

موسوعة

القواعد والضوابط الفقهية

الحاكمة للعاملات الماليّة في الفقه الإسلامي

تصنيف

الدكتور على أحمد الندوي

تقريظ

صاحب الفضيلة الشيخ عبد بن عبد العزيز بن عتيق

رئيس الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار

رئيس الهيئة الدائمة لمجالس القضاء الأعلى (سابقاً)

المجلد الأول

مؤسّسيتها

القواعد والضوابط الفقهية

الحاكمة للعمليات المالية في الفقه الإسلامي

حقوق الطبع محفوظة
١٤١٩هـ / ١٩٩٩م

التقريظ

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على نبينا محمد وآله وصحبه، وبعد:

فإن من رحمة الله بأمة محمد ﷺ تظافر جهود العلماء على مدى تاريخ المسلمين إلى نشر العلم الشرعي، وتيسيره لعموم أفراد الأمة.

والمتتبع لنشوء الفقه الإسلامي يجده قد بني على أسس راسخة من الوحي الإلهي من قرآن، وسنة، وقياس صحيح عليهما، وإجماع بني على ذلك، وقد سخر الله -بفضله، ورحمته- العلماء والفقهاء على مدى التاريخ الإسلامي إلى تعميق وبلورة التراث الفقهي وتيسيره، وقد عمل به المسلمون، فكان سببا لعزتهم، ونصر الله لهم، وقد تشعبت المذاهب الفقهية بحسب اجتهادات مؤسسي وعلماء هذه المذاهب، وأصبحت تمثل تراثا عظيما، وكنزا بالغ الثراء لا يوجد له نظير بين الأمم على مدى التاريخ، وشكل -بمجموعه- بحرا زاخرا مليئا بالجواهر والدرر من القواعد والضوابط، التي تمثل خلاصة الفقه الإسلامي، وتنم عن تطوره على مدى القرون.

ولقد بين الأئمة الفقهاء أهمية هذه القواعد والضوابط في بيان الأحكام

الشرعية، فقال الإمام ابن السبكي:

حق على طالب التحقيق ومن يتشوق إلى المقام الأعلى في التصور والتصديق ، أن يحكم قواعد الأحكام ؛ ليرجع إليها عند الغموض ، وينهض بعبء الاجتهاد أتم نهوض ، ثم يؤكدها بالاستكثار من حفظ الفروع ؛ لترسخ في الذهن ثمرة عليه بفوائد غير مقطوع فضلها ولا ممنوع أما استخراج القوى وبذل المجهود في الاقتصار على حفظ الفروع ، من غير معرفة أصولها ، ونظم الجزئيات بدون فهم مآخذها ، فلا يرضاه لنفسه ذو نفس أبيّة ، ولا حامله من أهل العلم بالكلية .

قال إمام الحرمين في كتاب المدارك : «الوجه لكل متخذ للإقلال بأعباء الشريعة معه ، أن يجعل الإحاطة بالفروع سوقه الألد وينص مسائل الفقه عليها نص من يحاول بإيرادها تهذيب الأصول ، ولا ينزف حمام ذهنه في وضع الوقائع ، مع العلم بأنها لا تنحصر مع الذهول عن الأصول» . وإن تعارض الأمران ، وقصر وقت طالب العلم عن الجمع بينهما - لضيق أو غيره من آفات الزمان - فالرأي لذي الذهن الصحيح ، الاقتصار على حفظ القواعد وفهم المآخذ^(١) .

ومع ضخامة هذا التراث الفقهي العظيم ، وانتشار المذاهب الفقهية في بلدان المسلمين المترامية الأطراف ، أصبح لكل مذهب من المذاهب الأربعة المشتهرة مناهج وكتب ومصطلحات متخصصة ، يندر أن يحيط بها فقيه واحد ؛ لذا أصبحت الحاجة ماسة إلى بلورة ، وتصنيف ، وتيسير هذا التراث العظيم ، وذلك واجب على المسلمين بحسب قدرتهم ، وما مكن الله لكل منهم من الوعي والقدرات المادية والمعنوية ، ومن هنا جاءت همة مركز البحوث بدار التأصيل والقائمين عليه ، في العمل على إيجاد عدد من الموسوعات العلمية منها : موسوعة التفسير بالمأثور ،

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٠-١١) .

وموسوعة الرواة الشاملة، وموسوعة المعاملات المالية في الإسلام، التي تشمل نصوص الوحي من الكتاب، والسنة، ونصوص المسائل الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية، بالإضافة إلى جمع القواعد والضوابط الفقهية، التي تشمل أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي.

وقد تعاونت دار التأصيل مع أمانة الهيئة الشرعية في شركة الراجحي المصرفية للاستثمار في إنجاز جزء القواعد والضوابط الفقهية المذكور، وقام فضيلة الدكتور علي أحمد الندوي بجمع مادة هذه القواعد والضوابط من أمهات كتب الفقه والقواعد وغيرها، وشرح أهمها في جزء جعله في مقدمة هذه القواعد، وقد جمع في هذه الموسوعة المتخصصة جواهر لا تجدها مجموعة في غير هذه الموسوعة، فجزاه الله خير الجزاء على هذا العمل.

وبهذا العمل وأمثاله يتيسر لعلماء المسلمين ومثقفهم مادة مهمة، ينون عليها أحكامهم وفتاواهم؛ إرشادا للمسلمين وتوجيها لهم في الحياة العملية التي يواجهونها.

أسأل الله أن يجزي كل من ساهم في هذا العمل الجليل خير الجزاء، وأن يمن علينا وعلى المسلمين بالمزيد من التوفيق لمثل هذه الأعمال المباركة، وأن يرزقنا وإياهم العلم النافع، والعمل الصالح، إنه ولي ذلك والقادر عليه، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين.

عبد الله بن عبد العزيز بن عقيل

رئيس الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار

رئيس الهيئة الدائمة لمجلس القضاء الأعلى (سابقا)

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي هدانا لهذا، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله .

لقد بدأ -منذ ما يقارب عشرة أعوام- إعداد موسوعة شاملة للمعاملات المالية في الإسلام روعي فيها أن تكون شاملة لنصوص الوحي من القرآن، والسنة، والآثار، والأحكام الفقهية مستخرجة من المذاهب الأربعة، بالإضافة إلى مذهب الإمام ابن حزم، وفقه شيخ الإسلام ابن تيمية، مع حصر القواعد والضوابط الفقهية التي تشمل المعاملات المالية، وقد تم العمل على ذلك، ولا يزال مستمرا منذ ذلك الحين في مركز البحوث بدار التأصيل في مدينة نصر بالقاهرة، وقد تشعب البحث وتوسع إلى جوانب كثيرة متعلقة بهذه الموسوعة، حيث جمع ما يقارب مائة ألف رواية مسندة بطرقها، تتعلق بالمعاملات المالية، بالإضافة إلى ألف ومائتين من النصوص القرآنية مقرونة باستدلالات العلماء من كتب التفسير، وأحكام القرآن، وشروح كتب الحديث .

وتطلب ذلك أبحاثا وأعمالا تأصيلية في الجانب الحديثي تمثلت في القيام بدراسات عن القواعد والضوابط التي يعتمد عليها في نقد النصوص، مع تحقيق مناهج أهل الحديث في قبول ورد الأخبار ومصطلحات الجرح والتعديل،

بالإضافة إلى إنجاز موسوعة لرواة أحاديث المعاملات المالية يربو عدد زواتها على عشرة آلاف راو، فيها تحقيق لحالهم من حيث قبول ورد مروياتهم، وقد اعتمد ضمن النهج العلمي الرجوع إلى المخطوطات المعتمدة التي عليها سماعات أهل العلم، بُعدا عن الوقوع في خطأ ينتج عن الاعتماد على المطبوعات التي لا يخلو كثير منها من التصحيف، والتحريف، وكثرة السقط.

كما تطلب ذلك إيجاد أبحاث في المجال اللغوي تمثلت في برامج للتحليل الصرفي لألفاظ الموسوعة وشرح الألفاظ الغريبة، وحصص الجذور اللغوية التي استخدمت في الكتاب والسنة والتراث الفقهي.

أما في الجانب الفقهي فقد تطلب العمل في الموسوعة استخراج صيغ المعاملات بأدلتها من كتب فقه المذاهب الأربعة التي تعنى بالدليل، بالإضافة إلى المحلى، للإمام ابن حزم، وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، وكتابة أبحاث متخصصة كمقدمات لثمانية وأربعين كتابا من كتب الفقه التي صنفت تحتها مسائل الموسوعة بما يتبعها من أبواب، وفصول، ومسائل شملت أحكاما في المعاملات المالية، مع إعداد تعريفات، وشروح للألفاظ التي استخدمها الفقهاء في المذاهب الأربعة تعبيرا عن معاملات مالية، بالإضافة إلى استخراج وجمع الاستدلالات التي يستدل بها العلماء في كتب الشروح استنتاجا من الأحاديث التي وردت في المعاملات المالية، وتخصيص قسم من الموسوعة للقواعد والضوابط الفقهية التي تشمل أحكام المعاملات المالية؛ كجزء من العمل في الجانب الفقهي لموسوعة المعاملات المالية.

وحيث إن العمل في موسوعة المعاملات المالية يتم بالاستعانة بالحاسب الآلي

فإن إعداد برامج الحاسب الآلي المتخصصة التي تتحكم وتدير أجزاء الموسوعة الحديثة، والفقهية، واللغوية كان من الأعمال المبتكرة التي وفق الله دار التأصيل والعاملين فيها إلى إيجادها، والاستفادة منها في هذه الموسوعة الشاملة.

وقد أشار صاحب الفضيلة الشيخ صالح بن عبد الرحمن الحصين -حفظه الله- وغيره من طلبة العلم بفصل جزء القواعد الفقهية عن جزء الأحاديث والآثار، ونظرا لهذا التوسع، ورغبة في اختصار وقت إنجاز الموسوعة، فقد تم اعتماد الرأي القائل بوجوب التعاون في جانب القواعد والضوابط الفقهية مع هيئة أخرى رصينة.

وعلى أثر ذلك تم التعاون بين أمانة الهيئة الشرعية في شركة الراجحي المصرفية للاستثمار ودار التأصيل على إنجاز هذا الجزء وإصداره، وقد كلفت أمانة الهيئة الشرعية فضيلة الدكتور علي أحمد الندوي (مستشار الهيئة الشرعية المتخصص في الفقه وقواعده) بالعمل على استكمال تصنيف هذا الجانب من الموسوعة، وقد عمل فضيلة الدكتور بدأب وصبر العلماء على إنجاز هذه المهمة، وتم تسليم المسودة إلى مركز البحوث بدار التأصيل الذي قام بإنجاز ما تبقى من خطوات علمية وعملية لمراجعتها، وتدقيقها، وإعدادها للنشر، كما قام مركز البحوث بدار التأصيل بإيجاد فهرس لهذه القواعد حسب الجذور اللغوية لألفاظ الموسوعة مما يجعل الاستفادة الباحثين منها يسيرة، وصار ذلك في مجلد مستقل آخر الموسوعة.

وسميت باسم: (موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي).

وتأكيداً للتعاون العلمي المشترك بين المصارف الإسلامية ، فقد تم التعاون في نشر هذه الموسوعة مع شركة المستثمر الدولي بالكويت التي قررت نشرها تقديراً ومساهمة منها في هذا الجهد العلمي المتميز .

ويسرني أن أرف هذا الجهد المتميز المتخصص لجمهور علماء الأمة ومثقفها ، راجياً من الله تقبله ، وإنزال البركة فيه ، وامتداد أثره ؛ لإثراء البحوث والدراسات المتعلقة بالمعاملات المالية في الإسلام ، والفقهاء المرتبط بالواقع الذي تمارسه المصارف الإسلامية ، ورجال الأعمال المسلمين .

أسأل الله أن يوفق شركة الراجحي المصرفية للاستثمار ، خصوصاً هيئتها الشرعية ، ومجلس إدارتها ، وشركة المستثمر الدولي بالكويت ممثلة بمجلس إدارتها وهيئتها الشرعية ، إلى صالح القول والعمل ، ويجزيهم كل خير على المساهمة في هذا العمل العلمي المبارك ، وبالله التوفيق ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

عبد الرحمن بن عبد الله بن عقيل

عضو وأمين الهيئة الشرعية في شركة الراجحي

المصرفية للاستثمار

الرياض في ١/١/١٤١٩هـ

التمهيد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وآله وصحبه
أجمعين، وبعد:

فإن الله سبحانه ختم الرسالات برسالة محمد ﷺ، واقتضى هذا أن تكون صالحة لكل زمان وكل مكان، فلا يبليها مرور الأيام والليالي، ولا تخلقها حوادث الزمن، باقية خالدة بأعدل حكم وأتم تشريع، فلا تجد حادثة من الحوادث، ولا واقعة من الوقائع، أو نازلة من النوازل إلا ولها حكم في شريعة الإسلام ملفوظ أو ملحوظ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فهذا الحكم على غاية الإتيان والإحكام والعدل، قال تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ المائدة (٣) وقال: ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ المائدة (٥٠).

وهذا الشمول في الأحكام قد يكون بنص صريح واضح، أو عن طريق قاعدة كلية وأصل جامع، ولما كانت الحوادث متجددة لا تنتهي، والنصوص متناهية محصورة، نقب الفقهاء الأوائل في التركة العظيمة الضخمة التي تركها رسول الله ﷺ فأظهروا الأصول والقواعد، وبيّنوا الأشباه والنظائر، وأوضحوا الفروق والاستثناءات.

ولما كانت القواعد الكلية الفقهية مبتناة على الأدلة - حيث إن لكل قاعدة أدلتها - كانت هي بمجموع أدلتها أدلة للمسائل الجزئية المندرجة تحت هذه القاعدة، وقد نهض الفقهاء في عصور متلاحقة بجمع الكثير منها، وبتدوينها في كتب خاصة تسمى باسم: كتب القواعد الفقهية، أو الأشباه والنظائر، أو الفروق أحياناً، وقصدوا منها ضبط الأحكام والفروع، ولكن لم تستوعب هذه الكتب المادة العلمية المنبثة المتعلقة بالقواعد في مراجعها الأصلية من أمهات الكتب الفقهية؛ لأن عمل أولئك المؤلفين والمدونين بقي محصوراً في دائرة مذهب من المذاهب الأربعة، فكانت الحاجة ملحة إلى غربلة الكنوز العلمية من جديد؛ لكي يستصفى منها ما هو مهم نافع في هذا المجال.

ويمكن الاتفاق مع العلامة محمد الفاضل بن عاشور - رحمه الله - في قوله: (إن مسالك الاستدلال المذكورة في أصول الفقه الرجعة إلى مفاد الألفاظ، وما يعرض لها، وما يرجع إليها لا تقتضي منا جديداً كثيراً...، ولكن لنا في النصف الآخر، نصف القواعد، سبحاً طويلاً)^(١).

وقد ألفت هذه «الموسوعة» لكي تسدّ ثغرة كبيرة، ولاسيما في نطاق المعاوزات المالية، فإنها - بفضل الله - جمعت مادة غزيرة ثمينة في موضوع القواعد من ثنايا مصادر فقهية وحديثية، بعد أن بُذلت جهود مضمّنية خلال بضع سنوات، كما ينم عن ذلك القسم الثاني وهو «مجموعة القواعد والضوابط التي يمكن الاستشهاد بها في تحقيق المسائل المنوطة بالمعاملات المالية» وقد احتوت هذه المجموعة على ٣١٠٧ قاعدة.

(١) ومضات فكر، قضية الاجتهاد، ص ٤١.

وفي الظروف الراهنة اشتدت الحاجة إلى دراسة هذه القواعد دراسة شاملة واعية؛ لمعالجة كثير من القضايا المعاصرة المعروضة على فقهاء العصر، ولا سيما في النوازل الطارئة المرتبطة بالعقود المالية المركبة، إلى جانب سدّ فجوات وثغرات لا تزال باقية في الموضوع نفسه. ثم ليس بخاف على أهل العلم أن رسوخ الأصول الفقهية في الأذهان يربّي ملكة التخريج، ويعبّد الطريق للوصول إلى مقاصد التشريع الحكيم. وقد أشار الإمام ابن عبدالبر إلى أهمية الأصول المعللة في ختام شرحه للحديث المشهور: «لا ضرر ولا ضرار» إذ يقول: (وهذه أصول قد بانت عللها، فقس عليها ما كان في معناها، تصب إن شاء الله، وهذا كله باب متقارب المعاني متداخل، فاضبط أصله)^(١).

ويكاد يكون بديهياً من عنوان هذه الموسوعة أن المنظور إليه هو بيان ما يرتبط بموضوعات الفقه المالي الإسلامي، فلا يكاد يذكر فيه ما لا يمتّ بصلة إلى هذا الجانب.

وقد تبنت الأمانة العامة للهيئة الشرعية في شركة الراجحي المصرفية للاستثمار إنجاز هذا العمل بالتعاون مع دار التأصيل في القاهرة، وأعطت له أولوية؛ نظراً إلى أهميته، وإدراكاً لما يفرضه واقع الاقتصاد الإسلامي المعاصر، إذ إن المصارف، والمؤسسات، والشركات التجارية التي تحرص على إدارة أعمالها وفق الأحكام الشرعية بحاجة ماسّة إلى مثل هذا المشروع العلمي، إذا كانت مخلصّة وجادّة في تطوير مشاريعها ومساراتها في ضوء قواعد الفقه الإسلامي وضوابطه، وتنبثق

(١) التمهيد ٢٠/١٦١.

حاجتها من حاجة الفقهاء، والمستشارين، والاقتصاديين، والخبراء، وأعضاء الهيئات الشرعية المشرفين على سلامة أعمال الشركات والمصارف الإسلامية من المحاذير الشرعية إلى معرفة القواعد والمقاصد؛ لكي تتسنى لهم معالجة القضايا المستجدة، وإبداء الرأي الشرعي حول الاستفتاءات المعروضة عليهم، ولا سيما في العقود، والالتزامات المتشابهة التي تمخضت عن تطورات مدهشة في عالمنا التجاري اليوم، فإنه لا محيص حينئذ عن الرجوع إلى مثل هذا العلم الجليل الذي يمثل روعة التشريع الحكيم في أساليبه القويمة المشتملة على علل وتوجيهات للأحكام «ولله أحكام تحدث عند أسباب لم تكن موجودة في الصدر الأول»^(١).

ولله در الإمام ابن القيم القائل: (والفقه تنزيل المشروع على الواقع)^(٢)، وهو القائل أيضًا: (إنما خاصية الفقيه إذا حدثت به حادثة أن يتفطن لاندراجها تحت الحكم العام الذي يعلمه هو وغيره)^(٣).

ومن المعلوم أن الأمر الحادث الجديد لا يمكن معرفة حكمه في الشرع إلا بفقه نصوص الوحي من الكتاب والسنة، ثم بدراية القواعد التي كانت وليدة استنباطات الفقهاء واجتهاداتهم عبر العصور، وإلى هذا يشير قول الإمام ابن العربي: «بأن الله سبحانه وتعالى لم يجعل طرق الأحكام نصًا يدركه الجفلى»^(٤)، إنما جعله مظنونًا يختص به العلماء؛ ليرفع الله تعالى الذين آمنوا منهم والذين

(١) فتاوى ابن رشد - الجلد - ٣ / ١٦٣١.

(٢) زاد المعاد ٥ / ٤٧٢.

(٣) إغائة اللهفان ٢ / ١٢٠.

(٤) أي جميع الناس من غير تخصيص، يقال: دعاهم الجفلى: أي دعاهم جميعًا من غير تخصيص.

أوتوا العلم درجات»^(١)، وهذا ما عناه العلامة القراني بقوله: «فكم من علم لا يوجد بفضّه ونصّه أبداً، ولا يُقدر على نقله، وهو موجود فيما نُصّ من القواعد ضمنا على سبيل الاندراج، وكذلك نصوص الوحي في الكتاب والسنة، يتفطن لاندرجه آحاد الفقهاء دون عامّتهم»^(٢).

وقد وُضعت نواة هذا المشروع، ونبتت فكرته الذي سُمّي باسم: (موسوعة القواعد والضوابط الفقهية التي تشمل المعاملات المالية في الفقه الإسلامي) قبل عشرة أعوام في دار التأصيل بالقاهرة، وبدأت به من جانبي في شهر شوال عام ١٤١١ هـ = شهر مايو عام ١٩٩٠ م. وكانت البداية بالاطلاع على كتب القواعد ومدونات هذا العلم المشهورة في المذاهب الأربعة؛ إذ إنها تصدر المحل الأول في هذا المجال، ثم شقّ المشروع طريقه إلى الأمام، واستقى مادته من مصادر فقهية مهمة متنوعة، كما يتبين تفصيلها، وتتجلى حقيقتها من ثبت المصادر والمراجع. لكنه من الحري بالذكر أن هناك مراجع ومصادر جرى الاطلاع على جميع أبوابها مثل «المبسوط» للسرخسي، و«المعيار» في الفتاوى للونشريسي، و«الحاوي» للماوردي، و«كشف القناع» للبهوتي، واستخرجت منها القواعد والضوابط التي لها صلة بالفقه المالي.

وفي زمرة هذه المراجع تجد مراجع فقهية معروفة متداولة من كتب المذاهب أمعن النظر في أبوابها وفصولها المرتبطة بالمعاوضات، كما اعتمد في تحقيق الغرض - على الوجه المطلوب - على شروح الحديث النبوي الشريف، فحظي هذا المشروع

(١) أحكام القرآن لابن العربي ١/٥٢١.

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص ٢١٣.

بالاستفادة من: «التمهيد»، و«الاستذكار» لابن عبد البر، و«القبس» لابن العربي، و«المنتقى» للباجي، وكلها من شروح الموطأ، ومن: «فتح الباري» للحافظ ابن حجر، و«المعلم لفوائد صحيح مسلم» للمازري المالكي، و«المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم» لأبي العباس القرطبي، و«شرح النووي لصحيح مسلم» و«عارضه الأحوذى» لابن العربي شرح سنن الترمذي، و«معالم السنن» للخطابي «شرح سنن أبي داود»، و«شرح السنة» للبخاري، و«شرح مشكل الآثار» للطحاوي.

ومن الملاحظ أن هذه المصادر العلمية القيمة تضمنت قواعد نفيسة كاشفة عن علل الأحاديث، وربما كانت القواعد المأخوذة منها قليلة، لكنها مهمة؛ لكونها صادرة من المكامن التي ليست من مظان هذا العلم أصالة.

كما استفيد من بعض المخطوطات الفقهية النفيسة التي تسر الوقوف عليها مثل «شرح الجصاص لمختصر الطحاوي» -وهو الجزء المتعلق بالبيع-، و«شرح الزيادات» لقاضيخان، ومن كتب القواعد: «مجموعة الأصول» لعالم حنفي غير معروف.

ويمكن تصنيف مراجع البحث لهذه الموسوعة إلى الأصناف التالية إجمالاً:

- ١- كتب القواعد والفروق، مع مراجعة بعض كتب أصول الفقه أحياناً.
- ٢- كتب الفقه الإسلامي من المذاهب الأربعة.
- ٣- شروح الحديث النبوي الشريف.
- ٤- الكتب الخاصة المؤلفة في الفقه الإسلامي.
- ٥- مراجع شرعية متنوعة مثل: «أحكام القرآن» للجصاص، و«أحكام القرآن» لابن العربي، و«إعلام الموقعين» لابن القيم، و«حجة الله البالغة» للدهلوي.

وبحمد الله وفضله قد أخذ المشروع قسطه الوافر من هذه المصادر، وحاز منها مادة مستوفاة، والظن الغالب أنه لم تندّ قاعدة مهمة متعلقة بالفقه المالي عن الاندراج، مع ملاحظة أنه قد تفاوتت الاستفادة منها حسب تفاوت قيمتها العلمية.

وقد مرّ هذا المشروع -بعد تحديد الهدف منه، ومعرفة أثره على المعاملات المالية الإسلامية- بمراحل عملية متعددة على النحو الآتي:

- ١- مرحلة الجمع والانتقاء: وهي مرحلة أولية تعبر عن استخراج القواعد والضوابط المتصلة بالفقه المالي، كما ذكرت آنفاً؛ ولتحقيق هذا الهدف استخدمت بطاقات مختلفة الأحجام، وسجلت فيها نصوص القواعد مع عزوها إلى مصادرها.
- ٢- مرحلة التنسيق والتهذيب: عقب مرحلة الجمع فرزت تلك البطاقات المحتوية على القواعد الكثيرة المتكررة تحت كلمات وصياغات مختلفة، وبذلت محاولات لإزالة المتكرر باختيار صيغة مناسبة من الصياغات المتعددة لقاعدة واحدة، مع عزوها إلى بقية المصادر، كما عدّل في بعض الصياغات أيضاً.

ومن المناسب أن أضرب مثالا لما ذكرت على الوجه الآتي:

إن القاعدة المذكورة في كتب الحنابلة وهي: (الاعتبار في المعاملات بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف) كما في «حاشية الروض المربع» ٣٤٢/٤، و«مطالب أولي النهى» للرحيبي ١٩/٣، لم تدرج في حرف الألف، وإنما أشير إلى هذين المصدرين في حرف العين تحت قاعدة (العبرة في المعاملات بما في نفس الأمر...) بحيث لا فرق بينهما من حيث المفهوم والدلالة، مع ملاحظة الاختلاف في الصياغة.

٣- مرحلة الترتيب والتنظيم: هي عبارة عن ناحية تنظيمية لتلك القواعد المستخرجة المنتقاة، بحيث رتب حسب أوائل الحروف بعد تفادي المتكرر بالقدر الممكن، وهذا ما يمثله القسم الثاني خير تمثيل.

٤- مرحلة الشرح والتطبيق: بعد استقصاء المادة العلمية، واستيفاء الموضوع بالقدر الممكن على الوجه الذي فُصل القول فيه، اختيرت طائفة من القواعد الوثيقة بفقهِ المعاملات، فزينت بالشرح والتعليق والتطبيق، مع الإلماع إلى قضايا معاصرة ذات صلة ببعض تلك القواعد، وتفاوت هذا الشرح ما بين إسهاب، واختصار حسب أهمية القواعد وموضوعاتها، كما يتجلى ذلك بمزيد الإيضاح من فهرس هذه «الموسوعة».

وهذه المرحلة استغرق العمل فيها مدة عامين متتابعين، وخلص منها إلى وضع القسم الأول مستقلاً مشروحاً، وقد بلغ عددها زهاء ثمانين قاعدة، وهي تنقسم إلى خمس زمر على النحو الآتي:

١- شرح نماذج من جوامع الكلم التي يتخرج عليها أحكام مالية مثل: (لا ضرر ولا ضرار)، و(الخراج بالضمان).

٢- شرح القواعد الكبرى المعروفة مثل: (المشقة تجلب التيسير) وأخواتها. وينبغي التنبيه إلى أن هناك قواعد مهمة أخرى نابعة من أساس القواعد الكبرى وفكرتها جعلت مقرونة وملحقة بأصولها؛ لكي تظهر النظائر والتطبيقات المشابهة في إطار واحد، متناسقة مترابطة.

٣- القواعد الفقهية الوثيقة بالفقه المالي مثل: (الأصل في البيوع الإباحة)، و(الأصل في العقود والشروط الصحة واللزوم)، (الغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره)، و(أكل المال بالباطل حرام).

٤- القواعد العامة التي تتخرج عليها مسائل من الفقه المالي، وذلك مثل قاعدة: (ما لا يمكن الاحتراز عنه فهو عفو)، (للاكثر حكم الكل)، (الوسائل معتبرة)، وأمثالها من القواعد التي يساورها الفكر المقاصدي من جلب المصالح ودرء المفاسد، ويتجلى منها «أن الشرائع كلها حكم ومصالح»^(١).

٥- نماذج من قواعد «مجلة الأحكام العدلية»، وقد تم اختيارها نظرًا إلى أهميتها وكثرة دورانها في مجالات الاستشهاد والتعليل، وما سواها من قواعد «المجلة» تراها مسرودة في القسم الثاني.

وكل ذلك تضمنه القسم الأول من هذه الموسوعة، ثم تلاه القسم الثاني المشتمل على مجموعة كبيرة من القواعد مسرودة مرتبة على حروف المعجم.

ويجب لفت الأنظار إلى أن هذا القسم المسرود لا يخلو في كثير من المواطن عن التعليق، والتفريع بشكل موجز؛ لكي يزول الالتباس من العبارات الغامضة.

وأضف إلى ذلك أن النظر في هذه المجموعة يساعد على إدراك جهود العلماء في تمييز هذا العلم، وتنقيحه ابتداءً من عصر تدوين الفقه إلى العصور الفقهية المتعاقبة المتواصلة، كما يكشف عن التطورات الناشئة في الصياغة والتفكير حول تلك الأصول، ويتبين من خلالها المحاور الأساسية العامة التي بُني عليها نظام الفقه الإسلامي. وبذلك يعتبر هذا القسم مفتاحاً في شرح بعض الموضوعات الفقهية المهمة المنوطة بالنظام المالي في الإسلام.

كما أنه يمكن للفقيه الناضج البصير أن ينتفع بها في تكييف النوازل والمسائل الجديدة عند غياب النص الفقهي، أو ترجيح رأي من الآراء الماثورة عن الأئمة في ضوءها.

وخلال إتمام هذه المراحل المتعلقة بالموسوعة أُدخلت جميع المعلومات والموضوعات في الحاسوب الآلي (الكمبيوتر)، وطبعت وأخرجت في أوراق للمراجعة، والتنقيح، وأثناء هذه المراجعة لوحظ التكرار في القواعد؛ لأنها وردت تحت حروف وتعبيرات مختلفة، فعلى سبيل المثال «الاستواء»، و«التساوي»، و«المساواة» تعابير متماثلة، وبالتالي: إن القاعدة المبدوءة بإحدى هذه الكلمات الثلاث لا مغايرة في مدلولها، فهنا وجب دمج بعضها ببعض في مكان واحد؛ لإقصاء المتكرر، ووضع القواعد المتوحدة في الدلالة تحت إطار واحد.

ويتميز العمل في هذه الموسوعة باحتوائه على كثير من القواعد التي لم ترد في كتب القواعد المشهورة، كما يتجلى ذلك من القسم الثاني، وهي -كما يلاحظ- جاءت مسرودة في الغالب بعد أن تناول القسم الأول طائفة منها بالشرح، والتطبيق، والتنظير في حدود مسائل الفقه المالي الإسلامي.

كما ركزت الموسوعة على عرض القواعد التي لها أهمية قصوى في إطار المعاملات المالية، ومنها قواعد كبرى؛ باعتبار اشتغالها على موضوعات واسعة النطاق.

ومن خصائص هذه الموسوعة أن فيها أصولاً مشهورة من قواعد (المجلة) وغيرها، يتميز شرحها هنا بأربعة أمور:

- عزو القاعدة إلى مصادر علمية كثيرة توثيقاً لها.
- محاولة ربطها بالمذاهب الأربعة.
- إيراد فروعها من الأبواب المالية فقط.
- تنظير بعض المسائل الاقتصادية، وتنزيلها على القواعد في مواطن متعددة.

ومن الجدير بالذكر أنه خلال إتمام هذه المراحل لم ينقطع الأمل من الحصول على الجديد في الموضوع، ولذلك خضع المشروع للتطوير، والتهذيب، والإضافة؛ لكي تكون هذه «الموسوعة» حاوية لأكبر عدد ممكن من القواعد، ولاسيما في إطار المبادلات المالية، فتتال مكانها الريادي المرموق - بإذن الله تعالى - في خدمة الفقه الإسلامي من زاوية القواعد.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلّم على رسوله محمد وآله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

علي أحمد الندوي

بسم الله الرحمن الرحيم

كشاف الرموز المستخدمة عند ذكر بعض المراجع

- المجلة/ ش م = مجلة الأحكام الشرعية - في المذهب الحنبلي لأحمد القازي .
- المجلة/ ع م = مجلة الأحكام العدلية ، تأليف لجنة من علماء الدولة العثمانية .
- المدخل = المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء .
- شرح القواعد = شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا .
- الموسوعة = الموسوعة الفقهية الكويتية .
- المنشور للزركشي = المنشور في القواعد لبدر الدين الشافعي الزركشي .
- شرح الزركشي = شرح الزركشي على مختصر الخرقى الحنبلي .
- البدائع = بدائع الصنائع للكاساني .
- المعلم للمازري = المعلم بفوائد مسلم للمازري المالكي .
- البزازية = الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية .
- شرح النووي = شرح النووي على صحيح مسلم .
- التكملة للسبكي = تكملة المجموع لشرح المهذب للشيرازي .
- المنتقى = المنتقى شرح موطأ الإمام مالك لأبي الوليد الباجي .
- القبس = القبس في شرح موطأ الإمام مالك لابن العربي .
- المغني (ط م) = المغني (طبعة محققة تحت إشراف د. عبدالله التركي و د. عبدالفتاح الحلو) .

القسم الأول

القواعد الفقهية المشروحة موزعة على خمس زمر على النحو الآتي:

- القواعد الفقهية التشريعية التي نصوصها من جوامع كلم النبي ﷺ.
- القواعد الفقهية الكبرى وما يتبعها من قواعد مهمة.
- القواعد الفقهية الوثيقة بالفقه المالي.
- القواعد الفقهية العامة التي تتخرج عليها مسائل من المعاملات المالية.
- نماذج من القواعد الفقهية المنصوص عليها في (مجلة الأحكام العدلية).

(١)

القواعد الفقهية التشريعية
التي نصوصها من جوامع كلم النبي ﷺ

الأعمال بالنيات (الأمور بمقاصدها)

هذه الصيغة الأولى من كلام النبي ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى...»^(١)، وهي الأساس الذي بنيت عليه القاعدة التي صيغت بالصيغة الثانية، وقد رواه الأئمة المشهورون، ورواه الإمام البخاري في مواضع متعددة، بمناسبة مختلفة في صحيحه، منها في باب: (ما جاء أن الأعمال بالنية والحسبة، ولكل امرئ ما نوى. فدخل فيه الإيثار والوضوء والصلاة والزكاة والحج والصوم والأحكام...)^(٢)، فترجمة الباب هنا جلية الدلالة على أن نص الحديث يعبر عن قاعدة كبرى (متسعة الأنحاء)^(٣)، ينبثق منها أحكام كثيرة، ومدلول الحديث (عام في العبادات والمعاملات)^(٤)، وذلك لأن (النية أصل الشريعة، وعماد الأعمال، وعيار التكليف) حسب تعبير الإمام ابن العربي المالكي^(٥).

وتجد الإمام الشاطبي يوضح هذه القاعدة توضيحاً جيداً إذ يقول: (إن الأعمال

(١) رواه الستة. أما ما قاله الحافظ ابن حجر: «إن هذا الحديث متفق على صحته، أخرجه الأئمة المشهورون إلا الموطأ...» كما في فتح الباري (١١/١)، فاستثناؤه الموطأ ليس بصحيح كما نبه على ذلك العلامة السيوطي في (تنوير الخواك شرحه على موطأ مالك) (١٠/١)، بإثبات الرواية فيه عن طريق الإمام محمد بن الحسن الشيباني.

(٢) صحيح البخاري ٢١/١.

(٣) الأشباه والنظائر للسبكي ٥٥/١.

(٤) الأحكام الصغرى لابن العربي ١٢/١.

(٥) أحكام القرآن لابن العربي ١٦٥٢/٤.

بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات، من العبادات والعبادات، والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر، ويكفيك منها أن المقاصد تفرق بين ما هو عادة وما هو عبادة، وفي العبادات بين ما هو واجب وغير واجب، وفي العبادات بين الواجب، والمندوب، والمباح، والمكروه، والمحرم، والصحيح، والفساد، وغير ذلك من الأحكام . . . وأيضاً: فالعمل إذا تعلق به القصد تعلق به الأحكام التكليفية، وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها، كفعل النائم والغافل والمجنون (١).

وكلمة (العبادات) - في اصطلاح الشاطبي - يراد بها: كل ما يقابل العبادات، فيدخل فيها العقود وسائر المعاملات حتى الجنائيات.

وقال الإمام ابن رجب في شرح الحديث: (هاتان كلمتان جامعتان، وقاعدتان كليتان لا يخرج عنهما شيء) (٢).

ومن نفيس كلام ابن القيم: (النية روح العمل ولبه وقوامه، وهو تابع لها، يصح بصحتها، ويفسد بفسادها. والنبى ﷺ قد قال كلمتين كفتا وشفتا، وتحتها كنوز العلم، وهما قوله: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى . . .»، ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه، وهذا يعم العبادات والمعاملات، والأيمان، والندور، وسائر العقود والأفعال) (٣).

وخلاصة الموضوع أن هذا الحديث من جوامع الأحاديث للأحكام الشرعية (٤). ولذا أرى أنه من المستحسن أن يستهل البحث هنا بنص الحديث

(١) الموافقات ٢/ ٣٢٣ - ٣٢٤.

(٢) جامع العلوم والحكم ص ١٢.

(٣) إعلام الموقعين ٣/ ١٢٣.

(٤) المثل السائر في أدب الكاتب والشاعر لابن الأثير ٢/ ٣٤٠.

الشريف . وهذا ما ألع إليه الإمام السبكي إذ يقول بصدد عرضه هذه القاعدة (الأمور بمقاصدها) : (وأرشق وأحسن من هذه العبارة قول من أوتي جوامع الكلم ﷺ : «إنما الأعمال بالنيات»^(١)، ومن المعلوم أن القاعدة المشهورة (الأمور بمقاصدها) مستوحاة من الحديث المذكور وما شابهه من النصوص الشرعية الأخرى .

ومن شواهد هذه القاعدة الجليلة ما ورد في (صحيح البخاري) (عن أبي موسى ، قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ ، فقال : يا رسول الله ، ما القتال في سبيل الله؟ فإن أحدنا يقاتل غضبا ، ويقاتل حمية ، فرفع إليه رأسه - قال : وما رفع إليه رأسا إلا لأنه كان قائما - فقال : «من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا ، فهو في سبيل الله»^(٢) .

ففي هذا الحديث النبوي الشريف توجيه رائع إلى تصحيح النية ، وتنبه واضح على اعتبار الباعث والإرادة الباطنة في تقرير الأحكام .

قال الحافظ ابن حجر في تعليقه على الحديث المتعلق بالقتال ، المذكور آنفاً :

(هو من جوامع كلمه ﷺ ؛ لأنه أجاب بلفظ جامع لمعنى السؤال مع الزيادة عليه ، وفي الحديث شاهد لحديث : «إنما الأعمال بالنيات»^(٣) .

وذكر العلامة السيوطي في (الإكليل) أن قوله تعالى : ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾^(٤) أصل لقاعدة : (الأمور بمقاصدها) ، فرب أمر مباح ، أو مطلوب لمقصد ممنوع باعتبار مقصد آخر^(٥) .

(١) الأشباه والنظائر للسبكي ٥٤/١ .

(٢) صحيح البخاري ٤٣/١ ، باب من سأل وهو قائم علما جالسا .

(٣) فتح الباري ٢٢٢/١ .

(٤) البقرة : ٢٢٠ .

(٥) الإكليل في استنباط التنزيل : ٤٣ .

ويكشف تدبر النصوص التشريعية العامة عن مدى الآثار المنبثقة لهذه القاعدة في سائر الأحكام. يقول الإمام ابن القيم منوها بهذا الأصل: (ومن قواعد الشرع التي لا يجوز هدمها، أو هدرها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات... ودلائل هذه تفوق الحصر)^(١).

ومعنى عبارة الفقهاء: (الأمور بمقاصدها): أن حكم الأمور بمقاصد فاعلها)^(٢). أي أن الحكم الشرعي للفعل إنما يتقرر بحسب قصد فاعله.

(لأن علم الفقه يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها. ولهذا فسرت (المجلة) القاعدة بقولها: يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر)^(٣).

(وهي تجري في كثير من الأبواب الفقهية، ومنها المعاوضات والتملكات المالية والوكالات والأمانات المتعلقة بها)^(٤).

والواقع أنها قاعدة عالمية الاعتبار، ولها تفاريع جمّة واسعة النطاق في كتب الفقه والقانون. وهنا أسوق طرفاً من الفروع الواردة في كتب القواعد وغيرها؛ لكي تتجلى مكانتها:

قال العلامة أحمد إبراهيم منوها بها ومفرعاً عليها:

(هذه قاعدة فقهية عظيمة جداً، ومن ضمن فروعها: . . . أنه لو وجد إنسان

(١) إعلام الموقعين ٣/ ٩٥.

(٢) المعاملات المالية ص: ٤٨.

(٣) شرح القواعد الفقهية: ٤٧.

(٤) المصدر نفسه: ٤٧.

شيئاً ذا قيمة مالية في الطريق ، فأخذه بنية رده إلى صاحبه اعتبر هذا الشيء أمانة في يده ، فلا يضمه لو هلك بدون تعد منه ولا تقصير في حفظه ، كما هو حكم الأمانات . أما لو أخذه بقصد أن يحوزه لنفسه كان غاصبا . فلو هلك في يده ضمنه مطلقا ، ولو كان هلاكه بدون صنعه وتقصيره كما هو حكم المغصوبات ، فانظر كيف اختلف الحكم بسبب اختلاف النية ، ومن الأحاديث المتواترة القطعية قوله عليه الصلاة والسلام : «إنما الأعمال بالنيات»^(١) .

(ومن فروع هذه القاعدة أيضا : ما لو نثرت دراهم ونحوها في عرس فوقعت على ثوب بعض الحاضرين ، فإن كان من وقعت في ثوبه قد أعد ثوبه لذلك ، فما وقع فيه يكون له ، لا يشاركه فيه غيره ، وإن لم يعد ثوبه لذلك ، فلا يملكه بل يكون ملكا لمن سبقت يده إليه ؛ لأنه مال مباح ، قد سبقت يده إليه)^(٢) .

ويستفاد من ذلك أن نية التملك في إحراز المباحات تجعل الإحراز مكسبا للملكية . وهذا يدل على أن (للنية تأثيرا توجيهيا في وصف ما تصاحبه ، فإذا صاحبت فعلا أو تركا صبغته بصبغة ، وأكسبته صفة يترتب عليها حكم مدني مخصوص في نظر الشريعة)^(٣) .

ومنها : (أن الوديع إذا استعمل الوديعة المؤتمن على حفظها اعتبر معتديا عليها ، فيضمنها إذا تلفت كالغاصب ، فإذا تركها وأعادها إلى الحفظ ناويا أن يعود إلى استعمالها ، يبقى غاصبا ضامنا لها إذا تلفت ، ولو كان تلفها بدون صنعه أو تقصيره .

(١) المعاملات المالية الشرعية ، حاشية (١) ، ص : ٤٩ ، وانظر : شرح المجلة للأتاسي ١٤ / ١ .

(٢) المعاملات المالية : ٤٩ .

(٣) المدخل الفقهي العام ٣٥٣ / ١ .

وأما إذا تركها وحفظها بنية الكف عن استعمالها، فإنه تزول عنه صفة التعدي ويعود أميناً، فلا يضمنها إذا تلفت^(١).

ومنها: بطلان اشتراط البائع عدم ضمان عيوب المبيع، أو عدم ضمان الاستحقاق، أو شرط الانتقاص من هذا الضمان، إذا كان البائع سيئ النية، أي: كاتماً عيب المبيع، أو حق الغير وهو عالم بهما^(٢). إذ التشريع الحكيم لا يحمي سوء النية، ولا يقيم وزناً في هذه الحالة للألفاظ، بل ينظر إلى القصد والمعنى.

ومن الفروع المنوطة بها أيضاً: ما صرحوا في الإجارة أن الإنسان لو استأجر عاملاً لهدم بنائه، ثم بدا له العدول عن الهدم، فإن له فسخ الإجارة بهذا العذر. أما إذا فسخ الاستئجار لأنه وجد عاملاً أرخص أجراً، أو أراد أن يهدم البناء بنفسه، فلا يعتبر فسخه.

وكذلك نصوا في المزارعة: (أن من عليه البذر يحق له فسخ المزارعة قبل إلقاء البذر في الأرض؛ لأن فيها إتلاف ماله وهو البذر فله الرجوع عنها... لكن إذا أراد فسخ المزارعة لأنه وجد مزارعاً يرضى بنصيب أقل، أو أراد أن يعمل بنفسه فلا يحق له الفسخ)^(٣).

ومن المسائل الخلافية التي يلاحظ فيها تأثير هذا الأصل ما يلي:

(من أتلف جزءاً من النصاب قصداً للتفويض لتسقط عنه الزكاة لم تسقط عند الإمام مالك، والحنابلة، وتؤخذ الزكاة منه في آخر الحول إذا كان إيداله أو إتلافه عند قرب الوجوب، ولو فعل ذلك في أول الحول لم تجب الزكاة؛ لأن ذلك ليس

(١) المدخل الفقهي العام ١/٣٥٣، حاشية (١)، وانظر: درر الحكام ١/١٩ - ٢٠، وشرح

الأناسي ١/٤١، وشرح القواعد الفقهية: ٥٠.

(٢) المدخل ١/١٠١.

(٣) المصدر نفسه ١/٣١٦، رد المحتار ٥/١٧٧.

بمظنة للفرار . وبه قال الأوزاعي ، وابن الماجشون ، وإسحاق ، وأبو عبيد .

وقال الشافعي وأبو حنيفة : «تسقط عنه الزكاة» ؛ لأنه نقص قبل إتمام الحول ، فلم تجب فيه الزكاة ، كما لو أتلفه لحاجته^(١) .

فهنا يظهر أن الرأي الأول هو الأوجه والأجرى مع المقاصد ، والأمور بمقاصدها^(٢) .

وبناء على هذا الأصل لا يصح بيع ما قصد به الحرام ، كعصير وعب وزبيب ونحو ذلك ممن يتخذة خمرا إذا علم ذلك بالقرائن ، أو بالظن الغالب ، وكذلك عصر العنب - بنية أن يكون خمرا - معصية ، أما ليكون خلا أو دبسا فجائز^(٣) .

وهذه القاعدة بالغة الأثر في موضوع الوصية ونفاذها ؛ إذ من جملة شروط صحة الوصية ألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشرع الحكيم ، فإنها إذا استغلت وسلك بها مسلك السوء ، فلا عبرة بها ، إذ (الأمور بمقاصدها) . ولذا كان هذا الشرط إحدى المواد القانونية في المحاكم الشرعية ، وقد جاء في المادة الثالثة من قانون الوصية بمصر ما نصه :

(يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية ، وألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع) .

قال العلامة أحمد إبراهيم بك في شرح هذه المادة : (وذلك كالوصية للخليلة

(١) الموسوعة ٩٧/١٠ .

(٢) المنثور في القواعد ٣/١٤٠ .

(٣) انظر حاشية الروض المربع ٣٧٣/٤ - ٣٧٤ ، والموسوعة ٢١١/٩ .

ونحوها ممن لهم وساطة في المحرمات ، وعدم صحة الوصية في هذه الحالة يتفق مع القاعدة الشرعية (الأمر بمقاصدها) ، فالعمل الذي يقصد به أن يكون وسيلة إلى الشر أو المنكر ، أو يكون مكافأة على شيء من ذلك ، هو حرام باطل ، وقد رأينا من يوصي لخليلته الأجنبية في أخريات حياته بثلث ماله - ولو استطاع الوصية بأكثر من ذلك لفعل - ويترك لزوجته وأولاده ما يحول الشرع بينه وبين الوصية به ، فمثل هؤلاء الأغرار المساكين يجب الضرب على أيديهم ، وإبطال ما أساءوا به في التصرف في أموالهم . فأبي قربة إلى الله في مثل هذه الوصية ، بل أي مكافأة فيها على عمل كريم وخدمة شريفة ! ألا قاتل الله الجهل وضعف الأخلاق والندالة .

هذا ، والمعصية ومخالفة مقاصد الشارع يندرج تحتها كل محرم وكل مكروه كراهة تحريمية على ما أسلفنا^(١) .

ومن الوقائع التي يسوغ النظر فيها من زاوية هذه القاعدة ما ذكره الإمام ابن تيمية في النص الآتي :

الومات رجل في موضع ليس فيه وصي ولا وارث ولا حاكم ، فإن رفقته في السفر تثبت لهم الولاية على ماله ، فيحفظونه ، ويبيعون ما يرون بيعه مصلحة ، وينفذ هذا البيع ، وهم أن يقبضوا ثمن ما باعوه ، ولا يقف ذلك على إجازة الورثة ، وليس هذا من تصرف الفضولي ؛ بل هو تصرف^(٢) بولاية شرعية للحاجة ، كما ثبتت لهم ولاية غسله وتكفينه من ماله ، ودفنه وغير ذلك ، فإن المؤمنين بعضهم أولياء بعض^(٣) .

(١) التركة والحقوق المتعلقة بها: الموارث، الوصية لأحمد إبراهيم بك: ٧٩٩، ٨٠٠ .

(٢) في الأصل «يعرف» والراجع ما أثبت بمقتضى السياق .

(٣) فتاوى شيخ الإسلام ٢٩/٢٤٦ .

فهنا نجد الإمام ابن تيمية يجعل هذه المسألة مثالا لإثبات الولاية على المعاوضة شرعا للحاجة .

وهذا وجيه جدا، ومع اعتبار الحاجة أساسا في هذه المسألة نجدها منبثقة عن قاعدة: (الأمر بمقاصدها) أيضا، وهناك قضية واقعية قريبة من المسألة الآنف الذكر، وهي أن أصحاب الإمام محمد لما توفي لهم رفيق في طريق الحج - وهو الإمام الليث المروزي - فباعوا متاعه، وجهزوا به، ثم رجعوا إلى محمد - رحمه الله - فسألوا عن ذلك فقال: لو لم تفعلوا، لم تكونوا فقهاء ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾^(١).
فهذه القضية جليّة الدلالة على اعتبار القصود والنوايا والبواعث وأثرها العظيم في بناء الأحكام الشرعية .

ومن هذا القبيل ما ذكر الإمام الزركشي: (أنه لو خاف الوصي أن يستولي غاصب على المال، فله أن يؤدي شيئا. ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾)^(٢).
ويكاد يكون واضحا أن هذه المسألة من مستثنيات القاعدة المشهورة: (ما حرم على الآخذ أخذه، حرم على المعطي إعطاؤه). فهنا نجد الحرمة قاصرة على الآخذ دون الدافع بدليل هذه القاعدة .

ويتبين لدى تدقيق النظر في النصوص الفقهية أن قاعدة: (الأمر بمقاصدها) أصل قويم في إبطال الحيل المناقضة للتشريع الحكيم، وهذا ما ألمع إليه الإمام ابن تيمية بقوله التالي:

(١) انظر كتابي: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للحصيري ص: ١٢٣، ورد المختار

على الدر المختار ٦/٢٠٠، البقرة: ٢٢٠.

(٢) المثور في القواعد ٣/١٤٠، البقرة: ٢٢٠.

(العقود وغيرها من التصرفات مشروطة بالقصود، كما قال النبي ﷺ: «إنها الأعمال بالنيات»). وقد قررت هذه القاعدة في كتاب (بيان الدليل على بطلان التحليل)، وقررت أن كل لفظ بغير قصد من المتكلم لسهو وسبق لسان وعدم عقل، فإنه لا يترتب عليه حكم... والمراد بالقصد هنا القصد العقلي الذي يختص بالعقل^(١).

وكذلك ما قرره الفقهاء بمعاملة الإنسان بنقيض المقصود لا يكاد يخرج من دائرة هذه القاعدة، بحيث إن فساد القصد لا يأتي بالنتيجة المطلوبة المتوخاة، بل ينقلب حكمه حسبا يتفق مع القصد الباطن، ويمكن أن يتضح هذا المقال بالمثال الآتي من الاستفتاء والجواب عنه:

إذا باع بألف ريال شقصا يساوي خمسمائة ريال، فهل يأخذه الشفيع بذلك الثمن أم بالقيمة؟

فالجواب: يأخذ الشفيع بالألف، وإن كان الشقص يساوي خمسمائة...؛ لأن الشارع أثبت للشريك الشفعة بالثمن الذي وقع به العقد، سواء كان غاليا أو مساويا أو مقاربا. وأيضا الضرر مدفوع فلا يضار هذا البائع الذي لم تسمح نفسه ببيعه إلا بألف، بأن يعطى خمسمائة لم يرض بها، اللهم إلا إذا كان هناك تواطؤ مسبق بين البائع والمشتري، بحيث كان الثمن خمسمائة، لكنها تحيلا وأظهر أن الثمن ألف، فإنه يؤخذ حينئذ بالخمسمائة التي هي الثمن الحقيقي. فهنا الباعث على هذه الحيلة -الشبيهة بالتلجئة- نابع من درء حق الشفيع المخول بالشرع،

(١) فتاوى شيخ الإسلام ٣٣/١٠٧.

فيعامل القاصد إلى ذلك بنقيض مقصوده^(١)؛ إذ (الأمر بمقاصدها).

وخلافا لما سبق يمكن تسويغ أمر يتفق مع سلامة القصد والنية، وإن كان ظاهره لا يخلو عن الكراهة، وذلك حين مساس الحاجة إلى ذلك؛ إذ الغاية السليمة لا تبرر الوسيلة الفاسدة في كل الأحوال، ولايضاح المراد من هذا الكلام وتطبيق القاعدة عليه من المناسب أن أطرح هنا المسألة الآتية المنبثقة من واقع الاقتصاد المعاصر، فهناك بيانها:

من الصور التي يذكرها الفقهاء للقرض الذي يجر نفعاً: أن يشترط في القرض أن يبيعه شيئاً، أو يؤجره داره أو يقرضه مرة أخرى، قال الخطاب: (ولا خلاف في المنع من أن يسلف الإنسان شخصاً ليسلفه بعد ذلك)^(٢).

هذا في حالة الاشتراط.

وتطراً هذه الحالة في اتفاقيات البنوك، ويحتمل أن يتورط فيها بنك إسلامي^(٣)، ولكن يمكن أن يلتمس مخرج يخلص به إلى جواز الاتفاق إذا كان

(١) انظر فتاوى السعدي ص: ٤٦٠ - ٤٦١.

(٢) مواهب الجليل للحطاب ٣٩١/٤.

(٣) وطريقة هذا التعامل أن يتم الاتفاق مسبقاً بين البنك الإسلامي والبنك الأجنبي، على أن يضع البنك الإسلامي مبلغاً لحسابه مع البنك الأجنبي من غير أن يتقاضى فائدة على ذلك، ويتم ذلك، ويتم السحب من ذلك المبلغ لأغراض البنك، وفي حالة تجاوز المبالغ المسحوبة للرصيد المودع لدى البنك الأجنبي - ويصبح بالتالي دائناً للبنك الإسلامي - فإنه ينبغي عدم دفع أية فائدة، بل يتم تحويل مبلغ لتسوية الحساب، وتسديد الدين بحيث تكون هناك موازنة بين المبالغ المودعة والمبالغ المسحوبة، أو الحسابات المكشوفة. فتاوى بنك فيصل السوداني ص: ٥١.

الغرض من الاشتراط المشار إليه مجرد اجتناب التعامل بالفائدة فإذا اشترط البنك الإسلامي على البنك الأجنبي أن يقرضه من غير فائدة عندما ينكشف حسابه، فهذا قد يكون سائغا؛ لأن قصد البنك الإسلامي من هذا الاتفاق هو تجنب أخذ الفائدة الربوية وتجنب إعطائها، وليس قصده ما يجره من نفع له أو للبنك الأجنبي، والشرط الذي يشترطه على البنك، وإن كان منصباً على القرض وعلى كونه من غير فائدة، فإن القصد الأساسي منه هو استبعاد الفائدة، فالقصد من الشرط إذن قصد حسن متفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية، ومحقق للمبدأ الإسلامي الذي تسعى البنوك الإسلامية لتحقيقه وهو: عدم التعامل بالربا، و(الأمر بمقاصدها)^(١)، والله أعلم.

(١) انظر فتاوى بنك فيصل السوداني ص: ٥٢ - ٥٣.

لا ضرر ولا ضرار^(١)

هذه القاعدة -بلفظها ونصها- حديث نبوي شريف في رتبة الحسن . وهو من جوامع كلم النبي ﷺ^(٢) ؛ ولذا تجد هذه الكلمات اليسيرة الوجيزة جامعة للمعاني الكثيرة والأحكام المختلفة . وتعتبر هذه القاعدة الحديثية الكبرى دليلاً أساسياً من الأدلة القائمة العامة على تحريم المضار^(٣) ، وهي (أصل جليل)^(٤)

(١) حديث: «لا ضرر ولا ضرار» ورد من حديث عباد بن الصامت، وابن عباس، وأبي سعيد الخدري، وأبي هريرة، وجابر، وعائشة، وثعلبة بن أبي مالك القرظي، وأبي لبابة -رضي الله عنهم-.

رواه ابن ماجه، السنن ٢/٧٨٤، كتاب الأحكام، والبيهقي، السنن ١٠/١٣٣، كتاب آداب القاضي، وأحمد، المسند ١/٣١٣، من مسند عبدالله بن عباس رضي الله عنهما، والدارقطني، السنن ٤/٢٢٨، كتاب الأفضية، والحاكم، المستدرک ٢/٥٧، كتاب البيوع، ومالك، الموطأ ٢/٧٤٥، كتاب الأفضية، وأبو داود، المراسيل ص ٤٤، باب في الإضرار. انظر تخرجه المفصل في (الهداية في تخریج أحاديث البداية) أي (بداية المجتهد) للحافظ أبي الفيض أحمد بن الصديق الغماري مع تعليق المحقق عدنان علي شلاق ٨/١٠ - ١٤. ومن الملاحظ أن سند الحديث في جميع طرقه لا يخلو من مقال، ولكنه يبلغ درجة الحديث الحسن بكثرة طرقه وشواهد المتعاضدة. وانظر: (جامع العلوم والحكم) للعلامة الحافظ ابن رجب ص ٢٨٦ - ٢٩٣ لمزيد من الاستيفاء.

(٢) انظر: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي للإمام عبدالعزيز البخاري ٣/١٢٠. (وجوامع الكلم: هي الألفاظ اليسيرة التي تجمع المعاني الكثيرة والأحكام المختلفة، واختص بها رسول الله ﷺ) المصدر نفسه ٣/١١٧.

(٣) انظر: البحر المحيط في أصول الفقه للإمام الزركشي، البحث المتعلق بـ (الأصل في المنافع: الإذن، وفي المضار: المنع) ٦/١٤.

(٤) تعبير الإمام ابن رشد -الجد- في (البيان والتحصيل) ٩/١٤٦.

في كثير من القضايا الفقهية، بل (فيها من الفقه ما لا حصر له، ولعلها تتضمن نصفه، فإن الأحكام إما لجلب المنافع، أو لدفع المضار، فيدخل فيها الضروريات^(١) الخمس التي هي حفظ الدين والنفس والنسب والمال والعرض...)^(٢)، وحسب تعبير العلامة نجم الدين الطوفي الحنبلي: (إعدام الضرر مناسب عقلا وشرعا عملا بقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»)^(٣).

وتتجلى عناية الفقهاء بموضوع دفع الضرر قبل وقوعه - من باب الوقاية - وبموضوع رفع الضرر وإزالته بعد وقوعه، من خلال قواعد متغلغلة منبثة في مصادر الفقه الإسلامي، صاغها الفقهاء لضبط المعاني الجمة المتنوعة المندرجة تحت هذه القاعدة الحديثية والفقهية الكبرى. وعلى رأس تلك القواعد الضابطة الناظمة للأحكام قولهم: (الضرر يزال). والواقع أن هذه العبارة منبثقة من الحديث النبوي: «لا ضرر ولا ضرار». ولذا يحسن أن يجعل الحديث نفسه عنوان الموضوع؛ إذ إنه السند الأساسي الذي تستند إليه قواعد رفع الضرر بدءا من قاعدة (الضرر يزال) إلى قواعد أخرى تنير نظرية دفع الضرر في الفقه الإسلامي، فيتفرع منها وجوب الدفع قبل الوقوع، والرفع بعد الوقوع. وأضف إلى ذلك أن صيغة الحديث الشريف بديعة ومشرقة في ظاهرها وشاملة وجامعة للمعاني في باطنها، ويمثل الحديث المذكور دليلا وقاعدة معا، بحيث تكون الأسس الفقهية الأخرى

(١) في الأصل - وهو شرح الكوكب المنير - (دفع الضروريات)، ولكن لا وجه لكلمة (دفع) هنا، لأن الضروريات الخمس تجلب ولا تدفع، فالأمر فيها معكوس؛ لأنها من المنافع التي يجب أن توفر وتحفظ لا أن تدفع، اللهم إلا إذا أريد بالدفع دفع ما يعوق الضروريات، فهذا التأويل يستقيم المعنى، وإلا حذف هذه الكلمة المقحمة هو الأولى، والله أعلم.

(٢) شرح الكوكب المنير للعلامة ابن النجار الحنبلي ٤/٤٤٣ - ٤٤٤.

(٣) شرح مختصر الروضة ٢/٤٣٨.

المنوطة بهذا الإطار تابعة لذلك الحديث وتابعة منه .

معنى (الضرر والضرار) :

تعددت آراء العلماء من اللغويين والمحدثين والفقهاء في شرح هذا الحديث المشتمل على كلمتي (ضرر) و (ضرار)، ولكن غايتها واحدة لا نزاع فيها وهي أن (الضرر منفي شرعا)،^(١) والقضاء عليه واجب، كما هو متبادر إلى الذهن في أول وهلة من فحوى الحديث بدون مزيد من الغوص والتعمق . وإلى هذا أو ما العلامة الونشريسي بقوله : (وأما مقتضاه فهو عموم النهي عن آحاد الضرر والضرار جميعا، وتحريم ذلك)^(٢) .

وفيما يلي أسوق ما ذكره الإمام ابن عبد البر في شرح الحديث؛ لما فيه من حسن العرض والبيان لأقوال العلماء :

(وأما قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، فقول: إنها لفظتان بمعنى واحد، تكلم بهما جميعا على وجه التأكيد .

وقال ابن حبيب: «الضرر عند أهل العربية: الاسم، والضرار: الفعل، قال: ومعنى «لا ضرر»: لا يُدخل على أحد ضرر لم يُدخله على نفسه، ومعنى: «لا ضرار»: لا يضار أحد بأحد». هذا ما حكى ابن حبيب .

وقال الخشني: «الضرر: الذي لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة، والضرار: الذي ليس لك فيه منفعة، وعلى جارك فيه المضرة، وهذا وجه حسن المعنى في الحديث، والله أعلم» .

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٣٦ .

(٢) المعيار العرب ٨/ ٤٧٤ .

... وقال غيره: «الضرر والضرار: مثل القتل والقتال، فالضرر: بمن لا يضرك، والضرار: أن تضر بمن قد أضر بك من غير جهة الاعتداء بالمثل والانتصار بالحق»^(١).

وقال الإمام مرتضى الزبيدي:

«الضرر: فعل واحد، والضرار: فعل اثنين وبه فسر الحديث: «لا ضرر ولا ضرار» أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه، ولا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه»^(٢).

وقال العلامة أحمد الزرقاء في شرح: «لا ضرر ولا ضرار»:

«أي لا فعل ضرر ولا ضرار بأحد في ديننا، أي لا يجوز شرعاً لأحد أن يلحق بآخر ضرراً ولا ضراراً، وقد سيق ذلك بأسلوب نفي الجنس؛ ليكون أبلغ في النهي والزجر.

... واختلف في الفرق على أقوال، ذكرها ابن حجر الهيتمي في شرح الأربعين النووية. أحسنها أن معنى الأول: إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، ومعنى الثاني: إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة له، لكن من غير تقييد بقيد الاعتداء بالمثل والانتصار للحق. وهذا أليق بلفظ الضرار، إذ الفعال مصدر قياسي لفاعل الذي يدل على المشاركة»^(٣).

(١) التمهيد ١٥٨/٢٠ - ١٥٩.

(٢) تاج العروس (فصل الضاد من باب الراء) وانظر: النهاية في غريب الحديث (باب الضاد مع الراء).

(٣) شرح القواعد الفقهية: ١٦٥.

(وهذا الحديث يشمل كل أنواع الضرر؛ لأن النكرة في سياق النفي تعم... (١).

وأضاف الإمام ابن عبد البر قائلًا في (التمهيد):

(والذي يصح في النظر ويثبت في الأصول: أنه ليس لأحد أن يضر بأحد سواء أضر به قبل أم لا، إلا أن له أن ينتصر ويعاقب - إن قدر - بما أبيح له من السلطان والاعتداء بالحق الذي له، هو مثل ما اعتدي به عليه، والانتصار ليس باعتداء ولا ظلم ولا ضرر إذا كان على الوجه الذي أباحتها السنة؛ وكذلك ليس لأحد أن يضر بأحد من غير الوجه الذي هو الانتصاف من حقه) (٢).

وقال في (الاستذكار) عقب استعراض الأقوال في شرح الحديث:

(وهو لفظ عام متصرف في أكثر أمور الدنيا، ولا يكاد أن يحاط بوصفه، إلا أن الفقهاء ينزعون به في أشياء مختلفة... (٣).

ويقول أستاذنا الجليل مصطفى الزرقا مشيدا بأهمية هذه القاعدة الجلية:

(وهذه القاعدة من أركان الشريعة، وتشهد لها نصوص كثيرة في الكتاب والسنة، وهي أساس لمنع الفعل الضار، وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المنافع ودرء المفسد، وهي عدة الفقهاء وعمدتهم وميزانهم في طريقة تقرير الأحكام الشرعية للحوادث.

(١) فيض القدير للمناوي ٤٣١/٦، الموسوعة ١٨٠/٢٨.

(٢) التمهيد ١٦٠/٢٠، وانظر: جامع العلوم والحكم لابن رجب: ٢٨٨.

(٣) الاستذكار ٢٢٣/٢٢.

ونصها ينفي الضرر نفيًا، فيوجب منعه مطلقًا، ويشمل الضرر الخاص والعام، ويشمل ذلك: دفعه قبل الوقوع بطريق الوقاية الممكنة، ورفع بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره، وتدلل أيضا على وجوب اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما، لأن في ذلك تخفيفا للضرر عندما لا يمكن منعه بتاتا. ومن ثم كان إنزال العقوبات المشروعة بالمجرمين لا ينافي هذه القاعدة، وإن ترتب عليها ضرر بهم؛ لأن فيها عدلا ودفعًا لضرر أعم وأعظم.

والمقصود بمنع الضرر: نفي فكرة الثأر المحض الذي يزيد في الضرر، ولا يفيد سوى توسيع دائرته، لأن الإضرار - ولو على سبيل المقابلة - لا يجوز أن يكون هدفا مقصودا وطريقا عامة؛ وإنما يلجأ إليه اضطرارا، عندما لا يكون غيره من طرق التلافي والقمع أفضل منه وأنفع.

فمن أ تلف مال غيره لا يجوز أن يقابل بإتلاف ماله، لأن ذلك توسيع للضرر بلا منفعة. وأفضل منه تضمين المتلف قيمة ما أ تلف، فإن فيه نفعا بتعويض المضرور وتحويل الضرر نفسه إلى حساب المعتدي... وعلى هذه القاعدة بنى الفقهاء أحكاما لا تحصى من شتى الأبواب...^(١).

وهذه القاعدة الفقهية الحديثية العظيمة لها سند وتأييد في نصوص الكتاب والسنة. وقد أجاد الإمام الشاطبي في قوله بأن الحديث المذكور: «لا ضرر ولا ضرار» رغم كونه من الأدلة الظنية داخل تحت أصل قطعي في هذا المعنى، حيث إن الضرر والضرار مبثوث منعه في الشريعة كلها في وقائع جزئيات وقواعد كلييات،

(١) المدخل الفقهي العام ٩٧٧/٢ - ٩٧٨.

كقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾^(١) ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾^(٢)، ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾^(٣) الآية، ومنه النهي عن التعدي على النفوس والأموال والأعراض، وعن الغصب والظلم، وكل ما هو في معنى إضرار أو ضرار، ويدخل تحته:

الجنائية على النسل، أو العقل، فهو معنى في غاية العموم في الشريعة لا مرأى فيه ولا شك^(٤).

ويقول الإمام ابن عبد البر في شرح هذا الحديث:

(وأما معنى هذا الحديث فصحيح في الأصول، وقد ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «حرم الله من المؤمن دمه وماله وعرضه، وأن لا يظن به إلا الخير»^(٥)، وقال: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام»^(٦) - يعني من بعضكم على بعض - وقال حاكيا عن ربه عز وجل: «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي فلا تظالموا»^(٧). وقال الله - عز وجل -: ﴿وَقَدْ خَابَ مَنْ حَمَلَ ظُلْمًا﴾^(٨).

