

[٣]- مكارم الشيرازي، انوار الفقاهة، كتاب البيع، ص١٤٩

[٤]- الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ج١، ص١٤٧

[٥]- النووي، المجموع شرح المهذب، ج٥، ص٣٩٨؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، ص١١٨

[٦]- السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص٢٣٨

[٧]- السرخسي، المرجع السابق، ج١٣، ص٣٣٨

[٨]- الكاساني، المرجع السابق، ج٤، ص١٩٥

[٩]- ابن رشد، بداية المجتهدين ونهايه المقتصد، ج٤، ص٢٠؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج٥، ص٣٨٦٤

١٥- إن أجر شخص شخصا آخر بدون تحديد الموعد، فإن بعض الفقهاء قالوا بأن هذا عقد جعالة وليس عقد إجارة، لأن تحديد الموعد في الإجارة ضروري على عكس الجعالة فإنه لا يتم تحديد الموعد وتحديد الموعد يفسد الجعالة[١].

١٦- قال بعض الفقهاء في عقد الاستصناع إنه في حالة تحديد الموعد لمن يصنع السلعة، هذا بيع سلم لأن في بيع سلم خلافا لبيع القرض، السلعة موقوتة ولكن الثمن يدفع نقدا[٢].

١٧- في حالة ان يستأجر شخص أرضا لشخصاً آخر وفي المقابل يستلم سهما مشاعا، قيل هذا عقد المزارعة وليس الإجارة

١٨- جاءت في مادة ٢٢٠ من قانون التجاري الإيراني: كل شركة إيرانية موجودة فعلا أو يتم تأسيسها في المستقبل لم يشتغل بالأمور التجارية في إطار إحدى الشركات المذكورة في هذا القانون ولاتعمل وفق القوانين المتعلقة بالشركة، تعتبر من شركات التضامن ويتم تنفيذ أحكام شركات التضامن بحقها.

١٩- مادتا ٦٤٨ و ٦٤٩ من المجلة تقرران إن يقبل شخص الكفالة في دين شريطة البراءة، هذا ليس عقد كفالة بل يتحول إلى عقد حوالة وبالعكس إن كان عقد حوالة وشريطة عدم براءة المديون يتحول إلى عقد كفالة.

١٨-جاءت في مادة ٧٢٧ من القانون المدني الإيراني: لصحة الحوالة لاتشترط أن يكون محال عليه مديونا للمحيل وفي هذه الحالة بعد القبول في حكم الضمان.

معظم الفقهاء تمسكوا بقاعدة العبرة للمقاصد والمعاني لحل مشكلة ماهية هذه العقود، وتفسيره هو أن الفقهاء ظنوا أنه في هذه القضية، المصاديق بين اللفظ والمعنى المقصود من قبل المتعاقدين، لأن المتعاقدين يقصدان عقدا (على سبيل المثال الهبة) والظاهر لايوجد هذا القصد ويقصدون عقدا آخر (على سبيل المثال البيع). معظم الفقهاء ذكروا هذه القاعدة في هذه المصاديق وقالوا المهم هو المعنى ومقصود المتعاقدين ولاعبرة للألفاظ وفي الحقيقة يعتقد الفقهاء أن وجود القرائن العرفية يظهر أن المتعاقدين قصدوا المعنى ولا اللفظ وعلى سبيل المصال الهبة المشروطة بعوض، يعتقدون أن شرط العوض هو عرف القرينة على قصد البيع

يبدو أن إعمال هذه النظرية في المصاديق المذكورة له مناقشات من النواحي المختلفة لأنه من جهة يطرح السؤال التالي: هل يمكن إعمال هذه القاعدة في حالة قصد المتعاقدان اللفظ والظاهر

[١] - القرافي، الفروق، ج٣، ص٣٤١

[٢] - الكاساني، المرجع السابق، ج٨، ص٣٤١؛ ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، ج٨، ص٣٤١

مع أن العرف والقرائن يحكمان خلافا لظاهر الحكم؟ يبدو أن لايمكن إعماله لأن المعنى والمقصود عند المتعاقدين، نفس الظاهر في الحقيقة ولهذا لايمكن إعمال القاعدة، ومن جهة أخرى لايمكن تطبيق هذه النظرية في جميع الحالات، على سبيل المثال لاجدوى له في تحديد هل الإقالة بيع أو لا؟ لأنه ليس هناك قرينة تدل على أن المتعاقدين يقصدان البيع، مع عدم وجود هذه القرينة، قالوا إن الإقالة بيع. كما أنه لاتوجد هذه القرينة في الحوالة تدل على أن المعنى المقصود لدى المتعاقدين هو البيع، مع عدم وجود هذه القرينة بعض الفقهاء يعتقدون أن الحوالة بيع. وفي الحقيقة نفس الخلاف في هذه العقود تظهر أنه لاتوجد مثل هذه القرائن ومن جهة أخرى تبيين المصاديق المذكورة في بعض الكتب الفقهية تظهر أن قاعدة العبرة للمقاصد والمعاني ليست مستندا، لأن في هذا الكتاب لم يشر إلى هذه القاعدة ولو إشارة موجزة بل الظاهر هو أن الفائدة المشتركة هي محددة لماهية العقد فقط.

المطلب الثالث: الفرق بين نظرية الاشتراك المعنوي للعقود والنظريات المشابهة

الفرع الأوّل: الفرق بين نظرية الاشتراك المعنوي وقاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني هذه القاعدة من القواعد المنتشرة في كتب السنة وهذه القاعدة ذكرت بتعابير عدة عند فقهاء أهل السنة[١]. والمراد من هذه القاعدة هو أنه عند إبرام أي عقد لايهتم بالألفاظ المستخدمة بواسطة المتعاقدين بل المهم هو نيتهم الحقيقية عند استخدام الألفاظ لأن الألفاظ تأتي في إطار المعنى[٢]. جذور هذه القاعدة ترجع إلى خلاف عميق بين الفقهاء وهو أن الشرع وضع لفظا لكل عقد يدل على موضوع ذلك العقد وأحكامه، هل يمكن استخدام لفظ عقد لعقد آخر وبالتالي النتيجة تتبع المنطوق او المعنى أو العقد باطل[٣] أو بعبارة أعم هل إبرام العقد بالكنايات والمجازات معتمد أم لا؟ الفرق بين نظرية الاشتراك المعنوي والقاعدة المذكورة هو أنه في القاعدة المذكورة يأتي هذا البحث فقط: في حالة استخدام لفظ عقد بدل استخدام لفظ عقد آخر هل يتبع العقد الظاهري أو العقد المقصود، مع أنه في النظرية المذكورة لا شأن للفظ أو القصد بل الاشتراك في نتيجة العقود ولهذا على سبيل المثال الصلح في مقام البيع بيع وليس صلحا، سواء قصد المتعاقدان أو لم تقصدا وبعبارة آخرى في النظرية المذكورة لانهتم بقصد المتعاقدين بل المهم هو أن الاشتراك في آثار العقد قد يظهر ماهية العقد سواء قصد المتعاقدان

[١]- ابن النجيم، الاشباه والنظائر على مذهب ابى الحنيفه النعمان، ج١، ص٢٠٧؛ الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ج٧، ص٢٠٧؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج١١، ص٤؛ الحصني، كتاب القواعد، ج١، ص٣٦٩؛ السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٣٤٧.

[٢]- آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، ج١، ص١٤٨؛ الزحيلي، الفقه الاسلامى وأدلته، ج١، ص١٦٢

[٣]- آل بورنو، موسوعة القواعد الفقيهة، ج١، ص٢٥١

العقد أم لم تقصدا. ولهذا في الاشتراك المعنوي للعقود لانتدخل في القصد بل فقط نهتم بأثر العقد وهو المعيار، مع أنه في هذه القاعدة القصد هو محور البحث. وعلى سبيل المثال في الهبة المشروطة بعوض وفق نظرية الاشتراك المعنوي بما له أثر عقد البيع، هو بيع ولكن وفق القاعدة المذكورة يتم مناقشة هذا الأمر: هل يمكن للمتعاقدين استخدام لفظ وهبت بعوض بدل بعت أو لا؟ وفي حالة استخدام هذا اللفظ هل البيع صحيح أم لا؟ هناك ثلاث نظريّات في هذا المجال وقال البعض أنه باطل وقال البعض العمل على الظاهر وقال البعض انه البيع.

الفرع الثاني/ الفرق بين نظرية الاشتراك المعنوي ونظرية تحول العقد: الغرض منه: إن كان عقد باطلا أو له قابلا للإبطال وله أركان العقد الآخر، العقد الباطل أو العقد الذي له قابلية الإبطال، يتحول إلى العقد الجديد في حالة وجود نية المتعاقدين للعقد الجديد (مادة ١٤٤ من القانون المدني المصري). في القانون المعاصرهناك شروط لنظرية تحول العقد وهذه الشروط هي:

أ) بطلان العقد الشرط الأساس في نظرية تحول العقد هو أن يكون العقد باطلا وعلى سبيل المثال في تحويل المستند الرسمي إلى المستند العادي، يجب أن يبطل المستند الرسمي بسبب بعض الأسباب ليتحول إلى المستند العادي. هذه الشروط جاءت بصراحة في القوانين المدنية في البلدان العربية منها مادة ١٤٤ من القانون المدني المصري التي جاء فيه: «اذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال ...»[١].

ب) الشرط الثاني لنظرية تحول العقد هو أن يتضمن العقد، الأركان الصحيحة للعقد الجديد وجاء في القسم الثاني من مادة ١٤٤ القانون المدني المصري: «... وتوافرت فيه اركان عقد آخر». والمراد من الأركان، الأركان الأصلية للعقد دون الحاجة إلى إضافة عنصر جديد إلى العقد الباطل وبالتالي في حالة الحاجة إلى إضافة العنصر الجديد، لايمكن تحول العقد، على سبيل المثال في حالة باع شخص مبيعا لشخص آخر بثمن زهيد، يتحول هذا البيع إلىالهبة، لأن البيع بثمن زهيد له أركان الهبة دون الحاجة إلى إضافة عنصر جديد.

ج) الشرط الثالث لتحول العقد هو أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى العقد الجديد، وهناك خلاف بين العلماء في أنه أي إرادتين كافيتين في هذه النظرية[٢]. الفرق في هذه النظرية من ثلاثة نواحي: الناحية الأولى وسعة نظرية الاشتراك المعنوي للعقود منها نظرية تحول العقد، لأن موافقي نظرية تحول العقد وافقوا على هذه النظرية في العقود الباطلة فقط ولايقبلون العقود

[١]- سفيان، نظريه تحول العقد فى القانون المدنى الجزائرى، مجلة دراسات وابحاث، ص٢١٨
[٢]- فيان، المرجع السابق، ص٢١٨

الصحيحة ولكن نظرية الاشتراك المعنوي تشمل العقود الباطلة والصحيحة ولهذا أعم منها. والناحية الثانية هي أن مؤسسة تحول العقد، تتحدث عن تحويل عقد إلى عقد آخر، مع أنه في الفقه الإسلامي لايوجد تحول العقد بل الاشتراك المعنوي للعقود. بعبارة أخرى تحول العقد تريد إنكار الماهية المستقلة للعقود المتحولة، على سبيل المثال في تحويل عقد المضاربة الباطلة إلى القرض لاتريد القول بأن المضاربة ليست لها ماهية مستقلة، بل تعترف بعقد المضاربة كعقد مستقل، لكنه بسبب إبطال المضاربة، تقوم بتحويلها إلى الهبة، على العكس من نظرية الاشتراك المعنوي التي لاتعتبر ماهية منفصلة ومستقلة للعقد المذكور وعلى سبيل المثال في المثال المذكور نفرض أنه من مصاديق الاشتراك المعنوي، ليست للمضاربة ماهية مستقل بل هو القرض وليس لدينا عقد باسم المضاربة. الناحية الثالثة هي أنه وفق نظرية الاشتراك المعنوي، العقود الباطلة ليست باطلة في الأصل بل عقود أخرى وذلك العقد ليس باطلا وفي تحول العقد، تم إبطال العقد الأول ثم تحول إلى عقد جديد، مع أنه في نظرية الاشتراك المعنوي لا يصل دور الإبطال وعلى سبيل المثال بيع بلاثمن باطل ووفقا لنظرية التحول يتم تحويل العقد إلى الهبة مع أنه وفقا لنظرية الاشتراك المعنوي، البيع بلاثمن ليس بيعا ليكون باطلا بل هبة والهبة بهذا الشكل ليست باطلة. الفرقان الأخيران تظهران الفرق بين النظريتين بشكل جيد.