وأصل الظلم: وضع الشيء غير موضعه، وأخذه من غير وجهه، ومن أضر

(١) البقرة: ٢٣١

(٢) الطلاق: ٦.

(٣) البقرة: ٢٣٣.

(٤) انظر: الموافقات ٩/٣ - ١٠.

(٥) ذكره ابن عبد البر في «التمهيد» (٢٣١/١٠) تعليقا عن النبي ﷺ، بهذا اللفظ.

ورواه ابن ماجه في «السنن» (٣٩٨٠) باب حرمة دم المؤمن وماله، عن عبدالله بن عمر مرفوعا بنحوه.

(٦) رواه مسلم في صحيحه ٨٨٩/٢، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ.

(٧) رواه مسلم في صحيحه ١٩٩٤/٤، كتاب البر والصلة، باب تحريم الظلم، ح ٥٥.

(٨) طه: ١١١.

بأخيه المسلم أو بمن له ذمة فقد ظلمه . . .»^(١).

ويقول الإمام ابن العربي في (القبس) بصدد بحثه عن موضوع الضرر:

«وقد ثبت تحريمه شرعا، فحيثما وقع امتنع، وقد خص النبي ﷺ منها نوازل واقعة كقوله: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض»^(٢).

وقال في موطن آخر منه: (قطع الضرر متيقن شرعا)^(٣).

وإذا تأملت مشروعية عدد من الأحكام العملية الأساسية الدائرة في الفقه المالي، ألفتها راجعة إلى هذه القاعدة العامة، فإن خيار العيب والرؤية إنما شرع لدفع الضرر عن المشتري، وخيار الشرط والنقد لدفع الضرر عن شرط له، وشرعت الشفعة لدفع ضرر جار السوء، والإجبار على القسمة في الأموال المشتركة لدفع ضرر الشركة، وكذا ضمان المتلفات في الإجارة وغيرها متفرع عن هذا الأصل العظيم^(٤).

وإذا نظرت في بعض قضايا الرسول ﷺ وجدت الحكم فيها مبني على هذا المبدأ العظيم، مثال ذلك: أن رجلا كانت له شجرة في أرض غيره، وكان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة، فشكا ذلك إلى النبي ﷺ، فأمره أن يقبل منه بدلها، أو يتبرع له بها فلم يقبل، فأذن لصاحب الأرض قلعها، وقال لصاحب الشجرة: «إنما أنت مضار»^(٥).

(١) التمهيد ١٥٧/٢٠ - ١٥٨.

(٢) القبس ٨٥٠/٢.

(٣) المصدر نفسه ٩٥٦/٣.

(٤) انظر: شرح الأتاسي ٥٣/١ - ٥٤، درر الحكام ٣٧/١، وغمز عيون البصائر للحموي شرح الأشباه لابن نجيم ٢٧٤/١، والأشباه والنظائر للسيوطي: ١٧٣.

(٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٠٤/٢٨، وأخرجه أبو داود في حديث طويل بلفظ آخر. سنن أبي داود بشرحه بدل المجهود ٣٢١/١٥ - ٣٢٢.

وتلك القضية التي أمر فيها الرسول الكريم ﷺ صاحب الشجرة أن يقبل بدنها من صاحب البستان، ثم سوغ لصاحب البستان أن يقلع الشجرة، حينما لم يستجب صاحب الشجرة لأمره وقضائه ﷺ كانت قضية هامة جدا، أصبحت نظيرا قضائيا للمفتين والقضاة عبر العصور.

وكانت توجيهات النبي ﷺ ووصاياه في الأسفار والغزوات مؤكدة على إزالة الضرر بقدر ما أمكن، فعن القاسم مولى عبدالرحمن، أن النبي ﷺ أوصى رجلا بقوله: «ولا تقطع شجرة مثمرة، ولا تقتل بهيمة ليست لك بها حاجة، واتق أذى المسلمين»^(١).

وكذلك إذا تأملنا في فقه الصحابة - رضي الله عنهم - وجدنا نماذج قضائية تعالج موضوع رفع الضرر معالجة رائعة، ومنها ما يلي:

روى مالك، عن عمرو بن يحيى المازني، عن أبيه، أن الضحاك بن خليفة ساق خليجًا له من العُرِيض^(٢)، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فقال له الضحاك: لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك؟ فأبى محمد، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب، فدعا عمر محمد بن مسلمة، فأمره أن يجلي سبيله، فقال محمد: لا، فقال عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه، وهو لك نافع

(١) مراسيل أبي داود ٢٣٩ - ٢٤٠ ح ٣١٦.

(٢) الخليج: نهر يقطع من النهر الأعظم إلى موضع ينتفع به فيه. النهاية ٦١/٢ (خليج). والعريض: هو - بضم العين - مصغر: واد بالمدينة به أموال لأهلها. النهاية ٤١٢/٣ (عرض). وكان بين الخليج وأرض الضحاك أرض لمحمد بن مسلمة، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة، فمنعه محمد، فقضى عمر بإمراره لأنه ينفعها ولا يضر صاحب الأرض.

تسقي به أولا وآخرها وهو لا يضرك؟ فقال: محمد: لا والله! فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك.

وروى مالك، عن عمرو بن يحيى المازني، عن أبيه، أنه قال: كان في حائط جده ربيع^(١) لعبدالرحمن بن عوف، فأراد عبدالرحمن أن يحوله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه، فمنعه صاحب الحائط، فكلم عبدالرحمن عمر بن الخطاب في ذلك، ففضى لعبدالرحمن بن عوف بتحويله^(٢).

فهذه الوقائع وأمثالها - وما أكثرها - تسند حقيقة هذه القاعدة الكبرى، وتكشف عن آثارها وأبعادها في الفقه الإسلامي.

ومن الملاحظ أن المذهب المالكي أولى عناية بالغة بهذا الحديث: «لا ضرر ولا ضرار» في القضايا المنوطة بحقوق الارتفاق؛ ومما يدل على ذلك أن الإمام الباجي وضع فصلا في كتابه (فصول الأحكام)^(٣) في أحكام الضرر، وتناول بعض المسائل المهمة المتعلقة بحق الجوار.

وعلى هذه الشاكلة نجد العلامة أبا إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبدالرفيع الفاسي يبحث في كتابه: (معين الحكام على القضايا والأحكام) ويث تلك المسائل في عشر صفحات تقريبا^(٤). وهكذا نرى الإمام ابن رشد - الجد - يوجه آراء أئمة

(١) الربيع: النهر الصغير، والأربعاء جمعه. النهاية ١٨٨/٢ (ربيع).

(٢) أراد عبدالرحمن أن يحوله عن مكانه من الحائط إلى مكان أقرب إلى حائطه؛ ليقترب تناوله وتقل مسافته لما يحتاج من إصلاحه، ففضى عمر بذلك لعبدالرحمن لما منعه صاحب الحائط. انظر: المتقى للباقي ٤٥/٦ - ٤٧.

(٣) انظر فيه ٢٠٨ - ٢١٢.

(٤) انظر: ٧٨٢/٢ - ٧٩٢، باب: لا ضرر ولا ضرار.

المذهب في كثير من المواضع في (البيان والتحصيل) بهذه القاعدة الحديثية العظيمة ،
كما يتجلى ذلك من النصوص الآتية :

(وسئل مالك أترى من قول رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» أن يستأذن
الرجل جاره في خشبة يغرزها في جداره، فيأذن له، ثم يغضبه فيريد أن ينزعها،
فقال: إن كان أذن له، فما أرى له أن ينزعها على وجه الضرر؛ لأن رسول الله ﷺ
قال: «لا ضرر ولا ضرار»، فهذا منه^(١) .

(وسئل مالك عن الألفية التي تكون في الطريق يكرها أهلها: أترى ذلك لهم
وهي طريق المسلمين؟ قال: إذا كان فناء ضيقا إذا وضع فيه شيء أضر ذلك
بالمسلمين في طريقهم، فلا أرى أن يُمكن أحد من الانتفاع به وأن يُمنعوا، وأما كل
فناء إن انتفع به أهله لم يضيق على المسلمين في طريقهم شيئا لسعته له، لم أر بذلك
بأسا، قال: وقال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، فإذا وضع في طريق
المسلمين ما يضيق عليهم به فقد أضرّ بهم)^(٢) .

ومنها ما ورد من سماع عيسى^(٣) من ابن القاسم:

(وسألته عن رجل له ماء يسقي به، وفي الماء فضل يجري على قوم تحته في
أرضهم، فغرس الذي تحته على ذلك الماء غروسا، ثم بدا لهذا الذي له أصل الماء أن
يحفر له بركا يحبس فيها عنهم، قال: ليس له ذلك أن يحبس عنهم .

قال محمد بن رشد: «هذا كما قال، ليس له أن يحبس عنهم لوجوه»

(١) البيان والتحصيل ٣٢٢/١٥ .

(٢) المصدر نفسه ٣٤٢/٩، ٤٠٩/١٧ .

(٣) هو عيسى بن دينار، يروي عن ابن القاسم .

الثاني: قول النبي عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار» لأن من الضرر البين أن يمنع ما لا حاجة له به، فيضر به فيما لا منفعة له فيه... (١).

وتلك النصوص كافية لبيان مدى نفوذ هذا الأصل في مجال حقوق الارتفاق في المذهب المالكي، ولا بأس أن ألحق بها نصين آخرين من (المغني) لابن قدامة؛ لكي يظهر أثر الموضوع في المذاهب الأخرى أيضًا، وهما كالآتي:

(ولا يجوز أن يفتح في الحائط المشترك طاقا ولا بابا، إلا بإذن شريكه؛ لأن ذلك انتفاع بملك غيره، وتصرف فيه بما يضر به، ولا يجوز أن يغرز فيه وتدا، ولا يحدث عليه حائطا ولا يستره، ولا يتصرف فيه نوع تصرف، لأنه تصرف في الحائط بما يضر به، فلم يجوز، كنفقه، ولا يجوز له فعل شيء من ذلك في حائط جاره بطريق الأولى، لأنه إذا لم يجوز فيما له فيه حق، ففيما لا حق له فيه أولى، وإن صالحه عن ذلك بعوض جاز، وأما الاستناد إليه، وإسناد شيء لا يضره إليه، فلا بأس به، لأنه لا مضرة فيه، ولا يمكن التحرز منه، أشبه الاستغلال به.

فأما إذا وضع خشبة عليه، فإن كان يضر بالحائط لضعفه عن حمله، لم يجوز، بغير خلاف نعلمه لما ذكرنا، ولقول رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» (٢).

(وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره، نحو أن يبني فيه حماما بين الدور، أو يفتح خبازًا بين العطارين، أو يجعله دكان قبصارة يهز الحيطان ويخربها، أو يحفر بئرا إلى جانب بئر جاره يجتذب ماءها.

(١) البيان والتحصيل ١٠/٢٦١ - ٢٦٢.

(٢) المغني ٧/٣٤ - ٣٥ (طبعة التركي).

وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة، وعن أحمد رواية أخرى: لا يمنع. وبه قال الشافعي، وبعض أصحاب أبي حنيفة؛ لأنه تصرف في ملكه المختص به، ولم يتعلق به حق غيره، فلم يمنع منه، كما لو طبخ في داره، أو خبز فيها، وسلموا أنه يمنع من الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها، ولنا قول النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» ولأن هذا إضرار بجيرانه، فمنع منه كالدق الذي يهز الحيطان وينثرها، وكسقي الأرض الذي يتعدى إلى هدم حيطان جاره، أو إشعال نار تتعدى إلى إحراقها... (١).

والغرض الأساسي من إيراد تلك النصوص والعبارات بألفاظها، هو: إبراز هذا الأصل (لا ضرر ولا ضرار) في كلام الفقهاء وبيان كيفية إعماله والاستناد إليه مع التنصيص عليه. وعقب ذلك يحسن الدخول في بيان التفاريع الأخرى المتخرجة عليه، مع ربطها بقواعد فرعية ولو لم ينص فيها على عبارة القاعدة، وهي متوافرة جدا لا يأتي عليها الإحصاء.

ومن الجدير بالذكر أن نص الحديث: «لا ضرر ولا ضرار» يشمل دفع الضرر قبل الوقوع بطرق الوقاية، ورفع بعد الوقوع^(٢).

و (وجوه الضرر كثيرة، وإنما يتبين عند نزول الحكم فيها)^(٣)، ولا سيما في مجال المعاضات المالية كما نبه على ذلك الإمام ابن عبد البر بقوله الوجيز الآتي:

(ويدخل الضرر في الأموال من وجوه كثيرة لها أحكام مختلفة)^(٤).

(١) المغني ٥٢/٧ - ٥٣، وانظر: المصدر نفسه ١٨١/٨ - ١٨٢.

(٢) الفعل الضار والضمان فيه: ٢٣.

(٣) قاله الإمام ابن حبيب المالكي كما في (معين الحكام على القضايا والأحكام) للفاسي ٧٨٤/٢.

(٤) التمهيد ١٦٠/٢٠.

وهذا مقتضى المنطق والواقع؛ لأن معظم حوادث الخصومات والمشاجرات بين الناس تنشأ عما يكمن في طبائع كثير منهم، من حب المال والجشع والاستبداد والظلم، والتعدي في إحراز المطالب المادية والتكالب على الشهوات، ومن ثم لا يكاد يخلو عقد من العقود المالية من التعرض لمسائل وقضايا ترتبط بموضوع الضرر، وبيان حلولها وطرائق علاجها بالوساطة والعدل والاتزان. وإذا سبرت التفاريع المشتقة من هذا الأصل والنوازل المتخرجة عليه تبين لك أن غالبيتها ترجع إلى الأمور المالية، أو إلى حقوق الارتفاق، ولا يخفى على المتأمل مدى العلاقة القائمة بين الموضوعين.

ثم يتبدى عند إنعام النظر في تلك المسائل والقضايا أنها تتناول نوعين رئيسيين من الأحكام:

- ١ - الأحكام التي لوحظ فيها دفع الضرر قبل وقوعه في التصرفات التي يمكن أن تتلبس به. وهذا هو الطريق الوقائي لمكافحة الضرر.
- ٢ - الأحكام التي يتجلى فيها رفع الضرر بعد وقوعه بثتى الأساليب المشروعة الحكيمة.

ولكلا النوعين أمثلة كثيرة جدا لا يمكن ضبطها والإحاطة بها.

وانتبه الفقهاء إلى مدى انتشار المسائل الناشئة من فيض قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»، فوضعوا قواعد أخرى فرعية وتوخوا منها نظم المسائل وربطها، وتلك القواعد منها ما ينخرط في سلك النوع الأول من الأحكام، ومنها ما يندرج تحت زمرة النوع الثاني، ومن الملاحظ أن أكثرها راجعة إلى الصنف الثاني.

ويمكن أن تقول: إن هناك أحكاما شرعت لدفع ضرر غير محقق، وأخرى شرعت لرفع ضرر محقق^(١)، ومجرد النظر في الخيارات يَفُكُّ على هذا التمييز، فعلى سبيل المثال أن خيار الشرط يتعلق بالنوع الأول؛ إذ إنه شرع لتجنب الضرر المتوقع غير المحقق بإتاحة فرصة التأمل والتفكير، وبالعكس إن خيار العيب ترجع مشروعيته لدفع ضرر محقق لا يظهر إلا بعد إبرام الصفقة.

ومن هذا المنطلق ينبغي ترتيب القواعد وتنسيقها، حتى ترسخ المسائل في ذهن القارئ، ومن خلالها يتيسر له البحث والجولان في هذا الموضوع الواسع الجليل المنبثق من (لا ضرر ولا ضرار).

ويمكن ترتيب أهم القواعد في هذا الموضوع على النمط الآتي مع التطبيق عليها وذكر بعض النصوص المتعلقة بها بإيجاز:

(الضرر يدفع بقدر الإمكان) (م/٣١)

وقد عبر عنها الإمام الكاساني بقوله: (الضرر واجب الدفع ما أمكن)^(٢). والمراد منها واضح وهو أن الضرر يدفع شرعا، فإن أمكن دفعه بدون ضرر أصلا فهو المطلوب، وإلا فيسعى لدفعه بالقدر الممكن^(٣).

وهذه القاعدة تعبر عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل الكافية الكافلة، وفقا لقاعدة المصالح المرسله والسياسة الشرعية؛ لأن الوقاية خير من

(١) استفدت هذا التقسيم من كلام الإمام ابن مفلح في المبدع ٩٧/٤.

(٢) بدائع الصنائع ٢٨٦/٥.

(٣) ر: شرح الأتاسي ٧١/١.

العلاج، وذلك بقدر الإمكان؛ لأن التكاليف الشرعية على حسب الاستطاعة^(١).

وهناك أمثلة بارزة تندرج تحت إطار هذه القاعدة:

ومنها: مشروعية الشفعة، فإنها شرعت لدفع ضرر من الجوار يتوقع وقوعه، وعلى حد تعبير العلامة ابن مفلح: (الدفع ضرر غير محقق)^(٢)، ثم اختصاص مشروعيتها بالعقار دون غيره لوحظ فيه أيضا هذا المعنى المشار إليه آنفا؛ لأن المنقولات لا جوار فيها؛ على أن بعض الفقهاء الحنفية أجروها في المنقول المشترك.

وإلى هذا الجانب أشار الإمام المازري بقوله:

(الأصل أن الشفعة إنما أثبتت في الشرع لنفي الضرر، ولما كان الضرر يختلف باختلاف الأنواع خص بذلك العقار؛ لأنه أشد ضررا من غيره من السلع، لأنه قد يدعوه المشتري إلى المقاسمة، أو إلى البيع، أو يضر به، ويسيء بجواره، وهذه المعاني يعظم ضررها في العقار)^(٣).

ومن مسائل هذا الباب:

أن أحد الشفيعين لو ترك شفيعته، لم يكن للآخر إلا أخذ الجميع، أو ترك الجميع، وليس له أخذ البعض، وهذا قول جماهير الفقهاء؛ لأن في أخذ البعض إضرارا بالمشتري بتبعض الصفقة عليه، والضرر لا يزال بمثله.

(١) المدخل الفقهي العام ٩٨١/٢، ف ٥٨٧.

(٢) انظر: المدع ٩٧/٤.

(٣) المعلم شرح صحيح مسلم ٣٢٥/٢ - ٣٢٦.

وكذالو كان الشفيع واحدا لم يجز له أخذ بعض المبيع لذلك ، فإن فعل سقطت شفعتها ؛ لأنها لا تتبعص ، فإذا سقط بعضها سقط جميعها^(١) .

ولأن الحكم قد لا يتجزأ مراعاة لحق الغير مثل : لزوم الضرر على المشتري بتفريق الصفقة ، لكن إذا رضي المشتري بذلك زال المانع^(٢) .

ومنها : مشروعية أنواع من الخيارات في المعاوضات المالية ، فإذا دقت النظر فيها استبان لك أنها مبنية على فكرة دفع الضرر قبل وقوعه بالقدر المستطاع .

فعلى سبيل المثال : شرع خيار الشرط لوقاية الناس من الأضرار الناشئة عن التغير ، أو الخديعة ، أو التدليس ، وهي التي عبر عنها في الحديث النبوي الشريف بكلمة «الخلابة» كما جاء في حديث حبان بن منقذ المشهور : «إذا اشترت فقل : لا خلابة ، ولي الخيار ثلاثة أيام»^(٣)

وهذه الكلمة الواردة في الحديث المشار إليه أدل على المقصود ، وأشمل لجميع الصور الممكنة في مجال الخداع في البياعات من تعبيرات مطردة كثيرة أخرى شائعة الاستعمال .

(والخلابة في العقد هي : أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسيلة موهمة -قولية ، أو فعلية- تحمله على الرضا في العقد بما لم يكن ليرضى به لولاها)^(٤) .

(١) ر: بدائع الصنائع ٢٥/٥ ، الفروق للكرائسي ١١٩/٢ ، والخطاب ٣٢٧/٥ - ٣٢٨ ، وروضة الطالبين ١٠٦/٥ ، والمغني لابن قدامة ٢٦٦/٥ ، والموسوعة ٨٤/١٠ .

(٢) شرح الأتاسي ١٦٧/١ .

(٣) متفق عليه : أخرجه البخاري ٣٢٧/٤ (كتاب البيوع) باب ما يكره من الخداع في البيع ، ومسلم ١١٦٥/٣ (كتاب البيوع) باب من يخدع في البيع .

(٤) المدخل ٣٧٥/١ - ٣٧٦ .

ومنها: خيار الرؤية، فإنه شرع لدفع الضرر عن المشتري؛ إذ قد لا يجد الشيء الذي اشتراه لاحتياجه ملائماً لحاجته، ولأنه لم يره، فيتضرر بإلزامه^(١).

ومنها: رفع الضرر في الأملاك المشتركة:

يبدو للمتأمل في موضوع القسمة أن التشريع الإسلامي أولى عناية بالغة بقاعدة رفع الضرر عند تقرير الضوابط لأحكام الأعيان المشتركة وقسمتها، وهنا أعرض نصوصاً توضح هذا الجانب:

ذكرت (المجلة) من ضوابط القسمة ما يأتي:

إن العين المشتركة إذا لم يكن تفريقها وتبعيضها مضراً بأحد الشركاء، فهي قابلة للقسمة^(٢).

لا تجري قسمة القضاء - الجبرية - في العين المشتركة إذا كان تبعيضها وقسمتها يضر بكل واحد من الشركاء^(٣).

وتعرض لهذا الموضوع الإمام الخطابي في (المعالم) إذ يقول:

إن الشيء المشترك بين الجماعة إذا احتل القسمة، وطلب أحد الشركاء المقاسمة، كان له ذلك، مادام ينتفع بالشيء الذي يخصه منه وإن قل ونزر.

فأما ما لا ينتفع بقسمة أحد الشركاء، وكان في ذلك الضرر والإفساد للمال، كاللؤلؤة تكون بين الشركاء، ونحوها من الشيء الذي إذا فرق بين أجزائه بطلت

(١) ر: المدخل ٤٠١/١.

(٢) مجلة الأحكام العدلية م/١١٣٩.

(٣) المصدر نفسه م/١١٤١.

قيمته وذهبت منفعة، فإن المقاسمة لا تجب فيه؛ لأنها حينئذ من باب إضاعة المال، ويبيعون الشيء ويقسمون الثمن بينهم على قدر حقوقهم منه^(١).

وذكر الإمام الباجي عن الإمام ابن القاسم قوله: (لا قسمة في كل ما فيه الضرر على بعض الشركاء...، وقد قال عليه الصلاة والسلام: « لا ضرر ولا ضرار »)^(٢).

ومن فروعها في باب القسمة: أن أحد الشريكين في الملك المشترك إذا احتاج إلى العمارة، وأبى الآخر - لا يجبر، بل ينظر ويدقق في القضية، فإذا كان الملك قابلاً للقسمة يقسم، ويفعل كل منهما بنصيبه ما يريد؛ لأن في إجباره على تعمیر ملكه شبهة المضارة المنهي عنها... اللهم إلا إذا كان الملك المشترك بين يتيمين محتاجاً إلى الترميم، فأبى أحد الوصيين، وكان في إبائه ضيم وضرر على اليتيم، فحينئذ يجبر قضائياً^(٣).

وهناك نصوص أخرى كثيرة تلامس جانب رفع الضرر في الأعيان والمنافع المشتركة، ومنها ما جاء في النص الآتي:

(الشريكان في عين المال، أو منفعة إذا كانا محتاجين إلى رفع مضرة، أو إبقاء منفعة، أجبر أحدهما على موافقة الآخر في الصحيح من المذهب الحنبلي...)^(٤).

(١) معالم السنن ٣٦/١، وانظر: المغني لابن قدامة ١٤/١٠٢ - ١٠٤، ففي هذه الصفحات

تفصيل جيد لبعض مسائل القسمة، مع توجيهها بهذا الأصل.

(٢) فصول الأحكام للباجي: ٢٠.

(٣) انظر: شرح الأتاسي ١/٢٤ - ٢٥، ٥٢ - ٥٣.

(٤) قواعد ابن رجب: ١٤٨.

ومن هذا الباب تقييد تصرفات الشركاء في الأموال المشتركة؛ إذ يمنع الشريك عن كل تصرف مضر، فلا يحق له تجاوز المعتاد في استعمال الدابة، أو الثوب المشتركين مثلاً، ولا يحق له استهلاك الشيء المشترك، فإن استهلكه عد معتدياً وضمن نصيب شريكه^(١). وهكذا يجب تقييد حرية الملاك بما تقتضيه صيانة حق الغير، فضلاً عن الشريك، ومشروعية حقوق الجوار خير معبر عن نظام العدل الذي أقره الإسلام بعيداً عن الإضرار.

(الضرر يزال) (م/٢٠)

معنى هذه العبارة الجامعة: أن الضرر يجب إزالته؛ لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب^(٢).

وسيقت هذه القاعدة لبيان وجوب إزالة الضرر وترميم آثاره بعد الوقوع^(٣). وسبقت الإشارة في مطلع البحث أن الفقهاء جعلوا هذه القاعدة إحدى القواعد الخمس الكبرى المعروفة، ومن ثم بنوا عليها قواعد أخرى، ولكن الواقع أن جميع عبارات الفقهاء المتصلة بموضوع الضرر منتزعة أساساً من الحديث النبوي الشريف «لا ضرر ولا ضرار»، ولذلك ينبغي قصر كل قاعدة أخرى في هذا الشأن على مدلولها في ضوء صياغتها.

وتتخرج مسائل كثيرة على هذه القاعدة، ومنها:

مشروعية أنواع من الخيارات في العقود لإزالة الأضرار الواقعة، ومن أبرزها

(١) ر: المدخل ٣/٣٣.

(٢) شرح القواعد الفقهية: ١٧٩.

(٣) المصدر نفسه: ١٧٩، والمدخل ٢/٩٨٢، ف ٥٨٨.

خيار الرد بالعيب^(١)، فإنه يثبت بحكم الشرع دون شرط دفعا للضرر عن أحد العاقدين؛ لأن الأصل هو سلامة المبيع من العيب، ومن المعلوم أن التشريع الإسلامي الحكيم لاحظ في أحكامه حماية الحقوق من كل ما يقدر في سلامتها. وإلى هذا أو ما بعض الفقهاء بقوله: (شرع خيار العيب لدفع ضرر محقق)^(٢).

ويقول الأستاذ الجليل مصطفى أحمد الزرقا بصدد عرضه هذا الموضوع:

(ظهور عيب قديم في المبيع يجهله المشتري، هو مانع شرعي من لزوم البيع في حق المشتري دفعا للضرر عنه، فلا يصبح عقد البيع ملزما له، بل يثبت له الخيار في البيع ورد المبيع المعيب؛ لأن ظهور هذا العيب مخل بالتراضي الذي هو أساس العقود، فيكون إلزام المشتري بالمبيع معيبا يلحق به ضررا لا يقتضيه عقده ولم يرض به)^(٣).

وفي ضوء هذا المنطق التشريعي المسدد يجب القول بعدم سواغية شرط البراءة من كل عيب يظهر في المبيع، لو كان البائع يعلم فيه عيبا كما هو منقول عن بعض كبار أئمة الاجتهاد.

ومنها: خيار تفرق الصفقة، ومن المعلوم أن موضوع تفريق الصفقة من المسائل المهمة الدائرة في الفقه المالي.

ومن الملاحظ أن العمود الفقري الذي يتكأ عليه في هذا الموضوع في جميع

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي ٤١/١.

(٢) المبدع لابن مفلح ٩٧/٤، وراجع: الكافي لابن قدامة ٨٢/٢ - ٨٣، والأشباه والنظائر للسبكي ٢٨٣/١.

(٣) المدخل ٣٠٨/١.

حالاته هو الضرر، ويتجه الحكم في كل مسألة ويختلف حسب طبيعة النوازل. ويبدو أن موضوع الخيار الناتج عن استحقاق بعض المبيع، قريب من موضوع خيار تفريق الصفقة من حيث إزالة الضرر.

يقول الإمام الباجي في كتابه (الفصول) في الفصل الذي عقده لبيان معاني استحقاق المبيع:

«وإن استُحق منه - أي من المبيع - شيء، ولم يكن في ذلك ضرر على المشتري - رجع على البائع بما يقابل ذلك من الثمن، ولزم البيع فيما بقي، وإن كان الذي استحق مما فيه الضرر على المشتري - رد ما بقي بيده، ورجع بجميع الثمن، وذلك في العقار والأصول: الثلث فأعلى^(١)».

«وإن كان المبيع حيوانا، أو عرضا فاستحق منه يسير، أو كثير - رد ما بقي ورجع بجميع الثمن؛ إذ على المشتري في ذلك ضرر^(٢)».

ومن المسائل الهامة المنصوية تحت هذا الأصل: عدم سواغية فسخ العقد الجائر إذا تضمن ضررا على أحد العاقدين، فإنه حينئذ يكتسب صفة اللزوم، ويمكن إيضاح هذا الموضوع بذكر النصوص الفقهية، والأمثلة على النحو الآتي:

قال الإمام ابن رجب:

«التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررا على أحد المتعاقدين، أو غيرهما

(١) وذكر العلامة أبو إسحاق بن عبدالرفيع في (معين الحكام) ٢ / ٣٨٧ عن بعض فقهاء المالكية

قوله: «إنما يراعى في الاستحقاق الضرر، ولا ينظر إلى تحديد الثلث».

(٢) فصول الأحكام للبايجي: ١٦٥.

من له تعلق بالعقد- لم يجوز، ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمآن، أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه^(١).

ويقول الإمام الزركشي في (المنثور):

(العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضرراً على الآخر امتنع، وصارت لازمة.

ولهذا قال النووي: «للوصي عزل نفسه إلا أن يتعين عليه، أو يغلب على ظنه

تلف المال باستيلاء ظالم من قاض، وغيره»^(٢).

وقد عرض الإمام السرخسي هذه المسألة بمزيد من البيان بالاستناد إلى قاعدة

رفع الضرر كما يلاحظ من النص الآتي:

(إذا قبل الوصي الوصية في حياة الموصي، ثم أراد الخروج منها بعد موته،

فليس له ذلك، والوصية لازمة؛ لأن المقصود توفير المنفعة على الموصي، ودفع

الضرر عنه، وبعد ما قبل الوصي لو جاز له الرد بعد الموت تضرر به الموصي؛ لأنه

ترك النظر إلى الغير اعتماداً على قبوله، ويصير هذا الوصي بالقبول كالغار له،

والغرور حرام، والضرر مدفوع)^(٣).

(الضرر لا يزال بمثله) (م/ ٢٥)

هذه القاعدة تضع قيوداً يقيد القاعدة السابقة العامة: (الضرر يزال)، فإن إزالة

الضرر لا يجوز أن تكون بإحداث ضرر مثله؛ لأن هذا ليس إزالة^(٤)، وأن السعي

(١) قواعد ابن رجب: ١١١.

(٢) المنثور في القواعد ٢/ ٤٠١.

(٣) المبسوط ٢٨/ ٢٣.

(٤) المدخل ٢/ ٩٨٣، ف ٥٨٩.

في إزالته بمثله عبث ، فإزالته إما بلا ضرر أصلا ، أو بضرر أخف منه^(١) .

وعلى هذا الأساس : إذا ظهر في المبيع عيب قديم ، وحدث فيه عند المشتري عيب جديد- امتنع رد المبيع بالعيب القديم ؛ لأن البائع عندئذ يتضرر بالعيب الحادث ، بل يزال ضرر المشتري بإلزام البائع بالتعويض عن العيب القديم ، ما لم يرض برد المبيع مع عيبه الحادث^(٢) .

ويجب التنبيه إلى أن كثيرا من الفقهاء لم يلاحظوا هذا القيد أحيانا فقالوا : (الضرر لا يزال بالضرر) ، كما ورد في مواضع متعددة من (كشاف القناع) للإمام البهوتي ، نقلا عن (المبدع) للإمام ابن مفلح وغيره ، ولاشك أن المقصود منها هذه القاعدة المقيدة الواضحة ، ولكن عدم تقييدها بقيد المثلية ، يجعلها موهمة غامضة ، بحيث إنه قد يفهم منها حيثئذ أنه يمكن إزالة ضرر بضرر آخر مساو له ، وهذا لا يصح عقلا ولا شرعا .

وذكر الإمام الزركشي في (المنثور) هذه العبارات المطلقة : (الضرر لا يزال بالضرر) ثم عقب عليها بقوله :

(كذا أطلقوه ، واستدرك الشيخ زين الدين الكتاني ، فقال : لا بد من النظر لأخفها وأغلظها)^(٣) .

وجاء في (الروضة) للإمام النووي أيضا : (الضرر لا يزال بالضرر)^(٤) .
ولكن يتجلى بمجرد الإلمام بفروعها أنها مقيدة كما ذكرت .

(١) شرح الأتاسي ٦٣/١ .

(٢) المدخل ٩٨٣/٢ ، ف ٥٨٩ ، وانظر : شرح القواعد : ١٩٥ .

(٣) المنثور في القواعد ٣٢١/٢ .

(٤) روضة الطالبين ١٦٧/٤ .

وهنا لا بأس أن أورد أمثلة لها من (كشاف القناع)، لمزيد الكشف عن حقيقة هذا الأصل:

لو قال: بعتك من هذا الثوب من هذا الموضع إلى هذا الموضع - صح البيع للعلم بالبيع، فإن كان القطع لا ينقص الثوب قطعا، وإن كان القطع ينقصه ولم يشترطه، وتشاحا في القطع صح البيع، ولم يجبر البائع على قطع الثوب، وكانا شريكين فيه؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر، فإن تنازعا بيع وقسط الثمن^(١).

وذكر في مسائل السلم: (وإن جاء المسلم إليه المسلم بالمسلم فيه في وقت حلول أجله - لزم المسلم قبضه كالبيع المعين، ولو تضرر بقبضه؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر)^(٢).

- لو بذل المقترض للمقرض، أو بذل الغاصب للمغصوب منه ما في ذمته من مثل، أو قيمة، ولا مؤنة لحمله - أي المبدول - لزم المقرض والمغصوب منه قبوله مع أمن البلد والطريق؛ لأنه لا ضرر عليه إذن، فإن كان لحمله مؤنة، أو كان البلد، أو الطريق مخوفا - لم يلزمه قبوله، ولو تضرر المقترض، أو الغاصب؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر^(٣).

- (وإن ترك أحدهم شفيعته سقطت، ولم يكن للباقيين من الشفعاء أن يأخذوا إلا الكل، أو يتركوا الكل. قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ من أهل العلم على هذا؛ لأن في أخذ البعض إضرارا بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر)^(٤).

(١) كشاف القناع ١٧١/٣.

(٢) المصدر نفسه ٣٠١/٣.

(٣) المصدر نفسه ٣١٩/٣ - ٣٢٠.

(٤) المصدر نفسه ١٤٨/٤.

- إذا اشتدت المخمصة في سنة المجاعة، وأصابت الضرورة خلقا كثيرا، وكان عند بعض الناس قدر كفايته، وكفاية عياله - لم يلزم بذله للمضطرين؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر^(١).

فهذه أمثلة رائعة ناطقة بفحواها أن المراد من جميعها هو أن: (الضرر لا يزال بمثله).

وتناول الإمام ابن تيمية هذه المسألة الأخيرة المذكورة آنفا بأسلوب آخر، ولكن مع ملاحظة أنه أورد القاعدة بعبارة مطلقة موهمة، وإليك نص كلامه:

(لعل من استقرأ الشريعة تبين له أن المعاوضة إذا احتاج المسلمون إليها بلا ضرر يزيد على حاجة المسلمين - وجبت، فأما عند عدم الحاجة - ومع حاجة رب المال المكافئة لحاجة المعتاض - فرب المال أولى؛ فإن الضرر لا يزال بالضرر...، وهذه قاعدة حسنة مناسبة، ولها شواهد كثيرة في الشريعة)^(٢).

(الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) (م/٢٧)

هذه إحدى القواعد الضابطة لكثير من الأحكام المرتبطة بموضوع الضرر، وقد عبر عنها الفقهاء بصياغات متقاربة الألفاظ، وبأساليب واضحة أخرى تفضي إلى مفهوم واحد. ومعناها: أن الضرر إنما يزال إذا لم ينشأ من إزالته ضرر مثله، أو أشد.

ومن الملاحظ أن (المجلة) ذكرت قاعدتين أخرتين، وهما تعبران عن نفس المدلول الذي يستفاد من هذه القاعدة وهما كالآتي:

(إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما) (م/٢٨).

(١) كشف القناع ٣/١٨٨، ٦/٢٠٠.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩/١٨٩.

(يختار أهون الشرين) (م/١٩).

ولا بأس أيضا أن أورد هنا صياغات أخرى شائعة في مصادر الفقه الإسلامي فهي
كما يلي:

(إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغرُ الأكبرُ)^(١).

(الضرران إذا اجتمعا ولم يكن لأحدهما مزية غلب أخفهما)^(٢).

(إنما يرفع أعظم الضررين بأهون منه)^(٣).

(يرتكب أخف الضررين)^(٤).

(يجب دفع ما يندفع به أعظم الضررين بالتزام أدناهما)^(٥).

(إذا اجتمع للمضطر محرمان كل منهما لا يباح بدون الضرورة وجب تقديم
أخفهما مفسدة وأقلهما ضررا...)^(٦).

(الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما)^(٧).

(١) فصول الأحكام للبايجي: ٢٠٨، إيضاح المسالك للونشريسي: ١٣٤، وقد عبّر عنها ابن
رشد في (البيان والتحصيل ١٠/٢٩٩) بصيغة: (إذا اجتمع ضرران ينفي الأصغرُ الأكبرُ)،
ومن الغريب أنه أوردتها كحديث !!.

(٢) المعيار للونشريسي ٣٩٤/٨.

(٣) القبس لابن العربي ٨٥٦/٢.

(٤) المعيار ٤٣٣/٨، وانظر: المصدر نفسه ٤٦٨/٧، ٨٨/٨، ٤١٥، ٤٣٣، ٤٥٦، ٦٠/٩.

(٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣٠/٣٥٠، وانظر: ٣٠/٣٨٣، ٧٤/٣١.

(٦) قواعد ابن رجب: ٢٦٥.

(٧) الطرق الحكمية لابن القيم: ٢٢٢.

وتتخرج مسائل كثيرة جدا على هذه القاعدة، ومنها:
 (حبس الأب لو امتنع عن الإنفاق على ولده بخلاف الدين)^(١)؛ لأن النفقة
 لإحياء النفس.

وهكذا حبس كل من وجبت عليه النفقة، إذا امتنع عن أدائها.
 ومنها: (لو بنى مشتري الأرض فيها، أو غرس، ثم ظهر لها مستحق، فإذا
 كانت قيمة البناء أكثر، حق للمشتري أن يملك الأرض بقيمتها جبرا على صاحبها
 المستحق، والعكس بالعكس)^(٢).

وخلاصة هذا الموضوع: أنه عند اجتماع الضررين، ينظر في أعظمهما لكي
 يزال ويرفع، (ولا حد في ذلك إلا ما يؤدي إليه الاجتهاد الذي هو أصل في تقييد
 الأحكام عند عدم النص)^(٣).

(يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) (م ٢٦).

هذه إحدى القواعد المقيدة لقاعدة (الضرر لا يزال بمثله)، أي: لا يزال
 الضرر بالضرر، ولكن إذا كان أحدهما عاما والآخر خاصا، فحينئذ يتحمل الضرر
 الخاص لدفع الضرر العام.

يقول العلامة الأصولي أمير بادشاه:

(دفع الضرر العام واجب، ولو بإثبات الضرر الخاص)^(٤).

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٦.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٩٨٤، ف ٥٩٠.

(٣) البيان والتحصيل ١٠/٣٠٠.

(٤) تيسير التحرير ٢/٣٠١.

وهي تجري في كل قضية تتراوح بين ضررين خاص وعام . وهناك مسائل كثيرة يمكن معالجتها في ضوء هذا الأصل .

وبناء على هذا المبدأ لم يسوغ التشريع الحكيم إحداث شيء من الميازيب ، ولا حفر بالوعة في طريق العامة إذا كان ضررا عليهم ، وإن أحدث ذلك في زقاق غير نافذ ؛ لا يجوز إلا بإذن أهله ، سواء أضر بهم أم لا^(١) .

وكذلك يجب نقض الجائط المتوهن إذا كان في الطريق دفعا للضرر العام^(٢) .

وإلى هذا يشير العلامة الونشريسي بقوله : (قطع الضرر عن محجة المسلمين واجب)^(٣) .

وهكذا شأن جميع القضايا المنوطة بحقوق الارتفاق ، قد سلف بيان كثير منها عند إيراد النصوص المعللة بالقاعدة الحديثية الكبرى : (لا ضرر ولا ضرار)

وخلاصة الموضوع : أن الضرر العام ، أو الضرر الذي يمس مصلحة من المصالح الاجتماعية هو أولى بالنفي والإزالة ، ولذلك نجد التشريع الإسلامي حريصا كل الحرص على هذا الجانب المشار إليه ، ولا بأس أن أورد هنا طرفا من كلام الفقهاء في بعض المسائل المنبثقة عن هذا الموضوع ؛ ليعرف مدى تركيزهم على هذه النقطة المهمة .

مسألة الاحتكار :

هذه المسألة من المسائل القديمة المعروفة التي تطرق العلماء إلى بيانها في شروح

(١) انظر : مرشد الحيران للعلامة قدري باشا (مادة : ٥٦) ص : ١١ .

(٢) انظر : شرح القواعد الفقهية : ١٩٧ .

(٣) المعيار ٤٠٦/٨ .

الحديث، وكتب الفقه، وكتب السياسة الشرعية والحسبة، ولكنها لاتزال جديدة؛ لكونها واقعية، وعملية في كل زمان ومكان، وهي قابلة للأخذ والرد حسب الأشياء التي يجري فيها الاحتكار، مع تقدير الظروف والملاسات المحيطة بها. وهنا أقتبس نصا من (المعلم) للإمام المازري تبيانا وتطبيقا للموضوع هو:

«أن النبي ﷺ، قال: «من احتكر فهو خاطيء».

فقيل لسعيد بن المسيب إنك تحتكر، فقال: إن معمرا الذي كان يحدث هذا الحديث كان يحتكر.

قال الشيخ - أي المازري - : أصل هذا مراعاة الضرر، فكل ما أضرب بالمسلمين ووجب أن ينفي عنهم.

فإذا كان شراء الشيء بالبلد يُغلي سعر البلد، ويضر بالمسلمين منع المحتكر من شرائه نظرا للمسلمين عليه^(١)، كما قال العلماء: «إنه إذا احتيج إلى طعام رجل، واضطر الناس إليه ألزم بيعه منهم، فمراعاة الضرر هي الأصل في هذا».

وقد قال بعض أصحاب مالك: «إن احتكار الطعام ممنوع على كل حال؛ لأن أقوات الناس لا يكون احتكارها أبدا إلا مضرا بهم».

ومحمل ما روي عن رواة هذا الحديث من أنهم كانوا يحتكرون، أنهم احتكروا ما لا يضر بالناس، وحملوا قول النبي ﷺ على ذلك، وحمله على ذلك يؤكد ما قلناه^(٢).

(١) هي كذلك في المعلم للمازري ولعلها: نظرا لحاجة المسلمين إليه.

(٢) المعلم على صحيح مسلم ٣٢٢/٢ - ٣٢٣.

ويقول الإمام النووي: (الحكمة في تحريم الاحتكار: دفع الضرر عن عامة الناس، كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام، واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره، أجبر على بيعه دفعا للضرر عن الناس)^(١).

ومن الجدير بالذكر - في ضوء التطور الاقتصادي المدهش، وتنامي ضروريات الحياة وتنوعها - أن الاحتكار اليوم يمكن أن يكون منشأ الضرر في كثير من المجالات الأساسية الأخرى، وفي هذه الحالة يترجح القول بتحريم الاحتكار لدفع الضرر العام المتحقق، فإن هناك سلعا - ما عدا الأقوات - تعد من مقومات العصر الحديث، واستغلالها عن طريق الاحتكار ربما يؤدي إلى الشلل في حياة عامة الناس، ألا ترى أنه لو احتكر البترول محتكر مثلا، ماذا يكون مآل الناس في كثير من الشؤون الرئيسية والمتطلبات التي لا تقل أهميتها عن القوت، وكذلك لو احتكرت أجهزة التبريد في البلدان التي تشتد فيها الحرارة في الصيف، كيف يكون عناء الناس وعنتهم؟ ومن كل ذلك نخلص إلى أن موضوع تحقق الضرر العام ذو أهمية كبيرة، ولا بد من مراعاته حسب الملابس والظروف، كما يتمثل ذلك في مسألة الاحتكار.

ولتفادي تلك الأخطار جاز التسعير. (وجماع الأمر أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير - سعر عليهم تسعير عدل، لا وكس، ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه - لم يفعل)^(٢). فإن للتسعير محاذير كثيرة أيضا معروفة عند علماء الاقتصاد، فالميزان هو في القاعدة السابقة أن (الضرر الأشد يزال بالأخف).

(١) شرح النووي على مسلم ٤٣/١١، وانظر: غمز عيون البصائر للحموي ٢٧٤/١ - ٢٧٥.

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ٢٢٢.

خاتمة الموضوع:

وأضف إلى ذلك أن قاعدة دفع الضرر من القواعد الأساسية التي تمكّن الفقهاء من النظر التجديدي في الاجتهادات، ومن أمثلة ذلك ما ذكره العلامة ابن عابدين في (رد المحتار) عن معروضات المولى أبي السعود - مفتي الدولة العثمانية - أنه: (صدر الأمر السلطاني بعدم نفاذ وقف المدين في القدر الذي يتوقف عليه تسديد الدين من أمواله؛ قطعاً لما يلجأ إليه بعض الناس من وقف أموالهم لتهريبها من وجه الدائنين)^(١).

وهذا النص على عدم نفاذ وقف المدين يدل بطريق الأولوية على عدم نفاذ تبرعاته المضرة بحقوق الدائنين^(٢).

هكذا يمكن رفض كثير من مظاهر الاستغلال، استناداً إلى هذا الأصل القويم.

ومن الجدير بالذكر أن هذه القاعدة قد تكون حاكمية، أو محكمة في ترجيح بعض الآراء الفقهية المتنازع فيها بين الأئمة، ففي ضوءها يمكن القول مثلاً: إن الاجتهاد الحنفي القديم على عدم إلزام الغاصب بضمان أجر المثل، هو اجتهاد غير سديد؛ لأنه وإن أعاد العين المغصوبة سالمة - فهو على أقل تقدير متسبب في ضرر المالك بحرمانه من منافع ملكه مدة الغصب، والمتسبب المتعدي ضامن كالمباشر للإضرار، فمن قواعد الشريعة أنه: (لا ضرر ولا ضرار)^(٣).

(١) المدخل ١/١٩١، ف ٧٠.

(٢) المصدر نفسه ١/٤٢٢، ف ٥٤٣.

(٣) المدخل الفقهي العام ٣/٢٠٦ - ٢٠٨.

ولكن مع الرجوع إلى هذا الأصل الأصيل لدى معالجة بعض الحوادث والقضايا المستجدة - لابد من تدقيق النظر في التطبيق، بحيث لا يسوغ أن يكون الاستناد إليه على حساب نصوص أخرى، ويجب أن يلاحظ أنه لا ينبغي التمسك بقواعد عامة مقررة عند الإفتاء في مسألة ما، مع توافر نصوص خاصة وثيقة الصلة بها، فعلى سبيل المثال في موضوع تغير سعر العملة: لا يصح القول بوجوب القيمة عند سداد الدين، ولو لم يكن التغير فاحشا، بناء على هذه القاعدة، مع تغاضي النظر عن اعتبارات وأحكام أخرى تتعلق بالقروض والديون، ومنها الاعتماد على المثلية - من ناحية الكمية - في هذا الموضوع، اللهم إلا إذا كان التغير فاحشا، فحينئذ يمكن أن يلاحظ مبدأ دفع الضرر عن الدائن، ولا سيما إذا حصلت المماثلة من المدين، وهذا ما جنح إليه العلامة الرهوني^(١) من فقهاء المالكية قديما، وعندئذ يجب أن يراعى جانب الطرفين، لا جانب الدائن، أو المدين وحده.

ومن المسائل المهمة التي ينبغي النظر فيها من زاوية هذه القاعدة، هي مسألة انتهاء المضاربة بفسخها من أحد الطرفين؛ إذ إنه من المعلوم أنها من العقود الجائزة التي تسوّغ الفسخ لكلا الطرفين^(٢). وبناء على ذلك اتفق الفقهاء على فسخ هذا العقد ما لم يشرع العامل المضارب فيه، واختلفوا إذا شرع العامل في العمل - حسب الاتفاق - فذهب أكثر الفقهاء إلى جواز فسخه في هذه الحالة أيضا، إلا أن المالكية

(١) حاشية الرهوني، انظر: (دراسات في أصول المداينات، تغير النقود وأثره على الديون) للدكتور نزيه حماد: ٢٢٤ - ٢٢٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٨/٣٦٥٥، كفاية الأخيار ١/١٨٨، مغني المحتاج ٢/٣١٩، تحفة الحكام ٢/١٢٩، المغني ٥/١٧٩، مشكلة الاستشار في البنوك الإسلامية، للدكتور محمد صلاح الصاوي: ١٢٧.

نازعوهم؛ إذ يرون أن القراض يلزم بالعمل^(١)، ويستمر هذا اللزوم إلى نضوضه أي: خلوصه في إبان سوقه^(٢).

ويظهر لدى التأمل في هذه المسألة المطروحة، ولاسيما مع ملاحظة الواقع الاقتصادي المعاصر، أن الراجح هنا رأي المالكية، القائل بلزوم القراض بالعمل، وذلك رفعا للضرر الذي قد يلحق العامل المضارب من وراء الفسخ المباغت؛ لأن العامل عندما أخذ المال قد وضع نصب عينيه أن يعمل ويستثمر ليربح، وأن المال سترك في يده لمدة معقولة تمكنه من تحقيق أمله، وربما يكون بالدخول في هذا المشروع قد فوت على نفسه فرصة عمل آخر، وليس من المعقول أيضا أن يبادر ويباشر العمل بدون إجراء الترتيبات اللازمة المسبقة، وإذا سوغ الفسخ من طرف رب المال في هذه الحالة - بغض النظر عن سائر الاعتبارات الأخرى - فلاشك أن الخسران يكون محققا في جانب العامل بوجه خاص؛ بسبب الفسخ المفاجئ، وما يعقبه من البيع المفاجئ لتضيض ما أنفقه من رأس المال إلى غير ذلك.

ولذا ينبغي الأخذ برأي المالكية وخصوصا في القراض المنوط بالمشاريع الاستثمارية الضخمة في الظروف الراهنة^(٣). ومع سداد هذا الرأي ووجهته ينبغي النظر - بل التدقيق - في كل عقد على حدة، ففي حالات وملاسات معينة يمكن

(١) قال العلامة أبو إسحاق بن الربيع في معين الحكام ٥٣٥/٢ - ٥٣٦ عند ذكر القراض: (وهو من العقود الجائزة، لا يلزم واحدا منها بالعقد، ولا بقبض المال، ما لم يعمل العامل...)

(٢) انظر: المدونة ١٢٩/٥، والخرشي على خليل ٢٢٣/٦، مشكلة الاستثمار: ١٢٨. ومعنى النضوض أو التضيض: بيع البضاعة وتحويلها إلى نقود ناصّة أي: سائلة. (ر: المعجم الوسيط).

(٣) انظر: مشكلة الاستثمار: ١٢٨ - ١٣٠.

العدول إلى رأي جمهور الفقهاء، الناطق بسواغية فسخ القراض، ولو قام المضارب بالمشروع وشرع فيه فعلا، فعلى سبيل المثال: إذا اشترى بهال المضاربة بضاعة ثم أمسكها لمدة طويلة حتى يجد ربحا كثيرا مع كساد السوق، وأراد رب المال بيعها خشية المزيد من الخسران والهبوط، فحيثئذ له أن يجبر المضارب على البيع، إذ لا يحق للعامل أن يحول بين رب المال وبين ماله بدون مبررات معقولة؛ إذ لا يجوز إضرار برب المال (والضرر مدفوع)^(١).

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أنه يجوز للعامل أيضا أن يعزل نفسه عن العمل، باعتبار العقد جائزا غير لازم، ولكن قد يكون العمل لازما متعينا عليه في حالات خاصة، وهذا ما يستفاد من كلام الإمام الزركشي إذ قال عقب ذكر مسألة الوصية ولزومها عند تحقق الضرر من فسخها: (ويجري مثله في الشريك والمقارض، وقد قالوا في العامل إذا فسخ القراض: عليه التقاضي والاستيفاء؛ لأن الدين ملك ناقص وقد أخذ منه كاملا فليرد كما أخذ، وظاهر كلامهم أنه لا ينعزل حتى ينض المال، ويعلم به المالك)^(٢).

وكذلك في عقد الاستصناع يجب أن يؤخذ بالرأي الذي يقول بالزام المستصنع بتسلم المصنوع إذا حضره الصانع في موعده وفق المقاييس والمواصفات المتفق عليها؛ لأن تخلي المستصنع عن أخذه في هذه الحالة ربما يؤدي إلى ضرر كبير محقق للصانع، بجانب إخلاف الوعد الذي يتنافى مع الأخلاق الحسنة التي يجب التحلي بها.

ومن الفروع المماثلة لموضوع الاحتكار - الذي سبق ذكره - ما أورده العلامة

(١) المبسوط ٧٢/٢٢. وفي هذا الإيضاح والتخريج استأنست بما ذكر الإمام السرخسي في هذا الوطن المعزول إليه.

(٢) المنشور في القواعد ٤٠١/٢ - ٤٠٢.

أحمد الزرقا في التطبيق على هذه القاعدة العظيمة في النص الآتي:

(ومنها - أي من فروع (لا ضرر ولا ضرار) - : منعهم شراء الحبوب وإخراجها من بلدة يضر بأهلها، فقد قال صاحب جامع الفصولين - وهو القاضي ابن سمان - : وعن أبي يوسف - رحمه الله تعالى - : لو أن أعرابا قدموا الكوفة وأرادوا أن يمتاروا منها، ويضر ذلك بأهلها أمنعهم عنه، ألا يرى أن أهل البلدة يمنعون عن الشراء للحكرة، فهذا أولى^(١) .

أقول : ونظير ذلك ما تقوم به الآن كثير من الدول من منع التصدير (Export) إذا كانت منتجات البلاد محدودة تغطي معاش أهلها فقط، وأحيانا تفرض الحظر على الاستيراد (Import)؛ خشية وقوع المنافسة بين السلع المحلية وبين الواردات، وذلك لحماية الإنتاج المحلي من الخسارة، أو التوقف، وربما تضع بدل الحظر رسوما جمركية حامية باهظة على البضائع المستوردة حفاظا على صناعاتها المحلية.

● وهكذا تجد هذه القواعد المهمة تكاد تغطي الفروع المتعلقة بموضوعات رفع الضرر، المنبثة في شتى أبواب الفقه الإسلامي، وما ذكر هنا إنما هو غيض من فيض تلك القاعدة الكبرى : (لا ضرر ولا ضرار)، وقد جرت عادة كثير من علماء القواعد والفقهاء أن يضعوا كل قاعدة مستقلة مفرزة، دون إدراجها ودمجها تحت إطار القاعدة الكبرى، فهنا توخيت تغيير المسار المتبع، وحاولت أن أقدم تصورا عاما عن الموضوع، وذلك لتقريب المفاهيم المتحدة إلى ذهن القارئ واجتنابا للتكرار، ولا سيما في مجال التفاريع، ثم يمكن عن

(١) شرح القواعد الفقهية: ١٧٢.

طريق دراسة القواعد المناظرة في صعيد واحد اكتناه مدى سعة دائرة الموضوعات المنضوية تحت إطار المبدأ العظيم الذي قرره النبي ﷺ بقوله هذا الجامع الوجيز: «لا ضرر ولا ضرار»، الذي تنحدر منه جميع الأصول الموضوعية الأخرى في ميدان دفع الضرر ورفعته.

(١) المسلمون عند شروطهم

هذا الحديث أحد الأصول في باب المعاملات^(٢)، يحتوي في طياته على موضوع الشروط، الذي يحمل أهمية بالغة في إطار العقود المالية الشرعية، وهذه القاعدة الحديثية العظيمة يعصدها حديث مشهور آخر وهو قوله ﷺ: «من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة مرة»^(٣). وهذا صريح في إبطال كل شرط لا سند له، ولا أصل له من شرع الله تعالى، ومقتضى هذا الحديث أنه يجب الالتزام والوفاء بجميع الشروط والعهود، ما لم يكن فيها ما يعارض النص

(١) رواه البخاري معلقاً في صحيحه ٤/٤٥١، كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة.

وأخرجه الترمذي من طريق كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً». الترمذي ٣/٦٣٥ وقال: حسن صحيح. ورواه ابن ماجه في سننه (٢٣٥٣).

(٢) حجة الله البالغة ٢/٣٠٤.

(٣) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه ٥/١٨٧، كتاب المكاتب، باب ما يجوز من شروط المكاتب، ومن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، ح ٢٥٦١.

ومسلم في صحيحه ٢/١١٤١، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، ح ٦، واللفظ لهما. ويحسن التنبيه إلى أن المراد من قوله: «ليس في كتاب الله» أي ليس مشروعاً في كتاب الله تأصيلاً ولا تفصيلاً... (كما في فتح الباري ٥/١٨٨)، هذا مع ملاحظة أن ما أورده في (الفتح) مستفاد من (الفهم لما أشكل من تلخيص صحيح مسلم) لأبي العباس القرطبي (٤/٣٢٦)، ويمكن تفسيره بأن (الكتاب هنا مصدر (كتب) بمعنى أوجب وشرع أي: كل شرط ليس في حكم الله وشرعه فهو باطل؛ وذلك بأن يكون الشرط منافياً لقواعد الشريعة أو مقاصدها، هكذا فسره العلماء المحققون. (ر: المغني ٨/٤٤٨، وكشاف القناع ٣/٥٣)... المدخل الفقهي العام ١/٤٧٠.

الصريح . وتنبع أهمية هذا الأصل من حيث إن تحقق الشرط المتفق عليه بين المتعاقدين هو الذي يستجيب لحاجتها، وينسجم مع مصلحة العقد . وهذا يتفق مع مبدأ العدل الذي يعتبر من ركائز الشرع الحكيم . ومن المعلوم أن مذهب الحنابلة أوسع المذاهب وأرحبها في مجال تصحيح الشروط التي تتضمنها العقود- ما لم يترتب على ذلك محذور شرعي - بناء على هذين الحديتين، وهو الذي آل إليه رأي بعض المذاهب الأخرى أيضًا نظرًا إلى التعامل كما سيأتي .

وللإمام ابن تيمية طول نفس وكلام حسن في تحقيق هذا الموضوع وإبرازه، فهنا أقدم نبذة من كلماته، ثم أتبعها نصوصا من كلام الفقهاء الآخرين :
جاء في (مجموع الفتاوى):

الأصل في العقود والشروط : الجواز والصحة، ولا يجرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا، أو قياسا عند من يقول به، وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه^(١) .

إن الكتاب والسنة قد دلا على الوفاء بالعقود والعهود، وذم الغدر والنكث، ولكن إذا لم يكن المشروط مخالفا لكتاب الله وشرطه، فإذا كان المشروط مخالفا لكتاب الله وشرطه كان الشرط باطلا، وهذا معنى قوله ﷺ : «من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة مرة، شرط الله أحق وأوثق»^(٢) .

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٣٢/٢٩ .

(٢) المصدر نفسه ٣٤٦/٢٩ - ٣٤٧ .

و مقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما، وعدم الإيجاب ليس نفيًا للإيجاب، حتى يكون المشترط مناقضا للشرع، وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجبا، فإن المتبايعين يجب لكل منهما على الآخر من الإقباض ما لم يكن واجبا، ويباح أيضا لكل منهما ما لم يكن مباحا، ويحرم على كل منهما ما لم يكن حراما.

وكذلك كل من المتأجرين والمتناكحين.

وكذلك إذا اشترط صفة في المبيع، أو رهنا، أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها، فإنه يجب ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك^(١).

(الأصل في الشرط: الوفاء)^(٢).

امقتضى الأصول والنصوص: أن الشرط يلزم^(٣).

وهكذا أكد الإمام ابن القيم أيضا على هذا الأصل، وأعاد مرارا في (إعلام الموقعين)، وهنا أنقل نصا من نصوصه:

(الأصل في العقود والشروط: الصحة إلا ما أبطله الشارع، أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح، فإن الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثير، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله، ولا تأثير إلا ما أثم الله ورسوله به فاعله، كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله، ولا حرام إلا ما حرمه الله، ولا دين إلا ما شرعه الله؛

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٤٨/٢٩. وانظر ٩١/٣٤.

(٢) المصدر نفسه ٣٤٩/٢٩.

(٣) المصدر نفسه ٣٥٠/٢٩.

فالأصل في العبادات: البطلان حتى يقوم دليل على الأمر والأصل في العقود والمعاملات: الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم^(١).

خلاصة النصوص المذكورة أن الأصل في الشروط تصحيحها، ووجوب الوفاء بها. ومن المعلوم أن القول على الوفاء بالشرط . . . هو الذي يتناسب مع ما اكتنف المعاملات في عصرنا الحاضر من تلاعب بعض المتعاملين - وما أكثرهم - من ذوي النفوس الضعيفة ومماطلتهم في أداء الحقوق إلى أصحابها، وتفننهم في التخلص من حقوق الآخرين، بخاصة إذا بدت للمتعاقد فرصة أخرى أكثر ربحاً وفائدة، حينئذ يلجئون إلى عدم الوفاء بشروطهم للتخلص من هذا التعاقد، غير مبالين بالضرر الذي يقع على غيرهم، فالقول بالإيجاب على الوفاء بالشرط هو الأسلوب العملي لرد مثل هؤلاء، وإعادتهم إلى احترام العقود والوفاء بحقوقها^(٢).

ومن المهم أن أعرض هنا ضوابط الشرط الصحيح، والشرط الفاسد؛ لكي يتضح الموضوع بجلاء:

١- الشرط الصحيح وضابطه:

ضابطه عند الحنفية: اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره، أو اشتراط ما يقتضيه العقد، أو ما يلائم مقتضاه، أو اشتراط ما ورد في الشرع دليل بجواز اشتراطه، أو اشتراط ما جرى عليه التعامل.

(١) إعلام الموقعين ١/ ٣٤٤.

(٢) نظرية الشروط للدكتور الشاذلي: ٤٥٧.

وضابطه عند المالكية: اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره، أو اشتراط ما يقتضيه العقد، أو اشتراط ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه.

وضابطه عند الشافعية: اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره، أو اشتراط ما يقتضيه العقد، أو اشتراط ما يحقق مصلحة مشروعة للعاقدين

وضابطه عند الحنابلة: اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره، أو اشتراط ما يقتضيه العقد، أو يؤكد مقتضاه، أو اشتراط ما أجاز الشارع اشتراطه، أو اشتراط ما يحقق مصلحة العاقد^(١).

٢ - الشرط الفاسد:

ضابط هذا الضرب عند الحنفية: اشتراط أمر يؤدي إلى غرر غير يسير، أو اشتراط أمر محذور، أو اشتراط ما لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه، ولا يلائم مقتضى العقد، ولا مما جرى عليه التعامل بين الناس، ولا مما ورد في الشرع دليل جوازه.

وضابطه عند المالكية: اشتراط أمر محذور، أو أمر يؤدي إلى غرر، أو اشتراط ما ينافي مقتضى العقد.

وضابطه عند الشافعية: اشتراط أمر لم يرد في الشرع، أو اشتراط أمر يخالف مقتضى العقد، أو اشتراط أمر يؤدي إلى جهالة.

وضابطه عند الحنابلة: اشتراط عقدين في عقد، أو اشتراط شرطين في عقد واحد، أو اشتراط ما يخالف المقصود من العقد^(٢).

(١) الموسوعة ١١/٢٦.

(٢) المصدر نفسه ١٣/٢٦.

ويتبدى لدى الإمام بهذه الضوابط المجملة هنا - ولا سيما بعد إنعام النظر في تفاصيلها وأمثلتها في الكتب - أن المذهب الحنبلي هو أوسع المذاهب في تصحيح الشروط، وكذلك يرى الإمام ابن تيمية ما يراه جمهور الحنابلة، ولا يكاد يخرج عن المذهب في تقرير هذا الأصل، ولمزيد من الإيضاح أضيف إلى ما سبق من كلامه ما يأتي:

(كل ما كان حراما بدون الشرط، فالشرط لا يبيحه، كالزبا . . .

وأما ما كان مباحا بدون الشرط، فالشرط يوجبه، كالزيادة في المهر، والتمن، والتمن، والرهن، وتأخير الاستيفاء فالعقد والشرط يرفع موجب الاستصحاب، لكن لا يرفع ما أوجبه كلام الشارع، وأثار الصحابة توافق ذلك، كما قال عمر - رضي الله عنه - : مقاطع الحقوق عند الشروط^(١).

(وكل يمين، أو نذر، أو عقد، أو شرط تضمن ما يخالف أمر الله ورسوله، فإنه لا يكون لازما)^(٢).

وهنا تجدر الإشارة إلى أن المذهب الحنفي قد اقترب - إلى حد كبير - من المذهب الحنبلي بتسويغه الشروط التي جرى بها التعامل بين الناس، ولو كان الشرط ممنوعا في الأصل للجهالة فإن العرف يزيلها^(٣)، لأن العرف إجماع فعلي يقضي على القياس ويخص به الأثر، ومعلوم لنا أن ما تعارف الناس عليه في المجتمع الإسلامي لا يصادم نصا في كتاب الله تعالى، ولا سنة رسوله ﷺ إذ هو العرف الناشئ في ظل شريعة الله تعالى.

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٤٨/٢٩ - ١٥٠.

(٢) المصدر نفسه ٣٥/٣٣٦.

(٣) انظر نظرية الشروط: ٢١٤، والمدخل الفقهي ٤٧٨/١ - ٤٧٩.

كما يجب التنبيه إلى أنه قد لوحظ في كثير من المعاملات المعاصرة وضع الشروط المنافية لمقتضى العقود، وهذا لا يجوز كما تقدم، فقد نص المذهب الحنبلي أيضا على أن اشتراط ما ينافي مقصود العقد الأصلي يكون فاسدا مفسدا للعقد، كما لو وقف دارا، وشرط بيعها متى شاء، أو هبتها^(١).

وقد ظهر هذا الاتجاه في كثير من الاستفسارات المعروضة من قبل بعض المصارف والشركات الإسلامية، ومنها ما ورد في الفتاوى الآتية:

- يجب أن يكون الربح المتحقق للمضارب نسبة شائعة معينة كالثلث والنصف والثلثين، ولا يصح الاتفاق على مبلغ مقطوع به كألف أو ألفين؛ لأنه قد لا يحصل الربح، وقد لا يحصل سوى هذا المبلغ المقطوع فتنتفي المشاركة؛ إذ لو اتفقا على ألف للمضارب، ولم يحصل سواه ربح فمعناه أن الطرفين لم يشتركا في شيء، وهكذا فإن اشتراط قدر مقطوع من ربح المضاربة ينافي مقتضى المشاركة التي تستلزمها المضاربة^(٢).

- لا يجوز للمضارب أن يكفل لرب المال وفاء المشتري بالثمن في موعد استحقاقه؛ لأنه يتول إلى كفالة رأس المال للمضاربة وربحها، وهو ما ينافي مقتضى عقد المضاربة التي تقوم على اعتبار المضارب أمينا ووكيلا في رأس المال، لا ضامنا له^(٣).

- لا يجوز اشتراط تأجيل رأس المال في عقد السلم، بل يجب تسليمه للبائع في مجلس العقد، ولعل الحكمة في اشتراط هذا الشرط أن السلم شرع لإرفاق المسلم

(١) ر: كشف القناع ٤٥١/٣.

(٢) وهذا ما قرره الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، وكذلك المستشار الشرعي للبنك الإسلامي الأردني. وانظر: الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني ٢٥/٢ - ٢٦.

(٣) المصدر نفسه: ٣١ / ٢.

إليه بالثمن الذي يحتاجه في إنتاجه سلعته، فعدم إقباض الثمن يتنافى مع المقصود من العقد نفسه.

لكن يرى المالكية أن التأخر قليلا كيومين، أو ثلاثة في تسليم رأس المال لا يفسد العقد^(١).