الفرع الثالث: نسبة نظرية الاشتراك المعنوي بالإرادة الظاهرية والباطنية: يمكن تقسم الإرادة إلى قسمين: الإرادة الظاهرية والإرادة الباطنية والمراد من الإرادة الظاهرية المدلول الذي يحصل عن إنشاء العقد والمراد من الإرادة الباطنية الإرادة الداخلية للمتعاقدين في إنشاء العقد.

في المرحلة الأولى يبدو أن نظرية الاشتراك المعنوي في الحقيقة هي نفس التعارض بين الإرادة الظاهرية والباطنية مع أنه ليس هكذا لأنه على سبيل المثال إن قام مثلا المتعاقدان في عقد الصلح بتبادل العوضين لايخرج من حالتين، إما قصد المتعاقدين من ظاهر العقد هو تحقيق عقد الصلح أو قصدهما من الصلح بيع لكن مع لفظ الصلح. وفقا لنظرية الإرادة الظاهرية والباطنية، ماهية ذلك العقد صلح ولكن وفقا لنظرية الاشتراك المعنوي بيع. إن كان قصد المتعاقدين القسم الثاني في هذه الحالة يفيد الاشتراك المعنوي ولكن وفق نظرية الإرادة الظاهرية والباطنية، تظهر الثمرة وحسب نظرية الإرادة الظاهرية العقد المبرم هو الصلح ولكن حسب نظرية الإرادة الباطنية هو البيع .

ونتيجة الكلام هي أن نظرية الإرادة الظاهرية والباطنية تدور حول إرادة المتعاقدين ولكن نظرية الاشتراك المعنوي لاتتدخل في قصد الطرفين بل تدور حول الاشتراك في النتيجة إما مع قصد المتعاقدين أو عدم قصدهما.

الفرع الرابع/ نسبة نظرية الاشتراك المعنوي للعقود والقياس: في بداية الأمر قد يبدوا أن نظرية الاشتراك المعنوي تبني على القياس بين العقدين، مع أنه ليس هكذا وقيل في تعريف القياس: القياس هو جريان حكم الأصل في حكم الفرع بسبب الاشتراك في علة الحكم[1]. وفقا لهذا التعريف يتم القياس بين حادثة مع حادثة أخرى وبسبب الاشتراك في العلة، يسرح حكم الأصل في الفرع، مع أنه في نظرية الاشتراك المعنوي المعيار هو الاشتراك في النتيجة وبعبارة أخرى في نظرية الاشتراك المعنوي لايوجد القياس بل المعيار هو الوحدة في النتيجة ولاأهمية لعلة الحادثة مع أن في القياس، الاشتراك في العلة هو المعيار.

المطلب الرابع/ اعتماد نظرية الاشتراك المعنوي: ليست هناك وجهة نظر مشتركة تجاه هذا الموضوع ولهذه النظرية مناهضون وموافقون كثيرون وبعد متابعة كتب الفقهاء وعلماء الحقوق نجد ثلاثة مناحي في هذا المجال:

الفرع الأوّل: اعتماد نظرية الاشتراك المعنوي: كما ذكرنا لا توجد علاقة بين قاعدة العبرة للمقاصد والمعاني ونظرية الاشتراك المعنوي، ولهذا الأدلة المذكورة لصالح القاعدة المذكورة لايمكن تقديمها لاعتبار نظرية الاشتراك المعنوي للعقود، منها:

١- الاستدلال بالآيات القرآنية: من الآيات التي استندت بها هي آية ٢٢٩ من سورة البقرة: «وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً» وآية ٢٣١ من سورة البقرة: «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا». والدلالة في اتين الآيتين هكذا: في الآيتين الشريفتين ما هو المهم في الرجوع إلى الزوج هو الرجوع بقصد الإسلاح وليس الإضرار ولهذا وفقا لهذه الآيات ما هو المهم القصد والنية[2] (عبد الحميد، ١٤٣٣: ٢٧).

٢- الروايات التي جاءت في كتب الحديث عند الشيعة والسنة بمضمون الأعمال بالنيات. منها حديث عن النبي (ص): «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّات»[3] (نقلا عن: نورى، ١٣٢٠، ١: ٩٠ (بيهقى، ١١، ١: ٦٨). ووفقا لهذه الأحاديث الأصل في الأعمال هو النية والعقود من الأعمال أيضا والمعيار في العقود هو القصد والنية.

[1]- الشوكاني، ارشاد الفحول، ج٢، ص٨٩؛ الميرزاء القمي، قوانين الأصول، ج١، ص٩٥.

[2]- عبد الحميد، محمد بن حمد، سيرين بن عيسى الباز، قاعده "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"، مجلة جامعة ام القرى، ص٢٧.

[3]- البيهقي، السنن الكبرى، ج١، ص٦٨؛ النوري، المستدرک، ج١، ص٩٠

٣- من الأدلة العقلية المذكورة هي عندما تكون نية المتعاقدين من الألفاظ المستخدمة هي إبرام عقد آخر، ليس من المعقول أن يبرم العقد ظاهريا وعلى سبيل المثال عندما يقصد المتعاقدان من الصلح عوض البيع، ليس من المعقول أن نحملها على الصلح ونعتبرها عقد الصلح[١].

هذه الأدلة جعلت القضية لفظية وفي الحقيقة ذكرت هذه القضية التاريخية وهي هل تشترط الصراحة في ألفاظ العقود؟ هل يمكن استخدام لفظ في عقد بدل عقد آخر؟ هل يبرم العقد بالكناية والمجاز؟ مع أنه قضية نظرية الاشتراك المعنوي للعقود تختلف عن البحث المذكور من ناحيتين: الناحية الاولى: الأسئلة المذكورة تتقدم على نظرية الاشتراك المعنوي، لأنه عندما سلمنا أن صراحة ألفاظ العقود ليس من ضمن الشروط، تأتي قضية الاشتراك المعنوي ولكن عند اشتراك الصراحة في لفظ العقود، لا محل من الإعراب لنظرية الاشتراك المعنوي وبعد قبول هذا الشرط، دون شك يبطل هذه النظرية لأنه في معظم الحالات تأتي نظرية الاشتراك المعنوي ضمن هذه الألفاظ، مع أنه وفق رأي الفقهاء الصراحة في لفظ العقود مرفوض.

الناحية الثانية: الأدلة المذكور كما يأتي في القانون المعاصر، طرحت الإرداة الظاهرية والإرداة الباطنية ومفادها عند استخدام لفظ بواسطة المتعاقدين ولكن قصدهما عقد آخر، المعيار هو الإرداة الظاهرية أو الباطنية؟ وفي هذا المجال هناك نظريات مختلفة منها أن يكون اللفظ المستخدم مرافقا مع القرائن والمعيار الإرادة الباطنية وفي غير هذه الحالة المعيار هو الإرادة الظاهرية[٢]، مع أنه في نظرية الاشتراك المعنوي للعقود لا محل للإرادة والقصد الظاهري أو الباطني، بل القضية تدور حول قيام المتعاقدين بإبرام عقد له نتيجة عقد آخر وعلى سبيل المثال في الصلح في مقام البيع مع أن المتعاقدين قاما بإبرام العقد في إطار عقد الصلح ولكن بما أنه يؤدي إلى نتيجة البيع وهي نقل العوضين، ذلك العقد يكون بيعا أو في حكم بيع وله آثار البيع مع أن المتعاقدين قصدا الصلح. في هذا المثال إن قصد المتعاقدان الصلح في الحقيقة، وفق نظريتي الإرادة الباطنية والظاهرية، ذلك العقد يكون صلح مع أن وفق نظرية الاشتراك المعنوي للعقود، ذلك العقد يكون بيعا وإن لم يقصدا عقد الصلح، لاحاجة إلى تنفيذ نظرية الاشتراك المعنوي للعقود، لأن المتعاقدين أنفسهما قصدا البيع وتظهر نتيجة الفرق بين نظرية الإرادة الظاهرية والباطنية وبالتالي وفقا لنظرية الإرادة الظاهرية، العقد المبرم يكون صلحا ووفقا لنظرية الإرادة الباطنية يكون بيعا على سبيل المثال. وبعبارة أخرى نتيجة نظرية الاشتراك المعنوي يختلف عن نظرية الإرادة الظاهرية والإرادة الباطنية مئة بالمئة.

[١] - عبد الحميد، سيرين بن عيسى الباز، المرجع السابق، ص٢٧
[٢] - كلبايكاني، كتاب البيع، ص١٥٢

مع أنه الأدلة التالية لصالح هذه النظرية:

١-عندما تكون نتيجة عقد، عقدا آخر ما هي الحاجة لنعتبر عقدين مستقلين على أثر مشترك؟ خاصة أنه وجود عقدين مشتركين يتعارض مع إمكانية إنشاء الحيل القانونية ؟ بعبارة أخرى يمهد الطريق للمتعاقدين للهروب من بعض اللوازم القانونية والشرعية لعقد إلى عقد آخر له نفس النتيجة؟

٢- يمكن أن يستدلّ أنّ الأصل في الأوامر هو الوجوب وفي النواهي هو الحرمة وعند تعذر حمل الأوامر على الوجوب وحمل النواهي على الحرمة، يتم الحمل على الاستحباب والكراهة على التوالي وفي القضية التي تهمنا يتعذر حمل الألفاظ على المعنى الظاهري ولهذا يجب الحمل على المعاني الأخرى التي تفيد العقد الآخر[١].

٣- يمكن أن يستدلّ أيضا في حالة يمكن حمل لفظ عقد على معنى صحيح، لايجوز إبطال اللفظ[٢] وبعبارة أخرى مادام نستطيع حمل اللفظ على المعنى الصحيح لايجوز حمله على المعنى الباطل. هذان الدليلان الأخيران أخص من المدعى، حيث أن المدعى هو في جميع حالات الاشتراك، يمكن تنفيذ نظرية الاشتراك المعنوي منها في العقد الباطل أو العقد الصحيح مع أن الدليلين يختصان بالعقود الباطلة فقط.

الفرع الثاني/ عدم اعتماد نظرية الاشتراك المعنوي في العقود: بعض الفقهاء وعلماء القانون ناهضوا نظرية الاشتراك المعنوي للعقود ومن فقهاء وعلماء القانون عند الشيعة بعضهم رفضوا هذه النظرية بصراحة وفقهاء وعلماء القانون عند الشيعة ذكروا هذه القضية ضمن عقد الصلح والهبة[٣]. وهذه المجموعة أيضا ذكرت أدلة متباينة لهذا المنحى:

١- قال البعض: كون عقد يفيد نتيجة عقد آخر لايسبب أن يكون العقد واحد وبعبارة أخرى الوحدة لاتؤدي إلى وحدة السبب. هذا الكلام صحيح ومنطقي، ولكن هذا السؤال يطرح نفسه ما هي الحاجة لإنشاء عقدين مستقلين لأثر مشترك، خاصة أن الأثر المشترك تطبيق فرعي لإحدى العقود، على سبيل المثال نقل العوضين، الوظيفة الرئيس للبيع مع أن الوظيفة الأصلية للهبة، إعطاء شيء للآخر مجانا والهبة المشروطة بعوض لها وظيفة فرعية؟

---

[١]- الحصني، كتاب القواعد، ص٤١٨

[٢]- الحصني، المرجع السابق، ص٤١٨

[٣]- كاشف الغطاءف تحرير المجلة، ج٤، ص١٠٨؛ لنكراني، تفصيل الشريعة، ص٢٤٠؛ كاتوزيان، العقود المسمّاة، العطايا، ص١٥

٢- الأحاديث التي تفيد أن الحكم حسب الظواهر وليس حسب النيات. قال النبي (ص) : «نحن نحكم بالظاهر»[١]. يجب أن نقول في نقد الدليل: أولا لايمكن قبول مقولة أن الأصل هو الظواهر بشكل مطلق، وهذه المقلة تتنافى مع الأحاديث التي تفيد بأن النية هي الأصل، ولهذا يجب الإتفاق بين الدليلين ومفادها هي إن تدل القرائن والشواهد على النية والقصد عند المتعاقدين، القصد معتمد وفي غير هذه الحالة الأصل هو الظاهر، ولهذا بعض الفقهاء يذهبون إلى أن العقد يبرم مع أي لفظ صريح أو ظاهر سواء حقيقي أو مجازي أو كنائي[٢]؛ ثانيا هذا المبحث خارج عن محله، لأنه في نظرية الاشتراك المعنوي للعقود، المهم هو قضية الاشتراك في النتيجة سواء المعيار هو الظاهر أو النية.

٣- يعتقد بعض الفقهاء أنه لايمكن إبرام عقد مع ألفاظ عقد آخر، لأن الأسباب الشرعية توقيفية ولهذا لايمكن العدول عنها[٣]؛ ولهذا في نظرية الاشتراك للعقود، يتم إبرام العقد بألفاظ عقد آخر ولهذا لايمكن الاعتماد عليه.