- لا يجوز اشتراط الضمان على المسلم إليه بعدم نزول سعر السلعة المبيعة في عقد السلم عن السعر المتفق عليه عند العقد، إذ إن التزامه بتسليم السلعة إلى المسلم، لا ضمان سعر لها؛ لأن هذا الضمان غير مقدور عليه^(٢).

وهذه القاعدة العظيمة التي نادى بها كبار فقهاء المذاهب تكمن أهميتها في العصر الحاضر في تكييف بعض العقود المستجدة التي ربما تحتاج إلى تخريج جديد، ونظر دقيق.

ولكنه يجب التفتن إلى أن التخريج على هذه القاعدة وأمثالها لا يسلم من النقد والاعتراض إذا اصطدم مع قواعد ونصوص تشريعية أخرى. ومن هذا المنطق والمنطلق لا بأس أن ينظر في القضية المطروحة الآتية وجواب بعض المفتين المستشارين عليها مع ربطه بهذا الأصل:

جاء في الجزء الثاني من الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني ما يلي:

(سؤال: أرجو أن أوضح لسماحتكم بأن كثيرا من العملاء لا يقومون بتسديد الأقساط المطلوبة منهم للبنك في المواعيد المحددة، على الرغم من أن كثيرا منهم

(١) ر: الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني: ٤١/٢.

(٢) ر: المصدر نفسه: ٤٥/٢.

موسرون ، وكذلك فإن البعض يتأخر في التسديد لفترات طويلة .

لذا يرجى من سماحتكم التكرم ببيان الرأي الشرعي حول إضافة بند في عقودنا يميز للبنك أن يطلب من العميل -في تلك الحالة- التعويض عن الضرر الذي يصيب البنك في الحالات المشار إليها .

نرجو -في حال موافقتكم على المبدأ- أن تزودونا بالنص الذي ترونه موافقا للشرع .

وجاء في الجواب - بعد استعراض الموضوع - ما نصه :

أرى أن الشرع الإسلامي لا يعارض في وضع شرط بالصيغة التالية ، في عقد معدل للشروط العامة ، للتعامل والكفالة المطلقة ملحقا به مكملا له ، مضافا إليه :

عظفا على العقد الأساسي للشروط العامة ، للتعامل والكفالة المطلقة

أصرح / نصح بالاشتراط المبحوث عنه أدناه ، ملحقا بالعقد الأساسي المذكور مكملا له / مضافا إليه .

يشترط في حالة حلول أجل الالتزامات المترتبة في ذمتنا إلى البنك ، وامتناعنا عن الوفاء - رغم يُسرنا- يحق للبنك أن يطالبنا بما لحقه من ضررنا شيء ، و / أو متعلق بواقعة امتناعنا عن الوفاء في مدة المماطلة ، وفي حالة عدم اتفاقنا مع البنك على تقدير الضرر ، تحال مطالبة البنك إلى التحكيم المبحوث عنه في العقد الأساسي المذكور ، مع العلم بأنه من المفهوم ، والمتفق عليه بيننا أنه يعتبر موسرا من يملك أموالا منقولة ، أو غير منقولة ، لا يمنع الشرع الإسلامي ، والقوانين والأنظمة المعتمدة من التصرف بها ، سواء كانت مرهونة لأمر البنك ، أو غير مرهونة ،

مادامت تكفي لسداد الالتزامات المبحوث عنها أعلاه، كليا، أو جزئيا، ويكون للبنك الحق في المطالبة بمقدار الضرر، دون الحاجة إلى توجيه إخطار عدلي، أو إنذار، أو تنبيه أو أي إجراء آخر.

وعليه: فإن وضع الشرط بالصيغة المذكورة أعلاه، بعد اتفاق الطرفين المتعاقدين عليها، يكون جائزا شرعا؛ لأن الأصل في الشروط الصحة واللزوم، وللحديث الشريف: «المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما، أو حرم حلالا»^(١).

فالواقع أن الجواب المذكور لمعالجة الموضوع في القضية المطروحة قد جانبه الصواب، والتخريج على القاعدة المشار إليها غير سديد بحيث إن ما يتبقى من الأقساط يمثل دينا في ذمة المدين، ولا يجوز اشتراط أخذ الزيادة عليه بحجة الاتفاق المسبق بين الطرفين على دفع التعويض عند تحقق الضرر بسبب التأخر في سداد أقساط الدين، ولا فرق سواء أكان الاشتراط في صلب العقد أم عقب إبرامه، وليس بخاف ما يتضمنه مثل هذا القرار من فتح باب الربا، ولزيد من التوثيق لما أبدت لا بأس من إيراد نص القرار الصادر من مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي الذي يتعلق بصميم هذا الموضوع، وهو كما يلي:

إن الدائن إذا شرط على المدين، أو فرض عليه أن يدفع له مبلغا من المال غرامة مالية جزائية محددة، أو بنسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما - فهو شرط، أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء كان الشرط هو

(١) الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني ١٦/٢ - ١٧.

المصرف، أو غيره؛ لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه^(١). وهذا ما يستوحى من القاعدة التي ذكرها الإمام ابن قدامة بالصيغة الآتية:

(كل قرض شرط فيه أن يزيده، فهو حرام بغير خلاف)^(٢).

وبهذه المناسبة من المناسب أن أشير إلى أنه يجوز الاشتراط في بعض العقود المالية بشرط جزائي، كأن نشترط على شخص بتسليم المبيع في عقد البيع، أو إحضار المصنوع في الاستصناع مثلاً خلال مدة معينة، وعند ما يخل بالتزامه يدفع مبلغاً جزاء إخلاله بالتزامه.

فمثل هذا الشرط جائز، على ألا يتجاوز الشرط الجزائي حد المعقول بأن كان أكثر من الضرر الذي يعود على الطرف الآخر، بناء على القاعدة العامة المقررة: (لا ضرر ولا ضرار)^(٣).

وينبغي التنبيه هنا إلى أنه لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه في عقد السلم، لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير^(٤).

وانطلاقاً من هذا المبدأ الراسخ المستند إلى الحديث: «المسلمون عند شروطهم»: جوز في شركة العنان أن يقسم الربح بين الشريكين بحسب ما يتفقان

(١) قرارات مجلس المجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة الحادية عشرة، القرار الثامن: ص ٤٥.

(٢) المغني ٤/٣٩٠.

(٣) ر: فتاوى بيت التمويل الكويتي ٢١/١.

(٤) انظر قرارات المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته التاسعة، التي عقدت في (أبوظبي) من ١ - ٨ ذي القعدة ١٤١٥هـ.

عليه من مساواة، أو تفاضل بشرط أن يكون النصيب جزءاً مشاعاً من الربح كنصف، أو ثلث، فيجوز أن يتفق الشريكان على تقسيم الربح بنسبة ما لهما، ويجوز أن يتفقا على تقسيمه بالتساوي مع تفاضلهما في المال، كما يجوز أن يتفاضلا في الربح مع تساويهما في المال، كما هو مذهب الحنفية والحنابلة.

وحجتهم أن الربح كما يستحق برأس المال يستحق بالعمل، والأعمال تتفاوت قيمة باختلاف العاملين قدرة ومهارة، وعلى هذا فإن مقدار ما يستحقه الشريك إنما يعرف بالشرط، لقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً».

وقد جنحت هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني إلى الأخذ بهذا الرأي^(١)؛ نظراً إلى قوة الدليل والتعليل وتيسيراً للمعاملات في ضوء ما تسمح به قواعد التشريع الإسلامي الحكيم.

وختاماً أود أن أقول: إن موضوع الشروط من الموضوعات الواسعة الشائكة، وفي تعبير الإمام ابن العربي: (مسائل الشرط معضلة . . .)^(٢)، ولذا صاغ الفقهاء ضوابط كثيرة تحيط بأطراف البحث، وإلى هذا أوماً الإمام ابن عبد البر عند ذكر الشروط بقوله: (وهذه أصول يحتمل أن يفرد لها كتاب)^(٣)، ولكن المحور الأساسي الجوهرية فيها هو ما يتعلق بالشروط المنافية لمشروعية العقود ومقاصدها، ومن ثم ينبغي التركيز عليها إذ القول بسواغية الشروط على الإطلاق قد يؤدي إلى خرق قواعد مجمع عليها بين الفقهاء، والله أعلم.

(١) فتاوى بنك فيصل الإسلامي السوداني: ١٠٦ - ١٠٧.

(٢) القبس ٢/٨٠٦.

(٣) الاستذكار ٢٣/٢٠٣.

الخراج بالضمان^(١) (م/٨٥)

هو: الغنم بالغرم، والغرم بالغنم (م/٨٧)

هذه القاعدة العظيمة عبارة عن حديث نبوي شريف تلقاه العلماء بالقبول وعملوا به في أبواب البيوع، (وهو أصل متفق عليه)^(٢).

والخراج بالضمان: أراد به ما يحصل من غلة العين المبتاعة، عبداً أو ملكاً، وذلك أن يشتريه فيستغله زماناً، ثم يعثر منه على عيب قديم لم يطلع عليه البائع، أو

- (١) أخرجه الشافعي، ترتيب المسند ١٤٣/٢ - ١٤٤، كتاب البيوع، باب فيما نهي عنه من البيوع، الحديث (٤٧٩)، وأبو داود الطيالسي، المسند ص: (٢٠٦)، الحديث (١٤٦٤)، وأحمد، المسند ٤٩/٦، ١٦١، ٢٠٨، ٢٣٧ في مسند عائشة - رضي الله عنها - وأبو داود، السنن ٧٧٧/٣ - ٧٧٩، كتاب البيوع والإجازات (١٧)، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله، ثم وجد به عيباً (٧٣)، الحديث (٣٥٠٨). والترمذي، السنن ٥٨١/٣ - ٥٨٢، كتاب البيوع (١٢)؛ باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله، ثم يجد به عيباً (٥٣)، الحديث (١٢٨٥)، وقال: (حديث حسن صحيح، والنسائي، المجتبى من السنن ٧/٢٥٤ - ٢٥٥، كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان، وابن ماجه، السنن ٧/٧٥٤، كتاب التجارات (١٢)، باب الخراج بالضمان (٤٣)، الحديث (٢٢٤٢)، وابن الجارود، المنتقى ص: (٢١٢ - ٢١٣)، أبواب القضاء في البيوع، الحديث (٦٢٧)، والدارقطني، السنن ٣/٥٣، كتاب البيوع، الحديث (٢١٤). والحاكم، المستدرک ٢/١٥، كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان. والبيهقي، السنن الكبرى ٥/٣٢١، كتاب البيوع، باب المشتري يجد بها اشتراه عيباً. - انظر: الهداية في تخریج أحاديث البداية - بداية المجتهد لابن رشد - لأبي الفيض أحمد الغماري تحقيق محمد سليم إبراهيم سمارة ج ٧ ص ٣٣٤ - ٣٣٥، وقد صححه ابن القطان كما في (التلخيص الحبير) للحافظ ابن حجر ٣/٢٢.
- (٢) بداية المجتهد لابن رشد (مطبوع مع تخریجه الهداية للغماري) ٧/٣٣٣.

لم يعرفه، فله رده وأخذ الثمن^(١)، ويكون للمشتري ما استغله؛ لأن المبيع لو كان تلف في يده لكان في ضمانه، ولم يكن له على البائع شيء، أي الخراج مستحق بسبب الضمان^(٢).

وقال الإمام الزركشي: (هو حديث صحيح، ومعناه: ما خرج من الشيء من عين ومنفعة وغلة، فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فلو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له؛ ليكون الغنم في مقابلة الغرم)^(٣).

وتجدر الإشارة إلى أن الباء المذكورة في الحديث للمقابلة، يقول العلامة الونشريسي المالكي بصدد ذكره معاني الباء: (تأتي للمقابلة وهي الداخلة على الأعواض، وأحسن مثال لها قوله عليه السلام: «الخراج بالضمان»)^(٤).

وبمناسبة شرح هذه القاعدة الحديثية والتطبيق عليها يجب التنبيه إلى أنها وثيقة الارتباط بما ثبت في الحديث من نهي رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن^(٥).

(١) في الأصل العين، وهو تحريف عما أثبت.

(٢) مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار، مادة (خرج)، للعلامة الفتنى ٢/٢٢.

(٣) المنثور في القواعد ٢/١١٩، وانظر الأشباه والنظائر للسبكي ٢/٤٠ - ٤١، والأشباه والنظائر للسيوطي: ٢٥٥.

(٤) المعيار في الفتاوى ٤/٣٤٦، والأشباه والنظائر للسبكي ٢/٢١٤.

(٥) وهذا ما أشار إليه أيضًا الإمام ابن العربي في (القبس) انظر ٢/٨٠٦. وقوله عليه الصلاة

والسلام: «لا يجل بيع وسلف، ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك».

أخرجه أبو داود الطيالسي وأحمد والدارمي وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن الجارود والحاكم والبيهقي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو بن العاص به بلفظ: «لا يجل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك» صححه الحاكم، وقال الترمذي: حسن صحيح، ولفظ الطيالسي: «نهى عن سلف وبيع» الحديث. تخريج أبي الفيض الغماري: الهداية في تخريج أحاديث البداية ٧/٢٣١ - ٢٣٢، وانظر تعليق المحقق: محمد سليم إبراهيم سهارة لمزيد من توثيق النص، وعزوه إلى مصادره.

ومعناه: ربح ما بيع قبل القبض^(١).

وإذا تأملت معنى الضمان في اللغة تبين لك أنه يشتمل على مفهوم القبض والحيازة.

قال الإمام اللغوي البارع أبو الحسين أحمد بن فارس: (ضمن: الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه. من ذلك قولهم: ضمنت الشيء، إذا جعلته في وعائه...) (٢).

ومن هذا المنطلق يمكن القول: إنه لا يجوز استحقاق الغلة، أو الربح - وهو الخراج كما سلف - إلا إذا كان ناشئاً عن القبض، وبذلك ما لم يدخل الشيء في ضمان المشتري لم يسلم له خراجه، وهذا يتفق مع قول الفقهاء أيضاً: «لا يستحق الربح إلا بالمال، أو العمل أو الضمان»، باعتبار أن الضمان أحد العوامل الثلاثة في استحقاق الربح.

وسبب ورود هذه الكلمة الجامعة الشريفة - كما جاء في سياق الحديث المروي عن عائشة - رضي الله عنها - أن رجلاً اشترى غلاماً في زمن النبي ﷺ وبه عيب لم يعلم به، فاستغله، ثم علم العيب فرده، فخاصمه إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، إنه استغله منذ زمن، فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان» (٣).

(١) انظر كشاف القناع ٢/٣، ٢٤٢، وبداية المجتهد، باب في بيوع الذرائع الربوية، الفصل الأول: فيما يشترط فيه القبض من المبيعات ٧/٢٣٠.

(٢) معجم مقاييس اللغة ٣/٢٣، باب الضاد والميم وما يتلثهما.

(٣) انظر التخريج السابق المستفاد من الهداية في تخريج أحاديث البداية للغناري، وراجع: البيان والتعريف في أسباب ورود الحديث الشريف للحمزاوي ٣/٦١ - ٦٢.

وعند بعضهم بلفظ: «الغلة بالضمان» رواه الحاكم، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي^(١).

وهنا كلمة الغلة الواردة في هذا النص خير معبر ومفسر عن معنى الخراج، وهو يتفق تماما مع الشرح المذكور آنفا، ولمزيد الإيضاح أرى من المناسب أن أذكر كلام العلامة علي حيدر بصدد شرحه هذه القاعدة:

(الخراج هو الذي يخرج من ملك الإنسان، أي ما ينتج منه من التناج وما يغل من الغلات: كلبن الحيوان ونتائجه، وبدل إجارة العقار، وغلل الأرضين، وما إليها من الأشياء، ويقصد بالضمان: المثونة: كالإنفاق على الحيوان، ومصاريف العمارة للعقار، ويفهم منها: أنه من يضمن شيئا لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان: مثلا لو رد المشتري حيوانا بخيار العيب، وكان قد استعمله مدة لا تلزمه أجرته؛ لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله)^(٢).

وقد حكم عمر بن عبدالعزيز - رحمه الله - في هذه المسألة بالأجرة للبايع، ولكنه لما اطلع بعد ذلك على الحديث النبوي الشريف: «الخراج بالضمان» نقض ذلك الحكم^(٣).

ومن نظائر المسألة السابقة: ما لو وهب إنسان للآخر شيئا كدابة مثلا، فولدت عند الموهوب له، أو أجرها، أو أخذ أجرتها، ثم رجع الواهب في هبته، فإنها يسترد الأصل دون الولد، أو الأجرة^(٤).

(١) المستدرک ١٥/١.

(٢) درر الحکام ٨٨/١.

(٣) المصدر نفسه ٨٨/١، وانظر المصنف لعبدالرزاق ١٧٦/٨ - ١٧٧، وإعلام الموقعين ٢/٢٦٢.

(٤) المدخل الفقهي ٣/٢١٩ - ٢٢٠، وانظر المجلة م/٨١٩.

وقول الفقهاء: «الغرم بالغنم» يعبر عن نفس المعنى المراد من الحديث النبوي المذكور، يقول العلامة الشاه ولي الله الدهلوي - رحمه الله - : (ومن القواعد المبنية عليها كثير من الأحكام: أن الغنم بالغرم. وأصله ما قضى النبي ﷺ «أن الخراج بالضمان»^(١)).

وربما أوضحوا صيغة القاعدة بذكر كلمة (مقابلة) كما تقدم في نص الإمام الزركشي في مطلع البحث، أو كلمة (مقابل) كما يلاحظ في بعض صياغات الإمام السرخسي ومنها قوله: (الغنم مقابل بالغرم)^(٢).

أما قولهم: «الغرم بالغنم» فهو يفيد عكس القاعدة السابقة كما هو جلي من النص.

ومعنى هذه العبارة: (أن التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعا)^(٣).

وهذا ما ألع إليه الإمام ابن تيمية بقوله: (من كان الشيء له كانت نفقته عليه)^(٤).

ويمكن أن نقول: إنها تمثل الوجه الآخر للقاعدة الحديثة، وفي كل الأحوال هي مستفادة من نفس الحديث النبوي.

يقول العلامة علي حيدر في شرح (الخراج بالضمان):

(إن من يضمن شيئاً إذا تلف، يكون نفع ذلك الشيء له مقابلة في ضمانه حال

(١) حجة الله البالغة ٢/١٦٩.

(٢) المبسوط ١٣/٨٠.

(٣) المدخل الفقهي ٢/١٠٣٥ ف ٦٥٠.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٤/١٠٦.

التلف ، ومنه أخذ قولهم : «الغرم بالغنم»^(١) .

انطلاقاً من فيض الأقوال المذكورة آنفاً نخلص أخيراً إلى أن هذه العبارات : (الخراج بالضمان) ، و (الغنم بالغرم) (والغرم بالغنم) ، أو (النعمة بقدر النعمة ، والنعمة بقدر النعمة) كما في (المجلة)^(٢) - غير متباينة في الدلالة والمعنى ، وبذلك لا يكاد يختلف التفریع عليها ، وهذا لا يتنافى مع اختلاف الفقهاء أحياناً في كيفية الاستناد إلى هذه القاعدة ومدى تفاوتهم في استعمالها .

هذه القاعدة نص عليها الإمام السرخسي - رحمه الله - في أبواب شتى ومناسبات مختلفة ، ومنها ما جاء في النصوص الآتية :

(إذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة ، فخرج المضارب فيها وفي عشرة آلاف من مال نفسه إلى مصر ليشتري بها ويبيع ، فإن نفقته على أحد عشر سهماً ، جزء منها في مال المضاربة وعشرة أجزاء في مال نفسه ؛ لأنه يحتمل أن يكون خروجه لأجل مال المضاربة ، ويحتمل أن يكون خروجه لأجل نفسه ، احتمالاً على السواء ، فينظر إلى منفعة خروجه وعمله ، وذلك يختلف بقلة المال وكثرته ، فيقسم النفقة على قدر ذلك ؛ لأن المغرم مقابل بالمغنم)^(٣) .

وجاء في أثناء الكلام عن المراجعة ما يلي :

- (وكذلك ألبان الغنم وأصوافها وسمونها إذا أصاب من ذلك شيئاً ، فلا بيع الأصل مرابحة حتى يُبين ما أصاب منها ؛ لأن ما أصاب في حكم جزء من عينها .

(١) درر الحكام ١/ ٨٨ .

(٢) م/ ٨٨ .

(٣) المبسوط ٢٢/ ٦٧ .

فإن كان أنفق عليها ما يساوي ذلك في علفها ، وما يصلحها فلا بأس بأن يبيعها مرابحة من غير بيان ؛ لأن حصول الزيادة باعتبار ما أنفق عليها من ماله والغنم مقابل بالغرم^(١) .

- (ولو أوصى لرجل بنخل ، ولآخر بغلته ، فالنفقة على صاحب الغلة تسلم له بمقابلة ما ينفق ، والغرم مقابل بالغنم)^(٢) .

- (وإذا أوصى بخدمة عبده لرجل وبغلته لآخر ، وهو يخرج من الثلث ، فإنه يخدم صاحب الخدمة شهرا ، ويغل على صاحب الغلة شهرا لاستواء حقها فيه وفي كل شهر طعامه على من له منفعة ؛ لأن الغرم مقابل بالغنم)^(٣) .

وذكر بصدد بحثه عن ولاء الموالاة :

- (عقد الموالاة يكون سببا لتحمل العقل ، وإذا كان يتحمل به العقل يورث به أيضا ؛ لأن الغرم مقابل بالغنم)^(٤) .

ويندرج تحت هذه القاعدة ما ورد في فتاوى العلامة عبدالرحمن السعدي من الأصل الجامع الآتي :

(كل مشترك نأؤه للشركاء ، ونفقته عليهم ، ونقصه عليهم . هذا أصل جامع)^(٥) .

(١) المسوط ١٣ / ٨٠ .

(٢) المصدر نفسه ٢٣ / ٥٢ .

(٣) المصدر نفسه ٢٧ / ١٨٨ .

(٤) المصدر نفسه ٣٠ / ٤٣ .

(٥) فتاوى السعدي : ٣٣٥ ، وانظر المأمول للسعدي أيضا : ٣٤ .

وقول الحنابلة: إن مؤنة الرهن على راهنه مخرج على هذا الأصل باعتبار أنه ملك للراهن، فتجب عليه نفقته وما يحتاج إليه^(١).

وهكذا تجد هذه القاعدة جمّة التفاريع والآثار.

وهناك مسائل مشهورة أخرى تتخرج على هذه القاعدة:

- ومنها: اتفاق الفقهاء على أن مؤنة رد العين المنتفع بها في الإجارة على المؤجر؛ لأن العين المستأجرة مقبوضة لمنفعته بأخذ الأجر، وعلى المستعير في العارية^(٢)؛ لأن الانتفاع له، عملاً بقاعدة: (الغرم بالغنم)^(٣).

- ومنها: إذا احتاج ملك مشترك للتعمير والترميم، فعلى كل واحد من الشركاء أن يدفع النفقات بنسبة حصته في الملك^(٤).

- وأجرة كتابة صك المبيعة على المشتري؛ لأنها توثيق لانتقال الملكية إليه^(٥).

- وكذا قيمة ما اتفقوا على إلقائه في البحر من الأمتعة المحمولة في السفينة إذا أشفقت على الغرق من ثقلها، فإنها على ركابها بمقابلة سلامة أنفسهم^(٦)، أي تقسم على عدد الرءوس لا على كميات الأمتعة.

(١) انظر الموسوعة ٢٣١/١١، وشرح روض الطالب من أسنى المطالب ١٦٩/٢.

(٢) والفرق بين المستعير والمستأجر أن المستعير قابض لمنفعة نفسه وعليه الرد فعليه نفقته إذا احتاج الرد إلى نفقة. أما المستأجر فقابض لمنفعته أيضاً، لكن مقابل أجر فكان كالقابض لمصلحة المؤجر، فتكون نفقة الرد على المؤجر. (انظر: تبين الحقائق ٨٩/٥).

(٣) انظر تبين الحقائق ٨٩/٥، والخرشي ١٢٧/٦، ونهاية المحتاج ١٢٤/٥، وكشاف القناع ٧٣/٤، والموسوعة ٣١١/٦.

(٤) درر الحكام ٩٠/١، وانظر المجلة م/١٣٠٨، وشرح الأتاسي ٢٤٦/١.

(٥) المدخل الفقهي العام ١٠٣٥/٢ ف ٦٥٠، وانظر شرح القواعد الفقهية: ٤٣٨.

(٦) شرح القواعد الفقهية: ٤٣٨.

وبناء على هذا الأصل يمكن القول: إن للمقترض أن يتنفع بما اقترضه؛ لأنه ضامن لهذا القرض، والخراج بالضمان^(١).

وفي الاقتصاد المعاصر ينسحب هذا الحكم على حسابات الائتمان، وهي الودائع الجارية وتحت الطلب، فإن المصرف يتصرف بها - وقد دفعها إليه صاحبها راضيا - فإنها تكتسب حكم القرض، فيسوغ للبنك استعمالها واستثمارها وله غنمها، وعليه غرمها.

ويمكن تطبيق هذه القاعدة في مجال السياسة الاقتصادية، وفي توزيع أعباء النفقة العامة^(٢).

والواقع أن هذه القاعدة قائمة على أساس العدل والتوازن، وتمثل الركيزة الأساسية التي ينبنى عليها الاستثمار، فإن المشاركة في المغنم والمغارم هي الأصل الذي لا يمكن إهداره، وإلا انقلبت الفكرة النقية التي يدعو إليها النظام الاقتصادي الإسلامي إلى النظام الربوي وهو: اختصاص أحد الفريقين بالغنم، وتعرض الفريق الآخر وحده لعوارض المغارم والأرزاء^(٣).

ثم إن توظيف الأموال من خلال تطبيق قاعدة (الغنم بالغرم) هو المسلك الصحيح المغني عما هو حرام من عملية التمويل بالقروض...، حيث (الغنم) بالحصول على فائدة دون أي استعداد لتحمل مسئولية المخاطرة المقابلة لكسب الغنم^(٤).

(١) انظر: تطور النقود في ضوء الشريعة الإسلامية للدكتور أحمد الحسني: ٢٤٥.

(٢) انظر: بحث الدكتور محمد أنس الزرقا، السياسة الاقتصادية، الإدارة المالية ٣/ ١٢٨١.

(٣) انظر: مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، للدكتور محمد صلاح الصاوي: ٤٤٠ - ٤٤١.

(٤) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية (الاستثمار) ٦/ ٢٠٧.

ونلاحظ أن الفقه الإسلامي لم يقرر لرأس المال حقاً في الحصول على الربح، إلا إذا كان ذلك على وجه المشاركة مع رأس مال آخر، أو عمل آخر توقعاً للربح، وتحسباً للخسارة^(١)، وهذا ما تقتضيه هذه القاعدة الذهبية، فتوجب مثلاً في عقد المضاربة على أن ينص على كيفية توزيع الربح شائعاً بين كل من رب المال والمضارب، وبناء على ذلك لا يسوغ اشتراط مقدار معلوم من المال لأحدهما كألف دينار للمضارب في الشهر، أو ١٠٪ لرب المال من رأس ماله، إذ إن الربح قد لا يزيد على ما جعل لأحدهما فيستبد بالربح كله، وبذلك يتلاشى مفهوم العدل الذي تقوم عليه المشاركة، ولا يتحقق ذلك إلا باشتراكهما في المغنم والمغرم.

وليس بخاف أن اشتراط الربح المقطوع داخل في الغرر المنهي عنه.

يقول العلامة عبدالرحمن السعدي في كتابه (الإرشاد): (ومن الغرر في باب المشاركات، والمساقاة، والمزارعة، ونحوها أن يشترط لأحدهما ربح إحدى السلعتين، أو السفرتين، أو دراهم معينة من الربح، أو زرع ناحية معينة، أو شجر معين ويقتسم الباقي على شرطهما، فإن فيه من الغرر المنافي لمقصود المشاركة ما هو ظاهر، ومبنى هذه المشاركات على استواء المتشاركين فيما يحصل لهما من غنم، وما عليهما من غرم)^(٢).

وفي ضوء هذه القاعدة يمكن أن ندرك عدم جواز التمييز بين أصحاب الأسهم

(١) انظر: تعليق الأستاذ أحمد محيي الدين أحمد حسن علي (سندات القراض وضمان الفريق الثالث) للدكتور منذر قحف، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد ٧٠/٣.

(٢) الإرشاد إلى معرفة الأحكام (مطبوع ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفاته) ٤٩١/٢ - ٤٩٢.

بما يؤدي تحميل الخسارة على بعضهم دون البعض الآخر منهم، وعلى هذا الأساس نجد لجوء بعض مصارف التنمية إلى التعامل بالأسهم الممتازة معارضا لفكرة المشاركة في الإسلام ومع قاعدة (الغرم بالغنم).

والأسهم الممتازة: هي الأسهم التي يعطى بعض أصحابها حق الأولوية في استرداد قيمة أسهمهم على باقي المساهمين عند تصفية الشركة، أو ربما ينالون أولوية وحظا خاصا في قبض ربح معين، وبذلك يظلم الآخرون من أصحاب الأسهم الأخرى، وهذا الاختصاص يتنافى مع العدالة التي تنص عليها قاعدة (الغرم بالغنم)^(١).

وفي هذا المعنى أصدر المجمع الفقهي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي القرار التالي:

(لا يجوز إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال، أو ضمان قدر من الربح، أو تقديمها عند التصفية، أو عند توزيع الأرباح)^(٢).

وكذلك البحث عن وسيلة لجعل البنك ضامنا للأموال التي تسلم إليه بغرض الاستثمار، يتنافى مع مبدأ المشاركة القائم على القاعدة الشرعية القائلة بأن (الغرم بالغنم)، فالتزام البنك يعني أن أصحاب الأموال يشاركون البنك في المغنم فقط، أما في حالة الخسارة فلا يتحملون شيئا. وهذا أمر تأباه العدالة التي تتميز بها الشريعة الإسلامية^(٣).

(١) انظر: مشكلة الاستثمار، للدكتور محمد صلاح الصاوي: ٧٧٠ - ٧٧١.

(٢) (القرار رقم ٧/١/٦٥، دورة المؤتمر السابع، عام ١٤١٢هـ).

(٣) الترشيد الشرعي للبنوك القائمة، للأستاذ جهاد عبد الله: ٣١٦، وانظر المصدر نفسه: ٣٥٢.

وهكذا تجد هذه القاعدة الجليلة عميقة الأثر في كثير من القضايا المنوطة بالاقتصاد الإسلامي المعاصر، من حيث معالجة عمليات الاستثمار، وإدراك الأخطاء التي يرتكبها بعض الاقتصاديين والمصرفيين الذين لم يتوفروا على دراسة الفقه الإسلامي وأصوله في حل مشكلات الاقتصاد ومعضلاته .

وختاماً أود أن أقول : إن هناك تحديات اقتصادية خطيرة معاصرة لا يمكن أن يواجهها إلا النظام الإسلامي ؛ وذلك لما يتمتع به من أصول قويمه حكيمة مرنة ، تحمل في طياتها حلولاً ناجعة للمشكلات الطارئة العويصة ، ومنها هذا الأصل العظيم الذي سلف بيانه ، ومن تلك المشكلات والتحديات : قضية تراكم الديون على المستوى العالمي ، فتكاد الديون تثقل كاهل الشركات الدولية التابعة للحكومات والأفراد ، ففي سنة ١٩٩٢ م كانت ديون الدول النامية تبلغ ترليون (ألف مليار) و٦٠٨ مليار دولار ، ومصدرها استخدام القروض الربوية لأغراض الاستثمار ، أو لأغراض الاستهلاك . . . ، وهكذا نجد الاقتصاد الغربي على شفير الانهيار ، ولا سبيل للإنقاذ من المستنقع الأسن إلا إذا جعل الاستثمار معتمداً على صيغ يشارك فيها الأطراف بالغنم والغرم : كصيغة الشركة ، وصيغة المضاربة ، وصيغة المزارعة والمساقاة . . . إلخ ، وجميع هذه العقود تنبني على اشتراك طرفين في تحمل المغارم ، والتمتع بالمغانم ، وهذا هو البنك الدولي يقول في معرض معالجته لقضية الديون : إنه لا بد من (استبدال الديون بالمشاركة حتى يتحقق الاستقرار في العالم)^(١) .

(١) انظر مقال الدكتور محمد علي القرني - أستاذ الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبدالعزيز/ جدة - بعنوان (مارد الربا يحصد ما تزرعه الدول النامية كقوائد للديون) المنشور في جريدة (المسلمون) عددها ٥٠١ بتاريخ ٤/٤/١٤١٥هـ = ٩/٩/١٩٩٤ م .

إنما البيع عن تراض (١)

يقوم البيع في الفقه الإسلامي على التراضي الحر على إنشائه من الجانبين لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾، (فردّ الله تعالى الأشياء إلى رضا أصحابها بإخراجها عن ملكهم إلى من يُخرجونها إليه، أو إلى احتباسها لأنفسهم، وأخبر أن من جرى على خلاف ذلك، كان آكلاً للمال بالباطل) (٢).

وعنوان القاعدة هنا يمثل نص الحديث النبوي الشريف، كما تلحظ من تخريجه، وهو مؤكد لدلالة الاستثناء الوارد في هذه الآية الكريمة بصيغة أخرى، تجري من حيث وجازتها على غرار القواعد، ومما لا ريب فيه أن الآية الكريمة هي الأساس المكين الذي يستند إليه موضوع التراضي في البيوع. (والبيع في اللغة عبارة عن تمليك المال بالمال، وكذا في الشرع، لكن زيد فيه قيد التراضي، فإن وجدت المبادلة بلا تراض، لا يكون بيعاً شرعياً) (٣).

وخلاصة النصوص: أن كل تجارة عن تراض لم يأت عن النبي ﷺ النهي عنها، ولا كانت في معنى ما نهى عنه، هي جائزة (٤).

(١) أخرجه ابن ماجه ٧٣٧/٢ - ط الحلبي، وقال البوصيري: إسناده صحيح، ورجاله موثقون.

(٢) شرح مشكل الآثار للطحاوي ٨٥/١٤.

(٣) الهداية مع شرحه البنابة للعيني ١٨٧/٦.

(٤) انظر الاستذكار ٩١، ٤٦/٢٠، ١٠١/٢١.

وانطلاقاً من هذا المبدأ الجوهري لا يقر الفقهاء بيعاً لم يقم على الرضا من المتعاقدين، إلا بمبررات ومسوغات خاصة، مثل مصلحة عامة لإحقاق حق، وهو ما يعبر عنه أحياناً بتعبير انتزاع الملكية الخاصة لتحقيق مصلحة عامة بشروط، وقيود معينة، بل يدخل في إطار المستثنيات جميع العقود الجبرية التي تجريها الحكومات بمقتضى المصالح العامة، أو يقضي بها القاضي جبراً على المالك، كبيع أموال المدين الممتنع عن الوفاء.

وفي ضوء هذا النص القرآني ومع النظر إلى قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾^(١) لكونه مماثلاً من بعض الوجوه، ومن حيث النتيجة للآية الكريمة الأولى المعبرة عن قاعدة التراضي - نجد الإمام ابن تيمية يصوغ قاعدتين جامعيتين مع بيانها بياناً شافياً، وهما كما يأتي:

١- (الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد؛ لأن الله تعالى قال في كتابه العزيز: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾، وقال: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾، فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه، فدل على أنه سبب له، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب، فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم، وإذا كان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق، فكذلك سائر التبرعات، قياساً عليه بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن.

وكذلك قوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ لم يشترط في

التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيع للتجارة، وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة، أو طابت نفس المتبرع بتبرع - ثبت حله بدلالة القرآن، إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله، كالتجارة في الخمر، ونحو ذلك^(١).

وإذا كان الأصل هو التراضي فلا حاجة إلى اشتراط لفظ معين، ولا فعل معين للتعبير عن الرضا، وهذا ما جلاه الإمام ابن تيمية في البيان الآتي المشتمل على أصل من أصول المعاملات إذ يقول:

٢- الأصل في العقود من المعاملات المالية أنها تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول، أو فعل، فكل ما عدّه الناس بيعًا وإجارة، فهو بيع وإجارة، وإن اختلف الناس في الألفاظ، والأفعال، انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال، وليس لذلك حد مستمر لا في شرع ولا في لغة، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تتنوع لغاتهم.

ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم إذا كان ما تعاقدوا به دالا على مقصودهم، وهذا هو الغالب على أصول مالك، وظاهر مذهب أحمد.

وهذه القاعدة الجامعة التي ذكرناها من أن العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول، أو فعل - هي التي تدل عليها أصول الشريعة، وهي التي تعرفها القلوب.

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/١٥٥، وانظر: نظرية العقد لابن تيمية ٢١٩-٢٢٠.

ومن أدلتها في كتاب الله عز وجل :

١ - ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾.

٢ - ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾.

فالآية الأولى من جنس المعاوضات، والآية الثانية من جنس التبرعات، ولا يوجد في إحداهما اشتراط لفظ معين، ولا فعل معين يدل على التراضي، وعلى طيب النفس^(١).

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٥-١٥.

البينة على المدعي، واليمين على من أنكر (م/٧٦)

هذه القاعدة نص الحديث النبوي الشريف، رواه البيهقي وغيره بإسناد حسن، أو صحيح كما ذكر النووي^(١) ثم قال - رحمه الله - تعليقا عليه: (هذا الحديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع)^(٢) وهي من الأصول الهامة المطردة في طرائق الإثبات المنوطة بالقضاء.

وشرع الله تعالى هذا الحكم (الحكمة هي مصلحة الخلق بينها رسول الله ﷺ بقوله: «لو أعطي الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، لكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر». وليس في هذه القاعدة خلاف، وإن كان الخلاف في تفاصيل الوقائع التي تتخرج على هذه القاعدة)^(٣).

وإلى هذا المعنى أشار الإمام ابن رشد - الجد - بقوله: (إن قول النبي ﷺ: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر» عام في جميع الدعاوى من الأموال، والدماء، وغير ذلك، وخاص فيما تجردت دعواه من المتداعيين عن سبب يدل على صدق قوله، والله أعلم.

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ٣/١٢ (كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه)، والسنن الكبرى للبيهقي ٢٥٢/١٠ كتاب الدعوى و البينات.

(٢) المصدر نفسه ٣/١٢.

(٣) عارضة الأحوذى على جامع الترمذي لابن العربي ٦/٨٦-٨٧.

وهذه جملة لا اختلاف بين أحد من أهل العلم فيها، وما يوجد من الاختلاف بينهم في التداعي ليس بخارج عن هذا الأصل، إنما هو اختلافهم في قوة السبب الدال على تصديق أحد المتداعيين، وضعفه على ما يؤديه الاجتهاد إلى كل واحد منهم^(١).

ويقول الإمام ابن القيم منوها بهذا الأصل التشريعي ومعللاً بما تضمن: (قد استقرت قاعدة الشريعة أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه.

... وقاعدة الشريعة أن اليمين تكون من جنبة أقوى المتداعيين، فلما كان جانب المدعى عليه قوياً بالبراءة الأصلية، شرعت اليمين في جانبه ...^(٢).

ولا يقف التفريع عليها عند حد، وإلى هذا نبه الإمام السرخسي بصدد ذكره هذا الحديث، وشرحه: (فقد تكلم ﷺ كلمتين استنبط العلماء - رحمهم الله - منها ما بلغ دفاتر)^(٣).

وقد شرح العلامة أحمد الزرقا هذه القاعدة شرحاً وافياً مشبعاً بضرب الأمثلة، وتنزيل الوقائع عليها^(٤).

ومن الملاحظ أن هذه القاعدة العظيمة ينبنى عليها عدد من القواعد الفقهية القضائية ولاسيما قولهم: (الأصل براءة الذمة) باعتبار كون المدعى عليه بريئاً من دعوى المدعي، كان القول قوله عند عدم توافر البينة، فإذا اختلفا في قيمة المتلّف

(١) مقدمات ابن رشد ١٩٢/٢.

(٢) زاد المعاد ٥/٣٦١، ٣٦٥.

(٣) المبسوط ١٧/٢٨ كتاب الدعوى.

(٤) ر: شرح القواعد الفقهية ق ٧٥، م ٧٦.

والمغصوب، فالقول قول الغارم؛ لأن الأصل البراءة عما زاد عن قوله^(١).

وأرشد إلى هذا المعنى الإمام المازري في شرح قوله ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى الناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» إذ يقول:

«اليمين في الشريعة على أقوى المتداعيين سببا، ولما كان الأصل عدم الأفعال والمعاملات استصحابنا ذلك، فكان القائل بما يطابق هذا الأصل هو المدعى عليه، فوجب تصديقه، ولكن لم يقتصر الشرع على الثقة بهذا الأصل في كثير من الدعاوى حتى أضاف إليه يمين المدعى عليه المتمسك بهذا الأصل لتؤكد غلبة الظن بصدقه»^(٢).

ونخلص من ذلك إلى أن التشريع الحكيم جعل القول قول المدعى عليه عند فقدان البينة من طرف المدعي، مع أن كذب كل منهما ممكن؛ لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه من الحقوق^(٣).

هذا، وإن تمييز القاضي المدّعي من المدعى عليه يعتبر من أهم الأمور التي تعينه على إصابة الحق في الأحكام التي يصدرها، ذلك أن الشارع جعل عبء الإثبات في الدعوى على المدّعي، وعبء دفعها باليمين على المدعى عليه إن لم يستطع المدعي إثباتها بالبينة.

(١) ر: الموسوعة ١٢/١٩٤.

(٢) المعلم بفوائد مسلم ٤٠١/٢.

(٣) انظر عدة البروق في الجموع والفروق للونشريسي ص ٤٨٢ - ٤٨٣.

وهذا الأمر هو مدار القضاء وعموده، إذ بعد تحققه لا يبقى على القاضي سوى تطبيق القواعد المعروفة في البيّنات والترجيح؛ لذلك اجتهد الفقهاء في وضع الضوابط التي تعين القضاة على التمييز بينهما، واختلفوا في ذلك، ويمكن حصر أقوالهم في هذا الموضوع في اتجاهين رئيسيين على النحو الآتي:

ركّز جمهور فقهاء المالكية والشافعية على النظر إلى جنبه كل من المتنازعين، فمن كانت جنبته قوية بشهادة أي أمر مصدق لقوله كان هو المدعى عليه والآخر مدّعياً، ومع اتفاق أصحاب هذا الاتجاه على هذا الضابط تجدهم يختلفون في تفسير الأمر المصدق الذي إذا تجرد عنه قول أحد المتخاصمين كان هو المدعى^(١).

ونجد الإمام القرافي يُعنى بالتمييز بين المدعي والمدعى عليه في مناسبات مختلفة في كتابه (الذخيرة) ومنها ما يأتي:

(قاعدة: المدعي: كل من خالف قوله أصلاً، أو عرفاً. والمدعى عليه: كل من وافق قوله عرفاً، أو أصلاً؛ فالأصل براءة الذمم من الحقوق وبقاء ما كان على ما كان، وأن لا يُخَوَّن من جعل أميناً، والعرف: نحو القبض بالبيّنة^(٢) . . . فإذا ادعى الرد بغير بيّنة، فدعواه على خلاف العادة، وكذلك القرائن العادية إذا خولفت. فعلى هذه القاعدة تتخرج الفروع . . . ويتعين المدعى عليه، وإلا فليس كل طالب مدّعياً، ولا كل مطلوب مدعى عليه، بل ربما انعكس الحال لأجل ما تقدم من القاعدة^(٣)).

(١) انظر الموسوعة ٢٠/٢٧٢، ٢٧٦.

(٢) لعل مراده أن عرف الناس جار على أن من يدفع إلى خصمه يأخذ عليه بيّنة بشهادة أو ورقة إيصال.

(٣) الذخيرة ٥/٤٥٨.

ويقول في موضع آخر بصدد عرضه هذه القاعدة:

ليس المدعى عليه هو المطلوب اتفاقاً، بل كل من عضد قوله عرف، أو أصل فهو مدعى عليه، وكل من خالف قوله عرف، أو أصل فهو مدّع، فالمدع يقبض بيينة فلا يقبل قوله في الرد إلا بيينة، فإن ادّعى الرد بغيرها فهو مدّع، وإن كان مطلوباً منه لا طالباً.

وكذلك دعوى الوصي في إنفاق المال على خلاف العرف، والأصل نحو دعاوى الديون، والإتلافات، فإن الأصل براءة الذمم، وهذا معنى قول الأصحاب: المدعى عليه أقوى المتداعيين سبباً، فعلى هذه القاعدة أيضاً يتعين من يصدق مع يمينه ممن لا يصدق^(١).

(وذهب معظم الشافعية إلى أن المدعي: هو من يلتمس خلاف الظاهر، والمدعى عليه: هو من يتمسك بالظاهر، والظاهر عند الشافعية نوعان: ظاهر بنفسه، وظاهر بغيره...، والظاهر بنفسه هو أقوى أنواع الظاهر عندهم، وهو: ما يكون مستفاداً من الأصول، كالظاهر المستفاد من البراءة الأصلية: براءة الذمم من الحقوق، والأجساد من العقوبات، وبراءة الإنسان من الأفعال والأقوال جميعها.

والظاهر بغيره عندهم هو: ما يستفاد من العرف والعوائد، أو من القرائن ودلائل الحال...)^(٢).

(١) الذخيرة ٣٢٩/٥ - ٣٣٠، وإلى هذا تشير القاعدة القانونية: المتهم بريء حتى تثبت إدانته.

(٢) الموسوعة ٢٧٥/٢٠، وانظر الوجيز للغزالي ٢/٢٦٠، ومغني المحتاج ٤/٤٦٤، وقواعد

الأحكام ٣٢/٢، وشرح الجلال المحلي ٤/٣٣٦، والأشباه والنظائر للسيوطي ٧٠ - ٧١.

(الاتجاه الثاني: ما ذهب إليه معظم فقهاء الحنفية، وبعض فقهاء المذاهب الأخرى، وهو تعريف المدعي بأنه: من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعى عليه: من إذا تركها يجبر عليها^(١)). ومثله قول الحنابلة، إلا أنهم ذهبوا إلى اشتقاق تعريف المدعي والمدعى عليه من تعريف الدعوى نفسها، فالمدعي -عندهم- هو منشئ الدعوى، والمدعى عليه هو من توجهت ضده الدعوى^(٢).

وختامًا يجب أن نعلم أن اليمين لها دور كبير وأهمية قصوى في طرق الإثبات الشرعية، وإن كانت (اليمين آخر سهم في كنانة الإثبات)^(٣)، كما قاله العلامة أحمد إبراهيم بك.

وتتجلى أهميتها في بعض المسائل المتنازع فيها بين الأئمة، ومنها على سبيل المثال: قضية القضاء بشاهد واحد ويمين المدعي، وذلك إذا أقام المدعي شاهداً واحداً وعجز عن الآخر، فعلى مذهب الإمام الشافعي ومن معه: يحلف المدعي، ويقضى له بشاهده ويمينه، بناء على أدلة تؤيد الانتصار لهذا القول، وعلى رأي الحنفية ومن وافقهم لا بد له من شاهد آخر، ففي مثل هذه المسألة يظهر دور اليمين البناء، وتفصيل ذلك في كتب الفقه. غير أن الصواب مع المؤيدين لاتجاه الإمام الشافعي^(٤)، وقد عرض العلامة أحمد إبراهيم هذا الموضوع عرضاً رائعاً، ثم ختمه بما هو جدير بالتسجيل - وإن كان بعيداً عما نحن بصدده- لما فيه من تنوير البصائر في نطاق الترجيح، إذ يقول:

(فانظر وفقك الله وأرشدك وأهملك الصواب إلى مسألة الحكم بالشاهد

(١) المبسوط ٣١/١٧، وبدائع الصنائع ٢٢٤/٦، والمغني ٢٧٢/٩.

(٢) الموسوعة ٢٧٦/٢٠.

(٣) طرق الإثبات الشرعية ص ٣٧٣.

(٤) انظر المصدر نفسه ص ٤٠٤ - ٤٠٨.

واليمين كيف قالت فيها الحنفية ومن وافقهم ببطلان الحكم وعدم نفاذه ، بدعوى مخالفته السنة المشهورة ، مع أن الحق ليس في جانبهم ، بل هو في جانب خصومهم في هذه المسألة كما يظهر لك ذلك مما تقدم ومن مراجعة ما أملاه الشافعي - رحمه الله - في (الأم) وما قاله غيره ، ومما ينبغي أن أقوله هنا - وقد قلته مرارًا في مواضع متعددة- : إن العلماء الذين جاءوا بعد الأئمة المجتهدين أصحاب المذاهب الأربعة المدونة كان الواجب عليهم بدل أن يتعصب كل منهم لمذهب إمام معين أن يلتمسوا الحق جهد الاستطاعة ، فإن وجدوه أخذوا به ، سواء أكان في ناحية الشافعي أم كان في جانب أبي حنيفة أم كان مع غيرهما كائنا من كان . إنهم لو فعلوا ذلك لأصبحت كتب الفقه محصاة الأحكام ناطقة بالحق في كلياتها وجزئياتها . . . (١) .

(١) طرق الإثبات الشرعية ص ٤٠٨ .

على اليد ما أخذت حتى تؤدي

هذه قاعدة حديثة شريفة جليلة تعتبر من قواعد الضمان في التشريع الإسلامي .

رواها الحسن، عن سمرة، عن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(١).

قال الإمام الخطابي: (في هذا الحديث دليل على أن العارية مضمونة، وذلك أن (على) كلمة إلزام).

وإذا جعلت اليد آخذة، صار الأداء لازماً لها، والأداء قد يتضمن العين إذا كانت موجودة والقيمة إذا صارت مستهلكة . . .)^(٢).

ويقول الشاه ولي الله الدهلوي: «على اليد ما أخذت» أصل في باب العارية والغصب والإتلاف^(٣).

وفقهاء المذاهب الثلاثة متفقون عليه، وهو الأظهر عند المالكية على أن مئونة رد العارية على المستعير لخبر «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»، ولأن الإعارة

(١) سنن أبي داود مع مختصر المنذري، ومعالم السنن رقم الحديث (٣٤١٧) = ١٩٧/٥ .

(٢) معالم السنن ١٩٧/٥ .

(٣) حجة الله البالغة ٤١٨/٢ .

مكرمة، فلو لم تجعل المئونة على المستعير لامتنع الناس منها.

ولا يخفى ما في هذه القاعدة وأمثالها من صيانة الأملاك، وحفظ الحقوق، وإقامة العدل بين الناس.

فعلى ذلك يجب أن ترد اللقطة التي تؤخذ بقصد امتلاكها، أو المال الذي يؤخذ رشوة، أو سرقة، أو غصبًا - لصاحبها عينًا إذا كانت موجودة، وبدلاً فيما إذا استهلكت.

ومما يتفرع عليها: أن التقادم ليس سببًا مملكًا من أسباب الملكية، ولا يسقط به الحق عن المدعى عليه، ورفض القضاء لسماح الدعوى من باب ضبط النظام، وحمايته من الفوضى لا يمنح حق الملكية، فيجب على من بيده الرد ديانة.

ومن القواعد المبنية على هذه القاعدة الحديثة قولهم: (الأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان)^(١) كما يتبين ذلك من المثالين المذكورين فيما يلي:

لو اختلف الأجر مع المستأجر فقال رب الدار: آجرتك الدار سنة بألف دينار، فقال الساكن: بل استأجرتني على حفظها بألف دينار، فالقول قول رب الدار بيمينه، إلا أن يكون للساكن بينة؛ لأن الأصل براءته، والأصل في القابض لمال غيره الضمان، فيحلف كل منهما على نفي ما ادعاه الآخر، ويغرم الساكن أجره المثل لمدة سكناه فقط^(٢).

(١) المغني ٥/٢٣٦ (كتاب العارية).

(٢) ر: كشف القناع ٤/٤٠.

وكذلك إن قاعدة (المجلة): (لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي) (م/٩٧) وثيقة الصلة بهذا الحديث، كما يستبين من الفروع المتخرجة المنوطة بها في شروح (المجلة).

وإيضاحها: أنه لا يحل في كل الأحوال أن يسط الإنسان يده على مال الغير بوجه غير مشروع، وذلك: كالغصب، والسرقه، والقمار، والربا، والدعاوى الباطلة، وشهادة الزور، واليمين الكاذبة، فمن تناول مال أحد بأحد هذه الأساليب، فهو ظالم ويجب عليه رده قائماً، أو مثله، أو قيمته هالكا^(١).

وذكروا من فروعها: أنه لو ادعى إنسان على آخر بحق، وبعد أن تصالحا ظهر بأن ليس للمدعي حق بما ادعى - فيحق للمدعى عليه استرداد بدل الصلح منه، وكذا لو صالح البائع المشتري على عيب ادعاه في المبيع بعد أن أنكره هو، فتبين له بعد ذلك أن المبيع خالٍ من العيب، أو كان فيه فزال بنفسه، فللبائع حق استرداد بدل الصلح من المشتري^(٢).

وخلاصة الموضوع أنه يحرم أخذ أموال الآخرين بالباطل، وفي حالة التعدي عليها يتقرر الضمان.

(١) ر: شرح المجلة للأتاسي ١/٢٦٤.

(٢) درر الحكام شرح المجلة ١/٩٨.

ليس لعرقٍ ظالمٍ حق (١)

هذه الجملة الوجيزة من الكلمات الجامعة التي جرت على لسان النبوة - على صاحبها الصلاة والسلام - ومعناها: أن يغرس الرجل، أو يزرع، أو يبني، أو يحفر في أرض غيره بغير حق، وحينئذ، فإنه يؤمر بقلعه، أو هدمه إلا أن يرضى صاحب الأرض بتركه (٢).

وبناء على ذلك ذهب جمهور الفقهاء - وهو ظاهر الرواية عند الحنفية - إلى أنه يؤمر بقلع الشجر، وهدم البناء، وتفريغ الأرض من كل ما أنشأ فيها، وإعادتها كما كانت (٣).

قال ابن قدامة: (لا نعلم فيه خلافاً) (٤)؛ وذلك لحديث عروة بن الزبير أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق»، قال:

(١) أخرجه البخاري تعليقا، عن عمرو بن عوف، ولحديث عمرو بن عوف المعلق شاهد قوي أخرجه أبو داود من حديث سعيد بن زيد، وله من طريق ابن إسحاق عن يحيى بن عروة عن أبيه مثله مرسلًا. وفي الباب عن عائشة أخرجه أبو داود الطيالسي، وعن سمرة بن جندب عند أبي داود والبيهقي، وعن عبادة وعبد الله بن عمرو عند الطبراني، وعن أبي أسيد عند يحيى بن آدم في (كتاب الخراج) وفي أسانيدنا مقال، لكن يتقوى بعضها ببعض. فتح الباري ١٩/٥ باب من أحيا أرضاً مواتاً.

(٢) انظر معالم السنن ٢٦٥/٤، وفتح الباري ١٩/٥.

(٣) الموسوعة ٢٨/٢٧٤.

(٤) المغني بالشرح الكبير ٣٧٩/٥.

فلقد أخبرني الذي حدّثني هذا الحديث، أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ،
غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر، «فقضى لصاحب الأرض بأرضه، وأمر
صاحب النخل أن يخرج نخله منها» قال: فلقد رأيتها، وإنما لتضرب أصولها
بالفتوس وإنما لنخل عمّ - أي: طويلة- .

ولأنه شغل ملك غيره، فيؤمر بتفريغه دفعا للظلم، ورداً للحق إلى
مستحقه^(١).

قال الشافعية والحنابلة: عليه أرش نقصها إن كان، وتسويتها؛ لأنه ضرر
حصل بفعله، مع أجره المثل إلى وقت التسليم^(٢).

والمالكية خيروا المالك بين قلع الشجر، وهدم البناء، وبين تركها، على أن
يعطي المالك الغاصب قيمة أنقاض الشجر والبناء مقلوعاً بعد طرح أجره النقض
والقلع، لكنهم قيدوا قلع الزرع بما إذا لم يفت، أي لم يمض وقت ما تُراد الأرض
له، فله عندئذ أخذه بقيمته مقلوعاً مطروحاً منه أجره القلع، فإن فات الوقت بقي
الزرع للزارع، ولزمه الكراء إلى انتهائه، ونصّ على مثل هذا الحنفية^(٣).

وهكذا تجد هذا الحديث يمثل مبدأً عظيماً شاملاً في اقتلاع جذور الفساد
وعروقه التي غرست بدون أي حق قانوني.

(١) المغني بالشرح الكبير ٣٨٠/٥، والاختيار ٦٣/٣.

(٢) شرح المحلي على المنهاج ٣/٣٩، والروض المربع ٢/٢٤٩، والموسوعة ٢٨/٢٧٤.

(٣) القوانين الفقهية ص ٢١٧، والشرح الكبير للدردير ٣/٤٦١-٤٦٢، ورد المختار ٥/١٢٤،

والموسوعة ٢٨/٢٧٤-٢٧٥.

(٢)

القواعد الفقهية الكبرى
وما يتبعها من قواعد مهمة

المشقة تجلب التيسير (م/١٧)^(١)

هذه إحدى القواعد الجليلة الناطقة بمرونة التشريع الإسلامي الحكيم، ولها أثر عميق جدا في كثير من الأحكام الشرعية، وهي مستوحاة من النصوص التشريعية الكريمة التي ترشد إلى رفع الحرج عن العباد، وترفيهم عن المشقة البالغة، ومن المعلوم أن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع^(٢).

وهناك آيات متوافرة من كتاب الله تعالى تعتبر من الأدلة الواضحة البينة على هذا الأصل، وبالأستناد إليها اكتسبت القاعدة خصائص الدليل الشرعي. وهنا أجتزئ بإيراد ما ذكره الإمام ابن النجار الحنبلي بصدده عرضه هذه القاعدة، فأليك ما قاله:

(ومن أدلة الفقه أيضا: قول الفقهاء: (المشقة تجلب التيسير).

ودليل ذلك: قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ

حَرَجٍ﴾^(٣).

(١) الأشباه والنظائر للسبكي ٤٨/١، المنشور في القواعد ١٦٩/٣، الأشباه والنظائر للسيوطي:

١٦٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٨٤.

(٢) الموافقات ٢١٣/١.

(٣) الحج: ٨٧.

إشارة إلى ما خفف عن هذه الأمة من التشديد على غيرهم من الأمر ونحوه، وما لهم من تخفيفات آخر؛ دفعا للمشقة، كما قال الله تعالى: ﴿الآن خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا﴾^(١)، وكذا تخفيف الخمسين صلاة في ليلة الإسراء إلى خمس صلوات^(٢)، وغير ذلك، وقد قال الله سبحانه وتعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ﴾^(٣)، ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ﴾^(٤)، وقال في صفة نبينا محمد ﷺ: ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾^(٥)، وقال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٦)، وقال ﷺ: «بعثت بالحنيفية السمحة»^(٧).

(١) الأنفال: ٦٦.

(٢) متفق عليه من حديث أنس بن مالك - رضي الله عنه - أخرجه البخاري في صحيحه ٤٥٨/١، (كتاب الصلاة)، باب: كيف فرضت الصلاة؟ ح ٣٤٩، ومسلم في صحيحه ١٤٨/١، (كتاب الإيمان)، باب: الإسراء برسول الله ﷺ إلى السموات وفرض الصلوات، ح ٢٦٣.

(٣) البقرة: ١٨٥.

(٤) النساء: ٢٨.

(٥) الأعراف: ١٥٧.

(٦) البقرة: ٢٨٦.

(٧) هذا جزء من حديث رواه أحمد في المسند ٢٦٦/٥، عن أبي أمامة مرفوعا، ولفظه فيه: «إني لم أبعث باليهودية، ولا بالنصرانية، ولكني بعثت بالحنيفية السمحة».

وله شاهد من حديث عائشة مرفوعا بلفظ: «لتعلم اليهود أن في ديننا فسحة، إني أرسلت بحنيفية سمحة» رواه أيضا أحمد في المسند ١١٦/٦.

والمراد بالحنيفية دين إبراهيم عليه الصلاة والسلام بالتوحيد، قال ابن القيم: «جمع بين كونها حنيفية، وكونها سمحاء، فهي حنيفية في التوحيد، سمحة في العمل، وضد الأمرين: الشرك، وتحريم الحلال» وانظر تعليق المحققين على شرح الكوكب المنير ٤٤٦/٤.

ويدخل تحت هذه القاعدة أنواع من الفقه . . . (١).

ووجه الدلالة في تلك النصوص المسوقة، وما سواها من الآيات والأحاديث المتناظرة: أن الله سبحانه وتعالى شاء لعباده اليسر في الأحكام ورفع عنهم العنت والعناء، ولولا ذلك لعظمت المشقة، وضائق الأمور على الناس، ومن ثم قال العلماء: «يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته» (٢).

وينبغي التنبيه إلى أن المشقة الجالبة للتيسير هي المشقة التي تنفك عنها التكاليف الشرعية (٣).

ويقول الإمام الزركشي تحت عنوان (تنبيهات) عقب ذكر هذه القاعدة:

- (هذا إذا كانت المشقة وقوعها عاما، فلو كان نادرا لم تراع المشقة فيه) (٤).

ثم (يختلف ضابطها باختلاف أعضائها) (٥).

وفي نطاق الفقه المالبي الإسلامي يتجلى أثر هذه القاعدة في كثير من الأحكام الأساسية المنصوص عليها والمسائل الفرعية التابعة لها، مع بيان المخارج في حالات الضيق والمأزق.

وإذا تأملت في مشروعية كثير من العقود وجدتها ناجمة من هذا الأصل العظيم.

(١) شرح الكوكب المنير ٤/٤٤٥ - ٤٤٦.

(٢) المجموع المذهب للعلائي ١/٣٤٦، والأشباه والنظائر للسيوطي: ١٦٢، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ٨٤.

(٣) شرح القواعد الفقهية: ١٥٧.

(٤) المشور في القواعد ٣/١٧١.

(٥) المصدر نفسه ٣/١٧٢.

فعلى سبيل المثال: فإن القرض، والإعارة، والإجارة شرعت لإباحة الانتفاع بملك الغير، وذلك حاجة عامة بين الناس.

وشرعت الوكالة، والإيداع، والشركة، والمضاربة، والمساقاة، والمزارعة؛ لاستعانة الإنسان بغيره.

وشرعت الحوالة لتمكين الدائن من استيفاء دينه من غير المديون بطريق الحوالة^(١).

ومن فروعها أيضا:

- جواز فسخ الإجارة بعذر السفر، وجواز إنفاق المضارب على نفسه في السفر من مال المضاربة، وسواغية فسخ العقود المبرمة بالإكراه بعد زواله^(٢).
- بيع المغيبات في الأرض بحيث إذارئي من المبيع ما يدل على ما لم يبرجاز البيع بالاتفاق في مثل بيع العقار.
- وكذلك ما يحصل الحرج بمعرفة جميعه يكتفى برؤية ما يمكن منه، كما في بيع الحيطان، وما مأكوله في جوفه، والحيوان الحامل، وغير ذلك، فالصواب جواز بيع مثل هذا^(٣) مع وجود الغرر اليسير؛ لقيام مصالح الناس بهذه البياعات.
- وكذا ما لا تختلف أجزاءه: كصبرة الطعام، وزق الزيت، يكتفى برؤية

(١) شرح الأتاسي ٤٩/١، وانظر درر الحكام ٣٥/١، والمجموع المذهب في قواعد المذهب ٣٦٦/١ - ٣٦٧، وقواعد الأحكام ٩/٢، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٥.

(٢) انظر شرح القواعد: ١٥٧ - ١٥٨.

(٣) فتاوى شيخ الإسلام ٤٨٦/٢٩ - ٤٨٧.

بعضه ؛ لأنها تنزِيل الجِهالة لتساوي الأجزاء ، ولأنه تتعدر رؤية جميعه ، فاكْتفِي ببعضه كأساسات الحيطان ، وما تشق رؤيته ، كالذي مأكوله في جوفه برؤية ظاهره^(١) .

وهكذا تجد مسائل وقضايا مالية كثيرة جدا راجعة إلى هذه القاعدة العظيمة ، ويمكن حل كثير من المشكلات في ضوئها بعد التدقيق في تنزِيل الحادثة عليها .

(١) ر: الكافي لابن قدامة ١٤/٢ - ١٥ .

إذا ضاق الأمر اتسع (م/١٨)

هذه القاعدة تعبر عن القاعدة الأساسية الكبرى : (المشقة تجلب التيسير).

قال الإمام تاج الدين السبكي : (وإن شئت قلت : . . . المشقة تجلب التيسير ، وإن شئت قلت : إذا ضاق الأمر اتسع)^(١) .

وهذه العبارة معزوة إلى الإمام الشافعي - رحمه الله - كما ذكر الإمام الماوردي وغيره^(٢) .

يقول الإمام الزركشي : (هذه من عبارات الإمام الشافعي - رضي الله عنه - الرشيقة ، وقد أجاب بها في ثلاثة مواضع . . .)^(٣) .

ونوه الإمام عز الدين بها بقوله : (هذه الشريعة مبنية على أن الأشياء إذا ضاقت اتسعت)^(٤) .

وهي قاعدة كثيرة الورد في كلام الفقهاء ، جرت في ثنايا التعليل بتعابير متقاربة ، فعلى سبيل المثال : ذكرها الإمام الكاساني بقوله : (ما ضاق أمر اتسع حكمه)^(٥) .

(١) الأشباه والنظائر للسبكي ٤٨/١ .

(٢) انظر الحاوي للماوردي ٢/٢٦٣ ، والأشباه والنظائر للسبكي نقلا عن الخطابي ٤٨/١ .

(٣) المنشور في القواعد ١/١٢٠ .

(٤) قواعد الأحكام ٢/١١٣ .

(٥) بدائع الصنائع ١/٢٥٠ .

ويقول الإمام الزيلعي عقب توجيه بعض المسائل :

(ما ضاق على الناس اتسع حكمه ، وما عمت بليته سقطت قضيته)^(١) .

ويظهر التقارب بين القاعدتين في المآل من حيث إنه إذا وقعت مشقة في أمر

يرخص فيه ، ويوسع فيه ، ومن هذا المنطلق تجد التفاريح عليها متقاربة جدا .

وكل ما بيناه من التفاريح على القاعدة السابقة (المشقة تجلب التيسير) يعتبر أيضا

تفرعا على هذه القاعدة ؛ لأن هذه تعبر عن سبب تلك وحكمتها .

(١) تبين الحقائق ٢١٨/٥ .

الضرورات تبيح المحظورات (م/ ٢١)

هذه القاعدة من أعظم القواعد الدالة على ساحة التشريع الإسلامي ومرونته، فقد استفيد منها انقلاب الحرام حلالاً في حالات استثنائية اضطرارية جداً، وهي ثابتة بنصوص من الذكر الحكيم.

منها: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(١).

وقوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَضَّلْنَا لَكُمْ مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ﴾^(٢).

فهنا دل الاستثناء من التحريم على الإباحة، وذلك بمقتضى الاضطرار المعبر عن معنى الضرورة.

ولا بأس أن أورد هنا كلمة الإمام ابن حزم الظاهري؛ لما فيها من الإيضاح والتنوير لهذا الموضوع، فهي كالآتي:

كل ما حرم الله عز وجل من المأكول والمشرب: من خنزير، أو صيد حرام، أو ميتة، أو دم، أو لحم سبع طائر، أو ذي أربع، أو حشرة، أو خمر، أو غير

(١) البقرة: ١٧٣.

(٢) الأنعام: ١١٩.

ذلك ، فهو كله عند الضرورة حلال - حاشا لحوم بني آدم وما يقتل من تناوله - فلا يحل من ذلك شيء أصلا بضرورة ولا بغيرها .

فمن اضطر إلى شيء مما ذكرنا قبل ، ولم يجد من مال مسلم ، أو ذمي ، فله أن يأكل حتى يشبع ، ويتزود حتى يجد حلالا ، فإذا وجده عاد الحلال من ذلك حراما ، كما كان عند ارتفاع الضرورة .

وحدّ الضرورة : أن يبقى يوما وليلة لا يجد فيها ما يأكل ، أو ما يشرب ، فإن خشي الضعف المؤذي الذي إن تمادى أدى إلى الموت ، أو قطع به عن طريقه وشغله ، حل له الأكل والشرب فيما يدفع به عن نفسه الموت بالجوع ، أو العطش

أما تحليل كل ذلك للضرورة فلقول الله تعالى : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ ، فأسقط تعالى تحريم ما فصل تحريمه عند الضرورة فعم ، ولم يخص ، فلا يجوز تخصيص شيء من ذلك^(١) .