هناك خلاف بين الفقهاء ويقولون هل يمكن استخدام لفظ عقد لعقد آخر؟ مع أن هذه القضية تدخل قضية شرط صراحة ألفاظ العقود، لكن الفقهاء ذكروا هذه القضية منفصلة. وعلى سبيل المثال جاء ابن رجب الحنبلي في كتاب القواعد بالقضيتين منفصلتين وفي البداية في قاعدة ٨٣ فِيمَا إذَا وَصَلَ بِأَلْفَاظِ الْعُقُودِ مَا يُخْرِجُهَا عَنْ مَوْضُوعِهَا فَهَلْ يَفْسُدُ الْعَقْدُ بِذَلِكَ أَوْ يُجْعَلُ كِنَايَةً عَمَّا يُمْكِنُ صِحَّتُهُ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ؟»، ثم في قاعدة ٣٩ ذكر هذه القضية «فِي انْعِقَادِ الْعُقُودِ بِالْكِنَايَاتِ وَاخْتِلَافِ الْأَصْحَابِ فِي ذَلِكَ»[٤]. وبشكل عام يمكن القول أنه في المذاهب الخمسة هناك ثلاث نظريات عامة حول هذه القضية، نظرية البطلان ونظرية العمل بظاهر العقد ونظرية اعتبار المقصود والمعنى المطلوب عند المتعاقدين. فقهاء الحنفية والمالكية اختاروا نظرية اعتماد مقصود المتعاقدين وعلى سبيل المثال إن اختار المتعاقدان لفظ «آجرتك» بدل «زارعتك» وهدف المتعاقدين هو عقد المزارعة وليس الإجارة مع أنه بلفظ الإجارة ولكن مقصود المتعاقدين المزارعة[٥]. وفقهاء الشافعية عندهم خلاف في هذا المجال[٦]. وهناك خلاف أيضا عند فقهاء الحنبلية وابن القيم في أعلام الموقعين يختار اعتماد المعنى[٧]، لكن يظهر من قواعد ابن

[١]- فخر المحققين، الإيضاح، ج٤، ص٣٢١؛ المحقق الحلّي، المعتبر، ج١، ص١٢٤
[٢]- الخويي، موسوعة الإمام الخويي، ج٣٠، ص١٨
[٣]- المحقق الكركي، جامع المقاصد، ج٧، ص٨٣
[٤]- ابن رجب، القواعد، ص٤٨ و ٤٩
[٥]- ابن النجيم، ١٤١٩، الأشباه والنظائر، ج١، ص١٧٤
[٦]- السيوطي، الأشباه والنظائر، ج١، ص١٦٦
[٧]- ابن القيم، أعلام الموقعين، ج٣، ص١٨٧

رجب أنه هناك خلاف في الرأي[١] (ص٤٨). في فقه الشيعة جاءت هذه القضية ضمن الأبواب الفقهية منها باب الإجارة والمساقات والمزارعة. وفي باب الإجارة هناك خلاف بين الفقهاء وإن استخدم «بعتك الدار» بدل « آجرتك» ويقصد الإجارة هل الإجارة صحيحة أو لا ؟ هناك نظريتان في هذا المجال والبعض حكموا ببطلان الإجارة والبعض الآخر حكمول بصحة الإجارة شريطة وجود القرائن[٢]. كما أنه هناك خلاف في باب المزارعة وحكم البعض بالبطلان والبعض الآخر حكموا بالصحة[٣]. يمكن القول في نقد الدليل بأن هذه النظرية مرفوضة عند الفقهاء المعاصرين وقال الفقهاء المعاصرين المشهورين، في حالة وجود لفظ الظهور العرفي في المقصود يتم إبرام العقد، بالإضافة إلى هذا الصفقات ليست مثل العبادات التي لها أسباب توقيفية، بل عرفية ويجب مراعاة العرف[٤].

٤- يعتقد بعض الفقهاء أن في ألفاظ العقود الصراحة شرط وذكروا أدلة مختلفة له من هذه الأدلة يمكن الإشارة إلى ادعا الاجماع وانصراف الإطلاقات[٥]؛ لهذا في نظرية الاشتراك المعنوي المعنوي للعقود بما أن هذا الشرط غير موجود، فلايمكن الاعتماد عليه. نقد الدليل الثالث يمكن استخدامه للدليل الرابع أيضا والفقهاء المشهورون رفضوا هذه النظرية.

٥- منافاة نظرية الاشتراك المعنوي مع قاعدة «العقود تابعة للقصود» وفقهاء الإسلام ذكروا تفاسير مختلفة حول مفاد هذه القاعدة منها قالوا المقصود من هذه القاعدة هو أن العقد لايتحقق بدون القصد، على سبيل المثال إبرام العقد بواسطة الشخص في حالة السكر أو الغافل أو النائم أو من يخطأ أو يمزح، غير صحيح وقال البعض الآخر في تفسير هذه القاعدة المراد من هذه القاعد أن العقد بحاجة إلى الموجب والقابل والعوض والمعوض وبعد حصول هذه الأركان، لكل عقد أثره الخاص وهذه الآثار لها كيفية واعتبار خاصان مثل الفورية والتراخي واللزوم والتنجيز والتعليق والإطلاق والتقييد والاتصال والانفصال وإلخ[٦]. ووجه المنافاة على أساس التفسير الأول الأول لأنه في حالة قبول التفسير الأول، بما أنه لايوجد قصد بالنسبة للعقد الثاني، كيف يمكن تحقيق العقد الثاني؟ وكما جاء في الاصطلاح القانوني إبرام العقد يحتاج إلى الإرادة وبالنسبة لإبرام العقد الثاني، لم تتشكل الإرادة وشرح القضية هو أن لإرادة المتعاقدين دور بناء في إبرام

[١]- ابن رجب، القوادع، ص٤٨
[٢]- اليزدي، العروة الوثقى، ج٥، ص٩
[٣]- السيّد المجاهد، المناهل، ص٢١٢
[٤]- البهبهاني، الفوائد الحائرية، ص٤٧٥
[٥]- الخلخالي، كتاب الإجارة، ص٣٩
[٦]- الحسيني، العناوين الفقهية، ج٢، ص٤٩