ويؤيد ذلك : أن المحرمات من الحلية واللباس مثل الذهب والحرير في حق الرجال قد جاءت السنة بإباحتها عند الضرورة : كاتخاذ الأنف من الذهب ، وربط الأسنان به ، وكالرخصة للزبير وعبدالرحمن بن عوف - رضي الله عنهما - في لباس الحرير من حكة كانت بهما . فدلّت هذه الأصول الكثيرة على إباحة المحظورات حين الاحتياج والافتقار إليها^(٢) .

وإلى تلك المعاني ترشد هذه القاعدة ، وقد عبر عنها الفقهاء أحيانا بأساليب

(١) المحل ٤٢٦/٧ ، برقم ١٠٢٥ .

(٢) انظر فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٥٦٢/١٢ - ٥٦٣ .

أخرى، ولكن مألها واحد من حيث الدلالة، ومنها ما يلي:

- (الضرورات تنقل المحظور إلى حال مباح)^(١).
- (الضرورات تنقل الأحكام عن أصولها)^(٢).
- (محال الاضطرار مغتفرة في الشرع)^(٣).

فأفادت هذه العبارات أن الضرورة تسوغ نقل الحكم من حالة الحظر إلى حالة الإباحة، وتخرجه من إطار الأحكام العامة المقررة، وتجعله معفوا عنه لا مؤاخذه فيه بمقتضى الضرورة.

واعلم أن هذه القاعدة من القواعد التي صيغت في عصر أئمة الاجتهاد كما يستبين ذلك من العبارات الآتية المأثورة عن الإمام الشافعي:

- (يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها)^(٤).
- (قد يباح في الضرورات ما لا يباح في غير الضرورات)^(٥).
- (ليس يحل بالحاجة محرم إلا في حالة الضرورات)^(٦).

ومن القواعد الشائعة المقرونة بهذه القاعدة: قولهم: «الضرورات تقدر بقدرها» (م/٢٢).

(١) التمهيد لابن عبد البر ٣١٩/١٧.

(٢) المعيار للونشريسي ٣١٢/٦.

(٣) الموافقات ١٨٢/١.

(٤) الأم ١٦٨/٤.

(٥) المصدر نفسه ١٤٢/٤.

(٦) المصدر نفسه ٢٨/٣.

فهذه القاعدة بمثابة قيد لسابقتها ، ونبه عليها الفقهاء من القديم كما يتجلى من

الصياغات التالية :

- (كل ما أحل من محرم في معنى لا يحل إلا في ذلك المعنى خاصة ، فإذا زایل ذلك المعنى عاد إلى أصل التحريم)^(١) .
- (الثابت بالضرورة يقدر بقدرها)^(٢) .
- (الحكم المقيد بالضرورة مقدر بقدرها)^(٣) .
- (الحكم المقدر بالضرورة مقدر بقدرها)^(٤) .
- (كل ما دعت الضرورة إليه من المحظورات فإنه ساقط الاعتبار على حسب الحاجة وبقدر الضرورة)^(٥) .
- (كل ما أبيض للضرورة وزالت الضرورة لم يجز فعله)^(٦) .

ومن تطبيقاتها المعاصرة : سواغية الإيداع للمضطر في البنوك الربوية ؛ خوفا على ضياع المال إذا لم يجد أمامه سبيلا غير ذلك ، فليس بخاف أنه لا يجوز الإيداع في البنك الربوي بدون سبب معقول ووجيه ؛ لأن البنك الربوي عبارة عن تاجر ديون مراب ، تقع معظم نشاطاته في نطاق الحرام ، وأرصدة الحسابات الجارية يستعين بها في الإقراض بالربا ، ومن المعلوم أن الإيداع فيه يرفده بمدد مادي قوي يزيده قوة في المرباة ، وهذا حرام بنص القرآن : ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ ، غير أن

(١) الأم ٤/٣٦٢ .

(٢) كتاب الأسرار للدبوسي : ٣٠٣ (كتاب المناسك) .

(٣) فتاوى شيخ الإسلام ٢١/٣٥٣ .

(٤) فتاوى شيخ الإسلام ٢١/٤٣٥ .

(٥) القيس شرح الموطأ لابن العربي ١/١٤٥ .

(٦) الانتصار للكلوذاني ١/٣٩٨ .

المسلم عندما لا يجد غير البنوك الربوية فقد تلجئه الحاجة للتعامل مع البنك الربوي، وحينئذ لا حرج في هذا بمقتضى قاعدة الضرورات المسوغة للمحظور، ولذلك إذا ارتفعت الضرورات بحيث إذا وجد بنك إسلامي يمكن الإيداع فيه فيجب سحب الودائع من البنك الربوي؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها^(١).

ومن الجدير بالتنبيه -بمناسبة ذكر هذه القاعدة- أن فقهاء الحنفية جوزوا بيع الوفاء^(٢) بحجة الحاجة، وكذلك الشافعية وغيرهم سوغوه باسم بيع العهدة، أو بيع الثنيا، وإن كان القياس يقتضي عدم الجواز... ثم جرى التعامل به في بلاد الحجاز واليمن^(٣)... وثار النزاع حوله، ولا يزال، والواقع أنه إذا كان جوز بناء على الحاجة القائمة قبل قرون فلم تبق حاجة الآن إلى هذا النوع من التعامل بل يمكن أن يكون تسويغه محل استغلال خطير لدى البنوك الربوية، فالراجح: عدم الإفتاء بجوازه؛ لزوال الحاجة العامة، أو الضرورة الداعية إلى ذلك، ومن باب سد الذريعة إلى الربا أيضا.

(١) انظر: المعاملات المالية المعاصرة للدكتور علي أحمد السالوس: ٨٩.

(٢) بيع الوفاء: هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه، وإنما سمي بيع الوفاء؛ لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط.

هذا، ويسميه المالكية: (بيع الثنيا)، والشافعية: (بيع العهدة)، والحنابلة: (بيع الأمانة). الموسوعة ٢٦٠/٩.

(٣) انظر للتفصيل: الموسوعة ٢٦٠/٩ - ٢٦٣، وقلائد الخرائد لعبدالله باقشير الحضرمي ٣١٧/١ - ٣٢٠.

الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة (م/٢٢) (١)

هذه القاعدة من أعظم القواعد الشرعية الدالة على سماحة التشريع الإسلامي ومدى قابليته لحل المشكلات والمسائل الطارئة في كل زمان ومكان، ولكنها خطيرة أيضا من حيث التطبيق، فقد أصبحت محل استغلال، بل حجة في الخروج من الحرمة إلى الإباحة لدى كثير من المتفكرين المسائرين للتيارات المعاصرة، والواقع أنها لا تقوم مقام الضرورة إلا عند تعينها في حالات معينة، أما الاستناد إليها في تحليل المحرم دائما مع وجود بدائل وحلول شرعية أخرى يمكن الأخذ بها، فليس من قبيل الرجوع إلى التشريع المقرر، بل يكاد يكون نابعا من اتباع الهوى وإرضاء النفوس المريضة، والانقياد مع نزوات النفس، أما إذا تحققت الحاجة - فعلا - وتعينت، فلا بأس من تنزيلها منزلة الضرورة التي تبيح المحرم.

والمراد من القاعدة واضح جدا، وهو: أن الحاجة يمكن أن تنزل منزلة الضرورة في تجويز الممنوع شرعا، ويقول الإمام الجويني: (إن أصل البيع مستنده الضرورة، أو الحاجة النازلة منزلة الضرورة) (٢).

(١) وعبر عنها الإمام الجويني بقوله: (الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة في حق آحاد الأشخاص) كما في البرهان ٦٠٦/٢، والغياثي ٤٧٨ - ٤٧٩، ونقل عنه الإمام الزركشي في المنشور في القواعد ٢٤/٢.

(٢) البرهان ٦٠٩/٢.

واعلم أن أكثر ما ورد على خلاف القياس من الأحكام الشرعية مبني على الحاجة، فعلى سبيل المثال: فإن بطلان بيع المعدوم ثابت بالحديث، وأمر متفق عليه بين الفقهاء، ولكن جوز في الإجارة والسلم بالنص، وفي الاستصناع بالتعامل، لكون حاجات الناس منوطة بهذه الأصناف من التعامل^(١).

وإلى هذا ألمع الإمام السرخسي بقوله: (حاجة الناس أصل في شرع العقود، فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة، ويكون موافقاً لأصول الشرع)^(٢).

ومن الشواهد على اعتبار هذه القاعدة: حديث العرايا، وإليك نص ما قاله أبو بكر بن العربي المالكي عند ذكره القاعدة السابعة من قواعد البيوع في (القبس):

(اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كاعتبار الضرورة في تحليل المحرم، . . . ومن ذلك حديث العرايا وبيع التمر فيها على رءوس النخيل بالتمر الموضوع على الأرض، وفيه من الربا ثلاثة أوجه:

- بيع الرطب باليابس .
- والعمل بالحزر والتخمين في تقدير المالين الربويين .
- وتأخير التقابض، إن قلنا: إنه يعطيها له إذا حضر جذاذ التمر)^(٣).

وهكذا تجد (عقد المساقاة في الشريعة رخصة من الله مستثناة من الإجارة المجهولة العمل للحاجة، كما أن الجعل مستثنى من الإجارة المجهولة العمل للحاجة)^(٤).

(١) ر: شرح الأتاسي ٧٥/١ - ٧٦، درر الحكم ٤٢/١.

(٢) المبسوط ٧٥/١٥.

(٣) القبس ٧٩٠/٢ - ٧٩١.

(٤) المصدر نفسه ٨٦١/٣.

والظاهر أن ما يجوز للحاجة إنما يجوز فيما ورد فيه نص يجوزه، أو تعامل، أو لم يرد فيه شيء منها، ولكن لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه، وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به، وجعل ما ورد في نظيره واردا فيه^(١).

الفرق بين حكم الحاجة العامة، وحكم الضرورة:

الحاجة تنزل فيما يحظره ظاهر الشرع منزلة الضرورة -عامة كانت أو خاصة، وتنزيلها منزلة الضرورة في كونها تثبت حكما، وإن افرقا في كون حكم الأولى (الحاجة) مستمرا، وحكم الثانية موقتا بمدة قيام الضرورة؛ إذ الضرورة تقدر بقدرها.

وكيفما كانت الحاجة فالحكم الثابت بسببها يكون عاما...؛ وذلك لأن الحاجة إذا مست إلى إثبات حكم تسهила على قوم لا يمنع ذلك من التسهيل على آخرين ولا يضر^(٢).

وهنا تجدر الإشارة إلى أن الفقهاء - من القديم - تواضعوا على استعمال كلمة الحاجة في مقام الضرورة، كما يظهر من المسائل والتفاريع المتوافرة في كتب الفقه والقواعد، ولكن لا يعني هذا التسامح عدم التمييز بينهما، فإنهم أدركوا هذه الحقيقة ونصوا على الفرق بينهما، ولعل أول من نبه إلى ذلك هو الإمام الشافعي رحمه الله إذ يقول:

- (وليس يحل بالحاجة محرم إلا في الضرورات)^(٣).

(١) شرح القواعد الفقهية: ٢٠٩.

(٢) شرح القواعد الفقهية: ٢٠٩.

(٣) الأم ٢٨/٣، باب ما يكون رطبا أبدا.

(الحاجة لا تحق لأحد أن يأخذ مال غيره) (١).

ومن الملاحظ أيضا أنه قد عبر عن الحاجة بكلمة الضرورة، ومثال ذلك: قول الإمام الباجي المالكي: (الضرورة العامة تبيح المحظور) (٢)، ومن الواضح جدا أن المراد هنا الحاجة العامة.

ويتجلى من النظرة العجلى في مشروعية الأحكام العملية المالية أنها منبثقة عن حاجة الناس إليها في التعامل، وتوخى التشريع الحكيم في بيانها تهذيب الناس في بيعاتهم على أصول بعيدة عن الربا والغرر الفاحش والجهالة، وعن كل ما يؤدي إلى فساد الأخلاق والنزاع المشكل.

ونجد للإمام ابن تيمية تفصيلا رائعا في هذا الموضوع في كثير من المواطن في الفتاوى، وهنا أذكر ما يعين على إدراك حقيقة القاعدة ومدلولها، ومنها ما يأتي: (الأصل . . . أنه لا يحرم على الناس من المعاملات التي يحتاجون إليها إلا ما دل الكتاب والسنة على تحريمه . . .) (٣).

(وليس في أصول الشرع ما ينهى عن بيع كل معدوم، بل المعدوم الذي يحتاج إلى بيعه وهو معروف في العادة يجوز بيعه، كما يجوز بيع الثمرة بعد بدو صلاحها، فإن ذلك يصح عند جمهور العلماء، كما دلت السنة، مع أن الأجزاء التي تخلق بعد معدومة، وقد دخلت في العقد، وكذلك يجوز بيع المقايي وغيرها على هذا القول) (٤).

(١) الأم ٧٧/٢.

(٢) المنتقى شرح الموطأ ٢٥٩/٤.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٨٦/٢٨.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٠٠/٣٠.

(يجوز للحاجة ما لا يجوز بدونها، كما جاز بيع العرايا بالتمر استثناء من المزابنة للحاجة... (١).

(ما احتيج إلى بيعه فإنه يوسع فيه ما لا يوسع في غيره، فيبيحه الشارع للحاجة مع قيام السبب الخاص، كما أُرخص في بيع العرايا بخرصها، وأقام الخرص مقام الكيل عند الحاجة، ولم يجعل ذلك من المزابنة التي نهى عنها، فإن المزابنة بيع المال بجنسه مجازفة إذا كان ربويا بالاتفاق، وإن كان غير ربوي فعلى قولين، وكذلك رخص النبي ﷺ في ابتياع الثمر بعد بدو صلاحه بشرط التبقية، مع أن إتمام الثمر لم يخلق بعد، ولم ير، فجعل ما لم يوجد، ولم يخلق، ولم يعلم تابعا لذلك، والناس محتاجون إلى بيع هذه النباتات في الأرض (٢).

وكذلك (بيع الجزاف استثنى من الأصل لحاجة الناس واضطرارهم إليه بما يقتضي التسهيل في التعامل) (٣).

ونجد المذهب الحنبلي يقرر أن (القياس على الرخصة جائز إذا فهمت العلة) ويمكن أن تكون العلة في الرخصة هي الحاجة؛ لأن ما أبيع للحاجة لم يبيع مع عدمها (٤).

ويقول الإمام العز بن عبد السلام:

- (لا تجوز المعاملة على ما جهلت أوصافه؛ لاختلاف رتب الأوصاف في

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩/٤٨٠.

(٢) المصدر نفسه ٢٩/٤٨٨.

(٣) الموسوعة ٧٣/٩.

(٤) انظر: المدع ٤/١٤١ - ١٤٢.

النفاسة والخساسة وزيادة المالية ونقصانها بسبب ذلك ، واستثني من ذلك السلم لمسيس الحاجة إليه ، وترك كل وصف من أوصافه على أدنى رتبة ، ولم يسمح بالزيادة على أدنى الأوصاف ؛ إذ لا ضابط لها ، وكذلك جوز الشارع شرط الصفات التي تتعلق بها الأغراض في الثمن والمثمن ؛ إذ لا يمكن مشاهدتها مع مسيس الحاجة إليها ، وترك كل وصف منها على أدنى رتبة ؛ لما ذكرناه في السلم ، فإذا شرط في العبد أنه كاتب ، أو حاسب ، أو رام ، أو بان ، أو نجار ، أو قصار ، حمل على أقل ما يقع عليه اسم كاتب ، أو حاسب ، أو رام ، أو بان ، أو نجار ، أو قصار^(١) .

فهنا نجد تسويغ الجهالة في العقود بسبب الحاجة إليها ، وهذا إذا كان العقد على الإطلاق ، أما إذا قيد بمواصفات وشروط دقيقة فيجب اعتبارها والتزامها .

ومن المعلوم أن الغرر اليسير مغتفر في عامة البياعات ؛ وذلك لحاجة الناس إليها ، فإذا قيل بفساد العقد بوجود الغرر اليسير فيه وقع الناس في حرج شديد ؛ إذ لا يكاد يخلو عقد منه .

يقول الإمام ابن تيمية : (والحاجة الشديدة يندفع بها يسير الغرر ، والشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة أبيض المحرم)^(٢) .

ولدى التأمل في جواز بيع الثمرة بعد بدو صلاحها يتبين أن رسول الله ﷺ قدم

(١) قواعد الأحكام ١٥٤/٢ .

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٤٩/٢٩ .

مصلحة جواز البيع الذي يحتاج إليه على مفسدة الغرر اليسير كما تقتضيه أصول الحكمة التي بعث بها رسول الله ﷺ وعلمها أمته^(١).

ويتبدى بعد النظر في النصوص الفقهية المقررة ما يلي :

أن الحاجة لها اعتبار في النهي عن بعض البياعات، مثل اعتبارها في تسويق الكثير منها، ومنها تحريم بيع الحاضر للبادي، ولذا نجد الإمام القاضي أبا يعلى الحنبلي يذكر في شرائط تتعلق بهذا البيع المذكور: (أن يكون بالناس حاجة لشراء متاعه، وضيق في تأخر بيعه)^(٢).

وكل ما احتاج الناس إليه في معاشهم ولم يكن سببه معصية - هي ترك واجب، أو فعل محرم - لم يحرم عليهم^(٣).

ومن المسائل التي يجب التنبه لها لدى الفرق بين الضرورة والحاجة مسألة الربا، فقد يجوز التعامل بالربا اليسير عند تحقق الضرورة، ومن المعلوم أن الضرورة تقدر بقدرها، أما التسامح فيه بحجة الحاجة فهو أمر غير جائز.

ولا يصح أن يقاس الربا اليسير على الغرر اليسير؛ لأن الفقهاء أجمعوا على جواز الغرر اليسير في أبواب المعاوضات المالية للحاجة ودفع الحرج، أما الربا فحرمة أشد بكثير من الغرر كما هو معلوم وثابت من النصوص الصريحة.

(١) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٥١/٢٩.

(٢) المسائل الفقهية من (كتاب الروايتين والوجهين) ٣٥٤/١.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٦٤/٢٩.

اليقين لا يزول بالشك^(١)

هذه قاعدة عظيمة جدا من قواعد الفقه الإسلامي، ممتدة الجذور في مختلف الأبواب، وتعتبر قاعدة عقلية أيضا، ولذا ندر فيها الاستثناء، وقد استنبطها الفقهاء من أحاديث النبي ﷺ، ومنها ما يلي:

عن عباد بن تميم، عن عمه: أنه شك إلى رسول الله ﷺ الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، فقال: «لا يفتل - أو لا ينصرف - حتى يسمع صوتا، أو يجد ريحا»^(٢).

وعن عبد الله بن زيد - رضي الله عنه - قال: شكى إلى النبي ﷺ الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، قال: «لا ينصرف حتى يسمع صوتا، أو يجد ريحا»^(٣).

يقول الإمام الخطابي - رحمه الله - في (المعالم) عند تعليقه على الحديث الأول: (وفي الحديث من الفقه: أن الشك لا يزحم اليقين)^(٤).

(١) شرح السير الكبير للسرخسي ١٥٥١/٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ٦٠، والأشباه والنظائر للسيوطي ص: ١١٨، كشاف القناع ١/١٢٣، ١٢٤.

(٢) صحيح البخاري ١/٤٦.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ٤/٤٩ - ٥٠.

(٤) معالم السنن ١/١٢٩.

وقال الإمام النووي - رحمه الله - عند شرح حديث عبد الله - رضي الله عنه - :
 (وهذا الحديث أصل من أصول الإسلام، وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي
 أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك
 الطارئ عليها)^(١).

وتعرض لها في (المجموع) فقال: (هذه قاعدة مطردة لا يخرج منها إلا
 مسائل)^(٢).

ونص عليها الإمام ابن عبد البر، ونبه على تدبرها في مواضع من (التمهيد)
 ومنها ما جاء في شرحه للحديث الآتي:

(عن عطاء بن يسار، أن رسول الله ﷺ قال: «إذا شك أحدكم في صلاته فلم
 يدر كم صلى أثلاثاً أم أربعاً؟ فليصل ركعة، وليسجد سجدتين وهو جالس قبل
 التسليم...» الحديث... قال أبو عمر: وفي هذا الحديث من الفقه أصل عظيم
 جسيم مطرد في أكثر الأحكام وهو أن اليقين لا يزيله الشك، وأن الشيء مبني على
 أصله المعروف حتى يزيله يقين لا شك معه، وذلك أن الأصل في الظهر أنها فرض
 بيقين أربع ركعات، فإذا أحرم بها ولزمه إتمامها، وشك في ذلك، فالواجب الذي
 قد ثبت عليه بيقين لا يخرج منه إلا بيقين، فإنه قد أدى ما وجب عليه من ذلك.

... وأجمع العلماء أن من أيقن بالحدث وشك في الوضوء أن شكه لا يفيد
 فائدة، وأن عليه الوضوء فرضاً، وهذا يدل على أن الشك عندهم ملغى، وأن

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ٤٩/٤ - ٥٠.

(٢) المجموع شرح المهذب ١/٢٠٥.

العمل على اليقين عندهم ، وهذا أصل كبير في الفقه ، فتدبره وقف عليه^(١) .

وعلى النمط السابق تحدث عنها في تعليقه على حديث ابن عباس ، قال :
قال رسول الله ﷺ : « لا تصوموا قبل رمضان ، صوموا للرؤية وأفطروا للرؤية ،
فإن حالت دونه غياية فأكملوا ثلاثين »^(٢) .

يقول الإمام ابن عبد البر : (وفي حديث ابن عباس هذا من الفقه . . . أن اليقين لا يزيله الشك ، ولا يزيله إلا يقين مثله ؛ لأنه ﷺ أمر الناس ألا يدعوا ما هم عليه من يقين شعبان إلا بيقين رؤية أو استكمال العدة ، وأن الشك لا يعمل في ذلك شيئاً . ولهذا نهي عن صوم يوم الشك اطراحاً لإعمال الشك ، وإعلاماً أن الأحكام لا تجب إلا بيقين لا شك فيه . وهذا أصل عظيم من الفقه أن لا يدع الإنسان ما هو عليه من الحال المتيقنة إلا بيقين من انتقالها)^(٣) .

وقد اتفق الفقهاء والأصوليون على اعتبار هذه القاعدة والاستناد إليها ، يقول الإمام القرافي : (فهذه قاعدة مجمع عليها ، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه)^(٤) .

(ولا تختص هذه القاعدة بالفقه ، بل الأصل في كل حادث عدمه حتى يتحقق ، كما نقول : الأصل انتفاء الأحكام عن المكلفين حتى يأتي ما يدل على خلاف ذلك ، والأصل في الألفاظ أنها للحقيقة ، وفي الأوامر أنها للوجوب ، وفي النواهي أنها

(١) التمهيد ١٨/٥ - ٢٥ - ٢٧ .

(٢) التمهيد ٣٥/٢ .

(٣) التمهيد ٣٩/٢ .

(٤) الفروق ١١١/١ .

للتحريم ، والأصل بقاء العموم حتى يتحقق ورود المخصص ، والأصل بقاء حكم النص حتى يرد الناسخ ، ولأجل هذه القاعدة كان الاستصحاب حجة^(١) .

وتبين من إجماله النظر في النصوص الفقهية أن هذه القاعدة كانت راسخة في أذهان الفقهاء الأولين ؛ إذ دلت عليها أحاديث من كلام النبي ﷺ . ويسند ذلك بأن الإمام الزركشي أوردها بصيغة : (ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين) ، ثم قال : هذه القاعدة استنبطها الإمام الشافعي - رضي الله عنه - من قوله ﷺ ، وقد سئل عن الرجل يخيل إليه الشيء في الصلاة . . . الحديث^(٢) .

وقد عبر عنه العلماء بأساليب وصياغات متقاربة تخلص إلى مدلول واحد مستقر ، وليس المقصود هنا استعراض جميع العبارات الناطقة بهذه القاعدة ، ولذا أكتفي هنا بذكر نبذة منها فهي كالتالي :

- نَبّه عليها الإمام أبو جعفر الطحاوي (٢٣٩ هـ - ٣٢١ هـ) بالعبرة الآتية : (ما عُلّم يقيناً لم يرتفع إلا بما يزيله يقيناً)^(٣) . واستهل الإمام أبو الحسن الكرخي (المتوفى ٣٤٠ هـ) رسالته المشهورة في مجال القواعد ، بقوله :

(الأصل أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك)^(٤) .

- وصاغ الإمام الدبوسي هذا الأصل بالصيغة الآتية :

(متى عرف ثبوت الشيء من طريق الإحاطة واليقين لأي معنى كان ، فهو على

(١) شرح الكوكب المنير للعلامة ابن النجار ٤/٤٤٣ .

(٢) المنتور في القواعد ٣/١٣٥ .

(٣) شرح مشكل الآثار ١٢/٢٤٧ .

(٤) أصول الكرخي (مطبوع مع تأسيس النظر) : ١٦١ .

ذلك ، ما لم يتيقن بخلافه^(١) .

وعبر عنها في أثناء تعليل بعض التفاريع المدرجة تحت القاعدة السابقة بقوله : (لا يترك اليقين بالشك)^(٢) .

كما تعرض لها في كتابه (الأسرار) في مواضع ، ومنها ما ورد في أبواب المناسك منه على النحو التالي :

(لا يرتفع الثابت بالشك)^(٣) .

(الثابت لا يزال بالشك)^(٤) .

ونص عليها الإمام السرخسي في مواضع كثيرة من كتابه العظيم (المبسوط) وعلل بها الآراء الفقهية ، وفي الغالب ذكرها بصيغة : (اليقين لا يزال بالشك)^(٥) غير أنه صاغها في موطن من (شرح السير) بهذه الصيغة المعروفة المتداولة ، وهي : (اليقين لا يزول بالشك)^(٦) .

وتعرض لها الإمام السهيلي المالكي في موضع من كتابه في الفرائض ، فقال :

(اليقين لا يرفعه إلا يقين مثله . . . والشك لا يرفع اليقين المتقدم في شيء من أبواب الفقه)^(٧) .

(١) تأسيس النظر : ١٧ .

(٢) المصدر نفسه : ٢٢ .

(٣) الأسرار للدبوسي ، كتاب المناسك : ٥٣ .

(٤) المصدر نفسه : ٣٧ .

(٥) المبسوط ١/١٢١ ، ٣/١٥٣ ، ٦/٥١ ، ٧٨ ، ١٤٣ ، ١٠/٢٠٤ ، ٣٠/٢٨ ، ٢٩٦ .

(٦) شرح السير الكبير ٤/١٥٥١ .

(٧) كتاب الفرائض وشرح آيات الوصية للسهيلي : ٦٣ .

ويبدو من تقليب النظر في المصادر الحديثية والفقهية أن صيغة القاعدة المذكورة بقيت خاضعة لتطوير يسير إلى ما قبل القرن الخامس الهجري، ثم شاع ذكرها لدى المتأخرين بالصيغة الشهيرة المركزة، وهي: (اليقين لا يزول بالشك)، وعلى كل حال فإنه من الواضح المعلوم أن الاختلاف في التعبير هين، حيث لا يؤدي إلى اختلاف في مدلولها وحقيقتها الراسخة المتفق عليها.

ولا يمنع استقرار صياغتها على هذه الشاكلة إبراز القاعدة بتعبير آخر مادام مفهومها جليا وثابتا في الأذهان، وما سوى تلك التعابير المعروضة المسبقة هناك كلمات وعبارات كثيرة توضح هذا الأصل كما يظهر من النصوص الآتية:

- (لا حكم للشك الطارئ)^(١).
- (اليد الثابتة بيقين لا تنقض إلا بيقين مثله)^(٢).
- (لا تنقض اليد الثابتة بالشك)^(٣).
- (لا يثبت التحريم بالشك)^(٤).
- (لا يترك ما ثبت يقينا بالاحتمال)^(٥).
- (لا يثبت الحكم بالشك)^(٦).

(١) الحاوي للهاوردي ٨٥/٢.

(٢) المبسوط ٥٨/١٧.

(٣) الهداية ٣٥٣/٨.

(٤) المغني لابن قدامة ٣٢٣/١١.

(٥) المغني لابن قدامة ٢٦٤/١٣.

(٦) المصدر نفسه ٥٩٠/١٤.

- (الصريح الثابت بيقين لا يترك إلا بمثله)^(١).
- (طرح المشكوك والاقتصار على المتيقن واجب)^(٢).
- (الشك لا يؤثر في اليقين)^(٣).
- (الشك لا يقدر في اليقين)^(٤).

وبعد الإلماع إلى حقيقة القاعدة وبيان أهميتها ومكانتها لم يبق إلا إيراد مسائل ترتبط بهذا الأصل ، وأنها تقتصر على الفقه المالي فحسب ، فهي كالآتي :

إذا كان إنسان يعلم أن بكر امديون لعمره وألف مثلا ، فإنه يجوز أن يشهد على بكر وإن خامره الشك في وفائها ، أو إبراء الدائن له منها ؛ إذ لا عبرة للشك في جانب اليقين السابق .

وكذا إذا كان يعلم أن البضاعة الفلانية كانت ملك بكر ثم نازعه فيها أحد ، فإنه يجوز أن يشهد لبكر بأن البضاعة ملكه ، وإن كان يحتمل أنه باعها لمن ينزعه^(٥) .

ومنها : لو اشترى أحد شيئا ثم ادعى أن به عيبا وأراد رده ، واختلف التجار - أهل الخبرة - في كونه عيبا ، فليس للمشتري رده ؛ لأن السلامة هي الأصل المتيقن ، فلا يثبت العيب بالشك^(٦) .

وبناء على هذا الأصل لا يجوز البيع بالجزاف في الأموال الربوية : كالمكيات ،

(١) المغني لابن قدامة ٣١٤/١٢ .

(٢) الغاية القصوى في دراية الفتوى للبيضاوي ٨٠٠/٢ .

(٣) البيان والتحصيل ١٣٠/١ .

(٤) المقدمات الممهدة ٥٣١/٢ .

(٥) شرح القواعد الفقهية : ٨٢ ، وانظر المدخل : ف ٥٧٤ .

(٦) شرح القواعد : ٨٣ .

والموزونات؛ لأن المجازفة لا تتحقق فيها المماثلة بيقين، ومن المقرر أن ما ليس ثابتا بيقين لا يثبت بالشك^(١).

ومن هذا المنطلق لا يثبت الميراث مع الشك في سبب استحقاقه؛ لأن الاستحقاق بالشك لا يثبت^(٢).

ومنها: أن الأصل في البيع جوازه، ولذا إذا شابه عنصر من الفساد العارض بصورة غير متيقنة - فلا يثبت الفساد بالشك وبمجرد الاحتمال^(٣).

وتتخرج عليها قضايا المفقود، ولذا تجرى عليه أحكام الأحياء فيما كان له، فلا يورث ماله، وإذا مات أحد أقاربه يوقف نصيبه إلى أن يظهر حاله، أو إلى أن يتم الفصل القضائي في حقه؛ لأن الأصل المعهود في الثابت بيقين أنه لا يزول بالشك، وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك^(٤).

وبناء عليها لا يسوغ للقاضي تعطيل الحق الثابت بيقين لحق مشكوك فيه، ففي الميراث لا يؤجل حق الحاضر - الثابت باليقين - لاحتمال ظهور وارث آخر^(٥).

ومنها: إذا شك الوارث هل مات مورثه فيحل له ماله، أو لم يمت - لم يحل له المال، حتى يتيقن موته^(٦).

(١) انظر: شرح الأتاسي ١٨/١.

(٢) انظر: المبسوط ٨٣/٣٠.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٩٥/٥.

(٤) انظر: المصدر السابق ١٩٦/٦.

(٥) انظر: المصدر السابق ٢٧٦/٦.

(٦) بدائع الفوائد لابن القيم ٣/٢٧٤، المسألة الثانية عشرة.

ومما يندرج في فروعها: قضية الصداق المختلف فيه في عقد الزواج بحيث إذا ذكر المهر مقرونًا بصيغة الشك، أو التخيير، فالحكم في هذه الحالة لما هو أقرب إلى اليقين، فمن تزوج امرأة على ألف درهم أو ألفين، ومهر مثلها ألف وخمسمائة، فلها مهر مثلها عند الإمام أبي حنيفة؛ لأن العقد يوجب مهر المثل عن طريق الإحاطة واليقين، فلا يحط عنه ذلك إلا بيقين مثله، ولا يقين هنا^(١).

ومن فروعها: أن الإقرار لا يثبت بلفظ الإقرار وعدمه؛ لأن براءة الذمة متيقنة، فلا تشغل إلا بيقين^(٢).

وقد ثبت التصريح عن الإمام الشافعي بأن مسائل الإقرار مبنية على اليقين^(٣).

ومنها: عدم زوال ملك الإنسان لأمر محتمل؛ إذ لا يزول الملك بالشك^(٤).

(١) انظر: تأسيس النظر: ١٨.

(٢) ر: المنشور في القواعد ٣/١٣٥.

(٣) ر: روضة الطالبين للنووي ٤/٣٧٥.

(٤) ر: المغني لابن قدامة ١٣/٢٨٧.

الأصل بقاء ما كان على ما كان^(١)

هذه قاعدة جليلة معروفة، وهي فقهية أصولية^(٢)، ولذا تعرض لها الأصوليون في كتبهم تحت عنوان (الاستصحاب) في إطار موضوعات الأدلة المختلف فيها.

يقول الإمام الونشريسي المالكي في (المعيار): (الأصل بقاء ما كان على ما كان، وهو المسمى في العرف الأصولي باستصحاب الحال، وهو أصل من أصول الشريعة تدور عليه مسائل وفروع)^(٣).

وهذا ما أشارت إليه (المجلة) لدى بيان بعض المصطلحات المنوطة بالبينات كما في النص الآتي:

(تحكيم الحال، يعني: جعل الحال الحاضر حكماً هو من قبيل الاستصحاب، والاستصحاب هو الحكم ببقاء أمر محقق غير مظنون عدمه، وهو بمعنى إبقاء ما كان على ما كان)^(٤).

(١) المجلة م/٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٦٢، بدائع الصنائع ٥/٢٤٢، الأشباه والنظائر للسيوطي: ١١٩، الفروق للقرافي ٤/٣٠، إيضاح المسالك للونشريسي: ٣٨٦ ق ١٠٨، شرح الروضة للطوفي ٢/١٠٣، ٣٤٣، ٤٢٣/٣، المغني ٥/٢٩٥، الكافي لابن قدامة ٢/١٢٧، شرح الزركشي ٣/٥٨١، ٤/٦٠٠، المبدع ٤/٩٣، قواعد السعدي: ٤٤.

(٢) القواعد للمقري ١/٢٩١، القاعدة السابعة والستون.

(٣) المعيار العرب ٤/٤٢٤.

(٤) المجلة العدلية م/١٦٨٣.

وهي قاعدة عريقة متداولة في مصادر الفقه الإسلامي، عبر عنها العلماء بصياغات متقاربة، ومنها ما ورد عند الإمام السرخسي في النصوص التالية:

- ما عرف ثبوته فالأصل بقاءه، واستصحاب الحال إنما يجوز بقاءه والعمل به فيما لم يتيقن بزواله^(١).

- ما عرف ثبوته فالأصل بقاءه، ويجب التمسك به حتى يعلم خلافه^(٢).

- ما ثبت فهو باق من غير دليل منفي حتى يقوم الدليل^(٣) أي: على تغييره.

وليس بخاف أنها وثيقة الجذور بالقاعدة الكبرى: (اليقين لا يزول بالشك) ويكشف النظر في التفاريع الواردة تحت القاعدتين عن مدى الارتباط القائم بينهما.

وتبين من النصوص المذكورة أنفا - ويتجلى ذلك بمزيد من الفروع - أن القاعدة تدل على دوام الحكم الثابت - في وقت ما - مستمرا، ما لم يوجد دليل يغيره، مثل ثبوت الملك، ودوامه عند جريان السبب المقتضي المستدعي له إلى أن يثبت معارض راجح^(٤) من سبب ناقل للملكية، أو غيره فيرفع الحكم القائم.

ولها أمثلة متوافرة لا تقف عند حد، فإنها تتجدد بتجدد النوازل والمرافعات القضائية، ومنها ما يلي:

(لو ادعى المقرض دفع الدين إلى المقرض، أو ادعى المشتري دفع الثمن إلى البائع، أو ادعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر، وأنكر المقرض، أو البائع، أو

(١) المبسوط ٣٦/١٧.

(٢) المصدر نفسه ١٤٢/١٨، ١٨٠/١٨.

(٣) المصدر نفسه ١٠٤/١٣.

(٤) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي ق ٢٢.

المؤجر ، كان القول لهؤلاء المنكرين مع اليمين ، أي : إن هذه الديون بعد ثبوتها تعتبر باقية في ذمم الملتزمين بها ما لم يثبتوا الدفع ؛ لأنها كانت مستحقة عليهم بيقين ، فالأصل بقاؤها في ذممهم حتى يثبت سقوطها ، وإنما لهم تحليف الدائنين على عدم القبض ، فإذا حلفوا يقضى لهم^(١) .

ومنها : ما لو باع إنسان شيئين صفقة واحدة ، فهلك أحدهما عند المشتري ، وجاء بالآخر ليرده بعيب فيه على البائع بحصته من الثمن ، فاختلفا في قيمة الهالك ، فالقول للبائع ؛ لأن الثمن جميعه ثابت في ذمة المشتري ، فالأصل بقاء القدر المختلف فيه في ذمته حتى يبرهن على دعواه^(٢) .

ومنها : ما لو ادعى المستأجر سقوط الأجرة بزعم أن المأجور غصب منه ، ففات الانتفاع به ، وأنكر المؤجر ذلك ، فإنه يحكم الحال وينظر إن كان المأجور في يد الغاصب حين الخصومة فالقول للمستأجر ، وإن لم يكن في يد غاصب فالقول للمؤجر^(٣) .

ومنها : لو ادعى المدين إيصال الدين للدائن ؛ لأن الدين تعلق بذمة المدين في الماضي فيحكم تبعا للقاعدة المذكورة على المدين بتسديد المبلغ بعد حلف الدائن اليمين ، وهذا إذا لم يتمكن المدين من تحقيق دعواه بالبينة^(٤) .

وباعتبار أنها تعد من قواعد الإثبات والترجيح لدى الفقهاء ، تنازع أرباب

(١) المدخل ٢/ ٩٦٨ ف ٥٧٥ ، وانظر : شرح القواعد الفقهية : ٨٨ .

(٢) شرح القواعد الفقهية : ٨٨ .

(٣) المصدر نفسه : ٩٠ .

(٤) درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٢٣ .

المذاهب أحيانا في توجيه بعض المسائل والحوادث بها ، وربما حصل ذلك بين فقهاء مذهب من المذاهب ، ومن أمثلة ذلك ما يلاحظ في النص الآتي الذي ذكره العلامة الونشريسي المالكي في تطبيقاته على هذا الأصل :

(لو اختلفا في تاريخ انعقاد البيع وتداعيا في قدم البيع وحدوئه أن القول قول المشتري في التاريخ (الأحدث) ، استصحابا لعدم عقده ، وقيل : القول قول البائع استصحابا لكون البيع منعقدا فلا ينقض بالدعوى .

وكذلك لو زعم المشتري - للشيء الغائب على رؤية متقدمة - أن المبيع تغير عن حالته الأولى إلى ما هو أدون ، فقال ابن القاسم : القول قول البائع ، وقال أشهب : القول قول المشتري ؛ بناء على أن الأصل بقاء ما كان على ما كان ، أو : الأصل براءة ذمة المشتري من الثمن^(١) . وفصل الحنفية تفصيلا حسنا بأنه إذا انقضى زمن طويل بين الرؤية والشراء فالقول للمشتري .

ولهذه القاعدة مستثنيات منها : أن الوديع إذا ادعى رد الوديعة ، أو هلاكها ، والمالك ينكر ، فالقول للوديع ، مع أن الأصل بقاءها عنده ، وذلك لأن كل أمين ادعى رد الأمانة إلى مستحقها فالقول قوله بيمينه ؛ لأن الأصل براءة الذمة وعدم التعدي والتقصير^(٢) .

وتجدر الإشارة ختاماً إلى أن هناك قاعدة أخرى مدرجة في زمرة قواعد المجلة بصيغة : (ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ، ما لم يوجد دليل على خلافه)^(٣) .

(١) إيضاح المسالك : ١٤١ ، قاعدة : ١١٤ .

(٢) شرح القواعد الفقهية : ٩٣ ، وانظر : درر الحكام ١/٢٤ .

(٣) ١٠/م .

والواقع أنها في معنى سابقتها التي نجز البحث فيها، وجميع أمثلتها في الأحكام العملية واحدة^(١).

وقال العلامة علي حيدر بصدد شرحه هذه المادة الجديدة (م/١٠):

(هذه القاعدة مطابقة لقاعدة: (الأصل إبقاء ما كان على ما كان)، و متممة لها، وهي نفس قاعدة الاستصحاب التي سبق شرحها...^(٢)).

ومن الملاحظ أن العلامة الأتاسي حاول أن يبرر موقف المجلة في تكرار هذه القاعدة الواردة تحت تعبيرين متقاربين، وضرب أمثلة للتمييز بينهما، وخلص إلى القول بأنه: (يمكن أن يراد بالخامسة النوع الأول - أي من الاستصحاب - وهي صالحة للدفع، والمراد بهذا هو النوع الثاني من الاستصحاب، وهي صالحة للدفع والإلزام)^(٣).

وفي الحقيقة أن جل ما ذكره معبر عن التدقيق الفقهي فحسب؛ إذ لا حاجة إلى إعادة الموضوعات والتفاريع بمزيد من التشقيق؛ لأن مفهومها قريب جدا، والله أعلم.

(١) انظر: المدخل ٩٦٨/٢ ف ٥٧٦.

(٢) درر الحكم ٢٧/١.

(٣) شرح الأتاسي ٣٠/١.

الأصل براءة الذمة^(١)

هذه قاعدة جليلة شائعة من قواعد الفقه الإسلامي ، مطردة في كتب المذاهب الفقهية ، ومتغلغلة في أبواب كثيرة خصوصا في مجالات العقود والالتزامات ، والمراد منها أن تعتبر ذمة كل شخص غير مشغولة بحق ، أو واجب إلا بيقين ، ومن هذا المنطلق فإن القول الراجح في حالة النزاع بين الفريقين هو قول من يتمسك ببراءة ذمته ؛ لأنه يشهد له الأصل وهو عدم شغلها ، حتى يقوم دليل على خلافه . وربما عبر العلماء عن هذا المفهوم بقولهم : (الذمم في الأصل خلقت بريئة وعن الحقوق عرية)^(٢) .

وهذا لأن المرء يولد خاليا من كل دين ، أو التزام ، أو مسئولية ، وكل شغل لذمته بشيء من الحقوق إنما يطرأ بأسباب عارضة بعد الولادة ، والأصل في الأمور العارضة العدم^(٣) .

وقد أفصح أئمة الحديث والفقه عن هذا المعنى بعبارات وكلمات متقاربة ،

(١) المجلة م/٨ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٤٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٢٢ ، البيان

والتحصيل لابن رشد الجد ١/٤٧ ، المغني لابن قدامة ١٢/٦٣ .

(٢) المغني في أصول الفقه للخبازي : ١٩٥ ، مبحث خبر الواحد ، وانظر : تعليق النسفي على

أصول الكرخي (مطبوع مع تأسيس النظر) : ١٦٢ .

(٣) المدخل ٢/٩٧٠ ف ٥٧٨ .

وأقطف هنا طرفاً منها معولاً على المصادر القديمة الأصيلة :

- (الذم بريئة إلا أن تقوم الحجة بشغلها)^(١).
- (الذمة على البراءة، ولا يجب أن يثبت فيها شيء... إلا بدليل لا مدفع فيه)^(٢).
- (الذمة بريئة إلا بيقين، أو حجة)^(٣).
- (الذمة أصلها البراءة إلا بيقين)^(٤).
- (الذمة بريئة، فلا يثبت فيها شيء إلا بيقين)^(٥).
- (الإنسان بريء الذمة في الأصل من حق الغير)^(٦).

وهذه القاعدة عميقة الصلة بالقاعدة الكبرى : (اليقين لا يزول بالشك)، بحيث إن فراغ ذمة الإنسان من حقوق الغير أمر يقيني كما تبين من النصوص المذكورة آنفاً، فلا يمكن أن يزول هذا اليقين بمجرد الدعوى التي لا يسندها دليل؛ لأنها حيثئذ بمثابة شك لا يؤبه به، ويعضدها قول النبي ﷺ : «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٧)؛ لأن إنكار المدعى عليه نابع من براءة ذمته في الأصل

(١) معالم السنن للخطابي ١/١٧٣.

(٢) التمهيد للإمام ابن عبد البر ٣/١٧٨.

(٣) التمهيد ١٧/٣٥٩.

(٤) الاستذكار لابن عبد البر ١٥/١٥.

(٥) المصدر نفسه ١٠/١٧٨.

(٦) شرح الجصاص لمختصر الطحاوي ١/٣٠٧، كتاب البيوع - الجزء المحقق منه - بتحقيق د. سائد بكداش (مطبوع بالآلة الكاتبة).

(٧) صحيح مسلم بشرح النووي ٤/٣٠١، (كتاب الأقضية)، باب اليمين على المدعى عليه، وجامع الترمذي مع شرحه تحفة الأحوذى ٤/٥٧١، (كتاب الأحكام).

وفراغ ساحته من حقوق الآخرين ، ولذلك يطالب باليمين فقط .

قال العلامة ابن نجيم : (الأصل براءة الذمة . . . ، ولذا كان القول قول المدعى عليه لموافقة الأصل ، والبينة على المدعى لدعواه ما خالف الأصل) ^(١) ؛ لأن البينة لإثبات خلاف الظاهر .

وقال الإمام قاضيخان : (من أنكر حقا على نفسه كان القول قوله ؛ لأنه متمسك بالأصل ، وهو فراغ الذمة) ^(٢) .

وهذا ما ألمع إليه الإمام عز الدين في النص الآتي :

(من ادعي عليه الحق مسندا إلى سبب : كالبيع ، والإجارة . . . فنفاه أو نفى سببه - قبل منه ، وليس للحاكم إلزامه بنفي سببه ؛ لأن الأسباب قد تتحقق ويسقط حقوقها ومواجبها بعد ثبوتها ، فلا يلزمه أن يحلف ما باع ؛ لاحتمال أن يتحقق البيع ثم تقع الإقالة بعده ، أو الفسخ ، أو الإبراء من الثمن . . .

إن قيل : كيف جعلتم القول قول المدعى عليه مع أن كذب كل واحد منهما ممكن ؟

قلنا : جعلنا القول قوله لظهور صدقه ، فإن الأصل براءة ذمته من الحقوق) ^(٣) .

(١) الأشباه والنظائر : ٦٤ ، وانظر : الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٢٢ ، وعدة البروق للونشريسي : ٤٨٢ .

(٢) شرح الزيادات لقاضيخان : ١٨٦٢ (نسخة خاصة مرقونة) .

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/٢٥ - ٢٦ .

وقد اتضح بعد تدقيق النظر في تفاريع القاعدة أنها تحتاج إلى كثير من إعمال الفكر والتأمل لدى التطبيق، وإلى هذا أشار العلامة الأتاسي بقوله: (وهذا الباب مزلفة عظيمة للحكام والمفتين، فينبغي التنبه في حادثات الفتوى والحكم)^(١).

وهنا أقدم نبذة من تطبيقاتها الجملة المتوافرة، وبها سيتجلى موضوع القاعدة وأبعادها:

(ما لو ادعى المستعير رد العارية فإن القول قوله؛ إذ الأصل براءة ذمته، وكذا لو ادعى الوديع رد الوديعة)^(٢).

(القول قول الراهن في مقدار الدين؛ لأن الأصل أنه بريء الذمة من حق الغير، فلا يلزمه إلا مقدار ما اعترف به...، ولأنه لو أنكر الدين رأساً والرهن، كان القول قوله، كذلك يرجع إلى قوله في مقدار ما اعترف به)^(٣).

ومنها: لو أتلف إنسان مال آخر، واختلفا في قيمة المتلف حيث تجب قيمته على متلفه، مثل: المستام، والمستعير، والوديع المتعدي، فالقول قول الغارم؛ لأن الأصل براءة ذمته من ثبوت الزيادة عليه^(٤).

وكذا إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب، ولا بينة لأحدهما،

(١) شرح المجلة للأتاسي ٢٦/١.

(٢) شرح القواعد الفقهية: ١١٤ - ١١٥، وانظر: شرح الأتاسي ٢٥/١ - ٢٦.

(٣) شرح الجصاص على مختصر الطحاوي: ٢١٢ - ٢١٣ (كتاب البيوع، المجلد الأول، مطبوع بالآلة الكاتبة).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ١٢٢، المجموع المذهب للعلائي ١/ق ٢٢ - ٢٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٦٤، وشرح القواعد الفقهية: ١١٥.

فالقول قول الغاصب؛ لأن الأصل براءة ذمته، فلا يلزمه ما لم يقيم عليه به حجة، كما لو ادعى عليه دينا فأقر ببعضه . . .

وإن اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقت زيادته، فقال المالك: زادت قبل تلفه، وقال الغاصب: إنها زادت قيمة المتاع بعد تلفه، فالقول قول الغاصب؛ لأن الأصل براءة ذمته^(١).

وكذا لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن بعد هلاك المبيع، أو خروجه عن ملكه مثلاً، أو اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار بدل الإجارة بعد استيفاء المنفعة، فإن القول قول المشتري والمستأجر لفراغ ذمتهما عن الزيادة^(٢).

ومنها: لو أقرض إنسان آخر، ثم اختلف هو والمستقرض في مبلغ القرض، فالقول للمستقرض^(٣).

ومنها: مسألة ما لو اختلف الموكل مع الوكيل بالبيع في بيعه العين قبل علمه بالعزل، أو بعده، فإن كانت العين المبيعة مستهلكة فإن القول للوكيل؛ لأن الأصل براءة ذمته من الضمان^(٤).

ومنها: قبول قول الوكيل بيمينه في تلف المال، وكذا في نفي تعد وتفریط بيمينه؛ لأن الأصل براءة ذمته^(٥).

(١) المغني لابن قدامة ٢٩٤/٥ - ٢٩٥، وانظر: الكافي لابن قدامة ٤١٣/٢، والمبدع ١٨٨/٥.

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية: ١١٤.

(٣) المصدر نفسه: ١١٤.

(٤) المصدر نفسه: ١١٥.

(٥) هداية الراغب: ٣٦٧، كشف القناع ٤٨٥/٣.

(ومنها: لو اختلف البائع والمشتري في صفة المعقود عليه، أو اختلفا في التغيير، فقال المشتري: إن المبيع الذي سبقت رؤيته تغير، وأنكر البائع وقال: كان على هذه الحال حين رأيته، فالقول قول المشتري بيمينه؛ لأن الأصل براءة ذمته من الثمن^(١))، وبقيدته الحنفية بأن تكون رؤية المشتري مضى عليها زمن يحتمل، أو يغلب فيه التغيير.

ومنها: إذا ادعى المطالب بالزكاة ما يمنع وجوبها من نقصان الحول، أو نقصان النصاب، أو انتقال ملك النصاب في بعض حوله، ونحوه، مثل ادعائه أداءها...، أو ادعى أن ما بيده من المال لغيره... قبل قوله؛ لأن الأصل براءة ذمته^(٢).

ومنها: لو اختلفا في أصل الجعل وقدره، فالقول قول الجاعل؛ لأنه منكر، والأصل براءة ذمته^(٣).

وقد ظهر أثر هذا الأصل في الفرق بين مسائل متشابهة أحيانا كما تلاحظ في المسألة الآتية:

إذا ادعى المرتهن تلف الرهن وهو مما يغاب عليه - أي: مما يمكن إخفاؤه - لم يقبل قوله، ولزمه الغرم، وإذا ادعى الوديع تلف الوديعة قبل قوله، وفي كلا الموضوعين الدعوى فيما يغاب عليه موجودة؛ لأن المرتهن ضامن غير أمين فلم يقبل قوله فيما يغاب عليه، والوديع مؤتمن مقبول القول فيما يذكره إلا أن يوجد خلافه.

(١) انظر: كشاف القناع ٣/١٦٥.

(٢) انظر: المصدر نفسه ٢/٢٨٥.

(٣) المبدع لابن مفلح ٥/٢٦٩ - ٢٧٠.

وأيضاً الرهن إذا كان يغاب عليه حصل في ذمة المرتهن ؛ لأنه قبضه لحق نفسه ، فلم يقبل قوله في تلفه ؛ لأنه مدع براءة ذمته ، إذ هي في الأصل مشغولة ، والوديعة ليست في ذمة الوديع ؛ لأنه قبضها لمنفعة رب المال دون منفعة نفسه ، فكان القول قوله في التلف ؛ لأن الأصل براءة الذمة ، فهذا افتراقاً^(١) .

ومن مسائل هذا الأصل مسألة طريفة تتعلق بعيب المبيع ، ذكرها العلامة أبو إسحاق بن الرافع المالكي في (معين الحكام) عن الإمام المازري كما في النص الآتي :
مسألة : قال الإمام المازري في شرح التلقين^(٢) : (ولو كان بالمبيع ثلاثة عيوب : عيب ثبت قدمه عند البائع ، وعيب ثبت حدوثه عند المشتري ، وعيب شك فيه هل حدث عند البائع أو عند المشتري ؟ ابتداءً^(٣) باستعلام ما عند المشتري ، فإن اختار الرد بالعيب القديم فقد انحل البيع ، فيكون القول قوله في العيب المشكوك فيه أنه لم يحدث عنده ، استصحاباً لكونه بريء الذمة من الغرامة ، فيرد العبد ، ولا يرد عنه قيمة نقص ، وإن اختار المشتري التمسك بالعبد وأخذ قيمة العيب ، كان القول قول البائع في العيب المشكوك فيه ، أنه لم يحدث عنده استصحاباً لكونه بريء الذمة ولم يثبت له عليه إلا غرامة عيب واحد)^(٤) .

واستند الظاهرية إلى هذه القاعدة^(٥) ولكن في غير مواضعها أحياناً ، ومنها

(١) عدة البروق للونشريسي : ٦٠٤ ، ٦٠٥ .

(٢) التلقين : هو متن وجيز نفيس للإمام القاضي عبدالوهاب المالكي (ت ٤٢٢هـ) مطبوع ، وشرح المازري له لا يزال مخطوطاً .

(٣) أو «ابتدأنا» .

(٤) معين الحكام على القضايا والأحكام ٤٣٦/٢ - ٤٣٧ .

(٥) وقد نص عليها الإمام ابن حزم في موضع بقوله : «الذمم بريئة إلا بنص قرآن ، أو سنة» . المحلى ٩٤/٨ ، أحكام الرهن .

استدلّاهم بها في تبرير موقفهم من رفض القياس، ومطالبتهم بالنص الصريح، والإجماع المتيقن في كل مسألة، ومن هذا القبيل قصرهم إيجاب الزكاة على الأصناف الثمانية المنصوص عليها من الذهب والفضة والبر والشعير والتمر... إلخ، وانطلاقاً من هذا المبدأ قولهم بعدم وجوب الزكاة في عروض التجارة مثلاً^(١)، وهو رأي شاذ، ومخالف لمقاصد الشريعة العامة تمسكاً بالظواهر.

ولهذا نجد الإمام ابن عبد البر -رحمه الله- يفند هذا الرأي، ويستغرب استدلالهم بهذا الأصل في مثل هذه المناسبة، إذ يقول أثناء عرضه مسألة الزكاة في العروض:

«احتجاج أهل الظاهر في هذه المسألة ببراءة الذمة عجب عجيب؛ لأن ذلك نقض لأصولهم ورد لقولهم وكسر للمعنى الذي بنوا عليه مذهبهم في القول بظاهر الكتاب والسنة؛ لأن الله عز وجل قال في كتابه: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾^(٢) ولم يخص ما لا من مال، وظاهر هذا القول يوجب على أصوله أن تؤخذ الزكاة من كل مال إلا ما أجمعت الأمة أنه لا زكاة فيه من الأموال، ولا إجماع في إسقاط الزكاة عن عروض التجارة، بل القول في إيجاب الزكاة فيها إجماع من الجمهور الذين لا يجوز الغلط عليهم، ولا الخروج عن جماعتهم؛ لأنه مستحيل أن يجوز الغلط في التأويل على جميعهم...»^(٣).

(١) انظر المحلى ٢٠٩/٥، ٢٢٥ ف ٦٤١.

(٢) التوبة: ١٠٣.

(٣) الاستذكار ١١٤/٩ (كتاب الزكاة) باب زكاة العروض.

العادة محكمة (م/٦٣)

إن العوائد والأعراف لها أهمية قصوى في جميع الشرائع ، ولذا نجد كثيرا من العادات المتغلغلة تكتسب درجة القوانين النافذة السارية في المجتمعات والمحاكم الدولية عبر زمن طويل على تواضع الناس عليها ، ولكونها معقولة ومنطقية تسائر الطباع البشرية والحاجة بوجه عام ، ومن هذا المنطلق نجد الإسلام - الذي ختمت به الرسالة السماوية ، وجاء بأكمل الشرائع وأحكمها - أقر بعض الأعراف العريقة الصالحة التي سبار عليها الناس قبل الإسلام مع التعديل والإصلاح فيها بإزالة العوج المخل بالسلوك الذي تقتضيه الحياة الكريمة السعيدة السليمة .

ومن تلك الأعراف ما هي منوطة بالقضايا المالية ، فقد كان للعرب بيوع ورهون وشركات ومضاربات وإجازات أقرها الإسلام ، وإن كان قد نهى منها عما فيه أكل أموال الناس بالباطل : كربا النسيئة والفضل ، وما يفضي إلى المنازعة ، كبيوع الغرر : كبيع الحمل ، والنتاج ، واللبن في الضرع ، والبيع بالملامسة ، والمنازعة ، وإلقاء الحجر^(١) ، كما هو شأن الأعراف الباطلة في الظروف الراهنة من المعاملات البنكية الربوية السائدة وغيرها .

(١) انظر : العرف والعادة ، للأستاذ فهمي أبوسنة : ٧٠ .

وإلى هذا أو ما الإمام الدهلوي بقوله :

- (وإن مراد الأنبياء -عليهم السلام- إصلاح ما عندهم من الارتفاقات ، فلا يعدل عنها إلى ما يبين المؤلف إلا ما شاء الله ، وإن مظان المصالح تختلف باختلاف الأعصار والعادات)^(١) .

ومن المعلوم أن نزع الناس عن عاداتهم المألوفة أمر عسير ، اللهم إلا التشريع الإلهي ، فإن له سلطانا وهيمنة على قلوب العباد ، ولذلك تجد المكلفين يخضعون له عن طواعية بدون ضغوط نفسية ، مع العلم بأن التشريع الإسلامي الحكيم بنفسه وضع في أحكامه اعتبارا خاصا ومراعاة ملحوظة بالقدر الممكن للأعراف النافعة للناس ، وعلى هذا الأساس جرى الفقهاء في معالجة أمور الناس لدى الإفتاء والقضاء .

يقول الإمام الونشريسي :

(إن ما جرى به عمل الناس ، وتقادم في عرفهم وعاداتهم ينبغي أن يلتمس له مخرج شرعي - ما أمكن - على خلاف ، أو وفاق)^(٢) .

وبدون مبالغة ، هذا الموضوع - في عمقه وسعة أطرافه - مثل البحر الذي لا تكدره الدلاء ، إذ يتوقف شطر كبير من الأحكام على العرف ، ووقائعه متجددة ، ومن هنا استفاضت بحوثه لدى الأصوليين والفقهاء ، وتناوله الأصوليون في المصادر التبعية للتشريع ، وأشبعوا القول في تعريف العرف وأنواعه وشروط العمل

(١) حجة الله البالغة ١/ ٨٩ .

(٢) المعيار العرب ٦/ ٤٧١ .

به وحجيته . أما الفقهاء ففرعوا عليه مسائل لا تحصى ، ثم ضببت تلك المسائل بضوابط وأصول ، تولى بيانها وشرحها علماء القواعد كما يتبين من كتب القواعد ، وشرح (المجلة) .

وأخيرا - في فترات متلاحقة - تعاقب الباحثون فجمعوا بين الناحيتين من الأصول والفقه في رسائل جامعية ، وبحوث مجتمعية ، ولكن الموضوع لا يزال جديدا ، يتطلب المزيد من الخوض والتحقيق في جوانب ، ومنها إبرازه في إطار الفقه المالي الإسلامي مع تجلية أثره في كثير من القضايا المعاصرة ، وعلى هذا المبدأ جرى البحث هنا عن العرف تحت عنوان هذه القاعدة : (العادة محكمة) ؛ لأنها بمثابة الآخية^(١) التي تربط بها الضوابط الأخرى المتعلقة بهذا الموضوع .

وقد أجاد الأستاذ الجليل مصطفى أحمد الزرقا في تعليقه على هذه القاعدة بقوله

الآتي :

(المراد بالعادة في هذه القاعدة هو العرف بنوعيه : اللفظي والعملي ، فهي تعبر عن مكانة العرف واعتباره في الشريعة الإسلامية ، وعن سلطانه الحاكم بين الناس في توزيع الحقوق والالتزامات بينهم في التعامل)^(٢) .

أدلة وشواهد على تحكيم العرف والعادة :

قد تضافرت الأدلة على اعتبار العرف والعادة ، ولا بأس أن أذكر هنا دلائل يسيرة لا تخرج عن نطاق المعاملات المالية ، بحيث إنها روافد يستقي البحث مادته منها ، وينبثق من أساسها .

(١) الآخية بصيغة فاعلة ، والآخية بتشديد الباء هي : عروة تثبت في الأرض ، وتربط بها الدواب .

(٢) المدخل الفقهي العام ١٩٩٣/٢ ، ف ٦٠٤ .

ويمكن أن يكون على رأسها الأدلة التي هي من قبيل السنة التقريرية، بحيث إن هناك بيعات كانت شائعة قبل الإسلام في المجتمع، فأقرها الإسلام بعد تهذيبها وتعديلها، كما يستفاد ذلك مما يأتي:

أ - مشروعية بيع السلم

يتضح من الرواية الصحيحة أن التعامل بالسلم كان أمراً متعارفاً عليه من القديم، فسوغه الإسلام، ووضع له ضوابط لصيانة العقد من كل ما يفضي إلى النزاع المشكل بين العاقدين، فقد أخرج البخاري عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: «قدم رسول الله ﷺ المدينة والناس يُسلفون في الثمر، العام والعامين - أو قال عامين، أو ثلاثة، [شك إسماعيل^(١)] - فقال: من سلف في تمر فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم»^(٢).

ب - مشروعية بيع العرايا استثناء من المزابنة المنهي عنها؛ مراعاة للعرف السائد المبني على حاجة الناس في الاقتيات

وتفصيل ذلك أن النبي ﷺ نهى عن بيع المزابنة وهو بيع البلح على رءوس النخيل بمقدار محدد من التمر المجذوذ، على سبيل التخمين؛ إذ لا يمكن إلا كذلك، وسبب النهي ما فيه من احتمال ربا الفضل، وشبهة الربا كعين الربا.

ولما كانت الحاجة قد تدعو إلى هذا النوع من التعامل، وكان ذلك عرفاً متبعاً، وكان في نزعهم عنه حرج وعناء، استثناء النبي ﷺ من بيع المزابنة، ورخص فيه

(١) هو إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم بن علي، أحد رواة الحديث المذكور.

(٢) صحيح البخاري ٤/٤٢٨، (كتاب السلم)، باب السلم في كيل معلوم، ح ٢٢٣٩.

دون خمسة أوسق مع تحقق شبهة الربا، كما هو مذهب جمهور الفقهاء وهو المعروف ببيع العرايا^(١)، ويتجلى ذلك من الأحاديث الآتية:

عن عبدالله بن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ، قال: «لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه، ولا تبيعوا الثمر بالتمر».

قال سالم: وأخبرني عبدالله، عن زيد بن ثابت: «أن رسول الله ﷺ رخص بعد ذلك في بيع العرايا بالرطب، أو التمر، ولم يرخص في غيره^(٢)».

وفي (صحيح البخاري): (حدثنا عبدالله بن عبد الوهاب، قال: سألت مالكا، وسأله عبيدالله بن الربيع: أحدثك داود، عن أبي سفيان، عن أبي هريرة - رضي الله عنه - : «أن النبي ﷺ رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق، أو دون خمسة أوسق؟ قال: نعم»^(٣)).

ج - مشروعية بيع الجزاف

وهو عبارة عن بيع ما يكال، أو يوزن، أو يعد، جملة بلا كيل، ولا وزن، ولا عد^(٤).

وقال العلامة الدسوقي المالكي: (الأصل في بيع الجزاف منعه، ولكنه خفف فيما شق علمه من المعدود، أو قل جهله في المكيل والموزون)^(٥).

(١) انظر: العرف والعادة، للأستاذ أحمد فهمي أبوسنة: ٧١.

(٢) رواه البخاري في صحيحه ٣٨٣/٤، (كتاب البيوع)، باب بيع المزبنة، ح ٢١٨٣، ٢١٨٤.

(٣) المصدر نفسه ٣٨٧/٤، (كتاب البيوع)، باب بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب، أو الفضة، ح ٢١٩٠.

(٤) الشرح الصغير للدردير ٣٥/١٠، الموسوعة ٧٢/٩.

(٥) حاشية الدسوقي ٢٠/٣، الموسوعة ٧٣/٩.

يستفاد من كلام الإمام الدسوقي أن مشروعية البيع المذكور نابعة من قاعدة التيسير في التشريع الإسلامي، وهو توجيه حسن معقول، ولكن ذلك لا يمنع من القول إن هذا النوع من التعامل كان شائعاً بين الناس، فأقره الإسلام بعد إصلاحه بإدخال بعض القيود عليه، ودليله ما ورد من حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنها - الآتي:

«لقد رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ يتاعون جزافاً - يعني الطعام - يضربون أن يبيعوه في مكانهم حتى يؤووه إلى رحالهم»^(١).

فصياغة الرواية هنا واضحة الدلالة على أنهم كانوا يتعاملون بهذا البيع، ثم ظل مستمرا في ضوء التعديل المشار إليه.

د - مشروعية المضاربة

قال العلامة فخر الدين الزيلعي في دليل مشروعية المضاربة: (وهي مشروعة لشدة الحاجة إليها من الجانبين، فإن من الناس من هو صاحب مال، ولا يهتدي إلى التصرف، ومنهم من هو بالعكس، فشرعت لتتنظم مصالحهم، فإنه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملونها فتركهم عليها وتعاملها الصحابة - رضي الله عنهم -)^(٢).

وهكذا إذا تأملت في عقود الإجارة والمزارعة والمساقاة من العقود المسماة

(١) رواه البخاري في صحيحه ٣٥٠/٤، (كتاب البيوع)، باب من رأى إذا اشترى طعاماً جزافاً

أن لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله، ح ٢١٣٧.

(٢) تبين الحقائق ٥٢/٥، (كتاب المضاربة).

وجدتها متمشية مع الأعراف القائمة في عصر التشريع الإسلامي الأول، وبما لاشك فيه أن تلك الأعراف منسجمة مع حاجات الناس ومعايشهم، بل نابعة منها، ولاشك أن الأصل في العقود أنها تنشأ تبعاً لحاجة الناس إليها، فيتعارفونها. وعلى شاكلة تلك العقود المسماة إذا دقت النظر في بعض العقود غير المسماة وجدتها تستمد قوتها وسندها من التعامل الثابت المستمر من غير نكير منكر، وخير معبر عن ذلك موضوع الاستصناع، فقد جوزه فقهاء الحنفية ومن تبعهم نظراً إلى تعامل الناس به، والحاجة الملحة إليه، ولاسيما في العصر الحاضر خلافاً للقياس؛ إذ إنه بيع المعدوم.

قال الإمام ابن عابدين:

(العرف معتبر إن كان عاماً، فإن العرف العام يصلح مخصصاً...، ويترك به القياس كما صرحوا به في مسألة الاستصناع.

وتخصيص النص بالتعامل - أي العرف - جائز، ألا ترى أنا جوزنا الاستصناع للتعامل، والاستصناع بيع ما ليس عنده وأنه منهي عنه، وتجويز الاستصناع بالتعامل تخصيص منا للنص الذي ورد في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان لا ترك للنص أصلاً، لأننا عملنا بالنص في غير الاستصناع^(١).

وتجدر الإشارة بهذه المناسبة إلى أن عقد الاستصناع - بسبب مرونته وحاجة الناس إليه بصورة مستمرة مستجدة - ظل خاضعاً للتطور حسب تطور

(١) نشر العرف، ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين ١١٦/٢، وانظر: رد المحتار ٤/١٢٣.

الصناعات ، ولذا صاغت (المجلة) قاعدة فقهية كلية يمكن أن تطبق على حالات كثيرة مستحدثة ، وهي كما يلي :

(كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق)^(١) .

وما سوى تلك الأدلة المشهورة الناطقة باعتبار العرف ، هناك شواهد ودلائل كثيرة يمكن الوقوف عليها في مصادر الحديث النبوي الشريف .

ومن الملاحظ أن الإمام البخاري نبه في بعض المواطن إلى هذا الجانب ، ووضع تراجم الأبواب أحيانا تفصح عن فقهه العظيم في بناء بعض الأحكام على العرف ، ومنها ما يظهر في النص الآتي من الترجمة :

(باب إذا وكل رجل رجلا أن يعطي شيئا ولم يبين كم يعطي ، فأعطى على ما يتعارفه الناس)^(٢) .

هذا الباب عنوان لحديث جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - المشهور في قصة بيع الجمل للنبي ﷺ .

(وشاهد الترجمة منه قوله ﷺ : «يا بلال ، اقضه وزده ، فأعطاه أربعة دنانير ، وزاده قيراطا» فإنه لم يذكر قدر ما يعطيه عند أمره بإعطاء الزيادة ، فاعتمد بلال العرف في ذلك فزاده قيراطا)^(٣) .

ومنها ما ورد في الترجمة الآتية ، والأحاديث المدرجة تحتها :

(١) مجلة الأحكام العدلية م/ ٣٨٩ .

(٢) صحيح البخاري ٤/ ٤٨٥ .

(٣) رواه البخاري في صحيحه ٤/ ٤٨٥ ، (كتاب الوكالة) ، باب إذا وكل رجل رجلا أن يعطي شيئا ولم يبين كم يعطي ، فأعطى على ما يتعارفه الناس ، ح ٢٣٠٩ .

(باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع، والإجارة، والمكيال، والوزن... إلخ.

وقال شريح للغزاليين: «ستتكم بينكم»^(١).

... وقال النبي ﷺ لهند - زوج أبي سفيان - : «خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف»^(٢).

وقال تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣).

... حدثنا عبد الله بن يوسف، أخبرنا مالك، عن حميد الطويل، عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال: «حجم رسول الله ﷺ أبو طيبة، فأمر له رسول الله ﷺ بصاع من تمر، وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه...»^(٤).

جاء في شرح الحافظ ابن حجر عقب ذكر الباب المذكور، والروايات الواردة فيه:

(قال ابن المنير وغيره: مقصوده بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف، وأنه

(١) أورده البخاري في صحيحه ٤/٤٠٥ معلقا، وقال ابن حجر في الفتح: وصله سعيد بن منصور في سننه.

والغزالي: البياع للغزل. ومعنى «ستتكم بينكم»، يعني: عادتكم وطريقتكم بينكم معتبرة. انظر: عمدة القاري لليعني شرح صحيح البخاري ١٢/١٦، باب من أجرى أمر الأمصار... إلخ.

(٢) رواه البخاري في صحيحه ٤/٤٠٥، (كتاب البيوع)، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، ح ٢٢١١.

(٣) النساء: ٦ (والمعروف: ما يتعارفه الناس بينهم) كما في فتح الباري ٤/٤٩١.

(٤) رواه البخاري في صحيحه ٤/٤٠٥، (كتاب البيوع)، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، ح ٢٢١٠.

يقضى به على ظواهر الألفاظ، ولو أن رجلا وَّكَل رجلا في بيع سلعة فباعها بغير النقد الذي عرف الناس -لم يجز، وكذا لو باع موزونا، أو مكيلا بغير الكيل، أو الوزن المعتاد، وذكر القاضي الحسين من الشافعية أن الرجوع إلى العرف أحد القواعد الخمس التي يبنى عليها الفقه.

فمنها: الرجوع إلى العرف في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية، كصغر ضبة الفضة وكبرها. . .

ومنها: الرجوع إليه في المقادير كالحيض. . .

ومنها: الرجوع إليه في فعل غير منضبط يترتب عليه الأحكام، كإحياء الموات. . . ، وما يعد قبضا، وإيداعا، وهدية، وغصبا، وحفظ وديعة، وانتفاعا بعارية.

ومنها: الرجوع إليه في أمر مخصص: كألفاظ الأيمان، وفي الوقف، والوصية، والتفويض، ومقادير المكايل والموازن، والتقود وغير ذلك^(١).

أهمية العرف

وتتجلى أهمية العرف من أدلته المتوافرة الآنفة الذكر، وتوغله العميق في أبواب الفقه الإسلامي، وإلى جانب ذلك نجد نصوصا من كلام الفقهاء فيها تنويه بهذا الموضوع، فلا بأس أن أقطف طرفا منها لما فيها من المزيد من التنوير والتوثيق لما ذكرت، فهالك بيانها:

(١) فتح الباري ٤/٤٠٦.

قال الإمام القرافي في (الإحكام):

إن إجراء الأحكام التي مدرکہا العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد، يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديدا للاجتهد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استثناء اجتهد^(١).

وأشاد الإمام ابن القيم بهذا الموضوع مع التنديد بمن يغفله في مجال الإفتاء إذ يقول:

(ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف فروعهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم - فقد ضل وأضل، وكان جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم...)^(٢).

وجاء في (نشر العرف) للإمام ابن عابدين: (اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا...)^(٣).

واقالوا في شروط الاجتهاد: إنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام: ٢٣١، وانظر: الفروق ١/١٧٦ - ١٧٧.

(٢) إعلام الموقعين ٣/٨٩.

(٣) نشر العرف، ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/١١٥.

أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً، للزم منه المشقة والضرر، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير، ورفع الضرر والفساد، لبقاء العالم على أتم نظام، وأحسن إحكام^(١).

(إن المفتي ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية، من غير مراعاة الزمان وأهله، وإلا يضيع حقوقا كثيرة، ويكون ضرره أعظم من نفعه)^(٢).

وجاء في بعض كتب المالكية أيضا:

(إن العرف كالشرط، فيجب على القاضي والمفتي ألا يجمد على الروايات، ويقطع النظر عن العرف الجاري بين الناس في هذا الباب . . .)^(٣).

وهكذا يبدو من هذه النصوص وأمثالها - ولا سيما من خلال إنعام النظر في المسائل والقضايا المنوطة بالأعراف والعوائد- أن الفقهاء خطوا مكانة العرف وأقاموا له وزنا كبيرا في كل مكان وزمان. وأقول ذلك؛ لكي لا يفهم من كلام بعض الفقهاء ولهجتهم القارسة أحيانا أن علماء المذاهب رب فرطوا في حق العرف، ولم يسأروه فيما يستجد من الفتاوى، ولذا نجد العلامة الونشريسي المالكي في (المعيار) ينتقد الإمام القرافي، ويصف كلامه في العوائد بالمبالغة^(٤) رغم أن الونشريسي يؤكد على أهمية العرف والعادة في مواطن كثيرة بمناسبة مختلفة من

(١) نشر العرف، ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين ١٢٥/٢.

(٢) المصدر نفسه ١٣١/٢.

(٣) العرف والعمل، للدكتور عمر الجيدي: ٨٦، نقلا عن شرح العمل الفاسي للسجلماسي ٩٤/١.

(٤) المعيار العرب ٤٦٧/٨.

(المعيار) ويقرر حقيقة ما قاله الإمام القرافي وغيره، كما يتبين من كلماته التالية:

- (العرف أحد أصول الشرع)^(١).
- (العرف أصل في موضع الإشكال)^(٢).
- (الفتاوى تختلف عند اختلاف العوائد)^(٣).

الركون إلى العوائد والأعراف أسلوب معتاد عند الأئمة من غير خلاف، وقد وقع لهم ذلك في أبواب من الفقه: كالنقود، والسلم، والمرابحة، والآجال، والوكالة، والإقرار، والهبات، والندور، والأيمان، والوصايا، والأوقاف، وكتب أصحابنا مشحونة ملأى بجزئيات ذلك)^(٤).

علاقة الحاجة بالعرف

إن العلاقة بين الحاجة والعرف متينة جدا؛ لأن العرف -الذي يعبر عنه بالتعامل أيضا- لا ينشأ إلا من حاجات الناس، وإن العامل الأساسي في تسوية بعض المعاملات والشروط التي يجري التعامل بها بين الناس مرجعها إلى الحاجة الراسية القائمة بينهم بحيث يصعب الانفكاك منها، ويمكن أن يتضح ذلك بما يلي:

ذكر العلامة ابن غانم البغدادي أن: (المزارعة باطلة عند أبي حنيفة . . .

(١) المعيار العرب ١٣٨/٥.

(٢) المصدر نفسه ٤٥١/٦.

(٣) المصدر نفسه ٤٦٠/٨، ٤٦٤، ٤٦٦.

(٤) المصدر نفسه ٦٣/٦.

وقالا: جائزة، والفتوى على قولهما، لتعامل الناس وللاحتياج إليها^(١)، وقد فرغ الإمام فروعا فيها على رأي صاحبيه بجوازها.

وجاء في (رد المحتار) عن (الحاوي):

(سئل محمد بن سلمة عن أجرة السمسار، فقال: أرجو أنه لا بأس به، وإن كان في الأصل فاسدا، لكثرة التعامل، وكثير من هذا غير جائز فجوزوه لحاجة الناس إليه، كدخول الحمام)^(٢).

ويقول الزيلعي في الكلام عن بيع ما يوجد من الثمر المتلاحق، وهو ما يخرج بعضها قبل بعض: (فإنه لا يجوز في ظاهر المذهب، وقيل: يجوز إن كان الخارج أكثر، ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا؛ لتعامل الناس وللضرورة، وكان شمس الأئمة الحلواني وأبو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به...)^(٣).

شروط العمل بالعرف:

هناك شروط لابد من توافرها، وتحقيقها لتحكيم العرف واعتباره، ومن أهمها ما يأتي:

١ - ألا يكون العرف مصادما لنص من نصوص التشريع الحكيم، إذ لا عبرة بالعرف المتنافي مع النص الصريح، وإلى هذا أوما الإمام السرخسي بقوله: (إن ما تعارفه الناس وليس في عينه نص يبطله، فهو جائز)^(٤).

(١) مجمع الضمانات: ٣١٤.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥٣/٥، ٣٩.

(٣) تبين الحقائق ١٢/٤.

(٤) المبسوط ٤٥/١٢.

وقال العلامة الوشيري: (لا يعتبر بما جرت به العادة إن كانت مخالفة لعادة الشرع)^(١).

ويقال مثل ذلك فيما يجري الآن في كثير من الشركات، من الجمع بين إعطاء النصيب من الربح حسب الاتفاق على النسبة الشائعة في عقد المضاربة، مع أجرة مقطوعة مشاهرة، فإذا اعتبر ذلك عرفاً فهو مخالف للإجماع، فلا يعتد به. وهكذا الحكم في معظم الأعراف البنكية الجارية في معظم الدول، فلا يمكن تسوية ما يتعارض منها مع أحكام الشرع الحنيف، وفي طبيعتها موضوع الفوائد كما هو معروف لدى الجميع.

٢- ألا يكون العرف مصادماً لما نص عليه في العقد، وذلك لأن الشرط أقوى من العرف، ويحق للعاقدين أن يستبعدا العرف المتبع، وقديماً أشار الإمام عز الدين إلى هذا الجانب بقوله:

(كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد - صح)^(٢).

ومن أمثلة ذلك ما يلي:

إن وكله في شراء عبد بعينه بمائة، فاشتره بخمسين، أو بما دون المائة - صح ولزم الموكل؛ لأنه مأذون فيه من جهة العرف، وإن قال: لا تشتريه بأقل من مائة، فخالفه - لم يجوز؛ لأنه خالف نصه، وصريح قوله مقدم على دلالة العرف، فإن قال: اشتره بمائة ولا تشتريه بخمسين - جاز له شراؤه بما فوق الخمسين؛ لأن إذنه في

(١) المعيار ٥/٢٢١.

(٢) قواعد الأحكام ٢/١٥٨.

الشراء بباثة دل عرفا على الشراء بما دونها، خرج منه الخمسون بصريح النهي، بقي فيها فوقها على مقتضى الإذن^(١).

ومما يتخرج عليها حديثا: أنه لو كان هناك عرف متبع على أن تكون رسوم تسجيل العقد، أو مصاريف شحن البضاعة على المشتري، واتفق العاقدان على أن يكون ذلك على البائع - خلافا لما هو عليه المعتاد - فالعبرة بهذا الاتفاق الجديد الصريح.

أثر العرف في تغيير الأحكام المبنية عليه

هذا موضوع هام في إطار البحث عن القاعدة الجلييلة: (العادة محكمة)، وللدلالة على هذا المفهوم صيغت القاعدة المشهورة: (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان) (م/٣٩)، والمراد منها الأحكام المبنية على الأعراف والمصالح، وبهذا الإيضاح يزول الالتباس الذي تتضمنه صياغة القاعدة، ولا بأس أن أسجل هنا كلمة الإمام القرافي في هذا الموضوع إذ يقول:

(الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت كالنقود في المعاملات، والعيوب في الأعواض في البياعات ونحو ذلك، فلو تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى؛ لحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها.

وكذلك إذا كان الشيء عيبا في الثياب في العادة رددنا به المبيع، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوبا موجبا لزيادة الثمن - لم ترد به. وبهذا القانون

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٣٨.

تعتبر جميع الأحكام المرتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه^(١).

وقال في موضع من (الذخيرة):

(قاعدة: (كل حكم مرتب على عرف وعادة يبطل عند زوال تلك العادة))^(٢).

ومما يدل على أهمية هذا الموضوع أن لجنة (المجلة) تعرضت له في (التقرير) الذي قدّمت به (المجلة) إذ جاء فيه:

(فإنه بتبدل الأعصار تتبدل المسائل التي يلزم بناؤها على العادة والعرف.

مثلا: كان عند المتقدمين من الفقهاء إذا أراد أحد شراء دار اكتفى برؤية بعض بيوتها - أي غرفها - وعند المتأخرين لا بد من رؤية كل بيت منها على حدته، وهذا الاختلاف ليس مستندا إلى دليل، بل هو ناشئ عن اختلاف العرف والعادة في أمر الإنشاء والبناء، وذلك أن العادة قديما في إنشاء الدور وبنائها أن تكون جميع بيوتها متساوية وعلى طرز واحد، فكانت رؤية بعض البيوت على هذا تغني عن رؤية سائرها، وأما في هذا العصر فحيث جرت العادة بأن الدار الواحدة تكون بيوتها مختلفة في الشكل والقدرة، لزم عند البيع رؤية كل منها على انفراد)^(٣).

كما أصدرت الحكومة العثمانية قانون أصول المحاكمات الحقوقية في ١٥ جمادى الآخرة سنة ١٣٢٢هـ، وقررت فيها المبادئ التي تسير الأعراف السائدة في ذلك العصر في مجال التجارة الدولية، ومنها:

(١) الفروق ١/١٧٦.

(٢) الذخيرة ١٠/٥٨.

(٣) مجلة الأحكام العدلية: ٩، التقرير الذي قدّم للمرحوم عالي باشا الصدر الأعظم.

(أن كل ما تعورف تداوله من أعيان ومنافع وحقوق يعتبر محلا صالحا للتعاقد عليه، ككل مال متقوم، وكذلك الأشياء التي ستوجد)^(١).

فجعل هنا عرف الناس أساسا للتقويم، وفي ضوء هذا المبدأ يمكن تقويم جميع الحقوق المجردة المستجدة في الساحة الآن، مثل جواز بيع حقوق الهاتف وغيره، مع مراعاة القوانين الحكومية، وبدون جشع واستغلال لحاجات الناس، وكذلك بيع الاسم التجاري - الماركة المسجلة للبضائع - ونحو ذلك.

ومن الملاحظ أن موضوع تقويم الأشياء في ضوء العرف المتبدل ذو أهمية كبيرة قديما وحديثا.

وروي عن الإمام محمد بن الحسن الشيباني أنه كان يختلف إلى سوق الصباغين، ويسأل عن معاملتهم، وما يديرونها فيما بينهم^(٢)، فيه دلالة بالغة على أنه كان يزن فتاواه في هذا الخصوص وما يشبهه في ضوء ما يتغير من تعامل التجار وعوائدهم.

ومن الشواهد الناطقة على ذلك أن الإمام أبا حنيفة لم يقل بجواز بيع النحل ودود القر قياسا على سائر الهوام الأخرى؛ لعدم تحقق المالية، وعدم الاستفادة منها، إلا أن الإمام محمد بن الحسن اعتبرهما في زمنه مالا؛ نظر التعامل الناس^(٣).

(والحاصل: أن كل ما لا يتتفع به فليس بهال، أما ما يجري فيه البذل والمنع ويتتفع به - ولو بحسب المأل - فإنه يصح بيعه متى قومه الشرع وأباح الانتفاع به،

(١) ر: المدخل ٧١٤/٢ - ٧١٥، ف ٣٨٨.

(٢) ر: نشر العرف لابن عابدين: ١٣٠.

(٣) انظر: العرف والعادة للدكتور أحمد فهمي أبوسنة: ١٣٠، الاختيار للإمام الموصلي ٢٥/٢.

ولهذا جوزوا بيع النحل ، ودود القَرِّ ، والعَلق - مع أنها من الهوام - للانتفاع بها في إنتاج العسل والحريير والتداوي . . . ، وأجازوا بيع الزَّبَل ، وخرء الحمام الكثير - مع أنها من المستقذرات - للانتفاع بها في إخصاب الأرض .

قال الزيلعي في (التبيين): «إن المسلمين تمولوا السرقيين من غير نكير»^(١) .
وقال الإمام ابن عابدين عند ذكر دود القز: (فإن تمولها الآن أعظم ، إذ هي من أعز أموال الناس)^(٢) .

وبهذا كله يتضح دور العرف أيضا في تقويم الأشياء وإثبات ماليتها ، وهذا أمر مستمر التجدد حسب تغير الأحوال والظروف بسبب تطور الصناعات .

وبهذه المناسبة ينبغي الإلماع إلى (أن العرف إنما يعمل به في حدود الحرية التي تركها الشرع للمكلفين في ميادين الأعمال والالتزامات ، دون الحالات التي تولى الشارع فيها بنفسه تحديد الأحكام على سبيل الإلزام ، وإلا لأمكن أن تقلب الأعراف على الزمن أسس التشريع كلها رأسا على عقب ، فتتقرض الشريعة وتصبح أثرا بعد عين .

فالنص الخاص الأمر هو المعتبر المحترم - ولو صادمه عرف عام - فلا يعتبر أي عرف ، أو اتفاق على خلافه ، على أنه يستثنى من ذلك حالة واحدة ، وهي ما إذا كان النص نفسه حين صدوره عن الشارع مبنيا على عرف قائم ، ومعللا به ، فإن النص

(١) العرف والعادة للدكتور أحمد فهمي أبوسنة: ١٣٦ - ١٣٧ . والسرقيين (بكسر السين):

الزيل الذي تسمد به الأرض للإخصاب .

(٢) حاشية ابن عابدين ١١١/٤ ، وانظر أيضا: ١٠١/٤ .

عندئذ يكون عرفياً، فيدور حكمه مع العرف، ويتبدل مع تبدله^(١).

(ومن ذلك حديث حرام بن مُحَيِّصَة الأنصاري عن البراء بن عازب: «أن ناقة البراء دخلت حائطاً فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ على أهل الحيطان حفظها بالنهار، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل» رواه أبو داود، وصححه جماعة^(٢)، وهو أدل شيء على اعتبار العادة في الأحكام الشرعية، إذ بنى النبي ﷺ التضمين على ما جرت به العادة^(٣)).

وهذه قضية تثير انتباها حول حكم النص الذي كان مبنياً على عرف، ثم تغير ذلك العرف، بأن كانت الماشية مثلاً تحفظ نهاراً، ولا تحفظ ليلاً، والحرث بالعكس، هل يتغير هنا مع تغير العرف؟^(٤).

وإذا جاز تغير الحكم هنا بناء على البيان السابق، فبالأولى تتبدل الأحكام الاجتهادية على الأعراف بتبدلها، ولها أمثلة كثيرة مبثوثة في كتب الفقه.

وإلى هذا أوماً الإمام ابن عابدين بقوله: (ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه؛ لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذوا من قواعد مذهبه)^(٥).

ضوابط العرف والعادة

المحور الأساسي في هذا البحث هو موضوع العرف تحت عنوان القاعدة

(١) المدخل الفقهي العام ٢/٨٨٨ - ٨٨٩.

(٢) سنن أبي داود بشرحه عون المعبود ٩/٤٨٣، وانظر: التمهيد ١١/٨٢.

(٣) شرح الكوكب المنير ٤/٢٥٤.

(٤) انظر بحث الأستاذ الدكتور عبدالله بن بيه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٦٥٤٣.

(٥) نشر العرف لابن عابدين ١٢٥.

الكبرى: (العادة محكمة)، وسبقت الإشارة إلى أن سعة أطراف القاعدة - لما تتضمن من بحوث عريضة - جعلت الفقهاء يصوغون ضوابط مختلفة تلم تلك البحوث والمسائل وتنظمها، ومعظم تلك الضوابط على اختلاف التعابير متقاربة الدلالات والمعاني بحيث يمكن دمج الفروع المرتبطة بها في نطاق واحد، إذ لا تضاد فيما بينها.

ومن الجدير بأن أسوق هنا طائفة منها حتى تتجلى الصلة بين القواعد والفروع، ويتسنى للقارئ فهم بعض الأحكام المالية في مرآة الأصول المنوطة بالعرف، فأليك بيانها:

- استعمال الناس حجة يجب العمل بها) (م/ ٢٧).
- (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت) (م/ ٤١).
- (العبرة للغالب الشائع لا للنادر) (م/ ٢٤).
- (الحقيقة تترك بدلالة العادة) (م/ ٤٠).
- (المعروف عرفا كالمشروط شرطا) (م/ ٤٣).
- (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص) (م/ ٤٥).
- (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) (م/ ٤٤).
- (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان) (م/ ٣٩).

هذه هي القواعد الواردة في (المجلة)، وهي مأخوذة من كتب الفقهاء المشهورة في المذهب الحنفي، وهناك عبارات أخرى تضارع هذه الصياغات، ومآلها واحد لا خلاف فيها، وهي في جملتها بمثابة الضوابط الناظمة لأحكام القاعدة العامة

(العادة محكمة) التي يدور حولها بحث العرف .

وهنا من المناسب أن أتناول بعض الضوابط المهمة المذكورة آنفا بشيء من الإيضاح والتمثيل ، وبعض الفوارق بينها ، فهي كالآتي :

أ - (المعروف عرفا كالمشروط شرطا)^(١) (م/٤٣) :

(أي المعروف المعتاد بين الناس ، وإن لم يذكر صريحا ، فهو بمنزلة التصريح لدلالة العرف عليه ، فقد ذكر في (البدائع) من (كتاب الإجارة) ، وأن توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود تحمل على عادة كل بلد . . .)^(٢) .

ومن مسألتها : أن تعجيل الثمن لا يحتاج إلى شرط ، فمطلق البيع يثبت به الثمن معجلا ، أما التأجيل والتقسيت فإنهما لا يثبتان إلا بشرط أو عرف ؛ لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا^(٣) .

وذكرها الإمام ابن تيمية بقوله : (العرف المعروف كالشرط المشروط) . وقال : (إن من مسألتها : جواز شركة الأبدان ، لدى جمهور الأئمة)^(٤) .

كما وردت القاعدة المذكورة في مصادر أخرى بعبارات مماثلة لما سبق ، أو قريبة منها كما تلاحظ في النصوص الآتية :

● (المشروط عرفا كالمشروط لفظا)^(٥) .

(١) ذكرها قاضيخان أيضًا في شرح الزيادات : ٦٠٠ هذه الصيغة الواردة في المجلة .

(٢) شرح الأتاسي ١/ ١٠٠ .

(٣) عقد البيع للأستاذ الزرقا : ٦٥ .

(٤) انظر : مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٠/ ٩٨ .

(٥) زاد المعاد ٥/ ١٠٩ ، ١١٨ .

- (الشرط اللفظي كالعرفي)^(١).
- (العادة بمنزلة الشرط)^(٢).
- (العادة في عرف الشرع كالشرط)^(٣).

والواقع أن هناك علاقة بين العرف والشرط ، بحيث إن كلا منهما يقوم بدور مهم في تحديد ما يمكن تحديده في نطاق المعاملات ، مما يجوز اشتراطه شرعا ، ولذلك قال الفقهاء : «إن الشرط المشروط كالعرف المعروف» مع ملاحظة أن الشرط أقوى من العرف ؛ لأنه في الغالب يعبر عنه بالنطق ، واللفظ ، والكتابة من الوسائل الصريحة ، أما العرف فهو من قبيل الدلالة ، ولذلك جاز اشتراط خلافه بالشرط الصريح .

ولكن العرف لا يفقد قوته أمام سلطان الشرط في جميع الأحوال ، بل يحفظ مركزه ويفرض نفوذه ، وما يبرهن على ذلك أن المذهب الحنفي يتشدد في قبول بعض الشروط الإرادية بين المتعاقدين ، ولكنه يتسامح فيها ويقرها إذا أصبحت خاضعة للعرف المتبع ، أو التعامل السائد بين الناس ، وحينئذ يعتبرها مستثناة من أصلها العام الناطق بفساده ، وما لا شك فيه أن هذا يدخل في باب الاستحسان عندهم ، المسوغ للعدول عن الأصل المقرر لعله من العلل ، أو بسبب من الأسباب المرجحة .

(١) إعلام الموقعين ٣/٣ .

(٢) كشاف القناع ٧٠/٣ .

(٣) المعيار ٤٤٩/٦ .

وبناءً على ذلك استثنى الحنفية من شرط المنفعة -المفسد- ما جرى به العرف، وتعامل به الناس من غير إنكار، ومثلوا له بشراء حذاء بشرط أن يضع له البائع نعلا أو كعبا، أو القبقاب بشرط أن يسمّر له البائع سيرا، وكذا لو اشترى صوفا منسوجا ليجعله له البائع قلنسوة، أو معطفا، أو اشترى قلنسوة بشرط أن يجعل لها البائع بطانة من عنده، أو خفا، أو ثوبا خَلَقًا على أن يرقعه، أو يرفوه له البائع.

فهذا ونحوه من الشروط التي تتضمن منفعة لأحد العاقدين زائدة عن مقتضى أصل العقد، هي في الأصل عندهم مفسدة للعقد، ولكنهم أجازوها لجريان العرف بها، فتصح^(١).

وبهذه المناسبة أودّ أن أسجّل ما قاله الأستاذ الجليل مصطفى الزرقا: (إن الاجتهاد الحنفي يبني موقفه من حرية الشروط العقدية على شيء من المبالغة، والتوسع في التمسك بمبدأ التوازن بين حقوق العاقدين الناشئة بالعقد، فيرى أن اشتراط منفعة لجانب أحد العاقدين يخل بالتوازن الواجب ويؤدي إلى النزاع؛ لأنها منفعة زائدة على أصل مقتضى العقد بلا عوض يقابلها، فتشبهه ربا الفضل الممنوع شرعا، فإذا جرى العرف على اشتراطها يصبح العاقد على بصيرة من أمرها، فيحسب لها حساب في العوض المقابل فيعود التوازن مضمونا، ويكون التعارف نافيا للنزاع^(٢)).

ولا يخفى أن هذا التعليل ضعيف المبني؛ لأن الواقع أن الإنسان العاقل لا

(١) انظر: الموسوعة ٢٤٦/٩، وانظر: بدائع الصنائع ٩٦١/٥، والهداية وشروحا ٧٧/٦،

وتبيين الحقائق ٥٧/٤.

(٢) ر: رد المحتار ١٢٤/٤.

يشترط في عقده منفعة ، أو التزاما إلا وقد وازنه و حسب حسابه في المعاوضة ، سواء أكان متعارفا ، أم غير متعارف .

وعلى كل حال قد كان استثناء الشرط المتعارف من المنع موسعا من تضيق حرية الشروط في الاجتهاد الحنفي ؛ لأن العرف على الشروط قد عم ، بل لو قيل -استنادا إلى نظرية العرف هذه في الاجتهاد الحنفي- بأن تعارف الناس على اشتراط الشروط في العقود بوجه عام هو صحيح معتبر ، كتعارفهم على صور مخصوصة على الشروط في بعض العقود ؛ لكان ذلك تفقها حسنا ، وعندئذ نستطيع القول بأن الشرط الفاسد قد زال من معاملات الناس بفعل الزمن ، وأصبحت الشروط في هذا العصر كلها صحيحة بمقتضى قواعد الاجتهاد الحنفي ، إلا إذا كان الشرط مصادما لنص تشريعي خاص يمنعه ، أو منافيا لقواعد الشريعة ومقاصدها العامة ، فإن الناس اليوم قد اعتادوا ربط معاملاتهم كافة بشروط يتفق عليها في كل عقد ، ولاسيما بعد أن أوجبت الأحكام القانونية احترامها^(١) .

ب - (استعمال الناس حجة يجب العمل بها) (م/٢٧)

هذه القاعدة معبرة عن التعامل المتقبل بين الناس ، وفي الغالب يكون مستندا إلى الحاجة العامة المستمرة ، فيجب اعتباره .

ويتخرج عليه موضوع الاستصناع المهم المعروف في الفقه الإسلامي ، وكذلك عقود المقاولات الشبيهة بالاستصناع^(٢) .

(١) المدخل الفقهي العام ١/٤٧٨ - ٤٧٩ .

(٢) ر: شرح الأتاسي ١/٣٧ .

ومن الملاحظ أن الجانب العملي المتعارف عليه في سائر العقود له أهمية قصوى في المعاملات المالية، ولا بأس أن أسجل هنا كلمة العلامة أحمد إبراهيم إذ يقول:

وقد رجح أخيرا جانب النظر العملي؛ لأجل استقرار المعاملات، حتى وصل الأمر في بيع المعدوم تبعاً للموجود أنه إذا بدا صلاح في بعض أنواع جنس من الأجناس - كنوع من الثمر - اعتبرت الأنواع الباقية تابعة لما بدا صلاحه، بل زاد الإمام الليث بن سعد فقيه مصر على ذلك أن صلاح جنس - كالتفاح واللوز - يكون صلاحاً لسائر أجناس الثمار؛ لأن الحاجة تدعو إلى ذلك.

والحاصل أن الناس قد صارت لهم خبرة ومعلومات على حسب العادة المستمرة، وبذلك صارت الأغلاط في التقديرات نادرة، والحدس والتخمين مع هذه التجارب والمشاهدات وكثرة المعاملات يكادان يفيدان ظناً راجحاً.

ومن هنا يتبين لك أن الشرع الإسلامي بني على أساس العدل ومنع الظلم، ورعاية مصالح الناس، واستقرارهم في معاملاتهم^(١).

ج - (العبرة للغالب الشائع لا للنادر) (م/٢٤)

هذه قاعدة هامة مشهورة من قواعد الفقه الإسلامي، وهي أعم من الضابط المعروف المقرر في مجال العرف: (إنما تعتبر العادة إذا اطرقت أو غلبت)، ولذا لا يصح القول إنها متحدتان على الإطلاق، ومن المعلوم أن التأسيس أولى من التأكيد، والحقيقة أن فحوى الصياغة يأبى كونها مترادفتين، وقد يوجد الارتباط بينهما، بمعنى أن كلمة (الشائع) ربما يراد به العرف الشائع كما هو مضمون القاعدة

(١) الالتزامات: ٩٦ - ٩٧.

الأخرى، ولكن هذا التوافق في بعض الحالات، والقضايا المنوطة بالعرف لا يخل بعمومية هذه القاعدة؛ لأن الغالب الشائع هنا ليس محصوراً بأن تكون غلبة وقوعه من جهة أنه عرف تعامل عليه الناس واثتلفوه^(١)، فالذرائع إلى المحرم لغلبة سلوك الناس فيها تسدّ وتمنع، وإن لم يكن بها علاقة بالعرف.

د - (إنها تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت) (م/٤١)

معنى هذا الضابط: أن العرف إنما يعتبر إذا كان شائعاً مشهوراً لدى أكثر الناس في الوسط الذي يتبع فيه، والغلبة لها حكم الاطراد، ولا عبرة للأقل؛ لأن القليل النادر لا يتحقق فيه معنى العادة والعرف.

وفي (مجامع الحقائق) للخادمي: العادة المطردة تنزل منزلة الشرط، ولذا لوباع التاجر في السوق بضاعة بثمن، ولم يصرح العاقدان بحلول ولا تأجيل، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ في كل أسبوع قسطاً معلوماً، انصرف البيع إليه بلا بيان، ولأن المعروف كالمشروط شرطاً^(٢).

هـ - (التعيين عرفاً كالتعيين بالنص) (م/٤٥)

(يعني: أي حكم يترتب على التعيين بصريح النص، يترتب على التعيين بالعرف والعادة)^(٣).

ومن الأمثلة المندرجة تحت هذه القاعدة:

(١) ر: شرح الأتاسي ٩٩/١، درر الحكم ٥٠/١.

(٢) ر: شرح الأتاسي ٩٥/١، درر الحكم ٥٠/١.

(٣) شرح الأتاسي ١٠٢/١.

أنه إذا كانت الإعارة مطلقة - أي : لم يقيدھا المعير بزمان ، أو مكان ، أو بنوع من أنواع الانتفاع - كان للمستعير استعمال العارية في أي مكان وزمان شاء ، على الوجه الذي يريده ، لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة ، مثلا : إذا أعار رجلا سيارة إعارة مطلقة ، فللمستعير أن يسوقها إلى حيث شاء في الوقت الذي يريده ، وإنما ليس له أن يذهب بها إلى المكان الذي مسافة السير إليه ساعتان في ساعة واحدة ، فإن العقد - وإن خرج مخرج الإطلاق ، لكن كما في (البدائع) - يتقيد بالعرف والعادة دلالة^(١) ، والواقع أن العادة قد تكون ناشئة عن ملاحظة رفع الضرر كما يتبين في هذا المثال .

ولهذا مسائل لا تحصى تجري في كثير من المسائل من الأبواب الفقهية في المعاملات^(٢) .

ويندرج تحت الأصل المذكور قول الفقهاء المشهور : « الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة » .

وبناء على ذلك يحق للوديع أن يسافر بالمال في حالة الأمن ، وعادة التجار جارية بالتجارة سفرا وحضرا ، فإن لم يكن أمن لم يجز ، وضمن لتعديده^(٣) .

وعبر عن هذه القاعدة الإمام ابن مفلح بقوله : إن إطلاق الإذن يحمل على العرف^(٤) .

(١) ر: شرح الأتاسي ١/١٠٣ .

(٢) شرح الأتاسي ١/١٠٣ .

(٣) ر: مطالب أولي النهى ٣/٥٠٤ .

(٤) المبدع ٥/١٤ .

وهذا لا يختص بموضوع الإذن فقط، بل يسري إلى جميع المجالات المرتبطة بالعقود كما يفهم من كلام الفقهاء، ومن مقتضى القاعدة نفسها.

يقول الإمام ابن قدامة :

(وللمكثري استيفاء المنفعة بالعرف؛ لأن إطلاق العقد يقتضي المتعارف، فصار كالمشروط)^(١).

وكذا إذا استأجر دارا للسكنى؛ فله وضع متاعه فيها حسب ما هو المتعارف عليه في السكنى، ولكن ليس له أن يتصرف فيها تصرفا مضرا مخالفا للعرف، يقول ابن قدامة :

(ليس له جعلها مخزنا للطعام؛ لأنه غير متعارف وفيه ضرر؛ لأن الفأر تنقب الحيطان للوصول إليه، ولا يجوز أن يربط فيها الدواب، ولا يطرح فيها الرماد والتراب؛ لأنه غير متعارف به.

وإن اكرى ظهرا في طريق، العادة السير فيه زمنا دون زمن، لم يسر إلا فيه؛ لأنه المتعارف)^(٢).

و- (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) (م/ ٤٤)

هذه المادة داخلة تحت القاعدة المشهورة: (المعروف عرفا كالمشروط شرطا) وذكرها من قبيل ذكر الأخص بعد الأعم اهتماما بشأن المعاملات التجارية، فما يقع بين التجار من المعاملات التجارية ينصرف عند الإطلاق إلى الأعراف السائدة في

(١) الكافي ٢/ ٣٢٢.

(٢) الكافي ٢/ ٣٢٢ - ٣٢٣.

وسطهم التجاري، وبناء على ذلك إن كل عمل من التجارة إذا سكت فيه عن قيد و شرط؛ فالمرجع في ذلك العرف المتبع بين التجار.

ففي المضاربة أو شركة عنان وغيرهما يسوغ للمضارب -أو الشريك- التصرف في المال من مداينة، أو سفر به، أو غيرهما على حسب ما هو متعارف بين التجار.

كذلك في البيع يجوز للوكيل المطلق أن يبيع مال موكله نقدا ونسيئة لمدة معروفة بين التجار في حق ذلك المال^(١).

مدى أثر العرف في المعاملات المالية:

الحكمة الكامنة في تحكيم العادة في المعاملات أن العادات هي التي اكتسبت سمة المعاملات في إطار المبادلات المالية، وهذا ما ألمع إليه الإمام ابن تيمية في النص الآتي:

(العادات: الأصل فيها العفو، فلا يحظر منها إلا ما حرمه الشرع.

وهذه قاعدة عظيمة نافعة، وإذا كان كذلك، فنقول: البيع والإجارة وغيرهما هي من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم: كالأكل، والشرب، واللباس، فإن الشريعة قد جاءت في هذه العادات بالآداب الحسنة، فحرمت منها ما فيه فساد، وأوجبت ما لا بد منه، وكرهت ما لا ينبغي، واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات، ومقاديرها، وصفاتها.

(١) ر: شرح الأتاسي ١/١٠١ - ١٠٢.

وإذا كان كذلك، فالناس يتبايعون ويستأجرون كيف شاءوا، كما يأكلون ويشربون كيف شاءوا ما لم تحرم الشريعة، وإن كان بعض ذلك قد يستحب أو يكون مكروهاً، وما لم تحد الشريعة في ذلك حداً، فيبقون فيه على الإطلاق الأصلي.

ومن تتبع ما ورد عن النبي ﷺ والصحابة والتابعين من أنواع المبيعات، والمؤاجرات، والتبرعات - علم ضرورة أنهم لم يكونوا يلتزمون الصيغة من الطرفين، والآثار في ذلك كثيرة ليس هذا موضعها؛ إذ الغرض التنبيه على القواعد^(١).

وللعرف اعتبار كبير ونفوذ عظيم في تقييد كثير من الأحكام المطلقة المتعلقة بالمعاملات المالية، كما يتجلى من كثرة التفاريع والصور الفقهية، وقد أشار إلى هذا الجانب كثير من الفقهاء بكلمات موجزة مفيدة، ومنها ما ترى في النصوص الآتية:

(العرف إنما يعتبر في معاملات الناس، فيكون دلالة على غرضهم)^(٢).

- (كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه ولا في اللغة - يحكم فيه العرف، ومثله بالحرز في السرقة، والتفرق في البيع والقبض . . . ، وهذه الأشياء لا تكاد تنضبط، وكل موضع في كل شيء من ذلك يرجع إلى ناحيته . . .)^(٣).

- (العادة الغالبة إنما تؤثر في المعاملات لكثرة وقوعها، ورغبة الناس فيما يروج فيها غالباً)^(٤).

(١) فتاوى شيخ الإسلام ١٧/٢٩ - ١٩.

(٢) بدائع الصنائع ١/٢٦٢.

(٣) المنشور في القواعد ٢/١٩٣.

(٤) الفوائد المكّية للسقاف: ٨١ - ٨٢.

- (الشيء إذا لم يكن محمداً في الشرع، كان الرجوع فيه إلى العادة: كالقبوض، والحروز، وغيرها)^(١).

- (إن العقود يرجع فيها إلى عرف الناس، فما عده الناس بيعاً، أو إجارة، أو هبة، كان بيعاً، وإجارة، وهبة، فإن هذه الأسماء ليس لها حد في اللغة والشرع، وكل اسم ليس له حد في اللغة والشرع، فإنه يرجع في حده إلى العرف)^(٢).
- (المطلق من العقود ينصرف إلى العرف والعادة عند المتعاقدين، كما في النقد، والسكة، والصفة، والوزن)^(٣).

- (ينعقد البيع بكل لفظ يدل عليه في عرف الناس وعاداتهم، وإن لم يوجد الإيجاب والقبول). أي: إنه يعتبر ذلك اللفظ الدال على البيع عرفاً هو الإيجاب والقبول، فلا يشترط خصوص لفظي: بعت، واشترت.
لأن (الشرع قد ورد بالبيع والشراء في الجملة، وما ورد الشرع به مطلقاً يرجع فيه إلى العرف: كالإحراز، والقبوض، والعادة أن الناس يتبايعون بغير إيجاب ولا قبول)^(٤).

- (العادة والعرف يرجع إليه في كل حكم حكم به الشارع، ولم يحده بحد، فإنه يرجع فيه إلى ما يتعارفه الناس بينهم في جميع المعاملات والحقوق وغيرها)^(٥).

(١) كفاية الأختيار للحصني: ٢٤١، وانظر: المدع لابن مفلح ٤/١٤٧.

(٢) فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٢٢٧، ٢٩/٤٤٧ - ٤٤٨.

(٣) إعلام الموقعين ٣/٨٢.

(٤) كتاب التّمام لما صحّ في الروايتين والثلاث والأربع عن الإمام، للقاضي أبي الحسين الحنبلي ١٧/٢ - ١٨، وانظر ما سيأتي قريباً من مسائل بيع التعاطي.

(٥) الرياض الناضرة: ٥٢٣، الفصل التاسع والثلاثون، المجلد الأول من المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبدالرحمن السعدي.

هذا، والنظر في التفاريع يكشف عن تطبيق هذه الضوابط، والتفريعات متوافرة لا يأتي عليها الإحصاء، كما أنها قابلة للتبدل حين تبدل العرف، ومتجددة حين طرءوا واستحداث عرف جديد، وإلى تلك الكثرة الكاثرة يشير الإمام ابن القيم بقوله: (وقد أُجري العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع . . .) (١)، ثم قال عقب ذكر مسائل كثيرة تتخرج على العرف:

(وهذا أكثر من أن يحصر) (٢).

ومن المعلوم أن التفريع هو زينة القواعد والأصول بل هو قوامها، وبكثرة المسائل تبرز مكانة القواعد، وتتضح أبعادها، فهنا أقدم مزيدا من الفروع الدائرة تحت قاعدة (تحكيم العادة)، إضافة إلى ما ورد ذكره لدى التعليق على الضوابط، وأثناء بيان أدلة الموضوع، مع ملاحظة التكرار لبعضها من باب الإيضاح:

- (البيع المطلق ينعقد معجلا، أما إذا جرى العرف في محل - على أن يكون البيع المطلق مؤجلا، أو مقسطا بأجل معلوم - ينصرف البيع المطلق إلى ذلك الأجل، مثلا: لو اشترى رجل من السوق بضاعة بدون التعرض لموضوع تأجيل الثمن، أو تعجيله - لزم عليه أداء الثمن في الحال، أما إذا كان جرى العرف والعادة في ذلك المحل بإعطاء جميع الثمن، أو مقدار معين منه بعد أسبوع، أو شهر - لزم اتباع العادة والعرف في ذلك) (٣).
- (ما يباع محمولا على الحيوان، أو السيارة الشاحنة: كالخطب، والفحم - تكون

(١) إعلام الموقعين ٢/ ٤١٢.

(٢) المصدر نفسه ٢/ ٤١٣.

(٣) ر: درر الحكام ١/ ٢٣٢، نشر العرف ٢/ ١٣٣، وانظر: تبصرة الحكام ٢/ ٧٠.

- أجرة نقله وإيصاله إلى بيت المشتري جارية حسب عرف البلدة وعادتها^(١).
- (الفواكه وما شاكلها إذا ظهر بعضها فاسداً، فما لا يستكثر في العادة والعرف كالأثين والثلاثة في المائة، أو في الكرتون المغلف يكون معفواً، وإن كان الفاسد كثيراً كان للمشتري رد جميعه للبائع، واسترداد ثمنه منه كاملاً)^(٢).
- (العيوب في السلع بحسب ما عند الناس)^(٣).
- (نفقة المضارب في مال المضاربة في السفر؛ لأن سفره كان لأجل المضاربة، مع جريان العادة من التجار بمثله، وما جرت به العادة من ذلك فهو كالنطق به. ألا ترى أنهم قالوا: إن للمشتري أن يلحق برأس ماله ما أنفقه على السلعة، مما جرت عادة التجار بإلحاقه برأس المال، فيبيعه مرابحة عليه)^(٤).
- (إذا اختلف المتبايعان في قبض السلعة أو الثمن، فالأصل بقاء الثمن بيد المتبايع، وبقاء المبيع بيد البائع، ولا ينتقل ذلك إلا بينة أو عرف، كالسلع التي جرت العادة فيها أن المشتري يدفع ثمنها قبل أن يبين بها - أي يتعد - كاللحم، والخضر، ونحو ذلك، فيحكم في ذلك بالعرف والعادة)^(٥).
- (إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها، فإنه يجب إبقاؤها إلى أوان جذاذها أو قطفها، والتمكين من سقيها بئائها؛ لأن هذين مشروطان بالعرف، فصارا كما لو شرطاً بلفظه)^(٦).

(١) ر: درر الحكام ١/٢٧٢.

(٢) ر: المصدر نفسه ١/٣٦٥.

(٣) المعيار ٦/٣٦.

(٤) شرح الجصاص على مختصر الطحاوي (نسخة مرقونة) ١/٣٦٢ - ٣٦٣.

(٥) تبصرة الحكام لابن قرحون ٢/٧٠.

(٦) قواعد الأحكام ٢/١٠٧، ر: المنشور ٢/٣٦٢.

- القبوض تختلف في الأشياء حسب اختلافها في أنفسها، وحسب اختلاف عادات الناس، فمنها ما يكون بأن يوضع المبيع في يد صاحبه، ومنها ما يكون بالتخلية بينه وبين المشتري، ومنها ما يكون بالنقل من موضعه، ومنها ما يكون بأن يكتال... (١).

- إن الالتزامات التبعية الناشئة بعد المعاوضة: كأجرة السمسار، وكتابة الصك، وأجرة إخراج البضاعة المباعة من مستودعها، وأجرة كيلها، أو وزنها لأجل تسليمها، وكلفة وزن الثمن، أو نقله إذا كان مما يحتاج إلى كلفة، وأجرة قطع الثمار المباعة على شجرها... إلخ. كل ذلك إذا سكت المتعاقدان عن بيان ما يلتزم به كل منهما، فقد اعتبر الفقهاء العرف أصلا في كل منهما بما تعورف أنه يلزمه... (٢).

ومن المسائل الراجعة إلى العادة المحكمة، بيع التعاطي الذي قال به الجمهور، فمن المعلوم أنه لا بد من الإيجاب والقبول في انعقاد البيع، لكن بيع التعاطي الجاري بين الناس في كل زمان ومكان يعتبر سائغا ومقبولا لتعامل الناس به من القديم، ويقوم به القبض بعد معرفة الثمن مقام الإيجاب والقبول دون تلفظ، ثم نجد المتأخرين من أئمة الشافعية يقرون البياعات التي تجري على نسق التعاطي اتباعا للعرف، وإن كان ذلك مخالفاً لنص الرأي المنقول عن إمام المذهب.

قال ابن خطيب الدهشة:

من مهمات القواعد... اعتبار العادة والرجوع إليها.

(١) معالم السنن ١٣٧/٥ - ١٣٨، وانظر: قواعد الأحكام ١٥٢/٢، شرح الزركشي على

مختصر الخرقي ٢٩/٤، والكافي لابن قدامة ٢٩/٢.

(٢) المدخل الفقهي العام ٨٦٥/٢.

ومن فروعها: صحة البيع بالمعاطاة، ونص الشافعي - رحمه الله - أنه لا يصح إلا بالإيجاب والقبول.

وخرّج ابن سريج قولاً: «إنه ينعقد بالمعاطاة»، والجمهور خصصوا ذلك بالمحقرات. قال المتولي وغيره: قال ابن سريج: «كل ما جرت العادة فيه بالمعاطاة بيعاً فهو بيع، وما لم تجر العادة فيه بالمعاطاة: كالجواري، والدواب، والعقار لا يكون بيعاً». قال المتولي: «وهذا هو المختار في الفتوى».

... وقال النووي: «هذا هو المختار؛ لأن الله تعالى أحل البيع، ولم يثبت في الشرع لفظ له، فوجب الرجوع إلى العرف، فكل ما عده الناس بيعاً كان بيعاً، كما في القبض، والحرز، وإحياء الموات، وغير ذلك من الألفاظ المطلقة، فإنها كلها تحمل على العرف»^(١).

(وكل ما جرى عرف البلدة أنه من متناولات المبيع، أو كان متصلاً بالأرض اتصال قرار، سواء كان اتصاله خلقياً أو صناعياً - يدخل في البيع تبعاً بلا ذكر)^(٢).

(المنقولات الموقوفة: كالمكيلات، والموزونات إذا جرى العرف بوقفها يجوز بيعها، ودفع ثمنها مضاربة أو بضاعة، كما تدفع النقود الموقوفة لذلك، ويعطى نهاؤها للموقوف عليه)^(٣).

(لا يجوز قبول هدية المقترض قبل الأداء ممن لم يجز له منه عادة)^(٤).

(١) مختصر قواعد العالائي ٢٥٢/١.

(٢) مرشد الخيران: ٦٠.

(٣) مرشد الخيران: ٦.

(٤) قواعد ابن رجب: ٣٤٨.

أذهب الحنفية إلى جواز توقيت الكفالة بوقت مجهول جهالة غير فاحشة، إذا جرى العرف بين الناس على التوقيت به، كوقت الحصاد والدياس^(١).

ومن الملاحظ أن أثر العرف كان عظيمًا جدًا في المسائل المنوطة بموضوع الإجارة، ولاسيما في تحديد التزامات الأجر والمستأجر، فلا بأس أن أسرد طرفًا من مسائلها التي تجلّ فيها نفوذ العادة والعرف:

(من دخل حمامًا أو سفينة بلا عقد، أو أعطى ثوبه لقصار ونحوه كخياط ليعمله بلا عقد، فالواجب في ذلك ونحوه أجره مثله؛ لأن العرف جارٍ بذلك يقوم مقام القول، وكذا لو دفع متاعه لبيعه، أو استعمل حمالًا، فله أجره مثله، ولو لم يكن له عادة بأخذ الأجرة)^(٢).

(من استأجر حانوتًا ولم يسم شيئًا، فالإجارة جائزة، ولا يقعد فيها حدًّا ولا قصارًا ولا طحانًا).

وإنما جازت الإجارة؛ لأن منافع الحانوت لا تختلف ولا تتفاوت، وهذه الأشياء المضرة بالبناء مستثناة من عقد الإجارة بالعرف، والمتعارف كالمنطوق به^(٣).

(كل ما كان من توابع العمل - ولم يشترط على الأجير - يعتبر فيه عرف البلدة وعادتها، كما أن العادة في كون الخياط على الخياط)^(٤).

(١) ر: الموسوعة ٣٩/١٠.

(٢) هداية الراغب: ٣٧٦.

(٣) شرح الجصاص على مختصر الطحاوي ٣٨٧/١، وانظر: مجلة الأحكام العدلية م/٥٢٧،

٥٢٨، شرح القواعد: ٢٤١.

(٤) درر الحكام ٦٦٠/١.

(لا يلزم المستأجر إطعام الأجير، إلا أن يكون عرف البلدة كذلك)^(١).

(من أعطى أستاذاً^(٢) ولده ليعلمه صنعة من دون أن يشترط أحدهما للآخر أجره، فبعد تعلم الصبي لو طلب أحدهما من الآخر أجره يعمل بعرف البلدة وعاداتها)^(٣).

لو اكتريت دابة من دون بيان مقدار الحمل، ولا التعيين بإشارة يحمل مقداره على العرف والعادة^(٤)، فلو هلكت الدابة - ولم يتجاوز المكتري في تحميلها المقدر المتعارف في أمثالها - لا يضمنها.

لو استخدم صانعاً في صنعة معروف بها، وبها قوام حاله ومعيشته، ولم يعين له أجره، ثم طالبه بالأجرة، فادعى أنه استعان به مثلاً، فإنه لا يسمع منه، ويلزمه أجر مثله؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(٥).

(إن كيفية دفع أجره المأجور يتبع فيها شرط العاقدين، فإن لم يشترط شيئاً فإن كيفية الدفع عندئذ تخضع للعرف في التعجيل، أو التأجيل أو التنجيم: أي التقسيط)^(٦).

(١) درر الحكام ١/٦٦١.

(٢) «الأستاذ» معناه: معلم الصناعة. وهي كلمة ليست بعربية، يقولون للماهر بصنعتة: أستاذ. كما قال الجواليقي في المعزب من الكلام الأعجمي، تحقيق: د. عبدالرحيم ف، ص ١٢٥، رقم المصطلح ٣٠.

(٣) درر الحكام ١/٦٥٤، وانظر: م ٤٦، ١/٤٥ - ٤٦.

(٤) المصدر نفسه ١/٦٣٨.

(٥) شرح القواعد الفقهية: ٢٣٧.

(٦) المدخل الفقهي العام ٢/٨٦٨.

من استعمل مال غيره من دون عقد، ولا تأويل ملك، فإن كان معدا للاستغلال يلزمه أجره المثل؛ وذلك لأن المعد لما كان معروفا عادة أنه لا يستعمل إلا بالأجرة كان كالمشروط، إلا أنه يقدر أجر المثل لعدم التصريح ببيان الأجرة^(١).

وقالوا فيمن اكرت دابة يحمل عليها حنطة إلى منزله، فلما انتهى إليه أراد صاحب الحنطة أن يحمل المكاري ذلك فيدخله في منزله، وأبى المكاري. قالوا: قال أبو حنيفة: عليه ما يفعله الناس، وإن أراد أن يصعد إلى السطح والغرفة فليس عليه أن يصعد به إلى علو البيت، إلا أن يكون اشترطه، ولو كان حاملا على ظهره فعليه إدخال ذلك، وليس عليه أن يصعد إلى علو البيت، إلا أن يشترط. ويتخرج ذلك على قولهم: المعروف عرفا كالمشروط شرطا^(٢).

ونظير ذلك ما يحدث في أسواقنا الآن في بيع الثلاجات، والأفران، والغسالات، وغيرها من الأجهزة المنزلية الأساسية، بحيث يتحمل صاحب المحل - أي البائع - نقلها وإيصالها إلى منزل المشتري حسب العرف المعتاد، ويمكن مخالفة العرف عند التصريح بخلافه، أو بشرط إيصاله المحمول إلى الدور الأول فحسب، دون الصعود به إلى الطابق الأعلى.

لو استأجر شخص عاملا ليعمل له في بستانه يوميا، فتعيين وقت العمل من اليوم عائد إلى العرف والعادة في تلك البلدة، أو العادة المتبعة في شركة من الشركات في حق مثله من العمال، اللهم إلا إذا شرط وصرح بخلاف العرف، فحيثذ العبرة بما وقع عليه الاتفاق بالتصريح^(٣).

(١) شرح الأتاسي ١/١٠١.

(٢) شرح الأتاسي ١/١٠١ - ١٠٢.

(٣) ر: درر الحكام ١/٤٦، وقواعد الأحكام ٢/١٤١.

والأصل في الإجارة إذا وقعت على عمل فكل ما كان من توابع ذلك العمل ، ولم يشترط ذلك على الأجير في الإجارة - فالمرجع فيه إلى العرف^(١) .

كل ما تعورف وضعه من قبل الأجير في المستأجر فيه يلزمه ويدخل تبعا : كصبغ الصباغ ، وخبوط الخياط ، ومرهم الطيب ، وقرظ الدباغ ، وحرير النساخ^(٢) .

سئل الإمام مالك عن الخياط الذي بينه وبين المستصنع خلطة ، ولا يكاد يجري بينهما ما يؤدي إلى مخالفة ونزاع ، فطلب منه خياطة الثوب ، فإذا فرغ منه الخياط -الصانع- جاء به وقدمه إلى المستصنع ، فتراضيا على شيء يدفع إلى الصانع من قبل المستصنع ، فقال الإمام مالك : لا بأس به^(٣) .

وتوجيه الرأي المذكور مبني على تعامل الناس بذلك وعادتهم المتبعة . قال الإمام محمد بن رشد معللا ومعلقا على الجواب المطروح :

وهذا كما قال ؛ لأنه مما قد استجازاه الناس ومضوا عليه ، وهو من نحو ما يعطى الحجام من غير أن يشارط على عمل قبل أن يعمل ، وما يعطى في الحمام ، والمنع من مثل هذا وشبهه تضيق على الناس وخرج في الدين وغلوفيه ، قال الله عز وجل : ﴿ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾^(٤) .

ومما يدل على مراعاة العرف عند الاختلاف ما ذكره الإمام الخشني المالكي في

(١) الفتاوى الهندية ٤/٤٣٢ .

(٢) المجلة م/ ٥٨١ .

(٣) انظر : البيان والتحصيل ٨/٤٢٣ - ٤٢٤ .

(٤) المصدر نفسه ٨/٤٢٣ - ٤٢٤ .

الضابط الآتي من ضوابط الإجارة:

كل ما تشاح فيه الأجير والمستأجر، حملوا فيه على سنة الناس وما تعارفوا في ذلك^(١).

وجاء في (التبصرة) لابن فرحون: إذا استأجر دابة جاز له ضربها إذا حرّنت في السير، وإن لم يستأذن مالكها، وكذلك ركوبها بالمهاميز^(٢).

وعن الإمام مالك: (إذا كان للناس كراء معروف وسنة في كرائهم، ونقد يتناقدونه بينهم، حملوا على عمل الناس)^(٣).

وقال الشيخ خليل في مختصره، وهو يتحدث عن الأجر: (وعجّل إن عيّن بشرط أو عادة)^(٤).

(وإذا أراد الصّناع والأجراء تعجيل الأجرة قبل الفراغ وامتنع رب الشيء، حملوا على المتعارف بين الناس)^(٥).

ومن المسائل المرتبطة بهذا الأصل: صيانة المأجور، فمن المعلوم أن الصيانة تقع بوجه عام على الأجر؛ لأنه مالك الأصل المأجور، ولا سيما إذا كانت الصيانة في الأشياء المركبة الأساسية في المأجور، ولم تكن ناشئة عن سوء تصرف المستأجر، ومثال ذلك: أن إزالة النفايات والقاذورات المترسبة المتراكمة في الحمامات

(١) أصول الفتيا: ١٤٧، كليات ابن غازي: ٦٦٩، ف ١٧٦.

(٢) تبصرة الحكام ١٢٢/٢.

(٣) انظر: المدونة ٤/٤٧٨، وانظر: العرف وأثره في التشريع الإسلامي لمصطفى عبدالرحيم أبو عجيبة: ٢٨٢.

(٤) انظر: مختصر خليل: ٢٤١، والعرف وأثره في التشريع الإسلامي: ٢٨٣.

(٥) شرح الزرقاني على المختصر ٤/٧، والعرف وأثره في التشريع الإسلامي: ٢٨٥.

والأحواض وأنابيب المياه - وهي التي تحصل بسبب امتداد الزمان، والاستهلاك المعتاد بدون تفريط من المستأجر - تقع مسئوليتها على الآجر، وهو العرف القديم، كما يبدو من كلام الإمام السرخسي في النص الآتي:

(وعماره الحمام في صاروجه^(١)، وحوضه، ومسيل مائه، وإصلاح قدره^(٢)) - على رب الحمام؛ لأن المنفعة المقصودة بالحمام لا تتم إلا بهذه الأشياء، وعلى المؤاجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بما أجره على الوجه الذي هو مقصوده، ولأن المرجع في هذا إلى العرف، وفي العرف صاحب الحمام هو الذي يحصل هذه الأعمال، فإن اشترط المرمة على المستأجر فسدت الإجارة؛ لأن المرمة على الآجر، فهذا شرط مخالف لمقتضى العقد^(٣).

هذه نبذة يسيرة عن الأمثلة الكثيرة المبثوثة في شتى مصادر الفقه الإسلامي العريقة، وتتجلى بها مكانة العرف.

ويحسن الآن أن ألحق بها أمثلة أخرى تلامس القضايا المعاصرة على النحو الآتي:

العرف وأثره في القضايا المعاصرة:

هناك مسائل وقضايا مستحدثة كثيرة يتجلى فيها أثر العرف أو التعامل، ومنها ما يتبين من المسائل والصور الآتية:

(١) الصاروج: خليط يستعمل في طلاء الجدران والأحواض. المعجم الوسيط (صرح).
 (٢) في الأصل «قدره»، أي: بالدال المهملة، ومقتضى السياق ما أثبت.
 (٣) المبسوط ١٥٧/١٥. لكن سبق أن بينا أن الشرط الفاسد عند الحنفية إذا جرى به العرف يصبح صحيحاً عندهم.

أجر السمسار يخضع أصلاً للشرط ، فإن لم يحدد بالاتفاق يخضع للعرف بين التجار ، فقد يكون عرفاً على من يكلفه ، وقد يكون على الطرفين بنسبة من السعر الذي يتم به التعاقد .

وهذا ما يجري في عقود الإيجار لدى مكاتب الإيجار ، فإن العرف المتبع أن المكتب العقاري يأخذ العمولة عن المستأجر لسعيه في الإيجار ، وقد تتفاوت حسب أجرة المسكن .

من القضايا المهمة المنوطة بالعرف موضوع القبض ؛ إذ من المعلوم أن مسألة القبض تعتبر ركيزة أساسية في إطار المبادلات المالية ، وكثيراً ما نجد النزاع يثور ويحتد في تحقق القبض أو عدم تحققه ، سواء أكانت القضية ترتبط بالقبض الحقيقي ، أم بالقبض الحكمي . . . ، وتتجلى صلة القبض بالعرف بقول الفقهاء الشائع في كتبهم : (القبض بحسب العرف) ولكن مع تسليم هذا المبدأ لا يزال الإشكال يبقى قائماً في تطبيقه على بعض القضايا المعاصرة ، ومنها : هل يمكن أن نحل مكاملة هاتفية محل القبض ؟

ومن الملاحظ أن وجود الاختلاف في بعض المسائل في إجرائها على العرف المتبدل لا يعني تقليص أهمية العرف في معالجة المسائل المستجدة ، فإن هناك مسائل ناشئة عن البنوك مبنية على العرف العالمي السائد بدون نزاع .

ومنها : عمليات الصرف الأجنبي ، وهي عبارة عن عمليات بيع وشراء نقود ، أو مبادلة عملات وطنية بعملات أجنبية ، ومن جملة حالات الصرف الأجنبي أنه إذا كان الصرف بحساب العميل ، فإن المودع يتسلم إيصال الإيداع الذي يحمل تاريخ اليوم الذي تم فيه الإيداع ، ويقوم البنك بقيد القيمة المعادلة للعملة الأجنبية بحسب سعر يوم الإيداع بحساب العميل لديه بالعملة الوطنية ،

وهذا قبض حكمي معتبر؛ إذ تعين به حق العميل تجاه البنك^(١).

وهكذا الأمر في الأوراق التجارية، مثل: الكمبيالة، والسند الإذني، والشيك، وهي صكوك ثابتة للتداول تمثل حقا نقديا، وتستحق الدفع بمجرد الاطلاع، أو بعد أجل قصير، فيجري العرف على قبولها كأداة للوفاء، ولا مانع من اعتبارها مقبولة شرعا^(٢).

وقد صدر قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، المتعلق بالقبض الحكمي للأموال، في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة من ١٣ رجب ١٤٠٩ هـ الموافق ١٩ من شباط (فبراير) ١٩٨٩ م، إلى: ٢٠ رجب ١٤٠٩ هـ الموافق ٢٦ فبراير ١٩٨٩ م ونص القرار كما يلي:

١- (يقوم تسلم الشيك مقام القبض عند توافر شروطه، في مسألة صرف النقود في المصارف.

٢- يعتبر القيد في دفاتر المصرف في حكم القبض لمن يريد استبدال عملة بعملة أخرى، سواء كان الصرف بعملة يعطيها الشخص للمصرف، أو بعملة مودعة فيه).

ومن المسائل الاقتصادية المرتبطة أيضًا بالعرف ما تلاحظ في القرارات والفتاوى الآتية:

أ - التقابض شرط في شراء الذهب والفضة، فإن هذا التقابض يمكن أن يكون حقيقيا بأن يسلم البائع السلعة والمشتري الثمن تسليما حقيقيا في مجلس العقد، وقد يكون حكما بالقيد الحسابي، وذلك بحسم الثمن من حساب العميل،

(١) انظر: الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٥٠٦/٥ - ٥٠٧ (الجزء الشرعي).

(٢) انظر: الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٤٧٧/٥.

وإضافة المقدار المبيع من الذهب أو الفضة إلى حسابه، وإعطائه إيصال الإيداع^(١).

ب - وجاء ضمن الأسئلة المطروحة في (بيت التمويل الكويتي):

(هل يعتبر تقابضا في العملات ما تعارفت عليه البنوك في قيود دفترية في المديونية والدائنية، أو كتب اعتماد للسحب على المكشوف بدون فوائد ربوية...؟)

الجواب: نعم، يعتبر تقابضا ما جرى عليه عرف المصارف في مبادلة النقد بالنقد^(٢).

ج - لا بأس أن نعتبر الآن التلكس، والبرق، ووسائل الإعلام الفورية من قبيل وحدة المجلس التي اشترطها الشرع لعقد المصارفة...؛ تيسيرا على الناس، وأخذا بالعرف التجاري السائد^(٣).

د - يحق للبنك في عقود المرابحة أن يضيف المصاريف التي تعارف التجار على إضافتها إلى الأثمان: كمصاريف التخزين، والحمل، وغير ذلك، وحينئذ يحسن أن يعبر عن سعر السلعة بأنها وقفت على البنك بكذا^(٤).

هـ- يجوز حصول الشركة على عمولة بيع الشيكات السياحية التي تصدرها بقدر الخدمة، وما يتفق مع العرف السائد مقابل الجهد الذي تبذله الشركة في هذا الإصدار^(٥).

(١) ر. قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، القرار رقم (٥).

(٢) فتاوى بيت التمويل الكويتي ٣٥/١.

(٣) فتاوى بيت التمويل الكويتي ٥٢/١.

(٤) المصدر نفسه ١٥/١.

(٥) انظر: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، القرار رقم (٨٨).

ومن المهم جدا -بصدد عرض النصوص والتطبيقات المعاصرة المرتبطة بالعرف- التنبيه على أن للعرف تأثيرا ملحوظا في سواغية بعض المعاملات التي جرى فيها خلاف الفقهاء قديما، ولا يزالون مختلفين فيها بحق مستندين إلى الدليل، فيمكن أن يعالج النزاع العلمي بترجيح القول الذي يسنده العرف الشائع بين الناس، ومن هذا القبيل جواز بيع العربون، فهو جائز في المذهب الحنبلي، وخاضع لمبدأ الشروط والالتزامات، وفي نفس الوقت متبع في القوانين والأعراف التجارية العامة.

وإلى هذا جنح رأي بعض البنوك الإسلامية، فقرر أخذ العربون من العميل ومصادرته حين إخلاف الوعد بناء على رأي الحنابلة^(١).

ومنها: جواز صحة السلم في أفراد الحيوان...، فإنه ينبغي الجزم اليوم بصحة السلم اتفاقاً من الوجهة الفقهية في حيوان اللحم الذي تعورف بيعه بالوزن وهو حي: كالبقر، والغنم، والدجاج، كما يحصل في تعهدات تقديم هذه الحيوانات للجيش، والحكومات، والمؤسسات؛ لأنها بالوزن تصبح مثلية، بخلاف حيوان الركب والاستعمال؛ لأن أفراده قيمة متفاوتة^(٢).

ومنها: تسويغ التعامل بالأجل في الذهب الأبيض وهو البلاتين (Platinum) حسب العرف المتبع في سوق المعادن النفيسة العالمية، فهنا لا يتعارض التعامل مع التشريع الإسلامي؛ إذ البلاتين -وإن كان أعلى من الذهب- يفترق عن الذهب

(١) ر: فتاوى بيت التمويل الكويتي ٢٠/١.

(٢) عقد البيع للأستاذ الزرقاء ص ٩٨.