العقود وأعلى من صانع العقد وإرادة المتعاقدين[١]. وفي فقه الشيعة أيضا وفقا لقاعد العقود تابعة للقصود حسب تفسير بعض الفقهاء، لايتحقق العقد بدن القصد. وفي فقه السنة أيضا جاءت القاعدة المذكورة ضمن الأمور بمقاصدها[٢]. هناك اتفاق نظر بين الفقهاء وعلماء القانون في الإسلام أن في نظرية الاشتراك المعنوي للعقود يتم إبرام العقد خارجا عن قصد الطرفين وبعبارة أخرى مع أن المتعاقدين لايقصدا إبرام هذا العقد ولكن بما أنه يفيد عقد آخر، قبل عنوان العقد الآخر ويترتب عليه أحكام خاصة لذلك العقد، كيف يمكن حل هذه المنافاة بين نظريتي الاشتراك المعنوي للعقود وضرورة القصد؟ في حالة وجود هذه المنافاة يمكن اقتراح حلول مختلفة وندرسها كالتالي:

١- الاكتفاء بالإبرام الشأني للعقد: وشرحه هو المهم والمعتمد في مقام إبرام العقد هو قصد إبرام العقد ولاحاجة إلى أن يقصد المتعاقدان العنوان العقدي. مع هذا الرد الآخر يمكن القول بأنه لايوجد منافاة بين نظرية الاشتراك المعنوي وضرورة الإرادة والقصد، لأن قصد إبرام العقد موجود ولم يتحقق العقد بدون القصد، حتى قيل هل يمكن إبرام عقد بدون القصد والإرادة بين المتعاقدين وبعبارة أخرى هناك قصد شأني كاف في إبرام العقود. للتأكيد على هذه المقولة يمكن الإشارة إلى الحالات التي يتم الاعتماد على التأهل والشأنية بالنسبة للفعلية في الفقه الإسلامي. هناك حالات كثيرة اهتم الفقهاء بالقوة والتأهل والشأنية إضافة إلى الفعلية. إحدى هذه الحالات قضية الملكية الشأنية. بعض فقهاء يقسمون الملكية إلى قسمين: الملكية الشأنية والملكية الفعلية. وعلى سبيل المثال قال بعض الفقهاء عندما يتم وقف عقار على عدة طبقات من موقوف عليهم، الطبقة الموجودة لها الملكية الفعلية والطبقات المعدمة لها الملكية الشأنية. وقال الفقهاء حسب هذا التصنيف: في حالة اجبر الموقوف عليهم حسب الظروف إلى بيع العين الموقوفة، للطبقة المعدومة ملكية شأنية ولهذا يجب مراعاة مصالح الطبقة المعدومة[٣]. الخيار الشأني أيضا من هذا القبيل وشرحه : إحدى حالات مسقطة لخيار عيب، تبرئ البائع من العيوب. وفي هذا الفرع الفقهي يطرح هذا السؤال: هل يسقط الخيار مع التبري فقط وتبقى بقية الاحكام أو يسقط الخيار من جميع الوجوه؟ بعض الفقهاء بالاستناد إلى الخيار السابق (الخيار الشأني) حكموا بضمان البائع في حالة إتلاف المبيع[٤]. الأمثلة في هذه الحالة كثيرة في الفقه الإسلامي التي أعطت لها القوة والتأهل والشأنية وفي ما نقصد إليه أيضا القصد الشأني كاف في إبرام العقود.

[١]- شهيدي، تكوين العقود والالتزامات، ج١، ص١٣٢
[٢]- السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٥١
[٣]- الشيخ الأنصاري، كتاب المكاسب، ج٤، ص٦٤
[٤]- الخويي، موسوعة الإمام الخويي، ج٣٩، ص٢٢٥

٢- عدم حاكمية الإرادة بشكل مطلق: مع أن فقهاء الإسلام عندهم اجماع على ضرورة القصد والإرادة لكن القضية هذه ليست مطلقة وهذه الطريقة في الحقيقة نوع من تحديد مجال الإرادة وبعبارة أخرى ليس جميع العقد تابعا لإرادة طرفي العقد بل هناك حالات ليس في مجال إرادة المتتعاقدين، يمكن ذكر أسباب مختلفة كمحدد حرية مطلقة للإرادة منها القانون والعرف وعلى سبيل المثال يعتقد الفقهاء أنه ليس دور للمتعاقدين في الآثار المترتبة على العقد وبعبارة أخرى لايتغير آثار المترتبة على العقد بإرادة المتعاقدين. كما أن الفقهاء يعتمدون على العرف مع أنه لايوجد إرادة المتعاقدين فيها. تظهر الحالات المذكورة أن حرية المتعاقدين في الإرادة والقصد ليست مطلقة، بل القانون والعرف يحددها في حالات مختلفة ويفرضها خلافا لإرادة المتعاقدين.
والشاهد على هذا المدعى هو أن بعض الفقهاء رفضوا تبعية العقد للقصد بشكل مطلق وعلى سبيل المثال قال كاتب الحدائق استنادا إلى الأحاديث إن النكاح الموقت بدون ذكر مدة العقد، عقد دائم ويكتب بعده: وبذلك يظهر منع تبعية العقد للقصد على إطلاقه.
٣- في الفقه الإسلامي يمكن إيجاد حالات تم فرض خلاف قصد المتعاقدين على المتعاقدين مع عدم وجود دليل تعبدي منها في قضية المعاطات هناك خلاف بين الفقهاء هل البيع يبرم مع المعاطات أو لا؟ قال بعض الفقهاء إن المعاطات تؤدي إلى الإباح في التصرف مع أن المتعاقدين لهما قصد البيع[١]. كما أنه خلاف بين الفقهاء في النكاح الموقت وفي حالة عدم ذكر المدة بواسطة المتعاقدين ما هو حكم العقد؟ البعض حكموا ببطلان العقد وقال البعض الآخر يتحول إلى عقد دائم[٢].
٦- قال البعض إن الألفاظ تم وضعها لإفادة المعنى وفي حالة اعتماد المعنى من الضروري طرد الألفاظ ولغوها كما أنه هناك منافاة بين هذه وقضية يجمع العلماء عليه وهو أن الألفاظ لاتخرج عن موضوع له.
في نقد هذا الدليل يمكن القول بأن نظرية الاشتراك المعنوي لاتؤدي إلى الإبطال بل القضية هي أن عقد له نتيجة عقد آخر وفي هذه الحالة يتم تنفيذ نظرية الاشتراك المعنوي مع أي لفظ.
٧- لكل عقد أحكام وآثار خاصة ولهذا كيف يمكن استخدام أثار عقد إلى عقد آخر؟ وبعبارة أخرى الفرق في الآثار والخصائص والميزات تظهر الفرق بين العقود ولو كانت النتيجة واحدة[٣].