والفضة على مذهب جمهور الفقهاء في أن الثمنية لا تتحقق فيه بخلافها، فإنها يمثلان الأثمان بطبيعتها.

وعلة ربا الفضل عند الجمهور هي الثمنية، فلا تتحقق بخلاف الحنفية الذين رأوا أن العلة في الذهب والفضة هي الوزن والجنس...^(١)، ويعتبر التعامل في مثل هذه المسائل أحد المرجحات لدى الإفتاء من باب التيسير على الناس.

وجاء في قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي في هذا الخصوص (القرار ١٠١) ما يحسن إيراده هنا ونصه:

معدن البلاتين نوع من المعادن الثمينة، ولا يلحق حكمه بالذهب والفضة، وإن سماه بعض الناس بالذهب الأبيض، فلا يشترط فيه التقابض في مجلس العقد، ويجوز بيعه بالنقود إلى أجل، وعلى العموم تنطبق على البلاتين أحكام المعادن غير الذهب والفضة، وعلى الشركة إذا أرادت التعامل بهذا المعدن ألا تشتري غير الموجود منه إلا بطريق بيع السلم^(٢).

ومن هذا المنطلق تكون مجموعة القواعد والأعراف الموحدة للاعتادات المستندية محل اعتبار، بشرط عدم مخالفة أحكام الشرع الإسلامي.

وكذلك نصوص نشرة غرفة التجارة الدولية، ومنها ما يتعلق بتسليم البضائع وتحديد أماكنها، فتكون تلك الأحكام المقررة المتبعة عرفاً واجبة التنفيذ لمن يلتزم

(١) انظر: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، القرار رقم (١٠١).

(٢) انظر: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، القرار رقم (١٠١)، وانظر: فتاوى بيت التمويل الكويتي ٤٧/٢.

بها . . . حين عدم التصريح بخلافها لدى إبرام العقد، وهي على النحو الآتي:

١ - تسليم البضاعة في مكان منشئها (إنتاجها)، وعلى هذا الأساس تحدد التزامات كل من البائع والمشتري، والتي نصت عليها غرفة التجارة الدولية . . . على وجه الدقة والتفصيل قطعاً للنزاع، وحسماً لأي خلاف قد يثور، ومن أهم التزامات البائع:

- وضع البضاعة تحت تصرف المشتري في الموعد والمكان المحددين، بشروط العقد وإعلام المشتري بذلك في وقت مناسب. ومقابل هذا الالتزام يكون من أهم التزامات المشتري:

(تحمل كافة المصاريف والمسئوليات والمخاطر منذ وضع البضاعة تحت

تصرفه)

٢ - التسليم على رصيف ميناء البائع (Free Along side = F.A.S)، وعلى هذا الأساس تحدد التزامات كل من البائع والمشتري، ومن أهم التزامات البائع: (توريد البضاعة مطابقة لشروط العقد، وتسليمها في المكان والزمان المحددين على رصيف التحميل بميناء الشحن، وإعلام المشتري بدون إبطاء ذلك)^(١).

فأمثال هذه القوانين تعتبر أعرافاً دولية، ولا مانع من قبولها؛ لعدم معارضتها للنصوص التشريعية، والله أعلم.

(١) انظر: الاستثمار والرقابة الشرعية للدكتور عبد الحميد البعلي ٧٢ - ٧٤، وانظر:

المصدر نفسه ١٣٠ - ١٣٢.

(٣)

القواعد الفقهية الوثيقة بالفقه المالي

الأصل في البيوع الإباحة

هذا أصل جليل مهم يعول عليه في تحريج العقود والمسائل المستجدة. يقول الإمام الشافعي في مطلع كتاب البيوع: (أصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا، إلا ما نهى عنه رسول الله ﷺ منها، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله ﷺ محرم؛ إذ إنه^(١) داخل في المعنى المنهي عنه...^(٢)). ومما يدل على هذا الأصل ما جاء في كلام الإمام ابن رشد -الجد- في النص الآتي، من الفصل الذي عقده في تقسيم البيوع في الصحة والفساد:

(البيوع تنقسم على ثلاثة أقسام: بيوع جائزة، وبيوع محظورة، وبيوع مكروهة، فأما البيوع الجائزة فهي التي لم يحظرها الشرع، ولا ورد فيها نهي، وإنما قلنا ذلك لأن الله تعالى أباح البيع لعباده، وأذن لهم فيه إذنا مطلقا، وإباحة عامة، في غير ما آية من كتابه. من ذلك قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَوَدَّيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾^(٤)، ثم قال: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾^(٥)، يريد: التجارة للبيع والشراء، ولفظ البيع لفظ عام؛

(١) في الأصل (بإذنه) تحريف عما أثبت.

(٢) الأم ٣/٣.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) الجمعة: ٩.

(٥) الجمعة: ١٠.

لأن الاسم المفرد إذا دخل عليه الألف واللام صار من ألفاظ العموم، قال الله تعالى: ﴿وَالْعَصْرِ * إِنَّ الْإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ * إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ﴾^(١)، فاستثنى من الإنسان جماعة المؤمنين لاقتضائه العموم، واللفظ العام إذا ورد يحمل على عمومه إلا أن يأتي ما يخصه، فإن خص منه شيء بقي ما بعد المخصوص على عمومه أيضاً، فيندرج تحت قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ كل بيع إلا ما خص منه بالدليل، وقد خص منه بأدلة الشرع بيوع كثيرة، فبقي ما عداها على أصل الإباحة، ولذلك قلنا في البيوع الجائزة: إنها جائزة ما لم يحظرها الشرع، ولا ورد فيها النهي^(٢).

ونخلص مما تقدم إلى أن الأصل في البيع^(٣): الإباحة والصحة . . . غير أن أهل العلم لم يختلفوا في أن هذه الآية، وإن كان مخرجها مخرج العموم، فقد لحقها التخصيص؛ لأنهم متفقون على حظر كثير من البياعات: نحو بيع ما لم يقبض، وبيع ما ليس عند الإنسان، وبيع الغرر، والمجاهيل، وعقد البيع على المحرمات من الأشياء.

وقد كان لفظ الآية يوجب جواز هذه البياعات، وإنما خصت منها بدلائل، إلا أن تخصيصها غير مانع من اعتبار عموم لفظ الآية، فيما لم تقم الدلالة على تخصيصه^(٤).

(١) العنصر: ٣-١.

(٢) المقدمات الممهدة ٦١/٢ - ٦٢، وانظر: المصدر نفسه ٢١/٢ - ٢٢.

(٣) تم حذف الواو، وهي في الأصل ص ١٣٥: (. . . في البيع والإباحة والصحة . . .).

(٤) الموسوعة ١٤٤/٩.

ويقول الإمام ابن العربي بصدد ذكره هذه الآية الكريمة في (القبس):
 فاقتضى هذا الإطلاق . . . جواز كل بيع، إلا ما قام الدليل على رده . . . (١).
 وجاء في تفسير العلامة الطاهر بن عاشور:

وقد تعرضت الآية إلى حكم هو تحليل البيع وتحريم الربا؛ لأنها من قول الله تعالى لإعلان هذا التشريع بعد تقديم الموعدة بين يديه .

و(أل) في كل من البيع والربا تعريف الجنس، فثبت بها حكم أصليين عظيمين في معاملات الناس محتاج إليهما فيها: أحدهما يسمى بيعا، والآخر يسمى ربا. أولهما مباح معتبر كونه حاجيا للأمة، وثانيهما محرم ألغيت حاجيته لما عارضها من المفسدة.

وظاهر تعريف الجنس أن الله أحل البيع بجنسه، فيشمل التحليل سائر أفرادها، وأنه حرم الربا بجنسه كذلك (٢).

وقال الإمام ابن عبد البر: (الأصل في البيوع أنها حلال إذا كانت تجارة عن تراض، إلا ما حرمه الله عز وجل على لسان رسوله ﷺ نصا، أو كان في معنى النص، فإن ذلك حرام، وإن تراضى به المتبايعان) (٣).

ونوه به الإمام ابن تيمية بقوله:

- (إن الأصل في العقود الإباحة، فلا يحرم منها إلا ما حرمه الله ورسوله، ولم

(١) القبس شرح موطأ مالك بن أنس ٨٤٦/٢.

(٢) تفسير التحرير والتنوير ٨٦/٣.

(٣) الاستذكار ٩١/٢٠.

يُحرم الله عقداً فيه مصلحة للمسلمين بلا مفسدة تقاوم ذلك . . . (١).

وهذه القاعدة وثيقة الارتباط بالقاعدة المطردة الأصولية : (الأصل في الأشياء الإباحة) ؛ إذ إنها سارية ومنسحبة على العقود أيضاً ، ويسند ذلك أن ابن الهمام وابن عابدين قد نصا عليها في أول باب الربا بصيغة : (الحل هو الأصل في الأشياء) (٢).

ويمكن أن يقال : إن هذه القاعدة المتعلقة بالبيع منبثقة من ذلك الأصل العام ، وإلى هذا يشير قول الإمام ابن عبد البر أيضاً وهو :

(الأصل أن الأشياء على الإباحة حتى يثبت النهي ، وهذا في كل شيء) (٣).

وعلى هذا الأصل فإن أي عقد مستجد في الحياة المعاصرة مما لم يتطرق إليه الفقهاء من قبل ، يكون مقبولاً شرعاً ، إذا لم يتصادم مع دليل شرعي من الكتاب ، أو السنة ، أو الإجماع ، أو القياس ، وكان مما اقتضته مصالح الناس العامة ولم يشتمل على مفسدة راجحة .

وقد عرف الفقه الإسلامي في مراحل حياته عقوداً استحدثت ، وأعطائها أسماءها وبين أحكامها ، ومنها ما يلي :

- عقد الإيجار : وهو أن يتفق متولي الوقف مع شخص على أن يدفع مبلغاً يكفي لتعمير عقار الوقف المبني المتوهن عند عجز الوقف عن التعمير ، على أن يكون لدافع المال حق القرار الدائم في هذا العقار بأجر سنوي ضئيل .

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٢٦/٢٩ .

(٢) فتح القدير ٣/٧ ، رد المحتار على الدر المختار ١٧٦/٤ .

(٣) التمهيد ١١٤/١٧ .

- عقد التحكير: هو الاتفاق على إعطاء أرض الوقف الخالية لشخص لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم أجرة معجلة؛ ليكون له عليها حق القرار الدائم، ويتصرف فيها بالبناء والغرس وغيرهما كتصرف المالكين، ويترتب عليها أجر سنوي ضئيل^(١).
 - عقد المقاولة: هو يقابل عقد الاستصناع في الحالة التي يتعهد فيها المقاول بصنع شيء على أن تكون المادة منه، وقد يتعهد المقاول بصنع شيء على أن يقدم رب العمل له المادة، ويقوم هو بالعمل فقط، وفي هذه الصورة هو يمثّل عقد الإجارة^(٢).
 - الاشتراط لمصلحة الغير: هو عقد يكون بين طرفين يشترط فيه أحدهما على الآخر أن يلتزم بالقيام بعمل لمصلحة شخص ثالث لم يكن طرفاً في العقد، وهذا هو المنتفع^(٣).
- ومثاله: صاحب مصنع يتعاقد مع أحد المستشفيات لعلاج عماله الذين لم يكونوا طرفاً في هذا العقد، والله أعلم.

(١) فقه المعاملات للدكتور محمد علي الفقي: ١٦٩.

(٢) انظر: الغرر وأثره في العقود: ٤٥٩ - ٤٦٠.

(٣) الالتزامات للعلامة أحمد إبراهيم: ٥٦.

الأصل في المعاملات الصحة، وفي العقود اللزوم^(١)

هذه القاعدة تكاد تكون مسلمة لدى الفقهاء غير أن منهم من توسع في الأخذ بها، ومنهم من أعملها في مسائل معدودة كما يبدو من تدقيق النظر في المناسبات الفقهية التي وردت فيها، ومن المناسب أن أسجل نبذة من صياغاتها المذكورة في كتب المذاهب:

- (تصحیح العقود بحسب الإمكان واجب)^(٢).
- (الأصل الصحة وحمل العقود عليها)^(٣).
- (الأصل صحة العقد ووجود ما يقتضيها)^(٤).
- (الأصل حمل العقود على الصحة)^(٥).
- (العقد متى أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده)^(٦).

الأصل في العقود اللزوم؛ لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من العقود

(١) المعيار ٥٤٨/٦.

(٢) المبسوط ١٣٥/٢٠.

(٣) المعيار ١٩٥/٥.

(٤) تكملة المجموع للسبكي ٢٠/١٠.

(٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٤٦٦/٢٩.

(٦) المبدع ٧٦/٥، نقلا عن «المغني».

به ، أو المعقود عليه ، ودفع الحاجات فيناسب ذلك اللزوم ؛ دفعا للحاجة وتحصيلا للمقصود^(١) .

وإلى هذا الأصل ألمع الإمام الزركشي بقوله : (العقود الجارية بين المسلمين محمولة على الصحة إلى أن يتبين خلافها .

ولهذا إذا اختلف في الصحة والفساد صدق مدعي الصحة)^(٢) .

ويحكم هذا الأصل في مسائل كثيرة جدا ، ولاسيما في حل المشكلات والدعاوى المرتبطة بالمبادلات المالية ، ومن أمثلتها :

- إذا ادعى أحدهما ما يفسد العقد من سفه ، أو إكراه بلا قرينة ولا بينة ، فالعبرة هنا بقول المنكر بناء على أن الأصل في العقود الصحة^(٣) .
- وكذا لو قال أحد المتصارفين : تفرقنا قبل القبض ، فادعى فسخ العقد وأنكره الآخر ، فالقول قول مدعي الصحة ؛ لأن الأصل معه^(٤) .
- ومنها : إذا اختلف العاقدان في قبض المبيع أو عدم قبضه ، فإن كان ما باع كل واحد منهما في يده ، فالقول قول من يدعي عدم حصول القبض ؛ لأن الحال يشهد به^(٥) .

(١) الفروق للقرافي ١٣/٤ .

(٢) المنشور في القواعد ٤١٢/٢ - ٤١٣ ، وانظر : المصدر نفسه ٣١٧/١ .

(٣) انظر : هداية الراغب : ٣٢٥ .

(٤) انظر : الكافي لابن عبد البر ١٠٦/٢ .

(٥) تكملة المجموع للسبكي ٢٠/١٠ .

- ومنها: ما جاء في شروط السلم في (كشاف القناع):

(بعد الاتفاق على قبض السلم إذا قال أحدهما: كان القبض في المجلس قبل التفرق، وقال الآخر: بل كان القبض بعد التفرق، فالقول قول من يدعي القبض في المجلس يمينه؛ لأنه يدعي الصحة، وذلك يدعي الفساد، والظاهر في العقود الصحة)^(١).

وجاء في (المغني) لابن قدامة:

(قال الحسن: «لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة بالدرهم»، وبه قال الشعبي، والنخعي، واحتج من أجاز ذلك بأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة لم يحمل على الفساد؛ لأنه لو اشترى لحما من قصاب جاز، مع احتمال كونه ميتة، ولكن وجب حمله على أنه مذكى تصحيحا للعقد، ولو اشترى من إنسان شيئا جاز، مع احتمال كونه غير ملكه ولا أذن له في بيعه)^(٢).

ويمكن أن يجعل هذا الأصل المتعلق بالعقود منبثقا عن الأصل العام القائل بأن الأصل أن أمور المسلمين محمولة على السداد، والصلاح حتى يظهر غيره.

... من مسأله أن من باع درهما ودينارا بدرهمين ودينارين، جاز البيع، وصرف الجنس إلى خلاف جنسه؛ تحريا للجواز - حملا لحال المسلم على الصلاح - ولو نص على أن الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين فسد البيع؛ لأنه قد غير هذا الظاهر صريحا)^(٣).

(١) كشاف القناع ٣/٢٩٩.

(٢) ٤/٤٠، وانظر: الاختيار للموصلي ٢/٤٠ - ٤١، الموسوعة ٢٦/٣٦١، والفروق

للكرايسي ٢/١٠٦ - ١٠٧.

(٣) أصول الكرخي: ١٦٢-١٦٣.

ويسند هذا الاتجاه ما ورد في أصل آخر قريب مما سلف وهو: (الأصل أن المتعاقدين إذا صرحا بجهة الصحة صح العقد، وإذا صرحا بجهة الفساد فسد، وإذا أبهما، صرف إلى الصحة).

من مسائله: إذا باع قُلْبٌ^(١) فضة وزنها عشرة، وثوبا قيمته بعشرين درهما، على أن عشرة منها مؤجلة إلى شهر، فإن صرحا أن العشرة المؤجلة ثمن الثوب، والعشرة المنقودة ثمن القُلْب صح، وإن صرحا أنها ثمن القلب فسد، وإن أبهما فالعشرة المنقودة تجعل للقُلْب، والمؤجلة للثوب حملا على الصحة^(٢).

وفرع الحنابلة سواغية استئجار النقد لتحلية النساء به، إذا كانت الأجرة من جنس ذلك النقد، ثم اختلفوا إذا كانت من غير الجنس، ورجحوا الجواز بناء على هذا الأصل^(٣).

هناك مسائل كثيرة تبقى محل النزاع، متأرجحة بين الجواز وعدمه، ولا يمكن أن يكون هذا الأصل حكما حاسما دائما. ولذا نجد الإمام الونشريسي صاغ قاعدة في هذا المعنى بصورة استفهام إذ يقول:

«المبهات المتردات بين الصحة والفساد، هل تحمل على الصحة أو الفساد؟»

ثم أورد عقبها فروعا متعددة ومنها قوله:

(من اشترى الثمار قبل بدو الصلاح، ولم يشترط القطع ولا التبقية، فظاهر

(١) القُلْبُ هنا بمعنى السوار يكون نظماً واحداً. المعجم الوسيط: (قلب).

(٢) أصول الكرخي: ١٦٥.

(٣) انظر: المبدع ٧٦/٥.

المدونة الصحة، وقال العراقيون بالفساد... (١).

وقد تصدى الإمام السرخسي لبيان هذا الأصل، وإعماله في مواطن كثيرة، ومنها ما جاء بمناسبة عرض المسائل المتعلقة باختلاف العاقدین في المزارعة، وهو كما يلي:

(وإذا دفع الرجل إلى الرجل أرضاً يزرعها ببذره وعمله على أن الخارج بينهما نصفان، فلما حصل الخارج، وقال رب الأرض: شرطت لي النصف منه، فالقول قول صاحب البذر؛ لأن صاحب البذر يدعى عليه استحقاق نصف الخارج بالشرط، وهو منكر لذلك، فالقول قول المنكر مع يمينه، والبينة بينة رب الأرض؛ لأنها تثبت الاستحقاق له، ولا يقال الظاهر يشهد لرب الأرض، فإن العقد الذي يجري بين المسلمين الأصل فيه الصحة؛ لأن هذا الظاهر يصلح لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق به، وحاجة رب الأرض إلى ابتداء الاستحقاق.

فإذا حلف صاحب البذر أعطاه أجر مثل أرضه؛ لأنه مقر له بذلك القدر، وإن لم تخرج الأرض شيئاً فقال المزارع: شرطت لك النصف، وقال رب الأرض: شرطت لي عشرين قفيزاً، فالقول قول المزارع؛ لأن رب الأرض يدعى لنفسه أجر المثل دينا في ذمة المزارع، والمزارع منكر لذلك، ثم الظاهر يشهد للمزارع، فإن الأصل في العقود الصحة، وحاجة المزارع إلى دفع استحقاق رب الأرض، والظاهر يكفي لذلك) (٢).

(١) إيضاح المسالك ١٣٢، قاعدة: ١٠٤.

(٢) الميسوط ٩٢/٢٣.

ومنها: إذا اختلف الوديع والمودع في الوديعة، فقال الوديع: رددتها، وقال المودع: استهلكتها، ثم صالحه على مال، ففي قول الإمام أبي يوسف - رحمه الله -: لا يجوز هذا الصلح، وهو إحدى الروايتين عنه. ووجه هذا الرأي أن إقدام الوديع على الصلح طائعا التزام منه للمال بسبب تصحيح ظاهر، فهو يريد بذلك أن يبطل ما التزمه، فلا يقبل قوله، كالمرأة إذا اختلعت من زوجها بعد الطلاق الرجعي، ثم زعمت أن عدتها كانت قد انقضت قبل الخلع لا يقبل قولها.

فإن قيل: هو مناقض في الدعوى أيضا، فالجواب أنه غير مناقض؛ لأن قبوله الصلح لا يكون إقرارا منه بوجوب شيء عليه.

ولكنه يدعي خلاف ما يشهد له الظاهر؛ لأن العقود في الظاهر محمولة على الصحة، فلا يقبل قوله في ذلك إلا بالبيينة، وعند عدم البيينة القول قول خصمه مع اليمين؛ لكون الظاهر حجة، وشاهداً له^(١).

وإن كانت الوديعة قائمة بعينها، وهي مائة درهم، فصالحه منها على مائة درهم بعد إقرار، أو إنكار - لم يجز إذا قامت البيينة على الوديعة؛ لأنها عين في يد الوديع، فيكون الصلح عنها معاوضة، ومعاوضة المائة بالمائتين باطل، ولا يمكن تصحيحه بطريق الإبراء والإسقاط؛ لأن العين لا تحتل ذلك^(٢).

ومنها المسألة الآتية الواردة في باب الاختلاف بين المضارب ورب المال:

(ولو قال المضارب: شرطت لي ثلث الربح، وقال رب المال: شرطت لك

(١) ر: المبسوط ٢١/٦١-٦٢.

(٢) المصدر نفسه ٢١/٦٢.

ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم، فالقول قول المضارب؛ لأنها تصادقا على أنه شرط له ثلث الربح، ثم أقر رب المال بزيادة على ذلك. لا لكي يستحقها المضارب، بل ليفسد العقد بها، ويبطل استحقاق المضارب، فهو متعنت في هذا، فلا يقبل قوله، ويجعل القول قول من يدعي جواز العقد؛ لأن الأصل في العقود الصحة^(١).

ومنها ما لو اختلفا فزعم أحدهما بناء البيع على التلجئة، وقال الآخر: بل أعرضنا عنها، فعند الصاحبين: القول قول من يدعي البناء على المواضعة، أي: التلجئة، ولا بيع بينهما؛ لأن الظاهر شاهد له؛ ولأننا نجعل كأن أحدهما أعرض عن تلك المواضعة، والآخر بنى عليها، وتلك المواضعة بمنزلة اشتراط الخيار منهما، ولو شرطا الخيار ثم أسقطه أحدهما لم يتم البيع، وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: «الأصل في العقود الشرعية الصحة واللزوم»، فمن يقول: لم نبن على تلك المواضعة - يتمسك بما هو الأصل - : فالقول قوله^(٢).

وجاء في (باب الأمر بالضمان): «مطلق العقود الشرعية محمولة على الصحة»^(٣).

وفي واقعنا الاقتصادي المعاصر جدد معاملات يمكن النظر فيها، وتخرجها على أساس هذه القاعدة، ومن أبرزها التعامل مع شركات تقوم بأعمال مشروعة، وتتعامل مع البنوك بالفوائد، فهناك الشركات ذات النشاط المشروع في الأصل إلا

(١) المبسوط ٢٢/٨٩-٩٠.

(٢) ر: المبسوط ١٨/١٢٤.

(٣) المصدر نفسه ٢٠/٧٢.

أنها تتعاطى أنشطة غير مشروعة، وذلك بحصولها على قروض ربوية، مما يعني أن هذه الشركات لها رأس مال ناض ناشئ عن أنشطتها المشروعة، وليس ناشئا عن هذه القروض الربوية في الأساس، ولكن القروض التي تحصل عليها تشكل جزءا من ثروتها. وطبقا لهذا التصوير فإنه يجوز التعامل مع هذه الشركات، وهذا هو القول الصحيح الذي عليه جمهور العلماء، بناء على تغليب جانب الصحة في عقود المسلمين طبقا للقاعدة، وهي: أن (عقود المسلمين محمولة على الصحة).

وإلى هذا ينجح أكثر الفقهاء، وذهب بعضهم إلى التحريم؛ نظرا لشيوع الحرام وانتشاره، وعدم القدرة على تمييزه عن الحلال، بناء على أن الجزء الشائع لا يتميز، وهناك قول بالكراهية، وهو وسط بين قولين لمكان الشبهة، والاشتباه ينشأ عن اختلاط حلال بالحرام... (١).

ومن فروعها ما جاء في فتاوى بيت التمويل الكويتي من النص الآتي المشتمل على السؤال والجواب:

السؤال: ما الحكم الشرعي في عملية شراء بالأجل لمجوهرات مركبة على ذهب مصاغ؟

(١) ر: بحث الأستاذ عبدالله بن بيه، ضمن « أعمال الندوة الفقهية الثانية، بيت التمويل الكويتي: ٢٤٥ - ٢٥٥»، وانظر كتابه «توضيح أوجه الأقوال في مسائل من معاملات الأموال» ص ٧٣-٧٤ (ط: المكتبة الملكية ودار ابن حزم)، ووقفت أخيرا في الكتاب المذكور على بحث للمؤلف بعنوان «المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام» (ص ٥١-٥٩) استقر فيه رأيه على التحريم. ولا يزال هذا الموضوع مثار البحث على الرغم من كثرة المداولات والنقاشات فيه، لا محل للخوض فيها هنا، وقد بسطت القول حوله في مقال خاص بعنوان «حكم تداول أسهم الشركات يباعا وشراء».

الجواب: يجوز شراء المجوهرات المركبة على ذهب، بشرط تطبيق حكم بيع الذهب على المقدار الموجود منه فيها، وهو أن يكون الثمن المقابل لمقدار الذهب حالاً ليحقق القبض... أما بالنسبة للمجوهرات فيجوز بيعها بالأجل^(١).

ومن الواضح الجلي أن التخريج هاهنا مبني على هذا الأصل القائل بتصحيح العقود بحسب الإمكان، وهذه المسألة المطروحة لها نظائر كثيرة في فقه الأولين، وقد سبق ذكر بعضها^(٢)، وبذلك كله تتجلى أهمية القاعدة في معالجة كثير من المسائل والنوازل ومنها:

عقود المشاركة المنتهية بالتمليك:

- ومضمون هذا النوع من العقود هو اشتراك طرفي العقد في مشروع ما، لا بقصد الاستمرار، وإنما على أساس خروج أحدهما من المشاركة، وحلول الطرف الآخر محله في ملكيته التي يبيعها إليه مجتمعة بقسطها من الثمن والربح، حسب سعر السوق وقت البيع، وهكذا حتى تتول ملكية المشروع بأكمله إلى المشتري^(٣).

وهذا ما يسمى بالمشاركة المتناقصة أيضاً، و (طريقة ذلك أن يبرم المصرف عقد إجارة السلعة للمستفيد، ثم تقسم السلعة إلى أسهم، ولتكن عشرة مثلاً، ويعده المصرف أن يبيعها له على دفعات، فإذا سدد قيمة سهم مثلاً باعه عشرها، وأنقص له من الأجرة ما يقابله، وصارت شركة بينه وبين المصرف، فإذا سدد سهمها آخر

(١) فتاوى بيت التمويل الكويتي ٢٨/٢، السؤال: ٧٥.

(٢) وانظر للمزيد: تأسيس النظر: ٢٧، ٨٩.

(٣) ضوابط العقود، للدكتور عبدالحמיד البعلي: ١٨.

باعه عشرا آخر، وأنقص له من الأجرة ما يقابله، وهكذا إلى أن تنتهي بتملك المستأجر لها... (١).

- ومنها: بيع الاستجرار^(٢) - من العقود البسيطة السائدة اليوم:

وهو من قبيل البيع بسعر السوق، فمن المتعارف عليه الآن أن يأخذ الناس ما يحتاجون إليه كل يوم ممن يتعاملون معه من بقال أو لحام أو فاكهي، ولا يجري الاتفاق على ثمن وقت الأخذ، ثم يحاسبهم عند أول الأسبوع أو الشهر، فيوفونه حسب سعر السوق في كل يوم، وهو ما يعرف اليوم باسم الحساب الجاري^(٣).

وهكذا حكم جميع الشركات الحديثة في ضوء هذه القاعدة؛ إذ الشركات المسماة المعروفة في الفقه الإسلامي لم ترد على سبيل الحصر حتى لا يتسنى معها إنشاء شركة جديدة، وبناء على هذا الأصل من الممكن قيام أي شركة على أي نحو جديد، علاوة على الأنواع المسماة، ما لم تدخل مجالا نهى الشارع عنه^(٤).

(١) مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية للدكتور الصاوي: ٧١٦.

(٢) ر: البحر الرائق لابن نجيم، ورد المختار ١٦/٤.

(٣) ر: الغرر وأثره في العقود: ٢٥٦ - ٢٥٧.

(٤) انظر: الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي للدكتور أحمد علي عبدالله: ٢٢٥، و ٢٤٧.

أكل المال بالباطل حرام

نص القرآن الكريم على قاعدتين عظيمتين جامعتين في إطار التعامل المالي، وهما تتجليان في الآية الكريمة التالية:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١).

فهذه الآية فيها إرشاد إلى أن الأصل في الأموال أن تكون معصومة، ويمكن أن يقال: إنها أصل عظيم في حرمة الأموال^(٢) إلا ما حل منها عن طيب نفس، وبناء على ذلك أجمعت الأمة على أن التصرف في المال بالباطل حرام^(٣).

والباطل: اسم جامع لكل ما لا يحل في الشرع: كالربا، والغصب، والسرقة، والخيانة، وكل محرم ورد الشرع به^(٤).

وقال الإمام الجصاص الرازي بصدد تفسيره هذه الآية الكريمة: (وقد تضمن ذلك أكل أبدال العقود الفاسدة: كأثمان البياعات الفاسدة، وكمن اشترى شيئاً من

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) تفسير التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور ٥/٢٤.

(٣) المجموع شرح المهذب ٩/١٦٩.

(٤) المصدر نفسه ٩/١٧٠.

المأكول فوجده فاسداً لا ينتفع به ، نحو . البيض والجوز ، فيكون أكل ثمنه أكل مال بالباطل ، وكذلك ثمن كل ما لا قيمة له ولا ينتفع به^(١) .

وباعتبار هذه الآية الكريمة أصلاً مهما ترى الفقهاء يستدلون بها في كثير من المناسبات ، وبينون عليها قواعد ومسائل ، ومنها ما ذكره الإمام القرافي في النص الآتي :

(إن القاعدة الشرعية الأكثرية أنه لا يجوز أن يجتمع العوضان لشخص واحد ؛ فإنه يؤدي إلى أكل المال بالباطل ، وإنما يأكله بالسبب الحق ، إذا خرج من يده ما أخذ العوض بإزائه ، فيرتفع الغبن والضرر على المتعاضين ، فلذلك لا يجوز أن يكون للبائع الثمر والسلعة معاً ، ولا للمؤجر الأجرة والمنفعة معاً ، وكذلك بقية الصور^(٢) .

وهناك مسائل ورد النهي فيها في السنة المطهرة لتحقق هذه العلة المصرح بها في الآية الكريمة ، ومنها ما تلحظه في كلام العلامة الباجي إذ يقول :

(ثبت النهي عن حلوان الكاهن ، وهو ما يعطاه الكاهن لتكهنه ؛ لأنه أكل المال بالباطل ، ولأن التكهن محرم ، وما حرم في نفسه حرم عوضه : كالخمر ، والخنزير)^(٣) .

وهذا غيض من فيض تلك القاعدة الجليلة الكبرى التي دل عليها الشطر الأول

(١) أحكام القرآن ٢/ ١٧٢ .

(٢) الفروق ٢/ ٣ .

(٣) المنتقى ٥/ ٢٨-٢٩ .

من الآية الكريمة المذكورة، أما الشرط الثاني منها، فهو يقرر قاعدة الرضا في العقود، وهي من الدعائم الراسية التي يؤسس عليها عقد البيع وغيره، كما سبق إيضاحها في زمرة جوامع الكلم، باعتبار اختيار صياغة الحديث النبوي الدال على المقصود.

الغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره^(١)

هذه قاعدة مهمة جدا، ومن مباني فقه المعاملات المالية الشرعية وركائزها، وهي مستمدة من نص الحديث النبوي الشريف الآتي ذكره، ومستوحاة من المقاصد التشريعية، ولها تفاريع لا تقف عند حد، ولكن يمكن ضبطها بالقاعدة، ولعل أول من نبه إلى ربط هذا الموضوع بقاعدة فقهية هو الإمام الشاطبي إذ قال -بعد عرض مسألة دخول الحمام من غير تقدير أجره... إلخ- في توجيه جوازها: وذلك لقاعدة فقهية، وهي أن نفي جميع الغرر في العقود لا يقدر عليه^(٢).

و الغرر: ما يكون مستور العاقبة^(٣)، أو الغرر: ما طوي عنك علمه^(٤).

والأصل في هذا الباب هو ما روى الإمام مسلم في صحيحه عن أبي هريرة، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر»^(٥).

وتمثل هذه الكلمة الوجيزة المشتملة على النهي عن الغرر قاعدة جامعة عامة؛

(١) المنتقى للباي ٢٠٤/٤، وانظر: المصدر نفسه ٢١٨/٤، ١١٥/٥.

(٢) الاعتصام ٦٤٤/٢، وانظر: الموافقات ١٥١/٣ - ١٥٢.

(٣) المبسوط ٢٩٤/١٣، وهذا هو التعريف المختار لدى الأستاذ الدكتور الصديق الضيرير في كتابه (الغرر): ٤٣.

(٤) العناية - شرح الهداية - للبابرتي ١٩٢/٥، وعبر عن هذا المعنى العلامة أبو بكر بن العربي في (القبس) ٢: ٧٩٢، بقوله: فأما الغرر فهو كل أمر خفيت علانيته وانطوى أمره.

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي ١٥٦/١٠ - ١٥٧.

إذ المعتمد في الأصول أن الراوي إذا حكى واقعة بلفظ عام كقوله: « نهى عن الغرر » و « قضى بالشفعة » - وما أشبهه - أنه على العموم^(١).

وقد أفاض المحدثون والفقهاء في شرح هذا الحديث، وذكروا فيه ما يسند تعريف (الغرر) المذكور آنفاً، ويحققه بمزيد من الإيضاح وضرب الأمثلة، ومن المناسب أن أقتبس هنا شيئاً من كلامهم ينير الموضوع:

قال الإمام المازري في (المعلم): (فأما الغرر فما تردد بين السلامة والعطب، أو ما في معنى ذلك، وذلك أنه يلحق بمعنى إضاعة المال؛ لأنه قد لا يحصل المبيع فيكون بذل ماله باطلاً)^(٢).

وقال الإمام النووي: (وأما النهي عن بيع الغرر فهو أصل عظيم من أصول كتاب البيوع، ولهذا قدمه مسلم^(٣)، ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة: كبيع الآبق، والمعدوم، والمجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لم يتم ملك البائع عليه، وبيع السمك في الماء الكثير، واللبن في الضرع، وبيع الحمل في البطن، وبيع بعض الصبرة مبهماً، وبيع ثوب من أثواب، وشاة من شياه، ونظائر هذا، وكل هذا باطل؛ لأنه غرر من غير حاجة...)^(٤).

وقال في (المجموع): (الأصل أن بيع الغرر باطل لهذا الحديث، والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه، فأما ما تدعو إليه الحاجة - ولا يمكن الاحتراز

(١) تكملة المجموع للسبكي ٣٥١/١٠.

(٢) المعلم بفوائد صحيح مسلم ٢٤٣/٢.

(٣) أي الإمام مسلم في صحيحه.

(٤) شرح النووي على مسلم ١٥٦/١٠ - ١٥٧.

عنه - كأساس الدار... ، ونحو ذلك ، فهذا يصح بيعه بالإجماع^(١) .

ويقول الإمام أبو الوليد الباجي : (نهى ﷺ عن بيع الغرر يقتضي فسادَه ، ومعنى بيع الغرر - والله أعلم - : ما كثر فيه الغرر وغلب عليه ، حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر ، فهذا الذي لا خلاف فيه في المنع منه . وأما يسير الغرر فإنه لا يؤثر في فساد عقد بيع ، فإنه لا يكاد يخلو عقد منه)^(٢) .

وإلى هذه المعاني يشير الإمام الخطابي بقوله الجامع الآتي :

(كل بيع كان المقصود منه مجهولا غير معلوم ، ومعجوزا عنه غير مقدور عليه فهو غرر ، وذلك مثل أن يبيعه سمكا في الماء ، أو طيرا في الهواء ، أو لؤلؤة في البحر ، أو عبدا أبقا ، أو جملا شاردا ، أو ثوبا في جراب لم يره ولم ينشره ، أو طعاما في بيت لم يفتحه ، أو ولد بهيمة لم يولد ، أو ثمر شجرة لم تثمر ، في نحوها من الأمور التي لا تعلم ، ولا يدري هل تكون أم لا ، فإن البيع مفسوخ فيها)^(٣) .

وهذا النهي الوارد منصباً على الغرر الكثير الفاحش ؛ إذ اليسير منه معفو عنه باتفاق العلماء ؛ إذ هو من قبيل ما لا يستطيع الاحتراز منه في المعاملات ، فهناك نصوص فقهية كثيرة تطرقت إلى هذا المفهوم ، ولا بأس أن نقل هنا نبذة منها ، وهي كما يلي :

(١) المجموع شرح المهدب ٩/٣١٠ - ٣١١ .

(٢) المنتقى ٤١/٥ .

(٣) معالم السنن ٥/٤٧ .

قال الإمام ابن عبد البر: (لا يكاد شيء من البيوع يسلم من قليل الغرر، فكان معفو عنه)^(١).

وقال الإمام المازري: (وقدرأينا العلماء أجمعوا على فساد بعض بياعات الغرر، وأجمعوا على صحة بعضها، واختلفوا في بعضها، فيجب أن يبحث عن الأصل الذي يعرف منه اتفاقهم واختلفاهم...)^(٢).

وعقب ذلك ذكر كلاما يمكن أن يجعل قاعدة في موضوع الغرر بعد تصرف يسير في السبك، والتعبير على الوجه الآتي:

(ما كان الغرر فيه مقصودا يجب أن يفسد العقود، وما كان الغرر فيه نذرا يسيرا غير مقصود، وتدعو الضرورة إلى العفو عنه فلا يفسد به العقد)^(٣).

وجاء في (القبس) لابن العربي:

(لا خلاف بين العلماء في أن يسير الغرر لغو معفو عنه، وهذا يستمد من بحر المقاصد)^(٤).

أقول: وهكذا يستمد من المقاصد أن كثير الغرر غير معفو عنه؛ لأن الغرض من عقد البيع تنمية المال، وتحصيل مقاصد العوضين، وهذا مع الغرر الكثير غير معلوم ولا مظنون، بل هو بعيد، ومن الأصول المقررة أن كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يشرع^(٥).

(١) التمهيد ١٩١/٢.

(٢) المعلم ٢٤٣/٢.

(٣) انظر: المصدر نفسه ٢٤٤/٢.

(٤) القبس ٨٠٤/٢.

(٥) انظر: تهذيب الفروق لمحمد علي المالكي (مطبوع مع الفروق) ١٦٩/٣.

وقال الإمام ابن القيم: (ليس كل غرر سببا للتحريم، والغرر إذا كان يسيرا، أو لا يمكن الاحتراز منه لم يكن مانعا من صحة العقد)^(١).

ونص على هذا المعنى الإمام عز الدين بقوله: (كل غرر عسر اجتنابه في العقود، فإن الشرع يسمح في تحمله: كبيع الفستق في قشره...)^(٢).

وعلل الإمام الشاطبي هذا الموضوع بما يأتي:

(أصل البيع ضروري، ومنع الغرر والجهالة مكمل، فلو اشترط نفي الغرر جملة لانحسب باب البيع)^(٣). أي انسد.

كما قال في (الاعتصام): (إن نفي جميع الغرر في العقود لا يقدر عليه، وهو يضيق أبواب المعاملات، وهو يحسم أبواب المعاوضات)^(٤).

وجاء في (المعيار): (كل بيع لا يكاد يعرف عن غرر، وإن الغرر الذي هو مناط بالمنع متفاوت في محاله، وإن يسيره مغتفر، وكثيره في إفادته للمنع معتبر)^(٥).

ويقول الإمام ابن تيمية: (الأصل في هذه المعاملات والمقابلات هو التعادل من الجانبين، فإن اشتمل أحدهما على غرر أو ربا، دخلها الظلم، فحرمها الله الذي حرم الظلم على نفسه، وجعله محرما على عباده...)^(٦).

(١) زاد المعاد ٥/ ٨٢٠.

(٢) قواعد الأحكام ٧٦/٢، وانظر: المصدر نفسه ٩/٢.

(٣) الموافقات ١٤/٢.

(٤) الاعتصام ٦٤٤/٢.

(٥) المعيار ٥/ ٢١٠.

(٦) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٠٧/٢٩.

وجاء في موضع من فتاواه: (وبيع الغرر نهي عنه؛ لأنه من نوع الميسر الذي يفضي إلى أكل المال بالباطل)^(١).

وبناء على هذا الأصل المقرر من العفو في الغرر اليسير أجمع المسلمون على جواز أشياء فيها غرر حقير^(٢).

ويدخل الغرر اليسير غالباً في التابع أكثر من المتبوع، وبهذا صرح الإمام ابن قدامة في قوله: (يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع: كبيع اللبن في الضرع مع الشاة، والحمل مع الأم، والسقوف في الدار، وأساسات الخيطان تدخل في البيع تبعاً، ولا تضر جهالتها)^(٣).

وقال الونشريسي في (عدة البروق): (الغرر إذا انضاف إلى أصل ما يكون تبعاً، فإنه مغتفر جائز...)^(٤).

ويحسن هنا إيراد كلام الإمام القرافي؛ إذ يتجلى فيه حسن التمييز بين ما يجب فيه اجتناب الغرر وما لا يجب فيه، إذ يقول في الفرق الرابع والعشرين بين قاعدة (ما تؤثر فيه الجهالات والغرر)، وقاعدة (ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات):

(وردت الأحاديث الصحيحة في نهيه عليه السلام عن بيع الغرر، وعن بيع

المجهول.

واختلف العلماء بعد ذلك، فمنهم من عممه في التصرفات، وهو الشافعي،

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٤٨٣/٢٩.

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم ١٥٧/١٠.

(٣) المغني ٤/٨٦، ٩٤.

(٤) عدة البروق: ٣٧٩.

فمنع من الجهالة في الهبة، والصدقة، والإبراء، والخلع، والصلح، وغير ذلك^(١)، ومنهم من فصل وهو مالك بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة، وهو من باب المماكسات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال وما يقصد به تحصيلها، وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو ما لا يقصد لذلك.

وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام: طرفان، وواسطة:

فالطرفان أحدهما: معاوضة صرفة، فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه...، وثانيهما: ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال: كالصدقة، والهبة، والإبراء، فإن هذه التصرفات لا يقصد بها تنمية المال، بل إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه، فإنه لم يبذل شيئاً، بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلته، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه. أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه، فاقتضت حكمة الشرع، وحثه على الإحسان، التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله، فإذا وهب له عبده الأبق جاز أن يجده فيحصل له ما ينتفع به ولا ضرر عليه إن لم يجده؛ لأنه لم يبذل شيئاً، وهذا فقه جميل.

ثم إن الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى نقول: يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع، بل إنها وردت في البيع ونحوه.

(١) ومنها عدم جواز بيع الغائب في المذهب الجديد بناء على الغرر، جاء في (المجموع ٣٥١/٩): قال البيهقي في كتابه (معرفة السنن والآثار) في أول كتاب البيوع: جوز الشافعي بيع الغائب في القديم، ثم رجع، فقال: لا يجوز؛ لما فيه من الغرر.

وأما الوساطة بين الطرفين فهو النكاح، فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصودا، - وإنما مقصده المودة، والألفة، والسكون - يقتضي أن يجوز فيه الجهالة، والغرر مطلقا، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾^(١)، يقتضي امتناع الجهالة، والغرر فيه، فوجود الشبهين توسط مالك، فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير...^(٢).

ومن الجدير بالذكر أن الحكمة الكامنة في النهي عن الغرر ليست حكمة خفية، بل هي حكمة جليلة جليلة، فطن إليها الفقهاء قديما وحديثا، وأفصحوا عنها في كلامهم حين تعرضهم لحديث النهي عن الغرر، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك في بعض النصوص المذكورة آنفا، ولمزيد من التبصير لا بأس أن أسجل كلمات أخرى ذوات دلالة على هذا الجانب:

قال الإمام الخطابي بصدد عرضه بعض بیاعات الغرر المنهي عنه:

(وإنما نهى النبي ﷺ عن هذه البيوع تحصينا للأموال أن تضيع، وقطعا للخصومة والنزاع أن يقعا بين الناس فيها)^(٣).

وقال الإمام ابن تيمية أثناء بيانه جواز المساقاة والمزارعة ونحوهما:

(والغرر إنما حرم بيعه في المعاوضة؛ لأنه أكل مال بالباطل...، فإن أحد المتعاضين يأخذ شيئا، والآخر يبقى تحت الخطر، فيفضي إلى ندم أحدهما وخصومتها)^(٤).

(١) النساء: ٢٤.

(٢) الفروق ١/١٥٠ - ١٥١. وانظر: الذخيرة ٧/٣٠.

(٣) معالم السنن ٥/٤٧.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩/٩٩ - ١٠٠.

وجاء في فتاوى العلامة السعدي الحنبلي :

(إن القاعدة الشرعية والضابط الكلي أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر، وهذا شامل لجميع أنواع البيع والإجازات كلها، لا يجوز منها الغرر والجهالة الظاهرة، وذلك داخل في الميسر، وحكمة ذلك - والله الحمد - ظاهرة، وهي وجود الغرر والخطر؛ لأنه لا بد أن يغبن أحدهما من حيث لا يشعر، وأحدهما إما غانم أو غارم، وهذا هو الميسر بعينه^(١) .

ونبه إلى ذلك العلامة أحمد إبراهيم بقوله : (والغرض من النهي عن الغرر هو منع ما يثير النزاع والشقاق ويؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل)^(٢) .

والغرر أحد الأسباب العامة لبطلان العقود أو فسادها، إذا سرنا حسب المصطلح المتميز الذي قرره المذهب الحنفي .

وإذا كان الغرر في أصل العقود عليه، فهو يوجب بطلان العقد، وذلك كبيع ضربة القانص والغائص، أي: ما سيخرجه الصياد في شبكته، والغائص في غوصته من السمك، أو الدرر، فلا ينعقد البيع في شيء من ذلك للغرر، فإنه أشبه بالقمار، ولذا كانت المباحات لا يجوز بيعها قبل إحرازها .

أما الغرر إذا كان في الأوصاف والمقادير ونحوها من النواحي الفرعية فهو يوجب فساد العقد، ومعلوم أن الحنفية يفرقون بين بطلان العقد وفساده، فالباطل

(١) فتاوى السعدي - ضمن المجموع الكاملة: ٢٥٤، وانظر لمزيد من التفصيل في المصدر

نفسه: ١٩٦ - ١٩٧ .

(٢) الالتزامات: ٩٦ .

غير منعقد أصلاً، أما العقد الفاسد فمنعقد، ووجهة نظرهم في هذا التمييز معروفة موضحة في مظانها.

وأكثر ما يذكر الفقهاء الفساد للغرر في البيوع والشركات، ففي البيوع: لو باع شخص بقرة واشترط أنها تحلب كذارطلا، فالبيع فاسد للغرر؛ إذ يمكن أن لا تحلب هذا المقدار تماماً، وهذا بخلاف ما لو باعها على أنها حلوب، أو غزيرة اللبن، فهذا وصف لا غرر فيه، فإذا تبين أنها ليس لها لبن تسمى به حلوبا، أو غزيرة اللبن في العرف، يحق للمشتري الفسخ بخيار فوات الوصف المشروط . . .

وفي الشركات: لو اشترط المتعاقدان في عقد الشركة أن يكون لأحدهما دانير، أو دراهم معينة من الربح فإن ذلك غرر، لاحتمال أن لا تريح الشركة سوى هذا القدر أو أقل، أو لا تريح أصلاً أو تخسر، فيشترط لصحة الشركة أن يكون الربح موزعاً بين الشركاء حصصاً شائعة نسبة، كالنصف والرابع أو كذا في المائة، فإذا شرط لأحدهم مقدار مقطوع فسدت^(١).

وهذه المسألة إحدى المسائل المهمة المنوطة بموضوع الغرر، وتعتبر من قضايا العصر، وقد أدى عدم إدراكها بل إهمالها من قبل طائفة من المتفقيين والاقتصاديين إلى فساد عريض في نظام الشركات، ويمكن أن يجعل هذا الأصل معياراً في فحص الكثير من المسائل المعاصرة الأخرى.

وختاماً تجدر الإشارة إلى أنه بجانب ذلك النص العام الذي ينهى عن الغرر قد وردت نصوص خاصة تنهى عن بعض البيوع لآلها إلى الغرر، ومنها ما يلي:

- بيع الملامسة والمنابذة والحصاة. - بيع حبل الحبلّة والمضامين والملاقيح.

(١) ر: المدخل الفقهي ٢/٦٩٣، ٦٩٥.

- بيع السمك في الماء الكثير .
 - بيع الثمر قبل بدو صلاحه .
 - بيع ضربة الغائص .
 - بيع الطير في الهواء .
 - بيع الثُّنْيَا .
 - بيع اللبن في الضرع .
 - بيع مجهول الثمن ، أو مجهول الأجل .
 - بيع عَسْبِ الفحل .
- وصنوف أخرى من البياعات التي تتضمن الغرر الفاحش المؤدي إلى النزاع المشكل بين العاقدين .

الجهالة إنما توجب الفساد إذا كانت مفضية إلى النزاع المشكل (١)

من المعلوم أن المنازعات والخصومات لها أثر كبير في فساد الأخلاق، ولذا حسم التشريع الإسلامي جذور النزاع وسد منافذه بشتى الوسائل بسن القوانين ووضع الشروط المؤدية إلى تحقيق هذا الغرض، ولما كانت الأموال من أعظم أسباب النزاع للغريزة المودعة في الإنسان من حب المال، ضبط التشريع الحكيم العقود المالية بضوابط وقواعد تصون العقود من شوائب النزاع المشكل الذي يتعذر حسمه بين العاقدين، بحيث تتساوى فيه حجة الطرفين كبيع شاة من قطع غنم.

وهذه القاعدة معبرة عن أحد شروط المبيع، وهو أن يكون معلوما لدى كلا الطرفين، ولها سند من أحاديث النبي الكريم ﷺ، ومنها ما ثبت في الحديث الصحيح من النهي الوارد عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، وإليك نص صحيح البخاري على النحو الآتي:

باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، وقال الليث عن أبي الزناد: كان عروة بن الزبير يحدث عن سهل بن أبي حثمة الأنصاري - من بني حارثة - أنه حدثه عن زيد بن ثابت - رضي الله عنه - قال: كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يبتاعون الثمار، فإذا

(١) انظر: الدرر شرح الغرر لملا خسرو ١٥٥/٢.

جد الناس وحضر تقاضيههم قال المتاع: إنه أصاب الثمر الدمان، أصابه مراض، أصابه قشام - عاهات يحتجون بها - فقال رسول الله ﷺ، لما كثرت عنده الخصومة في ذلك: «فإما لا، فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر» كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم^(١).

فهنا توجيه النبي الكريم ﷺ منبعث من واقع الخصومة التي كانت تقع بينهم، وليس بخاف أن الجهالة على أنواع^(٢)، وفي القضية الواردة في الحديث المذكور أنفا يتبين أثر الجهالة في بقاء المبيع، فإنه لا يمكن التأكد من سلامة الثمار قبل بدو صلاحها ولا يؤمن عليها التلف بسبب الجوائح.

ومن أدلتها أيضا الحديث الذي ورد فيه النهي عن بيع الثنيا. جاء في صحيح مسلم، عن جابر بن عبدالله، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة، والمزابنة، والمعاومة، والمخابرة، وعن الثُّنْيَا، ورخص في العرايا».

وقال الإمام النووي في شرحه: (قوله: «نهى عن الثُّنْيَا» هي استثناء والمراد: الاستثناء في البيع، وفي رواية الترمذي وغيره بإسناد صحيح: «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم»، والثنيا المبطللة للبيع قوله: بعتك هذه الصبرة إلا بعضها، وهذه الأشجار، أو الأغنام، أو الثياب، ونحوها إلا بعضها فلا يصح البيع؛ لأن المستثنى مجهول، فلو قال: بعتك هذه الأشجار إلا هذه الشجرة، أو هذه الشجرة إلا ربعها، أو الصبرة إلا ثلثها، أو بعتك بألف إلا درهما، وما أشبه ذلك من الثنيا المعلومة - صح البيع باتفاق العلماء...^(٣).

(١) صحيح البخاري ٣/٣٣.

(٢) انظر: الفروق للقرافي ٣/٢٦٥ - ٢٦٦.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/١٩٥، البيوع المنهي عنها.

وقد استعرض الإمام أبو بكر بن العربي المعافري المالكي قواعد مهمة تتعلق بالبيع في شرحه للموطأ ، ومن جملتها هذه القاعدة المذكورة على النحو الآتي :

(القاعدة الثامنة : (الجهالة) ، وقد انفقت الأمة على أنه لا يجوز إلا بيع معلوم من معلوم بمعلوم بأي طريق من طرق العلم وقع^(١) .

وقال في (الأحكام) : (العقد إذا تضمن العوض وجب تنزيهه عن الجهالة والغرر)^(٢) .

ولزيد من إبراز أهمية الموضوع من المناسب أن أسجل هنا كلمة العلامة أحمد إبراهيم إذ يقول :

(الجهالة ليست بمانعة لذاتها ، بل لكونها مفضية إلى النزاع ، وهذا أصل مهم ينبغي التعويل عليه في الأحكام ، فإن به حل كثير من المشكلات ، وليعلم أن أحكام المعاملات الشرعية مبنية على أصليين عادليين :

الأول : منع كل ما فيه ظلم وأكل لأموال الناس بالباطل .

الثاني : منع ما يؤدي إلى الاختلاف والنزاع بسبب الجهالة ، فإذا انتفى ما يؤدي إلى الظلم والنزاع بسبب الجهالة صح التعامل ، والعرف أصل عظيم يرجع إليه في ذلك بعد الشرع)^(٣) .

وينبغي أن نعلم أن الجهالة المفسدة للعقد إنما ترجع غالباً إلى أربع جهات :

(١) القبس شرح الموطأ ٧٩١/٢ .

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ٢٦٩/١ .

(٣) المعاملات الشرعية المالية (مع الحاشية) : ١٦٣ - ١٦٤ ، وانظر : الالتزامات : ٩٥ .

- ١ - الجهالة في المعقود عليه، وذلك كجهالة المبيع في عقد البيع، أو المأجور في الإجارة...، وهكذا.
- ٢ - جهالة العوض في عقود المعاوضات المالية، وذلك كجهالة الثمن في عقد البيع، وجهالة البدل المصالح عليه في عقد الصلح.
- ٣ - جهالة الآجال في كل ما يجري فيه أجل ملزم، وذلك كجهالة المدة المتعاقد عليها في عقد الإجارة، وجهالة موعد استحقاق الثمن المؤجل في عقد البيع.
- ٤ - جهالة وسائل التوثيق المشروطة في العقد، وذلك كما لو اشترط البائع على المشتري تقديم كفيل، أو رهن بالثمن المؤجل، فيجب أن يكون الكفيل والرهن معينين وإلا فسد البيع^(١).

ومن المسائل المهمة الشائعة التي تتخرج على هذا المبدأ:

- لو عقد أشخاص شركة دون بيان كيفية تقسيم الربح بينهم، فسدت الشركة، جاء في (المجلة):
- (يشترط بيان الوجه الذي سيقسم فيه الربح بين الشركاء، وإذا بقي مبهما ومجهولا تكون الشركة فاسدة)^(٢)، والقاعدة هي أن كل شرط يوجب قطع الشركة في الربح، أو يوجب جهالة فيه؛ فإنه يفسد الشركة^(٣).
- وهناك مسائل معاصرة كثيرة يمكن النظر فيها بناء على هذه القاعدة، ومنها:

(١) ر: المدخل الفقهي ٦٨٩/٢ - ٦٩٢.

(٢) المادة: ١٣٣٦، درر الحكام شرح علي حيدر.

(٣) المعاملات المالية: ٢١٥، وشرح الأناسي ٣٣٤/٤.

اعتبار العادة الجارية في بعض الفنادق والمطاعم الكبيرة أنهم يضعون أنواعاً من الأطعمة في أواني، ويطلقون للمشتري في أكل ما شاء بقدر ما شاء، ويأخذون ثمننا واحداً معيناً من كل واحد، بغض النظر عن مقدار الطعام، فالقياس أن لا يجوز البيع لجهالة الأطعمة المبيعة وقدرها، ولكنه يجوز؛ لأن الجهالة يسيرة غير مفضية إلى النزاع، وقد جرى بها العرف والتعامل^(١).

وكذلك استئجار السيارات، فربما لا يعرف سائقها مسافة السفر، ولا تتعين الأجرة في بداية السفر، ولكن هذه الجهالة تتحمل، لكون العداد رافعاً للنزاع؛ إذ يتفق الراكب والسائق على أجرة وفق العداد، فلا يقع النزاع المشكل^(٢).

(١) تكملة فتح الملهم بشرح صحيح الإمام مسلم للقاضي محمد تقي العثماني ١/ ٣٢٠.

(٢) المصدر نفسه ١/ ٣٢٠.

الجهل بالتماثل في باب الربا كالعلم بالتفاضل

من المعلوم أن الشريعة الإسلامية سدت أبواب الربا بالكلية بسد جميع المنافذ التي يمكن التسلل منها إلى باب من أبواب الربا، ولذا ألحقت الشبهة في هذا المجال بالحقيقة، وحرمت معاملات؛ لعدم التساوي بين العوضين حين بيع المال الربوي بجنسه، ووضع الفقهاء قاعدة جليلة تؤكد على هذا المعنى وهي أن (الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة).

وهي مستوحاة من حديث النبي ﷺ: « لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الفضة بالفضة، ولا البر بالبر، ولا الشعير بالشعير، ولا التمر بالتمر، ولا الملح بالمح، إلا سواء بسواء، عينا بعين، يدا بيد»^(١).

وهذا الحديث أحد أصول البيوع^(٢)، وبناء عليه قرر الفقهاء أن الجهل بالتماثل - في فساد البيع - كالعلم بالتفاضل؛ لأن النبي ﷺ شرط السواء في الكيل والمثل في القدر^(٣).

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١٢١٠، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، وأبو داود في سننه ٣/٦٤٣ - ٦٤٤، والترمذي في سننه برقم ١٢٤٠، والنسائي في سننه ٧/٢٧٤ - ٢٧٥، وابن ماجه في سننه برقم ٢٢٥٤، من حديث عبادة بن الصامت.

(٢) ر: القيس شرح الموطأ ٢/٧٧٧.

(٣) المصدر نفسه ٢/٧٨٧ - ٧٨٨.

واتفق عليه جميعهم ، إلا أن مالكا - رحمه الله - اختلف قوله في إجازة التحري فيما يحرم فيه التفاضل ، فأجازه مرة ومنعه أخرى في مثل البيض بالبيض ، والخبز بالخبز ، واللحم باللحم ، ويحتمل أن يكون الإمام مالك أجرى ذلك في اليسير وحيث لا يحصر ، باعتبار الحزر والتخمين طريقا من المعرفة بالظاهر من التماثل^(١) ، والله أعلم .

وذهب شيخ الإسلام ابن تيمية أيضا إلى جواز بيع الموزونات الربوية بالتحري^(٢) .

وخلاصة القاعدة أنه لا يباع المال الربوي بجنسه إلا بتحقيق المائلة بينهما ، ومن هذا المنطلق اشترط الفقهاء أن يكون العاقدان على علم بمقدار العوضين وبالتساوي بينهما ، فلا يجوز بيع المال الربوي بجنسه مجازفة ، بأن لم يعلم العاقدان كمية العوضين ، وإن كانا في نفس الأمر متساويين ، اللهم إلا ما ظهر التماثل في مجلس العقد ، ومن هنا قالوا : وجهل التساوي حالة العقد كعلم التفاضل في منع الصحة^(٣) .

وبناء على ذلك : (لو باع صبرة حنطة بصبرة ، أو دراهم بدراهم جزافا ، فخرجا متماثلين لم يصح العقد ؛ لأن التساوي شرط ، وشروط العقد يعتبر العلم بها عند العقد)^(٤) .

(١) ر: المتقى للباقي ٤/٢٤٤ ، والقيس ٢/٧٨٧ - ٧٨٨ .

(٢) الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية ، للبعلي : ١٢٨ .

(٣) انظر : فتح القدير ٦/٢٦٠ ، الاختيار ٢/٤٠ ، وجواهر الإكليل للآبي ٢/١٠ ،

وروضة الطالبين ٣/٣٨٥ ، وكشاف القناع ٣/٢٥٣ ، ر: الموسوعة ٢٦/٣٥٧ .

(٤) المثور في القواعد ٢/٢٣٦ .

وهنا يجدر التنبيه إلى أن توافر شرط التماثل في بيع أحد النقيدين -الذهب والفضة- بجنسه أكد مما سواهما من الأموال الربوية؛ وذلك لحديث أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل، ولا تُشِفِّوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل، ولا تُشِفِّوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا غائبا بناجز»^(١).

قال الإمام الباجي المالكي: «ولا تشفِّوا...» يقتضي المنع من يسير الزيادة؛ لأن الشفوف إنما يستعمل في يسير الزيادة^(٢).

وعن زيد أبي عيَّاش عن سعد بن أبي وقاص، قال: سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن اشتراء التمر بالرطب، فقال لمن حوله: «أينقص الرطب إذا بيس؟» قالوا: نعم، «فنهى عن ذلك». رواه الشافعي، وأحمد، وأهل السنن، وصححه الترمذي^(٣).

قال الإمام ابن كثير معلقا على هذا الحديث: (وقد استدل به الأئمة على قاعدة كبيرة في هذا الباب، وهي: أن الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة)^(٤).

ومقتضى الأحاديث المذكورة، والقاعدة المستنبطة منها أنه لا يجوز البيع جزافا

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٧٩/٤، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة، ح ٢١٧٧، ومسلم في صحيحه ١٢٠٨/٣، كتاب المساقاة، باب الربا، ح ٧٥.

(٢) المنتقى ٢٦٠/٤.

(٣) رواه الشافعي ١٥/٣، وأحمد ١٧٥/١، وأبو داود ٢٢٥/٢، والنسائي ٢٦٩/٧، والترمذي ٣٤٨/٢، وابن ماجه ٢٢٦٤.

(٤) إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه لابن كثير، تحقيق بهجة يوسف ١٩/٢، باب الربا.

في الأموال الربوية كما أسلفت ؛ إذ لا تتحقق المماثلة فيه ؛ لكونه قائما على التخمين والتقدير والتحري ، فيبقى احتمال الربا قائما ، وقد نهى النبي ﷺ عن المزابنة ، وهي بيع الثمر الرطب بالتمر الجاف ، وذلك فيما روى ابن عمر - رضي الله عنهما - قال : « نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة : أن يبيع الرجل ثمر حائطه إن كان نخلا بتمر كيلا ، وإن كان كرما أن يبيعه بزبيب كيلا ، وإن كان زرعاً أن يبيعه بكييل طعام ، نهى عن ذلك كله »^(١).

وذلك لأنه ينقص إذا جف ، فيكون مجهول المقدار ، والقاعدة في الربويات : أن (الجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل)^(٢).

وعبر شراح الحديث والفقهاء عن هذا الأصل ، وما يتفرع عليه بتعبيرات متقاربة لا اختلاف في مفادها ومؤداها :

يقول الإمام السمرقندي : (ما يجوز البيع فيه متفاضلا يجوز فيه البيع مجازفة ،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٨٧/٤ ، كتاب البيوع ، باب بيع الزرع بالطعام كيلا ، ح ٢٢٠٥ . ومسلم في صحيحه ١١٧٢/٣ ، كتاب البيوع ، باب تحريم الرطب بالتمر إلا في العرايا ، ح ٧٦ ، واللفظ لهما . وهنا يجب أن يلاحظ أن لبيع الرطب بالتمر صورتين : الأولى : أن يباع الرطب المعلق على الشجر بالتمر المجذوذ ، وهو ما يسمى مزابنة ، وهو لا يجوز بالإجماع إلا ما رخص فيه من العرايا .

والصورة الثانية : أن يباع الرطب المجذوذ بالتمر المجذوذ ، وفيه خلاف ، فقال الجمهور : إنه لا يجوز ، سواء كان البيع بالتساوي ، أو بالتفاضل ، خلافاً للإمام أبي حنيفة فإنه يبيح البيع بدأ بيد متساويا ، ويحرم متفاضلا ، أو نسيئة . (انظر : تكملة فتح الملهم للقاضي العثماني ٤٠٠/١ ، ومرقاة المصابيح للملا علي القاري شرح مشكاة المصابيح ٦٩/٦ - ٧٠) .

(٢) ر : فتح القدير ٤٧٠/٥ ، الدسوقي ٢٣/٣ ، ٢٩ ، ٥٨ ، ٥٩ ، روضة الطالبين ٣٨٣/٣ ، المجموع ٣٥٣/١٠ ، وكشاف القناع ٢٥٣/٣ ، والموسوعة ٧٦/٩ ، وأيضا ١٣٨/٩ .

وما لا يجوز فيه البيع متفاضلا لا يجوز فيه البيع مجازفة^(١).

قال الإمام ابن عبد البر في (التمهيد): (كل ما لا يجوز فيه التفاضل لم يجز بيع بعضه ببعض جزافا بكيل، ولا جزافا بجزاف؛ لعدم المائلة الأمور بها في ذلك...، وما جهلت حقيقة المائلة فيه لم يؤمن فيه التفاضل)^(٢).

وجاء في (المنتقى) للباجي: (أن ما حرم فيه التفاضل يحرم فيه الجزاف؛ لأنه لا يعلم منه التساوي، والجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل في التحريم والمنع من صحة العقد)^(٣).

وجاء في (شرح النووي على صحيح مسلم) (قوله - أي جابر - : «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلتها بالكيل المسمى من التمر». هذا تصريح بتحريم بيع الثمر بالتمر حتى يعلم المائلة. قال العلماء: لأن الجهل بالمائلة في هذا الباب كحقيقة المفاضلة، لقوله ﷺ: «إلا سواء بسواء» ولم يحصل تحقق المساواة مع الجهل...)^(٤).

وتعرض فقهاء المذهب الحنفي لهذه القاعدة في كتبهم عند مناسبات تتعلق بموضوع البيع بالصرف، أو الجزاف، أو المسائل التي يمكن أن يسري فيها الربا، وإليك نصوصا يتضح منها اتجاه المذهب حيال هذا الأصل:

(لا يجوز شراء الفضة بالفضة مجازفة لا يعرف وزنها)^(٥) أو وزن

(١) تحفة الفقهاء ٣/٣٩.

(٢) التمهيد ١٣/٣٠٩، وانظر: الاستذكار ١٩/١٥٤.

(٣) المنتقى للباجي ٥/١١.

(٤) ١٧٢/١٠، وانظر: الإحكام شرح أصول الأحكام لعبد الرحمن قاسم الحنبلي ٣/١٦٢.

(٥) في الأصل المطبوع (وزنها) ومقتضى السياق ما أثبت.

أحدهما لقوله ﷺ: «الفضة بالفضة مثل بمثل»، والمراد: المماثلة في الوزن، فإما أن يكون المراد أن يكون مثلا بمثل عند الله، أو عند المتعاقدين، ونحن نعلم أن الأول ليس بمراد، فالأحكام لا تبني على ما لا طريق لنا إلى معرفته، عرفنا أن المراد العلم بالمماثلة عند المتعاقدين فصار هذا شرط جواز العقد، وما شرط لجواز العقد إذا لم يقترن بالعقد يفسد العقد^(١).

(لا تجوز المجازفة في أموال الربا بعضها ببعض؛ لأن حقيقة الربا كما هي مفسدة للعقد فاحتمال الربا مفسد له أيضا لقول عبدالله بن مسعود - رضي الله عنه - : ما اجتمع الحلال والحرام في شيء إلا وقد غلب الحرام الحلال^(٢). والأصل فيه أن كل ما جازت فيه المفاضلة جاز فيه المجازفة وما لا فلا؛ لأن التماثل والخلو عن الربا فيما يجري فيه الربا لما كان شرط الصحة، فلا يعلم تحقيق المماثلة بالمجازفة، فيقع الشك في وجود شرط الصحة، فلا تثبت الصحة على الأصل المعهود في الحكم المعلق على شرط، وإذا وقع الشك في وجود شرطه أنه لا يثبت؛ لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك، كما أن الثابت بيقين لا يزول بالشك^(٣)).

وظهر أثر هذه القاعدة في مسائل كثيرة لدى فقهاء المذهب المالكي، ومنها ما يلي:

(١) المبسوط ١٢/١٤.

(٢) رواه جابر الجعفي - وهو ضعيف - عن الشعبي، عن ابن مسعود، وهو منقطع كما ذكر السبكي في (الأشباه ١/١١٧) نقلا عن البيهقي، غير أنه في معنى القاعدة المشهورة المجمع عليها، وقال السيوطي: وأخرجه من هذا الطريق عبدالرزاق في مصنفه، وهو موقوف على ابن مسعود.

(٣) بدائع الصنائع ٥/١٩٣.

لو باع بستانا إلا شجرة غير معينة: أجاز الإمام مالك ذلك، فللبائع عنده أن يبيع البستان، ويستثنى خمسا من شجراته؛ لأن البائع - في الغالب - يعرف جيد شجر بستانه و رديئه، فلا يتوهم فيه أنه يختار ثم ينتقل، بخلاف المشتري الذي يتوهم فيه التنقل من واحدة إلى أخرى، يؤدي إلى التفاضل بين الطعامين إن كانا ربويين أو أحدهما؛ لأن المنتقل إليه يحتتمل أن يكون أقل من المنتقل منه، أو أكثر، أو مساويا، والشك في التماثل كتحقق التفاضل... (١).

لا يمنع بيع تراب معدن ذهب أو فضة بغير صنفه، وأما بصنفه فيمنع؛ لأن الشك في التماثل كتحقق التفاضل (٢).

ومن فروعها في المذهب الشافعي:

لا يجوز بيع شيء فيه الربا بجنسه حال كون المبيع رطبًا: كالرطب بالرطب، والعنب بالعنب، ووجه البطلان أن المماثلة مرعية في الربويات، وفي حال الرطوبة المماثلة غير محققة، والقاعدة: (أن الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة) (٣).

ومن الملاحظ أنه كثرت التفاريع المعللة بهذا الأصل في كتب المذهب الحنبلي، ومنها ما يلي:

(أن بيع الحنطة بالدقيق بيع للحنطة بجنسها متفاضلا، فحرم: كبيع مكيلة بمكيلتين؛ وذلك لأن الطحن قد فرق بين أجزائها، فيحصل في مكيالها دون ما يحصل في مكيال الحنطة، وإن لم يتحقق التماثل فقد جهل التماثل، والجهل بالتماثل

(١) شرح الخرشي ٧٣/٥ - ٧٤، الموسوعة ٢٠٤/٩.

(٢) منح الجليل لعليش ٤٦٨/٤.

(٣) كفاية الأخيار للحصني: ٢٤٧، وانظر: الحاوي ١١٠/٥، ١١٤، ١٣٤، ١٥٠.

كالعلم بالتفاضل فيما يشترط التماثل فيه^(١).

بيع المحاقلة: بيع الحب المشتد بسنبله بحب من جنسه^(٢) فاسد؛ لورود النهي الصريح في الحديث^(٣)، ولأن الحب إذا بيع بجنسه لا يعلم مقداره بالكيل، والجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل^(٤).

وهكذا تجد مسائل كثيرة مبثوثة في الكتب، متخرجة على هذا الأصل، وهي ترجع في الحقيقة إلى أن (الربا لا يجوز قليله ولا كثيره)^(٥).

وفي الواقع حرمت هذه الأشياء وما شاكلها حسماً لمادة الربا؛ لأنه لا يعلم التساوي بين الشيئين قبل الجفاف. ولهذا قال الفقهاء: الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة، ومن هذا حرموا أشياء بما فهموا من تضيق المسالك المفضية إلى الربا، والوسائل الموصلة إليه^(٦).

(١) المغني لابن قدامة ٢٩/٤.

(٢) وبتعبير أوضح: هو بيع الحنطة في سنبليها بحنطة صافية من التبن. (الموسوعة ٧٢/٢٢).

(٣) عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزبنة والمحاقلة، والمزبنة: اشتراء الثمر بالتمر على رءوس النخل» رواه البخاري في صحيحه ٣٨٤/٤.

(كتاب البيوع)، باب بيع المزبنة، ح ٢١٨٦.

(٤) ر: المبدع لابن مفلح ١٣٩/٤، وكشاف القناع ٢٥٨/٣.

(٥) التمهيد لابن عبد البر ٢١٣/١٤.

(٦) تفسير ابن كثير ٣٥١/٣.

الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة^(١)

أو: الإجازة اللاحقة كالإذن السابق^(٢)

هذه القاعدة معبرة عن تصرف الفضولي، ومبينة لحكم العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، تناولها فقهاء المذهب الحنفي بشيء من التفصيل في كتبهم، وصيغت بصياغات متقاربة في مناسبات متعددة، وهي قاعدة مترامية الأطراف، وتلامس الأحكام المرتبطة بالبيع، والهبة، والمزارة، وغيرها.

و الفرق بين الإذن والإجازة: أن الإذن هو الترخيص في الفعل قبل وقوعه، والإجازة هي إقرار في الفعل بعد وقوعه...^(٣).

وهي ليست محل اتفاق وتعويل لدى جميع الأئمة، فقد أخذها الحنفية والمالكية والإمام إسحاق بن راهويه، خلافا للشافعية والحنابلة على المذهب الراجح عندهم^(٤)، وقد مال الإمام البخاري أيضا إلى الجواز^(٥).

(١) أصول الكرخي: ١٥٠، وانظر: بدائع الصنائع ١٥١/٥، ورد المختار ١٤٠/٤، ومجلة الأحكام م/١٤٥٣.

(٢) الهداية مع شرحه فتح القدير ٣٠٦/٩.

(٣) انظر: المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم: ٧٧، حاشية ٢.

(٤) انظر: الشرح الصغير للدردير ٢٦/٣، القوانين الفقهية: ٢٤٥، المجموع للنووي

٢٨١/٩، شرح الجلال المحلي على المنهاج ١٦٠/٢، مختصر قواعد العلائي ٢٦١/١،

كشاف القناع ١١/٢، القواعد لابن رجب ٤١٧.

(٥) فتح الباري على صحيح البخاري ٤٠٩/٤.

ومن الجدير بالذكر أنني وجدت العلامة عبدالرحمن السعدي الحنبلي يصحح ويرجح الرواية الأخرى الموافقة لمن سوغ تصرف الفضولي، وإليك نص كلمته:

(الفضولي إذا تصرف، ثم أجازة المالك، فهل العقد غير صحيح ويحتاج إلى تجديده كما هو المذهب - لأن العبرة بتحقيق الشرط وقت العقد - أو أنه إذا أجازة صح تنفيذه، ولم يحتاج إلى إعادته، وهو إحدى الروايتين عن الإمام أحمد وهو الصحيح؛ لأن العبادات هي التي تحتاج إلى نية صاحبها، وإذا لم ينو فيها قبلها لا بنفسه، ولا بنائبه لم تصح عبادته، وأما المعاملات فالمقصود فيها رضا المالك وقد حصل^(١).

واستند القائلون بهذه القاعدة إلى نصوص كثيرة، ومنها الحديث الآتي:

(عن عروة البارقي: «أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشتري له أضحية - وقال مرة: أو شاة - فاشترى له ثنتين، فباع واحدة بدينار، وأتاه بالأخرى، فدعا له بالبركة في بيعه»^(٢)).

ووجه الدلالة من الحديث المذكور أن النبي ﷺ سوغ له هذا التصرف، ولو كان إذن المالك شرطاً في انعقاد البيع، لكان تصرفه في شراء الشاة الثانية وبيعها باطلاً.

وبناء على هذا الأصل: من عقد على مال غيره ببيع، أو غير ذلك بغير أمره

(١) الإرشاد إلى معرفة الأحكام ٤٩٨/٢ (ضمن المجموعة الكاملة).

(٢) مسند أحمد ١١٣/١٥، سنن أبي داود ٢٢٩/٢، وابن ماجه ٢٤٠٢، والترمذي ٥٥٩/٣، وانظر: فتح الباري ٦/٦٣٥.

فبلغه الخبر، فأجاز ذلك نفذ، وصار العاقد كأنه موكل بذلك العقد^(١) (فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك، فتصير الحقوق منوطة به)^(٢).

ومن فروعها: (رجل وهب لرجل ثوبا لغيره، وسلمه إليه، فأجاز رب الثوب، جازت الهبة؛ لأن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء، من حيث إنه يتم رضا المالك بها)^(٣).

(وإن اشترى دارا بعبد، فاستحقه مستحق، وأجاز الشراء، كان للشفيع الشفعة؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء)^(٤).

ومما يتفرع عليها:

إجازة رب المال تصرف المضارب في الاستدانة على رأس المال كما هو مذهب المالكية.

وتفصيل هذه المسألة أنه اختلف رأي الفقهاء فيما إذا استدان المضارب بلا إذن من رب المال، على قولين:

الأول- يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أن ما استدانه المضارب يكون ملكا خاصا له، يدفع ثمنه من مال نفسه، ويختص بربحه وخسارته.

الثاني- واتجه المذهب المالكي إلى أن لرب المال أن يميز تصرف المضارب،

(١) انظر: أصول الكرخي: ١٦٦.

(٢) فتح القدير ٥٥/٧.

(٣) المبسوط ٨٠/١٢.

(٤) المبسوط ١٣١/١٤.

فيدفع ثمن ما استدانه ويكون ملكا للمضاربة، وعلى شرطها^(١).

وهذا القول تعضده هذه القاعدة وهي (أن الإجازة اللاحقة كالأذن السابق)، وهو أقرب إلى المصلحة، بحيث إن المضارب يكون قد استفاد من مال المضاربة فائدة خاصة به؛ لأنه لو لم يكن معه رأس مال المضاربة لما استطاع أن يستدين ما استدانه، ولا يجوز للمضارب أن يستغل مال المضاربة لمصلحته الخاصة، فكان من حق رب المال أن يميز شراء المضارب فيكون المشتري كله للمضاربة، وتعود فائدته عليهما بدلا من أن ينفرد بها المضارب، وهذا ما تجري عليه أعراف التجار في وقتنا الحاضر^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أنه: (إذا وجدت الإجازة يكون لها استناد وانعطف، أي: تأثير رجعي. فبعد الإجازة يستفيد العاقد من ثمرات العقد منذ انعقاده؛ لأن الإجازة لم تنشئ العقد إنشاء بل أنفذته إنفاذا، أي: فتحت الطريق لآثاره الممنوعة المتوقفة؛ لكي تمر وتسري، فتلحق تلك الآثار بالعقد المولد لها اعتبارا من تاريخ انعقاده، لا من تاريخ الإجازة)^(٣).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٦٥٠، المهذب للشيرازي ١/٣٩٤، المغني ٥/١٥٨، حاشية

الدسوقي ٣/٥٢٨، السلم والمضاربة لذكريا محمد القضاة: ٣٣٥ - ٣٣٦.

(٢) انظر: السلم والمضاربة: ٣٣٦.

(٣) المدخل الفقهي ١/٤٢٧.

يستحق الربح إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان

هذه قاعدة مهمة في نطاق التعامل المالي، تتناول العوامل الأساسية التي لها دور بناء في كسب الأرباح، ذكرها الإمام الكاساني بهذه الصيغة، ووضحها توضيحاً رائعا كما تلاحظ في النص الآتي:

(الأصل أن الربح إنما يستحق عندنا إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان. أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر؛ لأن الربح نماء لرأس المال فيكون للمالكه، ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة.

وأما بالعمل، فإن المضارب يستحق الربح بعمله، فكذا الشريك.

وأما بالضمان، فإن المال إذا صار مضموناً على المضارب يستحق جميع الربح، ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجاً بضمان بقول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»، فإذا كان ضمانه عليه، كان خراجه له.

والدليل عليه أن صانعاً تقبل عملاً بأجر، ثم لم يعمل بنفسه، ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك: طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا بالضمان، فثبت أن كل واحد منها سبب صالح لاستحقاق الربح، فإن لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق، بدليل أن من قال لغيره: تصرف في ملكك على أن لي بعض ربحه لم يجز، ولا يستحق شيئاً من الربح؛ لأنه لا مال، ولا عمل، ولا ضمان.

وإذا عرف هذا فنقول: إذا شرط الربح على قدر المالين متساويًا أو متفاضلاً فلا شك أنه يجوز، ويكون الربح بينهما على الشرط، سواء شرط العمل عليهما، أو على أحدهما، والوضيعة على قدر المالين متساويًا ومتفاضلاً؛ لأن الوضيعة اسم لجزء هالك من المال، فيتقدر بقدر المال^(١).

وقد اعتمدت (المجلة) هذا الأصل، وأدرجته في زمرة الضوابط الناظمة لمسائل شركة العقد^(٢).

ومن المسائل الحديثة المنوطة بهذه القاعدة ما توجهه قوانين الشركات أن تكون قيمة السهم عند إصدارها قيمة اسمية، وهذا ما يفرضه الشرع الإسلامي؛ إذ إن الصك الذي يثبت حصة الشريك في رأس المال يجب أن يكون مطابقاً للمبلغ الذي ساهم به الشريك حقيقة في رأس المال؛ ولأنه يترتب على القيمة الاسمية توزيع الأرباح شرعاً، فلا يجوز أن تعطى أرباح مساوية كباقي الشركاء لشريك ساهم بأقل مما ساهموا به، ولم يقدم للشركة عملاً يستحق به هذه الزيادة؛ لأن القاعدة في الربح أنه يستحق بالمال، أو بالعمل، أو بالضمان، وليس في مقابل هذه الزيادة مال، أو عمل، أو ضمان^(٣).

ولدى التأمل في هذا الأصل يتضح أن الفقه الإسلامي لم يقرر لرأس المال حقاً في الحصول على الربح إلا إذا كان على وجه المشاركة مع رأس مال آخر، أو عمل

(١) بدائع الصنائع ٦/٦٢، وانظر المبدع لابن مفلح ٨/٥.

(٢) ر: مجلة الأحكام العدلية م/١٣٤٧.

(٣) د. عبدالعزيز الخياط، الشركات ٢/٢١٢-٢١٣، ٢٢٥.

آخر توقعًا للربح وتحسبًا للخسارة، ويتفق ذلك مع القاعدة الذهبية المعروفة التي ارتضاها الفقه الإسلامي لتحكم حركة الاستثمار وهي قاعدة (الغنم بالغرم)، وبناء على ذلك يمكن القول: إن الصيغ الاستثمارية التقليدية التي تضمن رأس المال، وتضمن الربح، هي محل الرفض والانتقاد لدى فقهاء الإسلام^(١).

وخلاصة الموضوع أنه إذا لم يوجد أحد هذه الأسباب الثلاثة - التي لا يستحق الربح إلا بواحد منها - لم يكن هناك طريق آخر في إطار التجارة والشركة لكسب المال بالطريق الشرعي الحلال، وفقدان جميع هذه العناصر في عقد أو شركة حتمًا يؤدي إلى الفساد.

(كما لو كان لأحد اثنين شاحنة، وللآخر سيارة ركوب، فاتفقا على أن يؤجر كل منهما ما يخصه، وما يخص الآخر، وما حصل من الدخل بينهما على سواء، أو بنسبة معلومة، فإن هذه الشركة فاسدة؛ إذ خلاصتها أن كلاً منهما قال للآخر: بع منافع هذا الشيء الذي تملكه ومنافع هذا الذي أملكه، على أن يكون ثمن هذه وتلك قسمة بيننا بنسبة كذا، وليس هذا إلا تحصيل الربح من مال الغير، دون عمل ولا ضمان، والربح لا يكون إلا بهال، أو عمل، أو ضمان^(٢)، والله أعلم.

(١) ر: مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، الاقتصاد الإسلامي ٧٠/٣، ١٤١١هـ، ١٩٩١م.

(٢) الموسوعة ٨٦/٢٦.

الأصل مضي العقد على السلامة^(١)

هذه قاعدة مهمة من قواعد المعاملات المالية، وتعتبر أصلاً من أصول الترجيح في مواطن النزاع بين المتعاقدين، وهي مرتبطة بمبدأ الأخذ بالظاهر من الأحوال والأقوال ما لم تكن هناك أمانة تعارض هذا الأصل؛ إذ السلامة هي المنظور إليها في كل شيء، وتكاد تكون هذه القاعدة مسلمة عالمية الاعتبار.

ونجد أن موضوع خيار العيب وثيق الاتصال بهذه القاعدة؛ لأن مقتضى العقد السلامة عن العيوب^(٢).

وإنما ثبت خيار العيب؛ لأن الأصل في المعقود عليه السلامة باتفاق الشرع والعقل، وعلى هذا تعامل الناس في كل زمان...^(٣).

يقول الإمام الكاساني: (السلامة شرط في العقد دلالة، فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع، فلا يلزم حكمه، والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد دلالة أن السلامة في المبيع^(٤) مطلوبة المشتري...؛ لأن غرضه الانتفاع بالمبيع، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة، ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع،

(١) شرح الجلال المحلي على المنهاج ٢/٢٤١.

(٢) البحر المحيط للزركشي ١/٧١.

(٣) الالتزامات: ٢٠٠.

(٤) في الأصل (البيع) ومقتضى السياق ما أثبت.

فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة، فكانت كالمشروطة نصاً... (١).

وجاء في شرح البنا لمختصر الخرقى: (وإذا تفرقا من غير فسخ، لم يكن لواحد منهما رده إلا بعيب أو خيار...، أما العيب فإنه يثبت الفسخ؛ لأن العقد وقع على عين سليمة فبان بخلافها... (٢).

وهذا ما نص عليه الباجي المالكي بقوله: (إن إطلاق العقد يقتضي السلامة، وإن لم ينص عليها، فإن اطلع بعد على عيب كان له الرد... (٣).

ويقول العلامة السنهوري:

(سلامة الشيء من العيوب شرط ضمني في العقد تقتضيه طبائع الأشياء، فإذا ظهر عيب في الشيء تبين أن المشتري كان واهما عندما اعتقد أن الشيء سليم من العيب، ومن هنا كان خيار العيب متصلاً أوثق الاتصال بنظرية الغلط) (٤).

وبناء على هذا الأصل المقرر في عقود المعاوضة (من حق المشتري، أو المستأجر مثلاً أن يحسب المبيع، أو المأجور خالياً من العيوب، ومن واجب البائع أو المؤجر معرفة ذلك وتقديره، فإذا ظهر في المبيع، أو المأجور عيب كان المشتري، أو المستأجر غالطاً، ومعدوراً في غلظه فله الرد، ولا يكون في ذلك مفاجأة للبائع أو للمؤجر؛ لأن عليهما أن يتوقعا ذلك) (٥).

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٧٤.

(٢) المقنع شرح مختصر الخرقى ٢/٦٦٠ - ٦٦١.

(٣) المنتقى ٤/١٨٣.

(٤) مصادر الحق ٢/١٣٠.

(٥) المدخل الفقهي العام ١/٣٩٦ - ٣٩٧.

وهنا أضرب أمثلة أخرى من المسائل التي نص فيها على هذه القاعدة:

(من وجد بالمبيع عيبا أخذ به بكل الثمن أو رده؛ لأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب، فكانت السلامة كالمشروطة في العقد صريحا؛ لكونها مطلوبة عادة، فعن فواتها يتخير؛ كيلا يتضرر بإلزام ما لا يرضى به، كما إذا فات الوصف المرغوب فيه، المشروط في العقد، كمن اشترى عبدا على أنه خباز، أو نحوه، فوجده بخلاف ذلك؛ ولكون السلامة كالمشروطة في العقد لا يحل له أن يبيع المعيب حتى يبين عيبه... (١).

(وإذا اختلفا في الجائحة أو قدر ما أتلّف فالقول قول البائع؛ لأن الأصل السلامة) (٢).

(وإذا وكله في شراء سلعة، لم يجوز أن يشتريها إلا سليمة؛ لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة) (٣).

(ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان زائل العقل حال إقراره - لم يقبل قوله إلا بيينة؛ لأن الأصل السلامة حتى يعلم غيرها) (٤).

إن تصارفا في الذمة على جنسين كدينار بعشرة دراهم وتقابضا، ثم ظهر عيب في أحدهما، فإن علم العيب فيه قبل التفرق، فالعقد صحيح، وله أخذ بدله قبل

(١) تبين الحقائق ٣١/٤، وانظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام ملا خسرو ١٦٠/٢.

(٢) المغني لابن قدامة ١٢٠/٤، وانظر: الكافي لابن قدامة ٧٨/٢.

(٣) المغني ١٤٠/٥، وانظر: المبدع ٣٧٣/٤، وكشاف القناع ٤٧٨/٣.

(٤) المغني ١٥١/٥، وانظر: كشاف القناع ٤٥٤/٦.

التفرق سلبيا؛ لأن العقد وقع على مطلق، والإطلاق يقتضي السلامة من العيب^(١).

إنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ بَعْدَ رُؤْيَةِ الْمُبِيعِ بِمُدَّةٍ يَتَحَقَّقُ فِيهَا فَسَادُ الْمُبِيعِ لَمْ يَصِحْ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الظَّاهِرُ تَغْيِيرَهُ.

فأما إن كان يحتمل التغير وعدمه، وليس الظاهر تغيره صح بيعه؛ لأن الأصل السلامة، ولم يعارضه ظاهر، فصح بيعه، كما لو كانت الغيبة يسيرة^(٢).

إذا اختلف الراهن والمرتهن . . . فقال الراهن: أقبضتك عصيرا، وقال المرتهن: بل حمرا، في عقد مشروط فيه الرهن، فالقول قول الراهن؛ لأنها اختلفا فيما يفسد به العقد، فقبل قول من ينفيه أولا؛ لأن المرتهن معترف بعقد وقبض ويدعي فساده، والأصل السلامة^(٣).

وفي عقد السلم لا يلزم المسلم أن يقبل المسلم فيه معيبا؛ لأن الإطلاق يقتضي السلامة، فإن قبضه، فوجده معيبا، فله إمساكه مع الأرش . . .، وله رده والمطالبة بالبدل سلبيا كالمبيع غير المعين^(٤).

ويجوز السلم في التمر والرطب . . .، وليس عليه وصفه بالسلامة من الحشَف^(٥)؛ لأن ذلك عيب فيه، ويسلم أكثر التمر منه، ويلزم المسلم إليه أن

(١) المغني ٣/٢٦٨، وانظر لمزيد من الفروع فيه: ٣/٢٩٢، ٢٩٤، ٣٦٦، ٤٧٩، ٥١٣، ٥٣١/٥.

(٢) المغني ٣/٥٨٣، وانظر: المبدع ٤/٢٦.

(٣) انظر: المبدع ٤/٢٣٧.

(٤) كشاف القناع ٣/٣٠٣.

(٥) الحشَف - بفتحين - أردأ التمر، أو الضعيف لا نوى له، أو اليباس الفاسد. القاموس المحيط: ١٠٣٤.

يعطي غير الحشف؛ لأن إطلاق الاسم يقتضي السلامة، إلا اليسير الذي لا يستبد^(١) التمر منه في الأغلب^(٢).

ويلاحظ أنها من قواعد الترجيح لدى الفقهاء بحيث يعضدون بها آراءهم واتجاهاتهم، ومما يدل على ذلك ما ورد في المسألة الآتية المذكورة في كتاب (الروايتين) للقاضي أبي يعلى الحنبلي، المتعلقة باختلاف المتبايعين في حدوث العيب الممكن حدوثه بعد العقد:

(مسألة: فإن ظهر على عيب يمكن حدوثه قبل الشراء وبعده فاختلفا، فقال المشتري: كان موجودا قبل العقد، وقال البائع: بل حدث عندك أيها المشتري فنقل حنبل وأبو الحارث: القول قول البائع مع يمينه أنه باعه، وهو صحيح لا خرق فيه ولا عيب، وقال الخرقى: القول قول المشتري مع يمينه.

فإن قلنا: القول قول البائع - وهو أصح - فوجهه أن معه سلامة العقد؛ ولأن الأصل السلامة حتى يعلم حدوث العيب^(٣). وإذا قلنا: القول قول المشتري فوجهه أن الأصل عدم القبض، والبائع يدعي كمال القبض وحصوله، فيجب أن يكون القول قول المشتري؛ لأن الأصل يشهد له^(٤).

(١) لا يستبد: لا يتفرد. انظر: القاموس المحيط: ٣٤٠.

(٢) المنتقى للباي ٢٩٥/٤.

(٣) ويعضده أصل آخر وهو أن الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته عند الاختلاف في التاريخ.

(٤) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين للقاضي أبي يعلى ٣٣٩/١ - ٣٤٠.

الاعتياض عن حق مجرد لا يحتمل التقوم باطل^(١)

هذه قاعدة مهمة عميقة الأثر في المعاملات المالية؛ لأنها تعبر عن مفهوم المال بالنسبة للحقوق، وتقرر أن الحقوق المجردة عن التقوم لا يجوز التعويض المالي عنها، مع ملاحظة أن مفهوم المال قابل للتبدل في كل زمان حسب اختلاف الأعراف في عالم المال، بحيث إن ما كان غير متقوم قديماً لكونه محقراً عرفاً، ولعدم إمكانية الانتفاع به، يمكن أن يعد الآن شيئاً ثميناً، مثل كثير من الحشرات التي أصبحت مصدر الدواء في المختبرات العالمية الطبية فيجوز بيعها^(٢)، وهكذا هناك حقوق مجردة اكتسبت حقاً ثابتاً يمكن أخذ العوض عنها مثل: حق التلفون وغيره، اللهم إلا إذا كان التقوم ساقط الاعتبار غير منظور إليه في التشريع الحكيم في مسائل معينة - كحق الترخيص اليوم قانوناً في افتتاح خمارة - فحينئذ لا عبرة بما يطرأ ويجد، بل الحكم والاتباع لما جاء به النص، ويتمثل ذلك في بعض مسائل الربا.

(١) انظر: التحرير شرح الجامع الكبير للحصيري ٢٨٦/٥ - ٢٨٧، ففي الأصل (مجرد حق)، والأولى أن يعبر بما أثبت، وهذا ما عناه البيضاوي في الغاية القصوى ٤٧٩/١ بقوله: الحقوق لا تقابل بالأموال، وكذا ابن قدامة في الكافي ٥٢/٢، بقوله: الحق الذي لا يجوز الاعتياض عنه لا يورث.

(٢) وقد وضع العلامة الحصكفي في «الدر المختار» ضابطاً لبيع الحشرات فقال: إن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع. حاشية ابن عابدين ١١١/٤، ٢١٥، وانظر: الموسوعة ٢٨٠-٢٨١/١٧.

يقول الإمام السرخسي :

لا قيمة للجودة في الأموال الربوية ، منفردة عن الأصل ، قال النبي ﷺ : «جيدها ورديتها سواء»^(١) ، يعني في المالية التي ينبنى عليها العقد ؛ لأنه لا يجوز الاعتياض عن هذه الجودة ، حتى لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة رديئة ودرهم ، لا يجوز ، وما يكون متقوما شرعا فالاعتياض عنه جائز ، وبهذا فارق حال اختلاف الجنس^(٢) .

ويسند ذلك حديث أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال : أتى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - بإناء خسرواني وقد أحكمت صنعته ، فبعثني به لأبيعه ، فأعطيت به وزنه وزيادة ، فذكرت ذلك لعمر - رضي الله عنه - فقال : أما الزيادة فلا . وهذا الإناء كان من ذهب أو فضة^(٣) .

(وفيه دليل على أنه لا قيمة للصنعة في الذهب والفضة عند المقابلة بجنسها ؛ لأنه لم يجوز الاعتياض عنها ، وما كان مالا متقوما شرعا فالاعتياض عنه جائز ، فعرفنا أنه إنما لم يجوز ؛ لأنه لا قيمة للصنعة في هذه الحالة شرعا (أي : منعاً للاحتيال على الربا) ، كما لا قيمة للصنعة في المعازف والملاهي شرعا)^(٤) .

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣٦/٤ - ٣٧ ، وقال : غريب ، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد المتقدم ، وهو كما أخرجه مسلم عنه ، قال : قال رسول الله ﷺ : «الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلا بمثل ، يدا بيد ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، الآخذ والمعطي سواء» .

(٢) المبسوط ٥٢/١١ ، وانظر : ١٨٨/١٢ .

(٣) ر : المغني ١٠/٤ - ١١ .

(٤) المبسوط ٤/١٤ .

ومن المسائل التي ينسحب عليها حكم هذا الأصل المتبع مسألة الشفعة التالية :

(حق الشفعة حق لا يثبت إلا بالطلب، ولا يحتاج فيه إلى الإسقاط، فجاز أن يبطل بالإعراض والترك . . . ، ولو صالحه أجنبي عن شفخته على دراهم كان تسليها للشفعة، ولم يكن له من المال شيء، وكذا إن سلّم للمشتري على مال .

أما التسليم فلأنه أبطله، وله ولاية الإبطال، إلا أنه طلب في مقابله شيئا لا جواز له بحال؛ لأن الاعتياض عن مجرد حق لا يحتمل التقوم باطل، ولا تقف صحة الإبطال عليه . . .)^(١).

وهذا ما ذكره العلامة البهوتي في قوله : (حق الشفعة ليس بهال، ولذلك لا يصح الاعتياض عنه)^(٢).

وقال ابن قدامة : (حق الشفيع إذا بطل، بطل إلى غير بدل)^(٣).

وذهب الإمام مالك إلى جواز الصلح عن الشفعة بعوض؛ لأنه عوض عن إزالة الملك، فجاز أخذ العوض عنه^(٤).

ويجوز الاعتياض عن إسقاط حق الرجوع في الهبة عند الحنفية^(٥).

وظهر أثر هذا الأصل في خيار البيع أيضا، يقول الإمام ابن قدامة :

(وإن مات أحد المتبايعين بطل خياره، ولم يثبت لورثته؛ لأنه حق فسخ لا يجوز

(١) ر: التحرير شرح الجامع الكبير ٢٨٦/٥ - ٢٨٧.

(٢) كشاف القناع ٦/٢٦٢.

(٣) المغني ١٠/١٣١.

(٤) ر: الموسوعة ٢٦/١٦٩.

(٥) حاشية ابن عابدين ٢/٣٢٥، ٤/٥١٥.

الاعتياض عنه، فلم يورث، كخيار الرجوع في الهبة^(١)
ومما يتفرع عليها:

أنه إذا تعذر رد المبيع المعيب كان للمشتري الحق في الاعتياض عن العيب، وهذا عند الحنفية، والمالكية، وهو المذهب عند الشافعية؛ لأن الرضا بالعيب يمنع الرجوع بالنقصان، وليس في حالة تعذر الرد رضا؛ ولأن النبي ﷺ جعل لمشتري المصراة الخيار بين الإمساك من غير أرش وبين الرد.

وعند الحنابلة: يجوز إمساك المبيع، والاعتياض عن العيب؛ لأنه فات عليه جزء من المبيع، فكان له المطالبة بعوضه، ويخالف المصراة؛ لأن الخيار له بالتدليس، وكذلك في القول الثاني عند الشافعية^(٢).

وهكذا تجد هذه القاعدة مسلمة لدى جمهور الفقهاء، ولكنهم يتنازعون أحيانا في تنزيل بعض المسائل والقضايا عليها، كما لحظت هنا في قضية الشفعة، وفي هذه المسألة الأخيرة أيضا.

(١) الكافي ٥٢/٢.

(٢) انظر: البدائع ٢٨٩/٥، ومنح الجليل ٦٦٨/٢، والمهذب ٩١/١، والمغني ١٦٢/٤ - ١٦٣، ومنتهى الإرادات ١٧٦/٢، والموسوعة ٢٤٣/٤ - ٢٤٤.

الأموال تضمن بالخطأ كما تضمن بالعمد^(١)

هذا أصل مطرد متفق عليه بين الفقهاء، وراجع في حقيقته إلى قاعدة (الجوابر)، ومعناه أن الإتلاف المباشر يستوجب الضمان على الإطلاق، لا يفترق فيه الخطأ عن العمد؛ لأن الإتلاف جعل موجبا للضمان، ومن المعلوم أنه لا يشترط التكليف في خطاب الوضع^(٢) كما هو مبين في كتب أصول الفقه. وبناء على ذلك فإن الإجماع منعقد على تعدد الضمان فيما يتعدد فيه الإتلاف، وإن العمد والخطأ في ذلك سواء^(٣)، وهذا يتفق مع عناية التشريع الإسلامي الحكيم بالمحافظة على حقوق العباد، وصيانتها من العبث، والإهمال، والتفريط، وتأكيد الالتزام بأدائها، ووفائها.

قال ابن القيم: (يضمن الصبي والمجنون والنائم ما أتلّفوه من الأموال، وهذا من الشرائع العامة التي لا تتم مصالح الأمة إلا بها، فلو لم يضمنوا جنائيات أيديهم لأتلّف بعضهم أموال بعض، وادّعى الخطأ وعدم التقصير)^(٤).

(١) الاستذكار لابن عبد البر ٢٢/٢٧١، وانظر: المصدر نفسه ٢٢/٢٨٧.

(٢) مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ١/٢١٨.

(٣) الفروق للقرافي ٢/٢٠٩.

(٤) الإحكام شرح أصول الأحكام لعبد الرحمن قاسم ٣/٢٣٦.

ولأهمية هذا الأصل نجد الفقهاء يتعرضون له في مواطن ومناسبات كثيرة في كتب الفقه، ولا بأس أن أورد نبذة من الكلمات المعبرة عن هذه القاعدة:

(جزاء الظلم لا يختلف بالعلم والجهل، فإن من أتلف مال الغير ضمن، علم بذلك أم لم يعلم)^(١).

(التعدي على مال الغير يستوي فيه الجهل والعمد)^(٢).

(كل حق ضمن بالعمد ضمن بالخطأ كالمال)^(٣).

(الضمان من باب العدل الواجب في حقوق الأدميين، وهو يجب في العمد والخطأ)^(٤).

(الإتلاف يستوي فيه الخطأ والعمد)^(٥).

(أموال الناس تضمن بالعمد والنسيان)^(٦).

وقال العلامة السعدي بصدده عرضة هذه القاعدة:

(الإتلاف يستوي فيه المتعمد والجاهل والناسي، وهذا شامل لإتلاف النفوس المحترمة، والأموال والحقوق، فمن أتلف شيئاً من ذلك بغير حق فهو مضمون،

(١) شرح الزيادات ١٨٦١.

(٢) عدة البروق للونشريسي ص ٣٣٥.

(٣) المقنع شرح البنا ٣/١٠٢٤.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩/٣٢٧.

(٥) مجلة الأحكام الشرعية م/١٤٣٣.

(٦) المحلى لابن حزم ٧/٤١٤، برقم ١٠٠٥.

سواء كان متعمداً، أو جاهلاً، أو ناسياً؛ ولهذا أوجب الله تعالى الدية في القتل خطأً، وإنما الفرق بين المتعمد وغيره من جهة الإثم وعقوبة الدنيا والآخرة في حقه، وعدمه في حق المعذور بخطأ، أو نسيان... (١).

وهذا الأصل تعضده قاعدة مشهورة أخرى وهي: (الاضطرار لا يبطل حق الغير) بحيث إن الضرورة تسوّغ تناول مال الغير بقدر ما يسدّ الحاجة الشديدة، ولكنها لا ترفع عن الأخذ حق صاحب المال بل يتقرر عليه الضمان كما هو مذهب جمهور الفقهاء.

ومن الفروع المبنية على قاعدة الضمان ما ورد في النص الآتي من كلام الإمام ابن عبد البر:

(ولو عدارجل أو صبي على قمح وشعير مودعين لرجل عند رجل، فخلطهما - كان على الذي خلطهما ضمان مكيلة القمح ومكيلة الشعير لربه، والصبي والرجل في ذلك سواء، وإن كان عمد الصبي خطأً، فالأموال تضمن بالخطأ كما تضمن بالعمد) (٢).

وهنا ينبغي أن يلاحظ أن المراد من الصبي هو المميز؛ لأن ضمان الصبي غير المميز هدر، لا ضمان عليه في ماله في المذهب المالكي (٣).

وإلى هذا ألمع القرافي بقوله: (قاعدة العمد والخطأ في أموال الناس، سواء

(١) القواعد والأصول الجامعة ق/ الثالثة عشرة، ص ٤٨.

(٢) الكافي ص ٤٠٤.

(٣) انظر المصدر نفسه ص ٦٠٦.

إجماعاً ممن هو مكلف ، أو فيه أهلية التكليف كالتمييز ، بخلاف الرضيع^(١) .
 ومن الواضح المعروف أن المعول في الضمان على المثل ، وعند تعذره يرجع إلى
 قيمته ، وهذا ما أفصح عنه الحافظ ابن عبد البر بقوله : (لا يغرم من استهلك شيئاً
 إلا مثله أو قيمته)^(٢) .

(١) الذخيرة ٢/٢٥٩ ، وانظر قواعد المقرئ ٢/٦٠٣ .

(٢) الاستدكار ٢٢/٢٥٩ .

البئاعات الفاسدة - فسادا ضعيفا-

تنقلب جائزة بحذف المفسد

هذه القاعدة تبناها المذهب الحنفي ، وهي وثيقة الارتباط بالنظرية المميزة بين الفساد والبطلان في العقود ، ويمنح المذهب المالكي أيضا إلى هذا الرأي إلا في شروط معينة كما سيأتي .

كما أن المذهب الحنفي يوازن في هذا المقام بين قوة الفساد ، وضعفه ، بحيث إذا كان الفساد قويا فلا يراعى هذا الضابط ، ويكاد يلحق الفساد بالعقد الباطل ، ومن الملاحظ أيضا أن الإمام زفر ينازع جمهور الحنفية هنا ، ويرى ما يراه الجمهور .

يقول الإمام الكاساني : (الأصل عند زفر أن البيع إذا انعقد على الفساد لا يحتمل الجواز بعد ذلك برفع المفسد ، والأصل عندنا أنه ينظر إلى الفساد ، فإن كان قويا بأن دخل في صلب العقد - وهو البديل ، أو المبدل - لا يحتمل الجواز برفع المفسد ، كما قال زفر : إذا باع عبدا بألف درهم ورطل من خمر ، فحط الخمر عن المشتري - وإن كان ضعيفا - لم يدخل في صلب العقد ، بل في شرط جائز ، يحتمل الجواز برفع المفسد ، كما في البيع بشرط خيار لم يوقت ، أو وقت إلى وقت مجهول : كالحصاد والدياس . . .)^(١) .

(١) بدائع الصنائع ١٧٨/٥ ، وانظر : حاشية ابن عابدين ١٢٩/٤ .

وعلى هذا لو باع سيارة بأربعين ألف ريال إلى الحصاد، أو على أقساط، ونجوم مجهولة - فسد البيع لجهالة الأجل، ولكن إذا ما حدد الأجل، ووقت، ورفعت الجهالة، عاد العقد إلى الجواز.

وقديها صاغ الإمام أبو الحسن الكرخي هذا الأصل على النحو الآتي:

(الأصل أنه يفرق بين الفساد إذا دخل في أصل العقد، وبينه إذا دخل في عُقْلَة من علاقته)^(١).

وهكذا عند المالكية يصح العقد إذا حذف الشرط المفسد للعقد، سواء أكان شرطاً ينافي مقتضى العقد، أم كان شرطاً يخل بالثمن، إلا أنهم استثنوا شروطاً من هذا الضابط، فلا يصح البيع معها - ولو حذف الشرط المفسد - وهي:

- من ابتاع سلعة بثمن مؤجل على أنه إن مات فالثمن صدقة عليه، فإنه يفسخ البيع، ولو أسقط هذا الشرط؛ لأنه غرر، وكذا لو شرط: إن مات، فلا يطالب البائع ورثته بالثمن.

- شرط ما لا يجوز من أمد الخيار، فيلزم فسخه وإن أسقط؛ لجواز كون إسقاطه أخذاً به.

- شرط الثنيا يفسد البيع، ولو أسقط الشرط.

- وزاد ابن الحاجب شرطاً آخر، وهو:

(١) أصول الكرخي: ١٦٥ (مطبوع مع تأسيس النظر).

شرط النقد (أي تعجيل الثمن) في بيع الخيار. قال ابن الحاجب: (لو أسقط شرط النقد فلا يصح)^(١).

وجاء في (الشرح الصغير) من مسائل الإجارة: (تفسد الإجارة بالشرط الذي يناقض مقتضى العقد ومحل الفساد، إن لم يسقط الشرط، فإن أسقط الشرط صحت)^(٢).

وتسوية المالكية هذا الضابط - كما لحظت - يدل على أنهم يميزون بين البطلان والفساد في حالات معينة فحسب؛ إذ الأصل أيضا عندهم عدم انقلاب العقد من البطلان إلى الصحة بشكل عام، وهذا ما يستفاد من القاعدة التالية التي نص عليها الإمام الخشني المالكى:

(كل بيع انعقد على فساد لم يجز بعد ذلك، وإن أسقطا الوجه الذي دخل من أجله الفساد)^(٣).

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن العقد لا يتقلب صحيحا برفع المفسد، بناء على أصل التساوي بين الباطل والفاسد حسب اصطلاحهم. ونبه إلى ذلك الإمام الماوردي الشافعي في مناسبات مختلفة بأساليب متعددة من (الحاوي) ومنها ما يلي:

(العقد إذا وقع فاسدا لا يصح بزوال ما وقع به فاسدا)^(٤).

(١) ر: منح الجليل ٢/ ٥٧٠ - ٥٧١، الموسوعة ٥٩/١٢.

(٢) الشرح الصغير ٢/ ٢٧٧، الموسوعة ٥٩/١٢.

(٣) أصول الفتيا: ١١٧.

(٤) الحاوي ٦/ ٩٣.

(العقد إذا فسد لم يصح بما يطرأ فيما بعده) (١).

(العقد إذا بطل لم يعد إلى الصحة فيما بعد) (٢).

كما نصت كتب الحنابلة على هذا الأصل في مناسبات مختلفة ، ومنها ما جاء في النصوص الآتية :

(لو بطل العقد لما عاد صحيحا) (٣).

(العقد الفاسد لا ينقلب صحيحا) (٤).

وإلى هذا يشير ما ذكره العلامة البهوتي في النص الآتي :

(من أخرج زكاته من مال غضب ، لم يجزئه ولو أجاز هاربه : كبيعه ، وإجارته ؛

لأن ما لا يصح ابتداء لا ينقلب صحيحا بالإجازة) (٥).

ومن الواضح الجلي أن هذا التفريع الأخير - وما نيظ به من القاعدة - يتناول ما هو باطل باتفاق الأئمة ، والباطل لا يقبل الإجازة لدى الجميع ، بل إذا أريد تصحيحه يجب تجديده بصورة صحيحة ، وبما أن غير الحنفية لا يفرقون بين الفساد والبطلان ، فقد يعبرون تارة بالفساد ، وتارة بالبطلان ، فالباطل عند الحنفية غير منعقد ، أما الفاسد فمنعقد قابل للفسخ ، ما لم يمنع من الفسخ مانع شرعي .

(١) الحاوي ٩٥/٦ .

(٢) المصدر نفسه ١١٠/٦ .

(٣) المغني ٣٧٩/٤ .

(٤) شرح منتهى الإرادات ٢/٢٥٠ ، الموسوعة ٥٨/١٢ .

(٥) كشاف القناع ٢/٢٦٢ .

البيع الفاسد يفيد الملك بالقبض، والباطل لا يفيد

أصلاً^(١)

هذه القاعدة تمثل ضابطاً من ضوابط العقد الفاسد، وتبني معرفة مفهوم الضابط المذكور على إدراك الفرق بين البيع الباطل والبيع الفاسد، حسبما قرره أئمة المذهب الحنفي، فالباطل عندهم في هذا الباب: (ما لم يشرع لا بأصله، ولا بوصفه)، والفاسد: (ما شرع بأصله دون وصفه)، ومن ثم يعتبرون الباطل غير المنعقد، أما الفاسد فمنعقد لكن لا يثبت فيه الملك قبل التنفيذ بالقبض^(٢).

أما جمهور الفقهاء فهم لا يرون الفرق بين المصطلحين المذكورين، فالباطل والفاسد عندهم سواء، وهو: ما لم يترتب أثره عليه فلم يثمر، ولم تحصل به فائدته من حصول الملك^(٣). وهذا يتفق مع المذهب الحنفي أيضاً، في الفاسد قبل القبض وفي الباطل مطلقاً.

وتتجلى ثمرة الاختلاف القائم بين الاصطلاحين في صورتين:

١ - في صورة هذا الضابط الذي جعل هنا عنوان البحث، وهو أن العقد الفاسد

(١) ر: حاشية ابن عابدين ٢/٢٩٧، ٤/١٠٠، وتبيين الحقائق ٤/٤٣، والموسوعة ٩/٥٣.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/١٠٠، وتبيين الحقائق ٤/٤٣.

(٣) ر: منح الجليل ٢/٥٥٠، والموافقات ١/٢٩٢، وروضة الناظر: ٣١، والقواعد والفوائد

الأصولية للبعلي: ١١٠، والأشباه والنظائر للسيوطي: ٣١٠، الموسوعة ٩/٥٢ - ٥٣.

يفيد الملك بالقبض بخلاف الباطل .

٢- في صورة عدم إمكانية عودة العقد الباطل إلى حالة الصحة بحال من الأحوال ، فإنه لا يكتسب الوجود من جديد إلا بالاستئناف والتجديد ، وذلك بخلاف العقد الفاسد ، فإنه قد ينقلب صحيحا في بعض الأحوال بدون تجديد ، بحذف المفسد منه فقط .

ويلحظ هنا أن بعض الشافعية يسايرون المذهب الحنفي في التفريق بين البيع الباطل والبيع الفاسد ، رغم أن القواعد العامة عندهم تخالف ذلك .

جاء في (أسنى المطالب) : (فرق الأصحاب بين الباطل والفاسد ، فقالوا : «إن رجع الخلل إلى ركن العقد - كبيع الصبي - فهو باطل ، وإن رجع إلى شرطه ، أو صفته فهو فاسد»^(١) .

ويرجع سبب بطلان البيع في المذهب الحنفي إلى اختلال ركن البيع ، أو شرط من شرائط الانعقاد ، فإذا تخلف الركن ، أو شرط من شرائط الانعقاد كان البيع باطلا ، ولا وجود له ؛ لأنه لا وجود للتصرف إلا من الأهل في المحل حقيقة ، ويكون العقد فائت المعنى من كل وجه ، إما لانعدام معنى التصرف : كبيع الميتة والدم ، أو لانعدام أهلية التصرف : كبيع المجنون ، والصبي الذي لا يعقل^(٢) (وَأما البيع الفاسد : فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة)^(٣) .

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب مع حاشية الرملي ١٧١ / ٢ ، الموسوعة ٥٦ / ٩ .

(٢) الموسوعة ٥٥ / ٩ .

(٣) بدائع الصنائع ٢٩٩ / ٥ .

أما عند الجمهور فإن العقد يعود باطلا عند اختلال شرط من شرائط الصحة أيضا، ولإدراك الفرق والتمييز بين المصطلحين لا بد من ملاحظة هذه الأسباب المجملة المذكورة آنفا، بحيث إن أئمة المذهب الحنفي لا يضعون هذا الفرق موضع الاعتبار أحيانا، فيعبرون عن الباطل بالفساد مثلا^(١).

ومثال ذلك ما جاء في النص التالي من القاعدة والتفريع المقرون بها:

(كل بيع سكت فيه عن ذكر الثمن فهو فاسد، كذا في أول البيع الباطل من (الخانبة)^(٢)).

وقال: إذا باع على أن لا ثمن له كان البيع باطلا^(٣).

لكن باتفاق الفقهاء فإن البيع الباطل لا يترتب عليه أثر؛ لأنه لا وجود له إلا من حيث الصورة، وهو منقوض من أساسه، وإذا وقع البيع الباطل، وحدث فيه تسليم شيء من أحد الطرفين وجب رده؛ لأن البيع الباطل لا يفيد الملك بالقبض^(٤) كما سبق.

يقول الإمام الخطابي: (البيع الفاسد والصلح الفاسد، أي: الباطل، وما جرى مجراهما من العقود منتقض، وإن ما أخذ عليها مردود إلى صاحبه)^(٥).

(١) وقد يعبر الحنفية -تساهلاً وتجاوزاً- عن الباطل بالفساد وبالعكس، وهذا عند غير الحنفية سائع؛ لأنها سواء كما سبق بيانه، أما عند الحنفية فيورث اشتباهاً، وإيهاًما.

(٢) يعني فتاوى قاضيخان.

(٣) الفرائد البهية للحمزاوي: ٤٠، ق ٦٣، نقلاً عن الخانبة.

(٤) ر: بدائع الصنائع ٣٠٥/٥، وحاشية الدسوقي ٥٤/٣، ٧١، ومنتهى الإيرادات ١٩٠/٢، ونهاية المحتاج ٣/٣٦٤، ٤٣٥.

(٥) معالم السنن ٦/٢٥٨.

ورد المبيع يكون مع نائه المتصل والمنفصل ، وأجرة مثله مدة بقائه في يده ، وإن نقص ضمن نقصه ؛ لأنه مضمون عليه ، فأجزاؤه تكون مضمونة أيضا .
صرح بهذا الشافعية ، والحنابلة ، وهو ما تفيد قواعد المذهب الحنفي .
أما عند المالكية فإن تغير الذات - بزيادة ، أو نقص - يعتبر فوتاً للأصل ينتقل الحق فيه إلى الضمان^(١) .

ذلك ما يتعلق بالبيع الباطل ، أما البيع الفاسد - حسب تفسير المذهب الحنفي - فهو يفيد الملك بعد القبض .

جاء في (البدائع) : (إذا اشترى أحد الشيئين شراء فاسداً ، بأن قال للبائع : بعت منك أحد هذين العبدتين بكذا ، ولم يذكر الخيار أصلاً ، فإن المشتري لا يملك واحداً منهما قبل القبض ؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض ، فإن قبضهما ، ملك أحدهما ملكاً فاسداً ، وأيهما هلك لزمته قيمته ؛ لأنه تعين للبيع ، والبيع الفاسد يوجب الملك بالقيمة

والأصل أن في كل موضع يلزم المشتري الثمن في البيع الصحيح ، تلزمه القيمة في البيع الفاسد^(٢) ؛ ذلك لأن تسمية الثمن تفسد بفساد البيع ، فيرجع إلى القيمة .
ويبدو أن المذهب الحنبلي ينسجم مع المذهب الحنفي في إقرار هذا الضابط ،

(١) روضة الطالبين ٤٠٨/٣ ، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٨٤/٣ ، والمغني ٢٥٣/٤ ، والقوانين الفقهية : ١٧٢ ، وبداية المجتهد ١٩٣/٢ ، الموسوعة ٥٧/٩ .

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٦٣ ، انظر : غمز عيون البصائر للحموي ٢/٢٧٢ ، ومجلة الأحكام العدلية م/٣٧١ .

وبذلك يكاد يقترب منه عمليا في التمييز بين البطلان والفساد في مسائل، كما تشعر بذلك النصوص التالية:

قال الإمام ابن قدامة:

(ومتى وقعت الشركة فاسدة، فإنهما يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهما، ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله. نص عليه أحمد في المضاربة، واختاره القاضي، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي؛ لأن المسمى يسقط في العقد الفاسد، كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشتري، إلا أن يكون كل واحد منهما مميزا، وربحه معلوما، فيكون له ربح ماله)^(١).

وفي الإجارة الفاسدة إذا قبض العين، ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة، فهناك روايتان في المذهب الحنبلي، إحداهما: لا يجب عليه شيء؛ لأنه عقد فاسد على منفعة لم يستوفها، فلم يجب العوض كالنكاح، والثانية: يجب أجر المثل؛ لأن البيع الفاسد كالصحيح في استقرار البدل، فكذلك الإجارة^(٢).

وهذا ما تشير إليه نصوص من المذهب المالكي، ومنها قول الإمام ابن رشد في

(البيان):

(البيع الفاسد إنما يدخل في ضمان المشتري بالقبض إذا لم يكن فيه خيار)^(٣).

(١) المغني ٥/٢١.

(٢) الكافي لابن قدامة ٢/٣١٢ - ٣١٣.

(٣) البيان والتحصيل ٧/٥٠٧، ٨/٣٩٩، وانظر: القبس لابن العربي ٣/٨٦٨.

وبناء على ذلك جاء في فتاوى بعض فقهاء المذهب المالكي :

«إن السلعة المشتراة شراء فاسدا لا يجوز الأكل منها، ولا من غلتها قبل فواتها بحال؛ لأن البيع الفاسد لا ينقل الملك، وإنما ينقل الضمان خاصة، فهي على ملك بائعها، وضمانها من قابضها بعد العقد الفاسد . . . فإذا فاتت، وتعلقت القيمة بذمة المشتري، أو المثل - فيما له مثل - جاز أكل الغلة والأصل، وقبل الفوت فلا؛ لأنه مأمور بنقض العقد الفاسد»^(١).

(١) المعيار للونشريسي ٦٣/٥.

تبدل سبب الملك كتبدل العين^(١).

هذه القاعدة إحدى القواعد المتعلقة بنظرية الملكية في الفقه الإسلامي، بحيث إنها تقرر أن تبدل سبب الملك، أو علته يقوم مقام تبدل العين، أو الذات ويعمل عمله.

وهي قاعدة عريقة أصيلة جملة الفروع كما يتبين من نصوص الفقهاء، ولاسيما من كلام الإمام السرخسي، فقد تعرض لها في مناسبات مختلفة في (المبسوط)، وهنا أسوق طرفاً من صياغاتها الواردة الأخرى، وهي متقاربة الألفاظ، ومتحدة المعاني:

- (اختلاف سبب الملك ينزل منزلة اختلاف العين)^(٢).
- (اختلاف أسباب الملك ينزل منزلة اختلاف الأعيان)^(٣).
- (اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان)^(٤).
- (اختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم)^(٥).

(١) المبسوط ١٦٦/٩.

(٢) المصدر نفسه ٧٧٢/٢، والتحرير للحصيري ٧٧٢/٢، وشرح الزيادات ٩٠٥.

(٣) المبسوط ١٥٥/٨، والفتاوى البزازية ٤٣٨/٤.

(٤) التحرير للحصيري ٣٥٦/٤.

(٥) بدائع الصنائع ٢٧٦/٥، وانظر: المصدر نفسه ١٩٩/٥، ٣٠١، ١٢٩/٦.

وذكرتها (المجلة) بصيغة: (تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات)^(١).
وهي مأخوذة من قواعد الخادمي في خاتمة (مجامع الحقائق)^(٢) وصاغها
الأستاذ الجليل مصطفى الزرقا بعد تعديل صيغة (المجلة) على النحو التالي:
(تبدل سبب الملك كتبدل الذات)^(٣).

ويلاحظ أن هذه الصيغة المعدلة الوجيزة قريبة جدا من تعبير الإمام السرخسي
الذي جعلته عنوانا وأساسا، وافتتحت به الموضوع.
ويمكن أن يستدل لها بما يلي من دليل السنة المطهرة:

١ - (عن أم عطية، قالت: دخل النبي ﷺ على عائشة، فقال: «عندكم شيء؟»
فقلت: لا، إلا شيء بعثت به إلينا أم عطية من الشاة التي بعثت إليها من
الصدقة، قال: «إنها قد بلغت محلها»)^(٤).

والمراد بهذه الكلمة النبوية الجامعة الشريفة: «بلغت محلها»: أنها لما
تصرفت فيها بالهدية لصحة ملكها لها انتقلت عن حكم الصدقة، فحلت محل
الهدية، وكانت تحل لرسول الله ﷺ بخلاف الصدقة^(٥).

٢ - (عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال: أتى النبي ﷺ بلحم، فقيل: تُصدق

(١) مادة: ٩٨.

(٢) مجامع الحقائق: ٣٦٧.

(٣) المدخل الفقهي العام ١٠٢٧/٢، ف ٦٤٤.

(٤) رواه البخاري في صحيحه ٢٠٣/٥، كتاب الهبة، باب قبول الهدية، ح ٢٥٧٩.

(٥) فتح الباري ٣/٣٥٧.

به على بريرة، قال: «هو لها صدقة، ولنا هدية»^(١)

قال الإمام النووي - رحمه الله - (قوله ﷺ في اللحم الذي تصدق على بريرة به: «هو لها صدقة ولنا هدية» دليل على أنه إذا تغيرت الصفة تغير حكمها، فيجوز للغني شراؤها من الفقير، وأكلها إذا أهداها إليه وللهاشمي، ولغيره ممن لا تحل له الزكاة ابتداء، والله أعلم)^(٢).

فهنا كلا النصين من الحديث النبوي - على اختلاف الرواية والتعبير - يفضيان إلى مفهوم واحد، يخلص منه إلى أنه إذا تحولت عين الصدقة إلى الهدية اكتسبت حكمها، وخصائصها لتبدل بسبب الملكية.

وذكر شراح (المجلة) تفاريع وتطبيقات متعددة لهذه القاعدة، ومنها:

مالو اشترى من آخر عينا، ثم باعها من غيره، ثم اشتراها من ذلك الغير، ثم اطلع على عيب قديم فيها كان عند البائع الأول، فليس له أن يردها عليه؛ لأن هذا الملك غير مستفاد من جانبه^(٣).

ومنها: ما ورد في (المجلة) نفسها: إذا حصل في الموهوب زيادة متصلة، كأن كان أرضا، وأحدث الموهوب له عليها بناء، أو غرس فيها شجرا، أو كان حيوانا ضعيفا فسمن عند الموهوب له، أو غيّر الموهوب على وجه تبدل به اسمه، كأن كان

(١) رواه البخاري في صحيحه ٢٠٣/٥، في الموضوع السابق، ح ٢٥٧٧، ومسلم في صحيحه ١٤٢/١٠ بشرح النووي.

(٢) شرح النووي ١٤٢/١٠.

(٣) شرح القواعد الفقهية: ٤٦٧، عن (رد المحتار) في أوائل خيار العيب، عن الذخيرة.

حنطة فطحنت وجعلت دقيقا - فلا يصح الرجوع عن الهبة حينئذ . . . (١).

ومنها: ما لو وهب لغيره العين الموهوبة له، ثم عادت إليه بسبب جديد - بأن باعها منه، أو تصدق بها عليه - فأراد الواهب أن يرجع بهبته: لا يملك ذلك (٢).

ولذلك لو باع عقارا لغيره، وكان له شفيع، فسلم الشفيع الشفعة للمشتري، ثم تقايل البائع مع المشتري البيع، فللشفيع أن يأخذ العقار من البائع بالشفعة حيث كان عوده إليه بسبب جديد، وهو الإقالة؛ لأنها بيع جديد في حق ثالث، والشفيع هنا ثالثهما، وكذا لو اشتراه البائع من المشتري كان للشفيع أخذه بالأولى (٣).

ومن تفاريعها في مصادر المذهب الحنفي - غير ما ذكر في شروح (المجلة) - ما جاء في (بدائع): (ولو خرج المبيع من ملك المشتري، فاشتراه البائع من المالك الثاني بأقل مما باعه قبل نقد الثمن جاز؛ لأن اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين، فيمنع تحقق الربا).

ولو مات المشتري، فاشتراه البائع من وارثه بأقل مما باع - قبل نقد الثمن - لم يجز؛ لأن الملك هناك لم يختلف، وإنما قام الوارث مقام المشتري بدليل أنه يرد بالعيب، ويرد عليه (٤).

ومن المسائل المستجدة التي يمكن تخريجها على هذه القاعدة مسألة صرف

(١) مجلة الأحكام العدلية: (مادة: ٨٦٩).

(٢) شرح القواعد الفقهية: ٤٦٨، نقلا عن (الدر المختار) من باب الرجوع في الهبة.

(٣) المصدر نفسه: ٤٦٨، وانظر: (الدر المختار) من الشفعة، باب ما ثبت هي فيه.

(٤) بدائع الصنائع ١٩٩/٥.

الفوائد الربوية إلى الفقراء، ومصالح الخير، فإنه من المعلوم أن موضوع الاستفادة من فوائد البنوك، أو عدم الاستفادة منها كان من الموضوعات التي ظلت مثار النزاع في الفترة الأخيرة، ثم قرر الفقهاء المعاصرون أخذها وإعطاءها للفقراء، وعدم تركها في البنوك، ولكن بقيت المسألة مختلفا فيها من حيث المصارف التي تصرف إليها هذه الفوائد، فالرأي الوجيه الذي ترتاح إليه النفس - بعد التأمل والنظر في الدليل - هو إنفاقها على الفقراء، أو صرفها إلى الجهات التي تمد الفقير بوسيلة من الوسائل، أو إلى المصلحة الإسلامية العامة التي تمس الحاجة إليها^(١)؛ لأن هذا المال ليس بحرام لعينه، إنما حرم بسبب كونه زيادة على مجرد قرض من غير عوض، ولذا فإنه يحل للفقير، ولمن في حكمه؛ لتحويله من جهة الحرمة إلى جهة الحل، وبناء على هذه القاعدة في تبدل سبب الملك المستنبطة من الدليل كما تقدم.

(١) وهذا ما قرره الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار، وعدد من الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية، على أن لا يستفيد دافعها من دفعها بشكل مباشر أو غير مباشر، كأن يسقط عنه بدفعها واجب، أو ضريبة، أو تحصل له بها دعاية، وحمد، أو ما شابه ذلك.

التقييد في العقود إنما يعتبر إذا كان مفيدا

إنه من المقرر المحقق لدى الفقهاء والأصوليين أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقيده دليل التقييد نصا، أو دلالة، ولكنه بجانب ذلك يلاحظ في التقييد أن يكون مفيدا يترتب عليه أثر، وإلا فلا يؤبه به، ولا ينظر إليه عند حصول النزاع بين المتعاقدين، أو الطرفين، ويتبدى ذلك بجلاء من الفروع الكثيرة الواردة في (المبسوط) للإمام السرخسي وغيره، ومنها ما يلي:

(إن استأجر رحى ماء على أن يطحن فيها الخنطة، ولا يطحن غيرها، فطحن فيها شعيرا، أو شيئا من الحبوب سوى الخنطة، فإن كان ذلك لا يضر بالرحى فلا ضمان عليه، وإن كان أضر عليها من الخنطة ضمنه ما نقصها؛ لأن التقييد معتبر إذا كان مفيدا، والخلاف إلى ما هو أضر عدوان منه، فيلزمه ضمان النقصان . . .)^(١).

وكذا (إذا أراد المستأجر أن يبدل محمله ليحمل محملا غيره، فإن لم يكن في ذلك ضرر، فله ذلك؛ لما بينا أن التعيين الذي ليس بمفيد لا يكون معتبرا)^(٢).

إذا استعار دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم^(٣) من هذه الخنطة، فحمل عليها

(١) المبسوط ١٦/١٧.

(٢) المصدر نفسه ١٦/٢٢.

(٣) جمع، والمختوم: الصاع. القاموس المحيط، فصل الحاء.

عشرة مخاتيم من حنطة أخرى، أو ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره، فلا ضمان عليه - إذا عطبت الدابة -؛ لأن التقييد إنما يعتبر إذا كان مفيدا، وهذا التقييد لا يفيد شيئا، فإن حنطته وحنطة غيره في الضرر عليها سواء.

وإن استعارها ليحمل عليها حنطة، فحمل عليها حديدا أو آجرا مثل وزن الحنطة، فهو ضامن لها؛ لأن هذا يجتمع في موضع واحد، فيدق ظهر الدابة، فكان أضر عليها من حمل الحنطة، وتقييد المالك معتبر إذا كان مفيدا له

وكذلك في الوزنيات من الأدهان وغيرها: كل تقييد يكون مفيدا فهو معتبر، وإذا خالف ذلك كان ضامنا، وما لا يكون مفيدا لا يعتبر^(١).

ولنفوذ هذا الأصل في مسائل من الإجارة، وما يرتبط بها من الضمان، أو عدمه صاغت (المجلة) ضابطين يستوعبان الموضوع، وهما كالآتي:

(كل ما اختلف باختلاف المستعملين يعتبر فيه التقييد، مثلا: لو استكرى أحد لركوبه دابة ليس له أن يركبها غيره، أي: ليس للمستأجر تجاوز القيد، فإذا تجاوزه فتلف ما استأجر، كان عليه الضمان.

كل ما لا يختلف باختلاف المستعملين فالتقييد فيه لغو. مثلا: لو استأجر أحد دارا على أن يسكنها، له أن يسكن غيره فيها.

يعني أنه لو استأجر أحد دارا بشرط أن يسكنها هو، فله إيجارها من غيره، وإعارتها؛ لاستيفاء المنفعة التي له أن يستوفيها . . .؛ لأن السكنى لما لم تكن متفاوتة لم يعتبر ذلك القيد؛ لأنه غير مفيد^(٢).

(١) ر: المبسوط ١١/١٣٧، ١٣٨، ١٣٩، وانظر: ١١/١٩٣، وبدائع الصنائع ٦/٢١٦.

(٢) المجلة م/٤٢٧ - ٤٢٨، مع شرح العلامة حيدر: درر الحكام ٢/٤٩٠ - ٤٩١.

والظاهر أن المسألة الأخيرة مبنية على مطلق العقد، ولكن إذا نص حين العقد على خلاف ذلك من عدم الإجارة، أو الإعارة لشخص آخر، فلا بد من اعتبار هذا الشرط.

ومما يختلف باختلاف المستعملين والمستأجرين: السيارة في زماننا، فتقيد استعمالها مفيد معتبر من قبل المؤجر، فيضمن المستأجر إن خالف، وعطبت بمخالفته^(١).

ويتخرج على هذا الأصل عدم تعيين النقود من الدينير والدرهم وغيرها، في المعاوضات، اللهم إلا إذا كان هناك غرض صحيح يستلزم التعيين، ومن الفروع المنوطة بهذا الموضوع ما ظهر في النصين التاليين من المبسوط:

- (التعيين معتبر فيما يفيد دون ما لا يفيد، ألا ترى أن تعيين النقود في العقود معتبر في تعيين جنس النقد، ولا يعتبر في استحقاق تلك العين حتى كان للمشتري أن ينقد مثله...)^(٢).

- (وإن حلف أن لا يعطيه ما عليه درهما فما فوقه، فأعطاه حقه كله دنانير، وإنما عنى الدراهم، لم يحنث؛ لأنه صرح في يمينه بالدراهم، ولا بد من اعتبار ما صرح به خصوصاً إذا تأيد ذلك بنيته؛ ولأن الإنسان قد يمتنع من إعطاء الدراهم ولا يمتنع من إعطاء الدينير، لما له من المقصود في الصرف، والتقييد إذا كان فيه غرض صحيح يجب اعتباره)^(٣).

(١) انظر: نظرية الضمان للدكتور فوزي فيض الله: ١١٣.

(٢) المبسوط ٨٩/١٩.

(٣) المصدر السابق ٢٣٥/٣٠ - ٢٣٦.

ويتجلى أثر التقييد بارزا في المضاربة، وغيرها من الشركات، فالمضارب-
مثلا- أمين لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط.

ومما يعتبر تعديا مخالفة المضارب ما قيده رب المال: من الاتجار في بلد معين، أو
سلعة معينة، أو وقت معين، أو مع شخص عينه له؛ لأن المضاربة تقبل التقييد
المفيد، ولو كان التقييد بعد العقد، ما لم يصر المال عروضاً، فإذا خالف في هذه
الأموال ضمن بمخالفته^(١).

(١) ر: الدر المختار ورد المحتار ٤/٤٨٦، نظرية الضمان للدكتور فوزي فيض الله: ٥٧.

الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات

هذه قاعدة المذهب الحنفي^(١)، ويتفق معه مذهب المالكية فيما عدا الصرف، والكراء^(٢)، ورواية في المذهب الحنبلي أيضا تقرر هذا الأصل^(٣).
 وذهب الشافعية^(٤)، والحنابلة - حسب المذهب المعتمد - إلى أنها تتعين بالتعيين.

ولكي يتبين المراد من القاعدة لا بد من عرض نصوص الفقهاء:

قال الإمام العلاء محمد بن عبد الحميد الأسمندي في (طريقة الخلاف):

- (الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات، وفسوخها وإن عينت؛ حتى لا يطالب المشتري بأداء تلك الدراهم، وله أن يمسكها، ويسلم غيرها، ولا يفسخ البيع بهلاكها قبل القبض)^(٥).