[١] - الشيخ الأنصاري، كتاب المكاسب، ج٣، ص٢٩٠
[٢] - الطباطبائي، رياض المسائل، ج١١، ٣٣٤
[٣] - البجنوردي، القواعد الفقهية، ج٥، ص١٤

وفي هذا الدليل أيضا نظر وهو أن نظرية الاشتراك المعنوي لاترفض مميزات فريدة لعقد ما، بل فقط العقد الذي تحقق وفق النظرية المذكورة، تتحقق فيه مميزات وخصائص فريدة فيه وعلى سبيل المثال في الهبة المشروطة بعوض، وفقا لنظرية الاشتراك المعنوي، العقد المبرم ليس هبة لتكون خصائص عقد الهبة دالة على نفي البيع بل بيع ويتقبل خصائص البيع وبعبارة أخرى يجب تحديد ماهية العقد بداية ثم إجراء خصائص العقد وفي الحقيقة خصائص العقد متأخرة عن ماهية العقد ويتم تبيين الماهية أولا ثم مميزات ذلك العقد

الفرع الثالث/ التفصيل: بعض المفكرين منهم الدكتور كاتوزيان يعتقدون بالتفصيل حيث الوجه المميز للعقود هو التراضي والاتفاق بين الطرفين. هو يكتب في قضية الهبة المشروطة بعوض في مقام المختار: إن كان قصد طرفي المصفقة، نقل مالين، العقد الذي يتحقق ليس هبة لو لم يكن هناك توازن بين عوضين، وعلى العكس كلما كان شرط العوض فرعيا وتبعيا والطرفان لم يقصدا الشرط أمام الهبة، قيمتها مهما كانت كثيرة لاتتنافي مع مجانية الهبة من الناحية القانونية وبمنزلة الهبة وأحدهما أصل والآخر فرع[١]. يبدوا أن هذا التفصيل عدول من محل النزاع ووفقا لهذا الكلام، المعيار هو قصد المتعاقدين وعندما يقصد المتعاقدان أي قصد هو المعيار مع أي لفظ، مع أنه في نظرية الاشتراك المعنوي لاكلام عن قصد الطرفين بل القضية هناك الاشترك المعنوي للعقود فقط سواء مع قصد العقد أو عدم القصد.

المطلب الرابع/ موقف القانون المدني الإيراني حول النظرية المذكورة: القانون المدني الإيراني لم يقبل بعض مصاديق هذه النظرية مثل الهبة المعوضة (قانون ٨٠١ المدني) كما أنه في قضية الصلح في مقام العقود الأخرى أيضا لم يقبل النظرية (قانون ٧٥٨ المدني) مع أنه يشير مادة ٧٢٧ إلى أنه لصحة الحوالة لاحاجة إلى أن يكون محال عليه مديونا للمحيل وفي هذه الحالة محال عليه بعد القبول بحكم الضامن) القانون المدني الإيراني في هذه المادة قبل نظرية الاشتراك المعنوي؛ لأنه وفق هذا الشرح، قواعد الضمان يسري في هذا النوع من الحوالة. نظرا إلى المصاديق المذكورة أعلاه في القانون المدني الإيراني يمكن أن نستنتج أنه في القانون الإيراني لم يطرد النظرية المذكورة بشكل كامل بل هناك حالات لتنفيذ نظرية الاشتراك المعنوي للعقود، دون أن يذكر ضابطة عامة في هذا المجال وبالتالي قبولها كنظرية عامة. ومن جهة أخرى لانجد تنفيذ هذه النظرية بين علماء القانون.

[١] - كاتوزيان، القانون المدني في الترتيب الحالي، ص١٦

النتيجة: نظرية الاشتراك المعنوي للعقود تفيد أنه في حالة اذا كان العقد يؤدي إلى نتيجة عقد آخر، فإن العقد الآخر هو المعيار وإن كان المتعاقدان لا يقصدان ذلك العقد، وعلى سبيل المثال في الهبة المشروطة بالعوض، يتم تبادل المالين ومن هذه الناحية مشتركة مع البيع، لأنه في البيع أيضا يتم تبادل العوضين ووفقا للنظرية المذكورة هذه الهبة هي البيع.

هناك ثلاث وجهات النظر في التعامل مع معيار الاشتراك المعنوي: يعتقد البعض أن هذا المعيار ليس معتبرا، لأنه لايهتم بإرادة المتعاقدين ولا يمكن للاشتراك فقط تحديد ماهية العقود، ويعتقد البعض الآخر أن هذا المعيار معتبر، لأن وجود العقود المتعددة بأثر مشترك ليس ضروريا ويؤدي إلى الحيل القانونية والشرعية. والبعض الآخر يعتقد بالتفصيل. من بين وجهات النظر الثلاثة هذه، الثانية مبررة، لأن أدلة الموقف الأول لها نقدان أساسيان، الأول: بعض الادلة لاعلاقة بينها وبين هذه النظرية والثاني أنه أخص من المدعى ونظرية التفصيل أيضا تطرح القضية حيث تكون أجنبية عن الاشتراك المعنوي.

بما أن هذا المعيار أفضل بكثير من المعيار المشهور، ولهذا إن لم يمكن تحديد كمعيار عام بسبب المشاكل الموجودة في النظرية مثل عدم الاهتمام بإرادة المتعاقدين ويؤدي إلى التشويش في العقود، لوكننه يمكن كحد أدنى الاستفادة منه في المصاديق المحددة، وهذا الكلام يفضي إلى أنه لإعمال هذه النظرية نحتاج إلى النص القانوني وفي غير هذه الحالة لايمكن إعمال هذه النظرية.

فهرس المصادر

القرآن الكريم.
آل بورنو، حمد صدقي بن أحمد بن محمد (١٤٢٤ق)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، بيروت: موسسه الرساله.
آل بورنو، حمد صدقي بن أحمد بن محمد (١٤١٦ق)، موسوعه القواعد الفقهيه، بيروت: موسسه الرساله.
ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن (لاتا)، القواعد لابن رجب، بيروت: دارالكتب العلميه.
ابن رشد، محمد بن احمد (١٤٢٥ق)، بدايه المجتهدين و نهايه المقتصد، قاهره: دار الحديث.
ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (١٤١٢ق)، رد المحتار على الدر المختار، بيروت: دارالفكر.
ابن مَازَةَ، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر (١٤٢٤ق)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، بيروت، دارالكتب العلميه.
ابن نجيم، زين الدين (١٤١٩ق)، الاشباه والنظائر على مذهب ابى الحنيفه النعمان، بيروت: دار الكتب العلميه.
بابرتى، محمد بن محمد بن محمود (لاتا)، العنايه شرح الهدايه، بى¬جا.
بجنوردى، سيدحسن (١٤١٩ق)، القواعد الفقهيه، قم: نشر الهادى
بحرانى، يوسف بن احمد (١٣٦٣ش)، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، قم: موسسه النشر الاسلامى.
بيهقى، احمد بن الحسين (١٤٢٤ق)، السنن الكبرى، بيروت: دار الكتب العلميه.
جلال الدين، سيوطى(١٤١١ق)، الأشباه والنظائر، بيروت، ج١، چ١، بيروت: دار الكتب العلميه.
حسينى مراغى، عبدالفتاح بن على (١٤١٧ق)، العناوين الفقهية، قم: موسسه النشر الاسلامى.
حصنى، تقى الدين (١٤١٨ق)، كتاب القواعد، رياض: مكتبه الرشد.
حلى، حسن بن يوسف (١٣٧٤ق)، مختلف الشيعه فى احكام الشريعه، قم: موسسه النشر الاسلامى.
خلخالى، محمدمهدى (١٣٨٥ش)، فقه الشيعة (الإجارة)، تهران: مركز فرهنگى انتشاراتى منير.
خويى، سيد ابوالقاسم (١٤٢٢ق)، المستند فى شرح العروه الوثقى، قم: موسسه احياء آثارالامام الخوئى (قدّس سره).
زحيلى، محمد (١٤٢٧ق)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دمشق: دارالفكر.

زحيلى، وهبه (لاتا)، الفقه الاسلامى وأدلته، دمشق: دار الفكر.
زرقا، احمد (١٤٠٩ق)، شرح القواعد الفقهية، دمشق: دار القلم.
زركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر (١٤٠٦ق)، المنثور في القواعد الفقهية، كويت: وزارة الأوقاف الكويتية.
زيلعى، فخرالدين (١٣١٣ق)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، قاهره: المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق.
سبكى، تاج الدين (١٤١١ق)، الأشباه والنظائر، بيروت: دار الكتب العلميه.
سرخسى، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (١٤١٤ق)، المبسوط، بيروت: دار المعرفة.
سعيد بيگدلى، اعظم مالكى (١٣٩١)، جايگاه اراده ظاهري و باطني در فقه و حقوق موضوعه، مجله دادگسترى، طهران، دوره٤٦، ش٨١، صص ٨٧-١١٧ .
سعيده، اسعد (٢٠١٤م)، آثار العرضيه للعقد الباطل، رسالة الماجستير، جامعه اكلى محند اولحاج – البويره.
سفيان، سوالم (٢٠١٨)، نظريه تحول العقد فى القانون المدنى الجزائرى، مجله دراسات و ابحاث، الجزائر، شمار ٣١، ص١٠٦-١٨٠.
سيد مجاهد، محمد بن على (١٢٤٢)، المناهل، قم: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث.
شهيد ثانى، زين والدين بن على عاملى (١٤١٣ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
شهيدى، مهدى (١٣٩٨ش)، تشكيل قراردادها وتعهدات، تهران: مجد.
شيخ انصارى، مرتضى (١٤١٥ق)، المكاسب، قم: المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأعظم الأنصاري. الأمانة العامة.
طباطبايى كربلايى، على بن محمد على (١٤١٨ق)، رياض المسائل، قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث.
طرابلسى، علاء الدين (لاتا)، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، مكان النشر غير معلوم.
عبد الحميد، محمد بن حمد، سيرين بن عيسى الباز (١٤٣٣ق)، قاعده "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"، مجله جامعه ام القرى، عربستان، شماره ٥٥، ص٨٠ -١٣٠.
علم الهدى، على بن حسين (١٤١٥ق)، الانتصار، قم: موسسه النشر الاسلامى.
فخر المحققين، محمد بن حسن (١٣٨٧ق)، إيضاح الفوائد في شرح إشكالات القواعد، قم، اسماعيليان.
قرافى، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (لاتا)، الفروق، عالم الكتب.
كاتوزيان، ناصر (١٣٩٤ش)، قانون مدنى در نظم كنونى، تهران: ميزان.
كاتوزيان، ناصر (١٣٩٥ش) عقود معين، عطايا، تهران: گنج دانش.
كاسانى، علاء الدين (١٤٠٦ق)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت: دارالكتب العلميه.
كاشف الغطا، جعفر بن خضر (لاتا)، كشف الغطاء عن مبهمات شريعه الغراء، اصفهان: مهدوى.
گلپايگانى، محمدرضا (لاتا)، تقريرات البيع، چ١، قم:، موسسه تحقيقات و نشر معارف اهل البيت (ع).
مجموعه من المولفين (١٤٠٤ق)، الموسوعه الفقهيه الكويتيه، كويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية.
محقق حلى، جعفر بن حسن (١٣٦٤ق)، المعتبر في شرح المختصر، قم: مؤسسه سيد الشهداء (ع).
محقق كركى، على بن حسين(١٤١٤ق)، جامع المقاصد فى شرح القواعد، قم: موسسه آل البيت (عليهم السلام).
موحدى لنكرانى، محمد فاضل (١٤٣٠ق)، تفصيل الشريعة- كتاب الامر بالمعروف و النهى عن المنكر- كتاب الشفعه- كتاب الصلح، قم: مركز فقهى ائمه اطهار (ع).
مكارم شيرازى، ناصر (١٤٢٦ق)، انوار الفقاهه – كتاب التجاره، قم: انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام.
ميرزاى قمى، ابوالقاسم بن محمدحسن (١٣٨٧ق)، قوانين الاصول، تهران: مكتبة العلمية الاسلامية.
نورى، حسين بن محمدتقى (١٣٢٠ق)، مستدرک الوسائل، قم: موسسه آل البيت.
نووى، ابو ذكريا (لاتا)، المجموع شرح المهذب، دمشق: دار الفكر.
وحيد بهبهانى، محمدباقر (١٤١٥ق)، الفوائد الحائرية، قم: مجمع الفكر الاسلامى.