(١) ر: فتح القدير ٤٦٨/٥، والفتاوى الهندية ١٢/٣، حاشية ابن عابدين ٢٤٤/٤، ١٢٩/٤،

٢٧٢/٥، بدائع الصنائع ٢١٢/٥، ٧٨/٦، الفروق للكرائسي ١٠١/٢، المجلة م/٢٤٣.

(٢) الفروق للقرافي ٢٥٥/٣، المنتقى للباجي ٢٦٨/٤، ٩١، ٩٠/٥، الموسوعة ٢٧/٩.

(٣) انظر: فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٤٣/٢٩، الإفصاح لابن هبيرة ٣٣٧/١، شرح

الزركشي على مختصر الخرقي ٤٥٢/٣، كشف القناع ٢٧٠/٣، وقواعد ابن رجب ٤١٤.

(٤) الأشباه والنظائر للسبكي ٢٧٠/٢، المنشور في القواعد ١٦٠/٣.

(٥) طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف: ٣٥٤.

وجاء في (البدائع): إذا اشترى شيئاً بدراهم معينة (مشار إليها) ثم هلكت الدراهم قبل القبض: فإن العقد لا يبطل؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات... (١).

وذكر الحمزاوي في (الفرائد البهية) نقلاً عن الفتاوى الخانية:

قاعدة: (النقود عندنا لا تتعين بالتعيين... فإذا باعه سلعة بخمسة دراهم في يده، ثم أخرج له غيرها من جيبه جاز لما قلنا) (٢).

ومن جملة شرائط جواز بيع السلم أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين (فإن كان مما لا يتعين بالتعيين: كالدراهم، والدنانير لا يجوز السلم فيه؛ لأن المسلم فيه مبيع، لما روينا أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم، وسمى السلم بيعاً، فكان المسلم فيه مبيعاً، والمبيع مما يتعين بالتعيين، والدراهم، والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات فلم تكن مبيعة، فلا يجوز السلم فيها) (٣). أقول: ولأن السلم فيها مصارفة لم يتحقق فيها التقابض في المجلس.

وبناء على الاختلاف القائم في قبول هذا الأصل، أو عدم قبوله نجد الحنفية لا يتصورون في النقود وسائر الديون خيار رؤية؛ لأن العقد ينعقد على مثلها في الذمة لا على عينها، حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم، لصاحب الدينار أن يدفع غيره، وكذا لصاحب الدراهم، ويرى الفقهاء الذين ينازعون الحنفية في هذه

(١) بدائع الصنائع ٦/٧٦.

(٢) الفرائد البهية: ٤٢.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢١٢، ٥/١٨٦.

القاعدة أن الصرف صحيح مع خيار الرؤية، فإن هذا الخيار لا يمنع الملك فلا يمنع تمام القبض^(١).

ومن الملاحظ أن عدم تعيين النقود عند الحنفية، ومن تبعهم يقتصر على المعاوضات، ولذلك تتعين لدى جميع الفقهاء في الأمانات، والهبة، والصدقة، والشركة، والمضاربة، والغصب^(٢).

وهنا قد يرد الإشكال في تعيينها في الشركات، مع أن موضوعها لا يخرج عن المعاوضات، فقد أجاب الإمام الكاساني عن ذلك، وأزال الإشكال كما في النص الآتي من (البدائع):

- (إن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات، ويتعينان في الشركات...؛ لأنها جعلتا ثمنين شرعا، فلو تعينا في المعاوضات لانقلبا مثنين؛ إذ الثمن اسم لعين يقابلها عوض، فلو تعينت الدراهم والدنانير في المعاوضات لكان عينا يقابلها عوض فكان مثنيا، فلا يكون ثمنا وفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعين، وليس في تعيينها في باب الشركة تغيير حكم الشرع؛ لأنها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليها عوض)^(٣).

ويعني عدم تعيين النقود أن العقد ورد على الذمة لا على العين.

قال الإمام الباجي المالكي: (إن الدنانير والدراهم لا تتعين بالعقد، فإنه لا

(١) ر: فتح القدير ٢٥٨/٦، بدائع الصنائع ٢١٩/٥، والمدونة ١٨٩/٤، وتكملة المجموع للسبكي ٨/١٠، الموسوعة ٣٥٤/٢٦.

(٢) ر: رد المحتار ١٢٩/٤.

(٣) بدائع الصنائع ٧٨/٦.

يجوز بيعها جزافاً؛ لأن العقد إنما يتناول ما في الذمة، والجزاف لا يصلح أن يثبت في الذمة بعقد، وإنما يثبت منه المقدر بكيل، أو وزن، أو عدد^(١).

ومقتضى التعيين لدى القائلين به أن أعيان الدراهم والدنانير تملك بالعقد، وأن تعيينها يمنع استبدالها، ويمنع ثبوت مثلها في الذمة، وأنها إن خرجت مغصوبة بطل العقد^(٢).

قال الإمام السبكي بصدد عرضه هذا الأصل المختلف فيه: (وفائدة التعيين أنه ليس له أن يعطي غير ما عين في العقد، ومتى تلف قبل القبض انفسخ العقد، وإذا خرج مستحقاً بان بطلان العقد)^(٣).

وعرض الإمام البهوتي الأصل المعتمد عند الحنابلة في هذه القضية بضرب أمثلة:

- (الدراهم والدنانير تتعين في جميع عقود المعاوضات كبيع وصلاح بمعنى البيع بأن أقر له بدين، أو عين، وصالحه بدراهم، أو دنانير معينة، وكأجرة، وصداق، وعوض عتق، وخلع، وما صولح به عن دم عمد، أو غيره؛ لأن الدراهم والدنانير أحد العوضين، فتعينت بالتعيين كالعوض الآخر، فعلى هذا لا يصح، ولا يجوز للمشتري ونحوه إبدال الدراهم المعينة، أو الدنانير المعينة)^(٤).

(١) المنتقى ٤/٢٦٨.

(٢) ر: الإفصاح لابن هبيرة ١/٣٣٧.

(٣) الأشباه والنظائر ٢/٢٧٠.

(٤) كشف القناع ٣/٢٧٠.

وبعد استعراض النصوص ، والتأمل فيها يترجح القول بعدم تعيين النقود في المعاوزات المالية ؛ إذ التعيين لبيان المقدار وليس مقصودا بذاته^(١) . ولا يخفى ما في اعتبار هذا الأصل من دفع الحرج في التعامل ، وتسهيل مهمة النقد المسكوك التداولية .

وأختم البحث بذكر ما أورده الأستاذ الجليل مصطفى الزرقا في كتابه القيم (المدخل الفقهي) في هذا الموضوع ؛ لما فيه من إيضاح وتنوير لهذه القاعدة :

إذا كان الذهب والفضة مسكوكين دنانير ، أو دراهم كان لهما اعتبار آخر في نظر الفقهاء ، علاوة على أنهما يعتبران أثمانا بالخلقة ؛ ذلك أنهما يصبح لهما شيء من التجرد المالي يكونان به في العقود كأنهما ديون محضة ، فالعقد الذي يرد عليهما كأنما ورد على دين في الذمة لا على عين ؛ لأنهما عندئذ تمحضا للوساطة في التداول والمعاوضة .

وعن هذه النظرية قرر الفقهاء القاعدة القائلة :

إن الدنانير والدرهم لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضة (ر : المجلة م / ٢٤٣) .
وإيضاح ذلك أن الذهب والفضة إذا كانا معدنا غير مسكوك اعتبارا أثمانا في المعاوزات ، لكنهما كسائر المثليات يقبلان التعيين بالذات ، فمن اشترى سبيكة من ذهب ، أو فضة معينة بذاتها لا يجبر على استيفاء غيرها ، ولو مماثلا لها في مقدارها ومعيارها ، فيتعلق بها الحق العيني للمشتري .

(١) قال الإمام السرخسي في المبسوط ٩٣/١٥ ، باب الخيار من القسمة : (الدرهم والدنانير أثمان محضة ، ولا مقصود في عينها ، إنما المقصود الثمنية) .

وأما إذا كانا مسكوكين دنانير، أو دراهم، فاشترى شيئاً بدينار، أو درهم معين بذاته وأشار إليه أنه هو الثمن المعقود به، وتم العقد، فإنه لا يجبر على أدائه بعينه، بل له أن يدفع سواه من الدراهم، أو الدنانير المماثلة، فيعتبر العقد كأنها ورد على دينار، أو درهم مجرد مطلق عن التعيين.

وهذا التجريد مستمد من مهمة النقد المسكوك التداولية، فإن الغاية الاقتصادية للنقد المسكوك - وهي أنه وسيط بين الإنسان وحاجاته، وليس مقصوداً لذاته - تقتضي تساوي أفراد النوع الواحد منه في هذه الوساطة، ما دامت قيمتها متساوية.

فبين كون الذهب والفضة نقوداً مسكوكة، وكونها معادن فرق فقهي في قابلية التعيين وعدمها في المعاوضات، بناه فقهاؤنا على الهدف الاقتصادي العام الذي يبتغيه التشريع في المسكوكات النقدية^(١).

(١) المدخل الفقهي العام ٣/١٤١ - ١٤٢.

الديون إنما تقضى بأمثالها على سبيل التقاص، أما الأعيان فإنما تستوفى بذواتها^(١)

(وأيضاح ذلك: أن الدين في الذمة هو تكليف شاغل لها، وليس متعلقاً بهال معين للوفاء منه، فإذا وفي المدين دينه فليس معنى ذلك أن الدين الذي كان في ذمته قد سقط، بل حقيقة الوفاء أن المدين قد أصبح بالوفاء دائئاً لدائنه بمثل دينه^(٢)، فيقع التقاص وتمتنع المطالبة بينهما لعدم فائدته؛ إذ لو طالب أحدهما الآخر حق للآخر مطالبته بالمثل^(٣)).

فهي قاعدة كثيرة الدوران في نطاق استيفاء الديون، وتمثل ظاهرة المرونة في التشريع.

وقديما وجدنا الإمام السرخسي ينص على هذا الأصل في مواضع من (المبسوط)، ومنها ما ظهر في الفروع الآتية:

- (وكما لا يصح إقرار المريض بالدين لو ارثه، فكذلك إقراره باستيفاء دينه من

(١) ر: رد المحتار، وأخر فصل التصرف في المبيع والثمن، والخط منها، وفي أوائل باب الوكالة بالخصومة والقبض. المدخل الفقهي ١٧٦/٣.

(٢) وذلك نظير طريقة الحساب الجاري في المعاملات التجارية.

(٣) ر: رد المحتار، ١٣٨/٣، المدخل الفقهي العام ١٧٦/٣ وانظر: كشف القناع ٣/٣١٠.

وارثه، إلا في رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - فإنه فرق بينها فقال: الوارث لما عامله في الصحة فقد استحق براءة ذمته عند إقراره باستيفاء الدين منه، فلا يتغير ذلك الاستحقاق بمرضه.

وحجبتنا في ذلك أن إقراره بالاستيفاء في الحاصل إقرار بالدين؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فيجب للمدين على صاحب الدين عند القبض مثل ما كان له عليه، ثم يصير قصاصًا بدينه، فكان هذا بمنزلة الإقرار بالدين للوارث ليس بصحيح، فكذلك إقراره بالاستيفاء منه^(١).

- (إذا كان لرجل على رجل عشرة دراهم بيض وعشرة دراهم سود^(٢) فأقر الطالب أنه اقتضى منه درهمًا أبيض لا بل أسود، وادعى المطلوب أنه قد قضاه درهمين وأبى، ألزم الطالب الدرهم الأبيض فقط؛ لأن الإقرار بالاستيفاء بمنزلة الإقرار بالدين، فإن الديون تقضى بأمثالها، وقد بينا مثله في الإقرار بالدين أنه يلزمه أفضلها، فهذا مثله^(٣)).

وجاء في مسائل الكفالة بصدد التمييز بين كفالة بالنفس، وكفالة بالمال ما يلي:

- (الظاهر أن الإنسان لا يكفل إلا بنفس من يقدر على تسليمه ممن هو تحت يده أو يتقاد له في التسليم، خصوصًا إذا كفل بأمره، فإنه هو الذي أدخله في هذه الورطة، فعليه إخراجها بالانقياد له لتسليمه إلى خصمه، إلا أنه إذا كان كفل بالمال، والديون تقضى بأمثالها، وهو موجود في يد الكفيل فلا حاجة إلى إثبات الولاية له

(١) المبسوط ٣٢/١٨، وانظر: شرح الزيادات: ١٩١٤ - ١٩١٥.

(٢) الدراهم البيض: التي فيها الفضة الخالصة، والسود: ما خالطها الصفر والغش.

(٣) المبسوط ١٠٥/١٨.

في مال الأصيل، فيؤمر بالأداء من مال نفسه، ثم يؤمر بالرجوع عليه^(١).

ومنها: المديون إذا أقر لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ماله عليه، فإنه يؤمر بالدفع إليه؛ لأنه ليس فيه إقرار على الغير، بل الإقرار فيه على نفسه، ولأن الديون تقضى بأمثالها، والمثل ملك المقر، وللدائن أن يرجع على المديون إذا لم يعترف بالوكالة^(٢).

ومنها: الوكيل بقضاء الدين... مأمور بأن يجعل المؤدّي مضموناً على القابض على ما هو الأصل: أن الديون تقضى بأمثالها^(٣).

ولمزيد من الإيضاح أسوق هنا نصّاً من (المبسوط) يتناول مسألة خلافية بين الحنفية، والإمام ابن أبي ليلى في موضوع الديون، وتبين من خلالها حقيقة هذا الأصل، فهو كالآتي:

«وإذا كان لرجل على رجل مال، وللمطلوب على الطالب مثله فهو قصاص عندنا، وقال ابن أبي ليلى: لا يكون قصاصاً حتى يتراضيا به اعتباراً للدين الذي لكل واحد منهما في ذمة صاحبه بالعين التي لكل واحد منهما في يد صاحبه.

ولو كان لرجل في يد غيره مائة درهم، وللآخر في يده مثل ذلك لم يكن أحدهما قصاصاً بالآخر، وكان لكل واحد منهما أن يطالب صاحبه بملكه، فهذا مثله بل أولى، فإن مبادلة العين بالعين صحيح، ومبادلة الدين بالدين باطل، فلا يمكن أن

(١) المبسوط ١٩/١٦٣.

(٢) انظر: الهداية بشروحه ٧/٣٤٢ - ٣٤٣.

(٣) المبسوط ٢/٢١٠.

يجعل كل واحد منهما مستوفياً حقه بطريق المبادلة؛ لأنه مبادلة الدين بالدين، ولا يمكن أن يجعل مستوفياً باعتبار أنه عين حقه؛ لأن ما في ذمته حق غيره.

وحجتنا في ذلك: أن مطالبة كل واحد منهما صاحبه بدراهمه اشتغال بها لا يفيد؛ لأنه يستوفي من صاحبه، ويرد عليه من ساعته ما كان له قبّله، ولا يجوز الاشتغال بها لا يفيد.

وهذا بخلاف العين؛ لأن في الأعيان للناس أغراضاً، ولا يوجد مثل ذلك الغرض في الدين، فإن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، فلا فائدة لواحد منهما في مطالبة صاحبه هنا؛ لأن التفاوت في العينين^(١) متحقق في معنى من المعاني، ولا يتحقق التفاوت بين الدينين إذا استويا من كل وجه...^(٢).

ويتفق هذا التوجيه مع القاعدة القائلة بعدم تعيين النقود من الدنانير والدراهم وغيرها في عقود المعاوضات؛ إذ لا فائدة من التعيين في الأمثال بخلاف الأعيان.

ومن المسائل الخلافية المرتبطة بهذا الأصل أيضاً: أن الوكيل بقبض الدين يكون وكيلًا بالخصومة عند أبي حنيفة حتى لو أقيمت عليه البيّنة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده، أما عند الصحابين فلا يكون خصماً؛ لأن القبض غير الخصومة، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات، فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها، ولأبي حنيفة أن الموكل وكل الوكيل بتملك مثل الدين الذي على المديون؛ لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، وذلك مبادلة، والمأمور بالمبادلة

(١) في الأصل (المعينين) وهو تحريف عما أثبت.

(٢) كتاب المبسوط ١٤٩/٣٠ - ١٥٠، اختلاف أبي حنيفة، وابن أبي ليلى - رحمهما الله-.

يكون أصلاً في حقوق المبادلة، بخلاف الوكيل بقبض العين فإنه لا يكون وكيلاً بالخصومة بالاتفاق؛ لأنه أمين محض^(١)، والله أعلم.

ومن فروعها أيضاً- حسب اتجاه المذهب الحنفي - : أن الدراهم إذا كانت وديعة، أو غصبا بيد المضارب: جازت المضاربة بها، ولو كانت دينا على المضارب: لا تجوز، ولو أمر الغير أن يقبض الدين، ويعمل به مضاربة جاز بالإجماع، والفرق أن الدين باق على ملك المضارب فلا تصح المضاربة به؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فيشترط القبض؛ لثبوت الملك للدائن بخلاف الغصب والوديعة؛ لأنهما على ملك رب المال^(٢).

وقد ظهر تطبيق هذا الأصل في أجوبة الفتاوى المعروضة من القضايا المعاصرة، كما يتبدى من النصوص الآتية المذكورة في فتاوى بيت التمويل الكويتي:

(السؤال: تقدم إلينا عميل، وطلب تزويده بمواد بناء مختلفة الأنواع (بيع مرابحة)، وفي نفس الوقت طلب منا أن نقوم بدفع أجور مقاول البناء نقداً لحين الانتهاء من البناء، فهل يجوز شرعاً أن ندفع أجور البناء إلى ذلك المقاول نقداً، واعتبارها (بيع مرابحة) إضافة إلى بيع مرابحة مواد البناء؟

الجواب: رأت اللجنة أن السؤال في شقه الأول جائز لا غبار عليه، وهو بيع مواد البناء مرابحة . . . أما الشق الثاني من السؤال وهو: أن يدفع بيت التمويل

(١) انظر: الهداية بشروحها ١٠٩/٨ - ١١٢.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم بحاشيته «نزهة النواظر» لابن عابدين ص ٥٠٣.

الكويتي أجور مقاول البناء نقدًا، وإضافتها إلى بيع مرابحة مواد البناء فهذا غير جائز شرعًا؛ لأن الأجر أصبحت دينًا، والديون لا تقضى إلا بأمثالها، وإلا كان ربا^(١).

السؤال: هل يجوز ربط القرض الحسن عند السداد بقيمة شرائية معينة، أي: أن يربط بمؤشر التضخم على السلع الاستهلاكية؟

الجواب: إن القرض دين مضمون في الذمة بالمثل . . . ولا يعدل عن المثل إلى القيمة، إلا عند انقطاع المثل، فالعبرة في رد القرض بأداء مثل ما اقترض دون ربط بقيمة شيء آخر.

على أنه إذا كان القرض قد وقع على ذهب، أو فضة، أو مثلي: من المكيلات، أو الموزونات، فيكون ما يجب رده هو ما أقرضه من ذهب، أو فضة، أو مثلي مما سبق، بصرف النظر عن ارتفاع القيمة أو انخفاضها، وبدون هذا يفتح باب الربا^(٢).

وبمناسبة عرض هذه القاعدة ينبغي التنبيه إلى استناد بعض الفقهاء المعاصرين إليها في بحثهم عن مشكلة التضخم، والانكماش حين تغير سعر العملة؛ لتبرير عدم سواغية ربط الديون بقائمة الأسعار (price index)، والمقصود من ربط القروض، وسائر الديون بقائمة الأسعار، أن لا يرد المستقرض إلى المقرض مبلغ قرضه فحسب، بل يضيف إليه قدرًا زائدًا بنسبة الزيادة في قائمة الأسعار، فإن اقترض مثلاً ألف ريال،

(١) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية ٥٨/٢، برقم ١٧٧.

(٢) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية ٢٠٤/٢ - ٢٠٥ برقم ٢٨٠.

وازدادت قائمة الأسعار بنسبة العشرة في المائة عند الأداء ، فإنه يرد إلى المقرض ألفاً ومائة ريال .

ومحل الاستشهاد بهذه القاعدة هنا أن الديون تقضى بأمثالها ، والمراد من المثلية في الديون ، والقروض المثلية في المقدار ، والكمية دون القيمة المالية ، ومن ثم تعتبر الزيادة عليها من الربا المحرم شرعاً^(١) .

فهذا رأي سديد مبدئياً مبني على الاحتياط والنزاهة ، ولكن الواقع أن مشكلة التضخم والانكماش بحاجة إلى معالجة جديدة ، أحياناً ، بحيث تتفق مع قواعد العدل والإنصاف التي قررها التشريع الإسلامي الحكيم ، فمقتضاها أن ينظر في موضوع تغير سعر العملة بدقة ، فإذا كان فاحشاً حينئذ يجب أن يكون محل اعتبار في ضوء نظرية الظروف الطارئة القانونية المتفقة مع أصول الفقه الإسلامي من نظرية وضع الجوائح ، ونظرية رفع الضرر ، وغيرهما .

وحل المعضلة على هذا المبدأ المشار إليه آنفاً لا يتعارض مع قاعدة (الديون تقضى بأمثالها) ؛ إذ المثلية مفقودة ، أو معيبة على أقل تقدير بسبب التغير الفاحش ، فلا شك أن النظر إلى الكمية والمقدار هو الأصل ، ولكن يمكن العدول عنه حين الحاجة الشديدة إلى اعتبار القيمة لتحقيق التماثل المطلوب من باب الاستحسان ، والله أعلم .

(وهذه المشكلة في تفاقم متزايد منذ أن حلت العملة الورقية محل أصلها المعدني من الذهب والفضة - أي منذ أن حلت المطابع محل المناجم التي يستخرج منها

(١) انظر : أحكام الأوراق النقدية للقاضي محمد تقي العثماني ص ٣١ .

الذهب-وأصبحت العملة الورقية، التي ليس في مقابلها ضمان ذهبي محفوظ، في تضخم عدد، وهبوط في قيمتها، وقوتها الشرائية، وقد يصل هبوطها إلى ألف، أو آلاف في المائة مما لا يبقى معها لوفاء الدين القديم قيمة!! فيجب أن تعالج هذه المشكلة بتفقه واجتهاد حديث...^(١).

(١) هذه الكلمة الأخيرة للأستاذ الجليل مصطفى الزرقا كتبها حين اطلاعه على هذا الموضوع.

دليل الرضا كصريح الرضا

هذه القاعدة إحدى الأصول المنبثقة عن نظرية الرضا في العقود، ويشف منها مدى أهمية الرضا، وأثره في العقود في الأحكام المتعلقة بالعقود، وإن لم يظهر ذلك بصورة مكشوفة صريحة، ويمكن أن تعتبر فرعاً للقاعدة العامة المتداولة: (الثابت بالدلالة مثل الثابت بالصريح).

وقال الإمام السرخسي: (كل عيب وجدته المشتري في السلعة، فعرضها بعدما رآه على بيع... فذلك رضا منه بالعيب، وليس له أن يردّها، ولا يرجع بنقصان عيبها؛ لأنه يعرضها على البيع لحاجته إلى ثمنها، وذلك دليل الرضا منه، بسقوط حقه من الثمن المدفوع إلى البائع، ودليل الرضا كصريح الرضا)^(١).

ومن فروعها: (إذا اشترى الرجل أرضاً، فاستأجرها الشفيع منه، أو أخذها مزارعة، أو كان فيها نخيل، فأخذها معاملة بعد علمه بالشراء، أو ساوم بها، فقد بطلت شفيعته؛ لأن إقدامه على هذه التصرفات دليل الرضا بتقرر ملك المشتري فيها، (ودليل الرضا كصريح الرضا)^(٢).

وبناء على هذا الأصل يسقط الخيار في قسمة الدار المشترأة بين الرجلين، إن

(١) المبسوط ١٣/٩٨ - ٩٩، وانظر: التحرير للحصري ٧٦/٤ - ٧٧ «مخطوط».

(٢) المبسوط ١٤/١٣٨.

هدم أحدهما فيها شيئاً أو جصبها، أو طين فيها حائطا، أو زرع الأرض أو سقاها، أو غرس النخل؛ لأن كل ذلك يدل على الرضا بذلك المحل؛ لأنه تصرف لا يفعل عادة إلا في الملك، ومباشرته دليل الرضا بملكه في ذلك المحل، ودليل الرضا كصريح الرضا في سقوط الخيار به^(١).

وهناك فروع متعددة في البيوع عللت ووجهت بهذه القاعدة لدى الحنابلة أيضا، ومنها ما ورد في النصوص الآتية:

(فمن علم العيب، وأخر الرد به، لم يبطل خياره بالتأخير، إلا أن يوجد منه ما يدل على الرضا من تصرف في المبيع أو نحوه..؛ لأن دليل الرضا منزل منزلة التصريح به)^(٢).

إذا تصرف المشتري في المبيع ببيع، أو هبة، أو نحوها كوقف، والخيار له وحده نفذ تصرفه، وسقط خياره؛ لأن ذلك دليل رضاه وإمضائه للبيع، وكذلك تصرف بائع في الثمن إن كان له الخيار وحده^(٣).

لا يصح رهن المبيع في مدة الخيار إلا أن يرهنه المشتري، والحال أن الخيار له وحده، فيصح الرهن، ويبطل خياره؛ لأن تصرفه دليل رضائه بالبيع وإمضائه^(٤).

(١) ر: المبسوط ٤٠/١٥، ٤١، باب الخيار في القسمة.

(٢) كشف القناع عن متن الإقناع ٢٢٤/٣، وانظر: مطالب أولي النهى ١١٩/٣.

(٣) كشف القناع ٢٠٨/٣، وانظر: ٢٢٣/٣.

(٤) المصدر نفسه ٣٢٨/٣.

العبرة في المعاملات بما في نفس الأمر ، لا بما في ظن المكلف

هذه القاعدة كثيرة الدوران في كتب المذهب الحنبلي ، وهي تنص على تصحيح تصرفات المكلف في مجال العقود بالنظر إلى المآل و حقيقة الأمر ، بغض النظر عن ظن المكلف ، فإذا تصرف الإنسان في شيء يظنه يملك التصرف فيه بملك ، أو توكيل ، ثم بعد التصرف تبين أنه لا يملك ذلك التصرف لم ينعقد العقد ، وإن كان الأمر بالعكس ، بأن ظن أنه لا يملك التصرف ، ثم بان أنه يملكه صح التصرف ؛ لأن المنظور إليه في المعاملات : ما يظهر من التصرفات بخلاف العبادات^(١) .

ومن الفروع التي وردت معللة ومقرونة بهذا الأصل ما جاء في النصوص الآتية :

(من شروط المبيع أن يكون المبيع مملوكا لبائعه وقت العقد ، وكذا الثمن ملكا تاما . . . أو أن يكون مأذونا له في بيعه وقت إيجاب وقبول . . . ولو لم يعلم المالك أن المبيع ملكه ، بأن ظنه - أي ظن البائع المبيع لغيره - فبان أنه قد ورثه ، أو لم يعلم المأذون له الإذن : بأن ظن عدم الإذن ، فتبين أنه قد وكل فيه . . . صح البيع فيهما ؛ لأن الاعتبار في المعاملات بما في نفس الأمر ، لا بما في ظن المكلف)^(٢) .

(١) انظر : القواعد والأصول الجامعة للسعدي : ١٠٦ ، القاعدة الرابعة والخمسون .

(٢) كشف القناع ٣/١٥٧ ، و راجع : حاشية الروض المربع ٤/٣٤٠ - ٣٤٣ .

(لو تبرع من لم يعلم رشده، وهو تحت الحجر، فقامت بينة برشده وقت التبرع نفذ تبرعه، وكذلك سائر عقودها؛ لأن العبرة في العقود بما في نفس الأمر)^(١).

(وإن رهن عينا يظنه لغيره، نحو أن يرهن عبد أبيه، فيتبين أن أباه قد مات، وصار العبد ملكه بالميراث، أو كان أذن له صح الرهن؛ إذ العبرة في المعاملات بما في نفس الأمر)^(٢).

ويصح قبول الوكالة بكل قول، أو فعل من الوكيل يدل على القبول؛ لأن وكلاء النبي ﷺ لم ينقل عنهم سوى امتثال أوامره، ولأنه أذن في التصرف، فجاز قبوله بالفعل، كأكل الطعام، ولو لم يعلم الوكيل بالوكالة له، مثل أن وكله في بيع داره ولم يعلم الوكيل، لكنه باعها من عند نفسه نفذ بيعه؛ لأن الاعتبار في العقود بما في نفس الأمر)^(٣).

(١) كشف القناع ٤٤٦/٣.

(٢) كشف القناع ٣٢٨/٣.

(٣) ر: المصدر نفسه ٤٦١/٣ - ٤٦٢، وانظر: مطالب أولى النهى ٤٣١/٣.

العقد إذا دخله فساد قوي مجمع عليه أوجب فساده شاع في الكل^(١)

أو: الفساد إذا صدق على بعض الصفقة نقض جميعها^(٢)

هذه القاعدة أوردها الإمام أبوزيد الدبوسي، واعتبرها أصلاً من أصول الإمام أبي حنيفة، وهو المعتمد في المذهب المالكي، كما تفيد عبارة العلامة الونشريسي، ويبدو من الأمثلة المقرونة بها في كتب المذهب الحنفي أنها قاعدة مختلف فيها بين الإمام وصاحبيه، ويدور حولها موضوع تفريق الصفقة في المبادلات المالية، وهو عبارة عن اشتغال العقد على ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه صفقة واحدة، فيكون في شق منه صحيحاً وفي الشق الآخر باطلاً.

فمن قال بشيوع الفساد وسريانه في سائر أجزاء المعقود عليه أعمل هذا الأصل، وحكم بفساد الصفقة كلها، ومن نظر إلى مشتملات العقد وهي قابلة للتمييز والإفراز لم يقل بفساد الكل، بل حكم بصحة ما يمكن تصحيحه.

والأصل عند الحنفية اقتصار الفساد على قدر المفسد، فالصفقة إذا اشتملت على الصحيح والفساد يقتصر الفساد فيه على قدر المفسد، ويصح في الباقي، وهذا

(١) تأسيس النظر: ٢٦.

(٢) المعيار للونشريسي ٤٥٧/٦.

متفق عليه بين فقهاء الحنفية إذا كان الفساد طارئاً .

وقد ورد في صور بيع العينة : ما لو باع شيئاً بعشرة ولم يقبض الثمن ، ثم اشتراه بخمسة لم يجز ، أما إذا اشترى ذلك الشيء مضموماً إليه غيره فيصح - في الشق الجديد .

... أما إذا كان الفساد مقارناً ، فكذلك الحكم عند أبي يوسف ومحمد ؛ لأنها لا يفرقان بين الفساد الطارئ ، والفساد المقارن .

وقال أبو حنيفة : « متى فسد العقد في البعض بمفسد مقارن يفسد في الكل »^(١) ؛ لأنه إذا كان الفساد مقارناً يصير قبول العقد في الفاسد شرط قبول العقد في الآخر ، وهذا شرط فاسد ، فيؤثر في الكل ، ولم يوجد هذا المعنى في الفساد الطارئ ، فاقصر الفساد فيه على قدر المفسد .

وعلى ذلك إذا اشترى ديناراً بعشرة دراهم نسيئة ، ثم نقد بعض العشرة دون البعض في المجلس فسد الكل عند أبي حنيفة ؛ لأن الفساد مقارن للعقد ، فيؤثر في فساد الكل ، وعندهما يصح بقدر ما قبض ويفسد في الباقي ، بناء على اقتصار الفساد على قدر المفسد^(٢) .

وهكذا إذا جمع العقد بين العصير والخمر ، أو بين المذكاة والميتة ، وبيع ذلك صفقة ، فالصفقة كلها باطلة ، وهذا عند الحنفية - مسaire مع قول الإمام - والمالكية - عدا ابن القصار منهم - وهو أحد قولي الشافعية ، وزعم الإسنوي في كتاب

(١) ر: حاشية ابن عابدين ٦/٥ ، الموسوعة ١٠٣/٩ - ١٠٤ .

(٢) البدائع ٥/٢١٧ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، والفتح والعناية على الهداية ٦/٧٣ ، الموسوعة ٩/١٠٤ .

(المهات) أنه المذهب، وهو رواية عن الإمام أحمد، وذلك لأنه متى بطل العقد في البعض بطل في الكل؛ لأن الصفقة غير متجزئة، أو لتغليب الحرام على الحلال عند اجتماعهما، أو لجهالة الثمن.

والقول الأظهر للشافعية، والرواية الثانية عن الإمام أحمد، وهو قول ابن القصار من المالكية: إنه يجوز تجزئة الصفقة، فيصح البيع فيما يجوز، ويبطل فيما لا يجوز؛ لأن الإبطال في الكل لبطلان أحدهما ليس بأولى من تصحيح الكل لصحة أحدهما، فيبقيان على حكمهما، يصحّ فيما يجوز، ويبطل فيما لا يجوز.

وقال أبو يوسف ومحمد: «إن عين ابتداء لكل شق حصته من الثمن، فعند ذلك تعتبر الصفقة صفتين مستقلتين تجوز فيهما التجزئة، فتصح واحدة، وتبطل الأخرى»^(١) وهي بعض صور موضوع تفريق الصفقة.

وهنا لا بأس أن أسجل أمثلة عرضها الإمام الدبوسي تطبيقاً على هذه القاعدة لمزيد من التوثيق للموضوع:

- إذا أسلم الرجل حنطة في شعير وزيت لم يجز عند الإمام أبي حنيفة هذا السلم في الكل؛ لأن فساد سلم الحنطة في الشعير قوي مجمع عليه، فشاع في الكل، وعند الصاحبين يجوز في حصة الزيت^(٢).

- إذا اشترى الرجل حلياً فيه جوهر، يمكن امتيازته من غير ضرر، بدينار

(١) الموسوعة ٥٨/٩ - ٥٩، ر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١١٣ - ١١٤، والبداية ١٤٥/٥، وابن عابدين ١٠٤/٤، وجواهر الإكليل ٦/٢، والقوانين الفقهية: ١٧٢، المشور في القواعد ٣٨٣/١، وروضة الطالبين ٤٢٠/٣، المغني ٢٦١/٤.

(٢) تأسيس النظر: ٢٦.

نسيئة، فالعقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة، وعندهما جاز في حصة الجوهر^(١).
إذا اشترى عشرة أفقزة من الحنطة، وعشرة من الغنم، كل قفيز وكل شاة
بعشرة، فوجد الغنم تسعا - لم يجز البيع في الكل عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز في
تسعة أفقزة، وتسعة من الغنم^(٢).

ويخلص من هذه القاعدة وتفريعاتها أن اتجاه القائلين بها ينصبّ على تصحيح
العقود بالقدر الممكن بعد اجتناب العنصر المفسد لها، والله أعلم.

(١) تأسيس النظر: ٢٧.

(٢) المصدر نفسه: ٢٨.

العقد الباطل لا يقبل الإجازة

العقد الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة، فليس له وجود شرعي اعتباري، ومن ثم فهو عدم، والعدم لا ينتج أثرًا^(١).

وهو منقوض من أساسه، ولا يحتاج لحكم حاكم لنقضه، ولا تلحقه الإجازة؛ لأنه غير منعقد أصلاً فهو معدوم، والإجازة لا تلحق المعدوم؛ لأنه متلاش^(٢).

ولا يملك بالعقد الباطل ما يملك بغيره، وإذا حدث فيه تسليم يجب الرد، ففي البيع الباطل لا ينتقل الملك بالقبض، ولذا يجب الرد.

وبناء على هذا الأصل لا يملك المصالح ما صالح به في الصلح الباطل، ويرجع الدافع بما دفع.

ولا يملك المرتهن حبس المرهون في الرهن الباطل.

ولا يملك الموهوب له الهبة في الهبة الباطلة^(٣).

(١) ر: بدائع الصنائع ٣٠٥/٥، وابن عابدين ٢٨/٥، وحاشية الدسوقي ٥٤/٣، ومنتهى الإيرادات ١٩٠/٢، الموسوعة ١٩٩/٨.

(٢) ر: ابن عابدين ٧/٤، والبدائع ١٧٧/٤، ومنح الجليل ٥٧٢/٢، وكشاف القناع ٣/١٥٧، وقلوبي ١٦٠/٢، الموسوعة ١١٩/٨.

(٣) الموسوعة ١١٩/٨.

وعلى هذا قرر الفقهاء أن العقد إذا بطل لعدم أهلية العاقد، كما لو باع المجنون، أو وهب الصغير شيئاً من ماله، ثم عقل المجنون، أو بلغ الصغير، فأجاز العقد لا يجوز؛ لأنه صدر باطلاً، فلا يقبل الإجازة، فعليه - إن شاء - أن يجدد إنشاءه.

وكذلك لو تبرع من مال الصغير وليه، أو وصيته، أو باعاً شيئاً من ماله بغبن فاحش، ثم بلغ الصبي فأجازه وأمضاه، فإنه لا يمضي؛ لأنه صدر من أصله باطلاً، وإن أراد نفاذه فعليه تجديد عقده.

وعلى هذا أيضاً لو باع فضولي، أو اشترى لغيره كان عقده موقوفاً على الإجازة كما هو مذهب الحنفية وآخرين، فلو رفض ذلك الغير العقد عندما بلغه، ثم عاد فأجازه لا يعود منعقداً؛ لأنه قد بطل بالرفض السابق، فلم يعد يقبل الإجازة بل يجب إنشاؤه من جديد إن أريد.

ونظيره ما لو أوجب أحد المتعاقدين العقد، فرفض الآخر، ثم عاد فقبل، فإن العقد لا ينعقد؛ لأن الإيجاب بطل بالرفض، فلم يعد يلحقه قبول، بل يعتبر القبول إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول^(١).

ومن المواد المقررة في (مشروع القانون العربي الموحد): (القبول بعد بطلان الإيجاب لا ينعقد به العقد، ولكنه يعتبر إيجاباً جديداً)^(٢).

(١) المدخل الفقهي العام ٢/٦٦٥، ٦٦٦ - ٦٦٧.

(٢) من المادة ١٥٣، الفعل الضار والضمان فيه للأستاذ الزرقا ص/٢٠٤.

فاسد العقود كصحيحها في الضمان وعدمه^(١)

هذه قاعدة مهمة تتناول حكم العقود المالية عند فسادها من ناحية الضمان وعدمه، والمراد منها: أن العقد الفاسد يقاس على العقد الصحيح في هذا الباب، فإذا كان الصحيح يتطلب وجوب الضمان فالفاسد يتطلب الضمان، وإذا كان الصحيح لا يستوجب فالفاسد لا يستوجه أيضًا، وقد تعرض لها فقهاء المذاهب الأربعة في أبواب البيوع، وهنا أسوق نصوصاً جرى فيها إعمال هذا الأصل؛ لكي تتضح معالم الموضوع:

يقول الإمام السرخسي - رحمه الله - : (العقد الفاسد معتبر في الجائز؛ لأن الفاسد لا يمكن أن يجعل أصلاً في معرفة حكمه، فإن الشرع لا يرد بالفاسد)^(٢)، وربما عبر عنها بقوله: (الفاسد في الحكم ملحق بالجائز)^(٣)، أو (الفاسد معتبر بالصحيح)^(٤).

وقال العلامة ابن نجيم بصدده بحثه عن موضوع الدين تحت عنوان «فرع» ما

يلي:

(١) كشف القناع ٢٦٨/٣.

(٢) المبسوط ٧٥/١١.

(٣) المصدر نفسه ١٢/٧، ١٧٦/٤، ١٨٣.

(٤) المصدر نفسه ٥٦/٢٤.

حدث في الأعصار القريبة وقف كتب، اشترط الواقف ألا تغار إلا برهن، أو لا تخرج من مكان تحييسها إلا برهن، أو لا تخرج أصلا، والذي أقول في هذا: إن الرهن لا يصح بها، لا لأنها غير مضمونة في يد الموقوف عليه، ولا يقال لها: عارية أيضا، بل الآخذ لها إن كان من أهل الوقف استحق الانتفاع، ويده عليها يد أمانة، فشرط أخذ الرهن عليها فاسد، وإن أعطاه كان رهنا فاسدا، ويكون في يد خازن الكتب أمانة؛ لأن فاسد العقود في الضمان كصحيحها، والرهن أمانة. هذا إذا أريد الرهن الشرعي، وإن أريد مدلوله لغة وأن يكون تذكرة فيصح الشرط؛ لأنه غرض صحيح^(١).

وذكر الإمام أبو الوليد بن رشد -الجد- في (البيان) من مسائل الجعالة: (أن الجعل لما جوزته السنة صار أصلا بنفسه، فوجب أن يرد فاسده إلى صحيحه قياسا على سائر العقود الجائزة من البيع والإجارة)^(٢).

وأوردها الإمام الباجي بالصيغة الآتية:

(كل عقد إنما يرد فاسده إلى مقتضى صحيحه)^(٣).

وقد نص عليها الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي في مواطن كثيرة، ومناسبات مختلفة في (الحاوي). يقول عند عرض مسألة من «اللعان»:

(إن أصول الشرع مستقرة على أن أحكام العقود الفاسدة معتبرة بأحكامها في الصحة)^(٤).

(١) الأشباه والنظائر: ٤٢١ - ٤٢٢.

(٢) البيان والتحصيل ٤٢٨/٨.

(٣) المنتقى للباجي ١٨٣/٤.

(٤) الحاوي الكبير ٤٢/١١.

وقال عند بيان فساد (المساقاة) حين توجيه بعض الآراء :

(وقال أبو العباس بن سريج : « له - أي للعامل - أجره مثله ؛ لأنها مساقاة فاسدة ، والعقد الفاسد في وجوب العوض على حكم الصحيح ، وإن شرط فيه إسقاط البدل »)^(١) .

وجاء في (المنثور) للإمام الزركشي ما يوضح مراد القاعدة مع تمييز كيفية الضمان بين حالتي الصحة والفساد ، كما يتبين من النص الآتي :

(فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه ، ومعنى ذلك أن ما اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم : كالبيع ، والقرض ، والعمل في القراض ، والإجارة ، والعارية ، فيقتضي فاسده أيضا الضمان ؛ لأنه أولى بذلك ، وما لا يقتضي صحيحه الضمان بعد التسليم : كالرهن ، والعين المستأجرة ، والأمانات : كالوديعة ، والتبرع : كالهبة ، والصدقة لا يقتضيه فاسده أيضا .

... وليس المراد بهذه القاعدة أن كل حال ضمن فيها العقد الصحيح ضمن في مثلها الفاسد ، فإن البيع الصحيح لا يجب فيه ضمان المنفعة ، وإنما يضمن العين بالثمن ، والمقبوض بالبيع الفاسد يجب فيه ضمان المثل للمدة التي كان في يده ، سواء استوفى المنفعة أم تلفت تحت يده . . .)^(٢) .

ومن الجدير بالذكر أن هذه القاعدة تفارح جملة في مصادر المذهب الحنبلي ،

(١) الحاوي الكبير ٧ / ٣٨٠ ، ٧ / ١٢٤ ، ٣١٥ ، ٥٤٢ ، ١٥ / ١٩١ .

(٢) المنثور في القواعد ٣ / ٨ - ٩ ، الأشباه والنظائر للسبكي ١ / ٣٠٧ ، والأشباه والنظائر للسيوطي : ٤٧٤ - ٤٧٥ ، والاعتناء للبكري ١ / ٥٠٩ ، ومنهاج النووي مع السراج الوهاج : ٢١٨ .

ولاسيما في فتاوى الإمام ابن تيمية ، فقد تطرق شيخ الإسلام إلى بيان هذا الأصل وتطبيقه في مناسبات تتعلق بالمعاوضات ، مع ملاحظة أنه يرى في حالات الفساد وجوب نصيب المثل لا أجره المثل كما يتبين من النصوص التالية :

يقول أثناء الكلام عن المشاركة :

- (الصحيح من قولي العلماء : أن هذه المشاركات إذا فسدت وجب نصيب المثل لا أجره المثل ، فيجب من الربح ، أو النماء : إما ثلثه ، وإما نصفه كما جرت العادة في مثل ذلك ، ولا يجب أجره مقدرة ، فإن ذلك قد يستغرق المال وأضعافه ، وإنما يجب في الفاسد من العقود نظير ما يجب في الصحيح ، والواجب في الصحيح ليس هو أجره مساهة ، بل جزء شائع من الربح مسمى ، فيجب في الفاسدة نظير ذلك) ^(١) .

وقال بصدده عرضه مسألة تتعلق بإجارة الأرض :

- (ما ضمن بالقبض في العقد الصحيح ضمن بالقبض في العقد الفاسد ، كما لو قبض المبيع قبضا فاسدا ، فإن عليه ضمانه) ^(٢) .

ونص عليها حين تعرضه لموضوع وضع الجوائح ، وبيان نزاع الأئمة فيه ، بالصيغة الآتية :

- (ما ضمن في الصحيح ضمن في الفاسد ، وما لا يضمن في الصحيح لا يضمن في الفاسد) ^(٣) .

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٨/٨٤ - ٨٥ ، وانظر : الطرق الحكمية لابن القيم : ٢١١ .

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٠/٢٤٨ ، ٣٠/٢٨٦ .

(٣) المصدر نفسه ٣٠/٢٧٤ .

ومن صياغاتها الشائعة في كتب الحنابلة ما أورده الإمام ابن قدامة في النص التالي:

(المقبوض في عقد فاسد كالمقبوض في العقد الصحيح فيما يرجع إلى الضمان وعدمه)^(١).

ومما يدل على أهميتها وتغلغلها في هذا المذهب أن الإمام ابن مفلح ذكرها في ختام الفصل المتعلق ببيان الشروط في الشركة تحت عنوان (تنبيه) إذ يقول:

- (تنبيه: كل عقد فاسد من أمانة، وتبرع بمضاربة، وشركة، ووكالة، ووديعة كصحيح في الضمان، وعدمه، وكل عقد لازم يجب الضمان في صحيحه يجب في فاسده: كبيع، وإجارة، ونكاح)^(٢).

وهناك نصوص كثيرة معللة بهذا الأصل في مصنفات المذهب الحنبلي، أورد طرفاً منها:

(لا ضمان على المضارب فيما يتلف بغير تعديه وتفريطه؛ لأن ما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده، وما لم يكن مضموناً في صحيحه لم يضمن في فاسده... ولأن المضاربة إذا فسدت صارت إجارة، والأجير لا يضمن سكنى ما تلف بغير تعديه ولا فعله، فكذا هاهنا)^(٣).

ومنها: (إذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمانه؛ لأنه قبضه بحكم

(١) ر: المغني لابن قدامة ٥٤/٤، وانظر: المبدع ١٥٧/٤، وقواعد ابن رجب: ٦٧.

(٢) المبدع ١٧/٥.

(٣) انظر: المغني ٧٣/٥، وانظر: كشف القناع ٥١٢/٣.

أنه رهن، وكل عقد كان صحيحه غير مضمون أو مضمونا ففاسده كذلك، فإن كان مؤقتا، أو شرط أنه يصير للمرتهن بعد انقضاء مدته صار بعد ذلك مضمونا؛ لأنه مقبوض بحكم بيع فاسد، وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان^(١).

- (وقال أحمد في رجل وكل وكيفا في اقتضاء دينه وغاب، فأخذ الوكيل به رهنا، فتلف الرهن في يد الوكيل، فقال: «أساء الوكيل في أخذ الرهن، ولا ضمان عليه»، وإنما لم يضمته؛ لأنه رهن فاسد، والقبض في العقد الفاسد كالقبض في الصحيح، فما كان القبض في صحيحه مضمونا كان مضمونا في فاسده، وما كان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده)^(٢).

ومن مسائل الرهن أيضا:

- (وإن قال الغريم: رهنتك عبدي هذا على أن تزيد لي في الأجل بأن كان الدين مؤجلا إلى رجب، ورهنه على أن يمدّه إلى رمضان مثلا، كان الرهن باطلا؛ لأن الأجل لا يثبت في الدين إلا أن يكون مشروطا في عقد وجب به، وإذا لم يثبت الأجل فسد الرهن؛ لأنه في مقابله، وإذا فسد الرهن وقبضه المرتهن، فلا ضمان عليه إن تلف بيده؛ لما ذكره من أن فاسد العقود كصحيحها في الضمان وعدمه، والرهن الصحيح غير مضمون، ففاسده كذلك)^(٣).

وختاما يجدر التنبيه إلى أن جمهور الفقهاء - غير الحنفية - لا يفرقون بوجه عام

(١) المغني ٤/٤٢٥.

(٢) المصدر نفسه ٥/١١٢.

(٣) كشف القناع ٣/٣٥١.

بين مصطلحي الباطل والفاقد، إلا أنه بالنسبة لبعض الأحكام نجدهم يميزون بينهما، وهذا ما يلاحظ أيضا عند إنعام النظر في مدلول هذه القاعدة، والفروع المنوطة بها، والله أعلم.

كل ما كان أمانة لا يزول عن حكمه بشرط ضمانه، وما
كان مضمونا لا يزول عن حكمه بالشرط^(١)

هذه القاعدة إحدى القواعد المنوطة بموضوع الشروط، ومفادها عدم صحة الشرط الذي يتنافى مع طبيعة العقد، ويفضي إلى قلب مقتضى العقد من حكم الضمان إلى حكم الأمانة، أو بالعكس.

وقد صرح بها فقهاء الحنابلة في مناسبات مختلفة من أبواب البيوع، على الرغم من توسعهم في تسويغ الشروط الجعلية أكثر من غيرهم، اللهم إلا في رواية عن الإمام أحمد ففيها ما يرشد إلى جواز مخالفة هذا الأصل بالشرط كما سيأتي، وهنا أتناول نبذة من النصوص الفقهية الناطقة بهذه القاعدة: يقول قاضيخان: (شرط الضمان في الأمانة باطل، كما في الودائع، والعواري، ورأس مال الشركة، والمضاربة؛ فإنها لا تصير مضمونة بالضمان)^(٢).

قال الإمام الخطابي: (الشيء إذا كان حكمه في الأصل على الأمانة، فإن الشرط لا يغيره عن حكم أصله)^(٣).

(١) ر: كشف القناع ٧١/٤، والمبدع لابن مفلح ١٤٥/٥.

(٢) شرح الزيادات: ١٦١٦.

(٣) معالم السنن ١٩٨/٥.

وانطلاقاً من هذا المبدأ: (اتفقوا على أنه إذا أودعه على شرط الضمان، فإنه لا يضمن، والشرط باطل)^(١).

وجاء في (إيضاح المسالك) للعلامة الونشريسي: (نص الفقهاء - رضي الله عنهم - على أن التزام ما يخالف سنة العقود شرعاً - من ضمان أو عدمه - ساقط على المشهور، كالوديعة على الضمان . . .)^(٢).

وتعرض الإمام ابن قدامة لهذه القاعدة في مواضع كثيرة من (المغني) و(الكافي) ومنها ما يتبين في النصوص التالية:

- (إن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط، كالمقبوض يبيع صحيح أو فاسد، وما اقتضى الأمانة فكذلك: كالوديعة، والشركة، والمضاربة . . .)^(٣).

- (ما يضمن لا ينتفي بالشرط)^(٤).

- (لا يصح ضمان الأمانات)^(٥).

ولمزيد من إيضاح التطبيق على هذا الأصل أورد هنا مسألة متفرعة عنها من مسائل الإجارة:

قال الإمام ابن قدامة: (فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد؛ لأنه يناهض مقتضى العقد).

(١) الإفصاح لابن هبيرة ٢/٢٧.

(٢) إيضاح المسالك: ١٠٧، قاعدة: ٧٩.

(٣) المغني ٥/٢٢٢.

(٤) الكافي ٢/٣٨٢.

(٥) المصدر نفسه ٢/٢٣٠، وانظر: المبدع ٤/٢٥٦، ٥/٢٣٣ - ٢٣٤.

وهل تفسد الإجارة به؟ فيه وجهان، بناء على الشروط الفاسدة في البيع، وقال أحمد فيما إذا شرط ضمان العين: الكراء والضمان مكروه، وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر، قال: لا يصلح الكراء بالضمان.

وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون: «لا تكتري بضمان»، إلا أنه من شرط على كَرِيٍّ أنه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط، فتعدى ذلك فتلغ شيء مما حمل في ذلك التعدي فهو ضامن، فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه، وإن شرطه لم يصح الشرط؛ لأن ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضمونا، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه.

وعن أحمد أنه سئل عن ذلك، فقال: «المسلمون على شروطهم». وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه لقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»^(١).

وهكذا نلاحظ تطبيق هذه القاعدة واختلاف الإمام أحمد مع الجمهور حسب رواية عنه في مسألة من كتاب العارية أيضا، ومن الجدير بالذكر أن الإمام ابن القيم ساقها في زمرة الحيل المباحة وأمثلتها إذ يقول:

(المثال الثلاثون: اختلف الناس في العارية: هل توجب الضمان. إذا لم يفرط المستعير؟ على أربعة أقوال:

أحدها: توجب الضمان مطلقا، وهو قول الشافعي، وأحمد في المشهور عنه.

(١) المغني ٥/٥٣٦. جاء في «مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه - رواية الكونج - ص ٤٩٢»: «قال سفيان: كل شيء أصله ضمان فاشترط أن ليس عليه ضمان، فهو ضامن. قال أحمد: إذا اشترط له فالمسلمون عند شروطهم».

الثاني: لا توجب الضمان، ويد المستعير يد أمانة، وهو قول أبي حنيفة.

الثالث: أنه إن كان التلف بأمر ظاهر: كالحريق، وأخذ السيل، وموت الحيوان، وخراب الدار لم يضمن، وإن كان بأمر لا يطلع عليه: كدعوى سرقة الجوهرة، والمنديل، والسكين، ونحو ذلك ضمن، وهو قول مالك.

الرابع: أنه إذا شرط نفي ضمانها لم يضمن، وإن أطلق ضمن، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد، والقول بعدم الضمان قوي متجه، وإن كنا لا نقبل قوله في دعوى التلف؛ لأنه ليس بأمينه، لكن إذا صدقه المالك في التلف بأمر لا ينسب فيه إلى تفريط فعدم التضمن أقوى، فالحيلة في سقوط الضمان أن يشترط نفيه... (١).

فأنت ترى من هذا أن مسئوليات العاقدين الأساسية الناشئة عن طبيعة العقد يتقبل الاجتهاد الحنبلي انقلابها بالشرط (٢).

وهذا إذا أخذت تلك الرواية بالاعتبار، وانتصر لها كما هو اتجاه الإمام ابن القيم أيضا.

أما المذهب المعول عليه فهو كما تبين لا يرى مثل هذا الشرط سائغا، وبذلك يدخل في عداد الشروط المنهي عنها؛ لمنافاته مع مقتضى العقد، ولذلك نجد

(١) إعلام الموقعين ٣/٣٦٢، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٤/٣٦٦ - ٣٦٧، المبدع ١٤٥/٥.

(٢) المدخل الفقهي ١/٤٨٥.

العلامة البهوتي يعتمد هذه القاعدة، ويضبطها بوضوح كما في النص الآتي:

(كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع، فالشرط فاسد، وإن كانت العارية مثلية وتلفت، فضمانها بمثلها؛ لأنه أقرب إلى العارية من القيمة، وكل ما كان أمانة لا يزول عن حكمه بشرط ضمانه كالوديعة والرهن، أو كان مضمونا لا يزول عن حكمه بالشرط؛ لأن شرط خلاف مقتضى العقد فاسد)^(١).

وبناء على هذا الأصل لا يجوز تعليق نفاذ البيع على شرط عدم تحمل المشتري أي عطب، أو عيب يحدث بعد إبرام العقد؛ لأن مثل هذا التعليق يعبر عن شرط نفي ضمان العقد (إن السلعة من حين تدخل في ملك المشتري، ثم يحدث فيها عيب، فإن العيب على المشتري شرط، أو لم يشترط بالاتفاق، وليس له إلا رد العيب الموجود قبل الشراء إذا كان مجهله)^(٢).

وهذا يتمشى مع القاعدة المقررة المؤصلة لدى جماهير الفقهاء، ولكن رواية الإمام أحمد - حسب التفصيل السابق - لا تخلو من وجهة؛ لاستنادها إلى الحديث، ويمكن أن تكون محل تقدير في مجال الشروط في قضايا معينة تشتد الحاجة فيها إلى مثل ذلك، والله أعلم.

(١) كشف القناع ٧٠/٤ - ٧١، وانظر: ١٦٨/٤.

(٢) الإرشاد إلى معرفة الأحكام للسعدي: ٤٩٤، المجلد الثاني، ضمن المجموعة الكاملة.

ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده صح استثنائه منه^(١)

تقرر هذه القاعدة حكم الاستثناء من المبيع وتضبط فروعه المشتتة، وعلق عليها الإمام ابن عابدين بقوله: (هذه قاعدة مذكورة في عامة المعترات مفرع عليها مسائل)^(٢).

وهي مستوحاة مما ورد في الحديث الصحيح، أن النبي ﷺ: «نهى عن الشئيا إلا أن تعلم»^(٣).

ومعنى الشئيا: الاستثناء، وهي في البيع: أن يبيع شيئاً ويستثنى بعضه، فإن كان المستثنى معلوماً: كشجرة معينة بيعت من مجموع شجر بيع - صح البيع، وإن كان مجهولاً: كبعض الأشجار غير معينة - لم يصح^(٤).

وأشار الشافعية أيضاً إلى هذه القاعدة، وكذا الحنابلة، وسأها صاحب (الشرح الكبير) ضابطاً، فقال: (وضابط هذا الباب أنه لا يصح

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٤/٤٠، وانظر: تبين الحقائق ٤/١٣، والموسوعة ٢٠٣/٩، والمغني لابن قدامة ٤/١١٥.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/٤٠.

(٣) سبق تحريجه.

(٤) انظر: نيل الأوطار ٩/٢٠٣.

استثناء ما لا يصح بيعه منفردا^(١).

وجاء في (كشاف القناع): (ما لا يصح بيعه منفردا لا يصح استثناءه إلا رأس مأكول، وجلده، وأطرافه)^(٢).

وعلى ذلك لا يجوز استثناء الحمل من بيع الدابة؛ لأنه لا يجوز إفراده بالبيع فكذا استثناءه، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلا فيما نقل عن الإمام أحمد بصحة استثناءه، وبه قال الحسن والنخعي وإسحاق وأبو ثور...

وهكذا كل مجهول لا يجوز استثناءه كاستثناء شاة غير معينة من القطيع.

ولا يجوز بيع البستان واستثناء شجرة أو نخلة غير معينة؛ لأن استثناء المجهول من المعلوم يصيره مجهولا، فإن عين المستثنى صح البيع والاستثناء، وهذا عند الجمهور.

ويجوز عند الإمام مالك استثناء نخلات، أو شجرات خمس، وإن لم تكن بأعيانها، وهذا للبائع على أن يختارها، وتوجيه ذلك أن البائع - في الغالب - يعرف جيد شجر بستانه ورديته، فلا يتوهم فيه أنه يختار، ثم ينتقل، بخلاف المشتري^(٣).

ولو باعه أرضا أو دارا أو ثوبا إلا ذراعا، فمذهب الشافعية والحنابلة، وأحد القولين للصاحبين من الحنفية أنه إذا كان المتعاقدان يعلمان عدة أذرع الأرض، أو

(١) ر: شرح المحلى على المنهاج ١٨١/٢، والشرح الكبير ٢٩/٤، الموسوعة ٢٠٣/٩.

(٢) كشاف القناع ١٧٢/٣.

(٣) ر: الموسوعة ١٩/٩، ٢٠٤.

الدار، أو الثوب، كعشرة - مثلا - صح البيع، وكان المذكور مشاعا فيها، كأنه استثنى العشر، وإن كانا لا يعلمان (كلاهما أو أحدهما) لم يصح؛ لأن المبيع ليس معيناً، ولا مشاعاً، فيكون مجهولاً^(١).

وهكذا يظهر من هذا الأصل أيضا توجه الفقهاء إلى تصحيح البياعات، والمعاملات المالية بالقدر المستطاع، والله أعلم.

(١) الموسوعة ٢٠٥/٩، ر: الدر المختار ورد المحتار ٣٢/٤، وشرح المحلى على المنهاج ١٦١/٢، وكشاف القناع ١٧٠/٣ - ١٧١.

المباشر ضامن وإن لم يتعمّد ولم يتعدّ، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدّى (١)

المباشر للفعل الضار ضامن لما تلف بفعله؛ لأن المباشرة علة صالحة، وسبب مستقل للإتلاف، فيضمن وإن كان مخطئاً؛ لأنه باشر عملاً مضراً بغيره، ولأن حقوق العباد لا تجري فيها المساهلة؛ إذ إنها مبنية على المشاحة والمضايقة، وإذا كان الضمان متقررًا في حالة الخطأ فهو محل اعتبار في حالة التعمد من باب أولى.

وبناء على هذه القاعدة: (لو زلقت رجل إنسان فسقط على شيء لغيره، فأتلفه، أو أضره، أو طارت شرارة من دكان حداد، فأحرقت ثوب شخص، أو انقلب طفل على آنية شخص فكسرها، كان أولئك ضامين ما أتلفوا، أو أفسدوا) (٢).

هذا ما يتعلق بالمباشر، أما المتسبب فلا يضمن إلا إذا كان متعدياً، ولذا لو قطع شخص جبل قنديل معلق فسقط، أو شق زق سمن فسال، أو فتح باب قفص ففرّ الطائر الذي فيه... فإنه يضمن في كل هذه الحالات لوجود التعدي منه.

(١) مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي: ١٦٥، وانظر: ص/١٤٦، وفيها: (المباشر ضامن، وإن لم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً).

(٢) المدخل الفقهي ١٠٤٥/٢، ف ٦٥٧، وانظر: شرح القواعد الفقهية: ٤٥٣ - ٤٥٤.

وإذا كان السبب خالياً من التعدي، كمن حفر حفرة في أرضه فدخل حيوان لجاره، وتردى فيها، فلا يترتب عليه الضمان^(١).

يقول الإمام قاضيخان:

- (التسبب بصفة التعدي ملحق بالمباشرة في إيجاب الضمان عليه)^(٢).

وخلاصة الموضوع أنه يجب الضمان على كل من باشر إتلافاً لمال غيره، أو إضراراً بهاله، أو نفسه، أو تسبب فيه تسبباً مشوباً بالتعدي.

وهنا نقطة مهمة جداً يجب الانتباه إليها وهي أن (المجلة) أوردت قاعدتين منوطتين بهذا الموضوع وهما كالآتي:

أ - (المباشر ضامن وإن لم يتعمد)^(٣).

ب - (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد)^(٤).

والواقع أن الأساس الملحوظ في التضمين هو التعدي، بغض النظر عن التعمد، أو الخطأ، وهذا واضح من السياقة الجامعة التي أوردتها العلامة ابن غانم، ولذلك جعلتها عنواناً للقاعدة؛ لسلامتها من الاعتراض.

وقد نبه على خطأ (المجلة) العلامة مصطفى الزرقا لدى شرح القاعدتين في كتابه القيم (المدخل الفقهي الغام).

(١) انظر: المدخل الفقهي ٢/١٠٤٥ - ١٠٤٦، ف ٦٥٧.

(٢) شرح الزيادات (مخطوط) من ٢١٥٥ - ٢١٥٦ (نسخة خاصة مرقونة).

(٣) م/٩٢.

(٤) م/٩٣.

وإن ربط الضمان بالتعدي هو الذي جرى عليه الفقهاء من القديم ، ومن الآثار المروية عن جماعة من الفقهاء التابعين قولهم :

(الضمان على من تعدي)^(١) .

وهي عبارة كثيرة الدوران على أقلام الفقهاء في مناسبات التعليل ، وكذا قولهم : (الضمان على المتعدي)^(٢) أو (الضمان منوط بالتعدي)^(٣) .

ويمكن إعمال هذا الأصل في جميع المسائل المتعلقة بتصرفات الأمانة ، فإنه من المعلوم أنه لا ضمان على الأمين ، ولكن إذا حصل منه التعدي فعليه الضمان ؛ لأنه بمثابة متسبب للفعل الضار الموجب للتضمنين في هذه الحالة .

ومن الملاحظ أن التعدي يكون :

١ - إما بتجاوز الفاعل على الشخص المضرور ، أو على حقوقه رأسا كما في حالة المباشرة .

٢ - وإما بتجاوزه الحدود المأذون بها شرعا حتى تفضي إلى ضرر الغير ، كما في حالة التسبب^(٤) .

(١) المصنف لعبدالرزاق ٢٥٢/٨ ، باب ضمان المقارض إذا تعدى ، ولن الربح؟ .

(٢) المغني لابن قدامة ٥٠٢/٥ ، والمبدع لابن مفلح ٩٦/٥ ، ٢٤١ .

(٣) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٥٨٨/٤ ، ٥٩٠ .

(٤) المدخل الفقهي ١٠٤٦/٢ ، ف ٦٥٨ .

من اختلط بهاله الحلال والحرام أخرج قدر الحرام، والباقي حلال له^(١)

من القواعد المشهورة المتداولة: أنه إذا اجتمع الحلال والحرام فالعبرة للحرام^(٢)، وقاية من الوقوع في الحرام، وهي قاعدة محكمة مطردة في الأحكام التي يمتزج فيها الحرام بالحلال فلا يتميزان أبدا، بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر حقيقة، أو حكما، وهذا يتمثل في اختلاط الميتة بالمذكاة وأشباهاها من المسائل، اللهم إلا النقود فيمكن أن يفصل الحرام من حلالها عن طريق إخراج العنصر المحرم، والسبب في ذلك أن الحرام هنا ليس لعينه كما في المثال الأول؛ إذ المال في ذاته ليس بحرام، أو يمكن أن يقال: إن الحرمة أو المعصية لا تقوم بعين ذلك المال، بل يكون حراما؛ لتلبسه بسبب محرم من مكاسب الربا والغصب أو غيرهما.

وهذا ما أشار إليه الإمام أبو بكر بن العربي في تفسير قوله تعالى: ﴿وإن تبتُّم فلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾^(٣) حيث قال في هذا الصدد ما نصه:

- ذهب بعض الغلاة من أهل الورع إلى أن المال الحلال إذا خالطه حرام حتى لم

(١) فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٢٧٣.

(٢) ر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ٢٠٩، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٢١.

(٣) البقرة: ٢٧٩.

يتميز ، ثم أخرج منه مقدار الحرام المختلط به لم يحل ولم يطب ؛ لأنه يمكن أن يكون الذي أخرج هو الحلال ، والذي بقي هو الحرام ، وهو غلو في الدين ، فإن كل ما لم يتميز فالمقصود منه ماليته لا عينه ، ولو تلف لقام المثل مقامه ، والاختلاط إتلاف لتمييزه ، كما أن الإهلاك إتلاف لعينه ، والمثل قائم مقام الذاهب ، وهذا بين حساً ، بين معنى ، والله أعلم^(١) .

وهذا الموضوع عاجله الإمام ابن تيمية معالجة حسنة في مواضع من الفتاوى ، وخلص منها إلى هذه القاعدة التي جعلتها عنوان هذا البحث هنا ، وهاك بيان بعض النصوص المتعلقة بها لكي يظهر الموضوع في صورته المتكاملة الناصعة :

١- (الحرام إذا اختلط بالحلال ، فهذا نوعان :

أحدهما : أن يكون محرماً لعينه : كالميتة ، والأخت من الرضاعة ، فهذا إذا اشتبه بما لا يحصر لم يحرم ، مثل أن يعلم أن في البلدة الفلانية أختاً له من الرضاعة ، ولا يعلم عينها ، أو فيها من يبيع ميتة لا يعلم عينها ، فهذا لا يحرم عليه النساء ، ولا اللحم ، أما إذا اشتبهت أخته بأجنبية ، أو المذكى بالميت حرماً جميعاً .

والثاني : ما حرم لكونه غصباً ، والمقبوض بعقود محرمة : كالربا والميسر ، فهذا إذا اشتبه ، واختلط بغيره لم يحرم الجميع ، بل يميز قدر هذا من قدر هذا ، فيصرف هذا إلى مستحقه ، وهذا إلى مستحقه^(٢) .

٢- (المحرمات نوعان : محرم لوصفه وعينه : كالدم ، والميتة ، ولحم الخنزير ،

(١) أحكام القرآن ١/٢٤٥ .

(٢) الفتاوى ٢٩/٢٧٦ .

فهذا إذا اختلط بالمائع، وظهر فيه طعم الخبث، أو لونه، أو ريحه - حرم.

ومحرم لكسبه: كالنقدين، والحبوب، والشمار، وأمثال ذلك، فهذه لا تحرم أعيانها تحريماً مطلقاً بحال، ولكن تحرم على من أخذها ظلماً أو بوجه محرم، فإذا أخذ الرجل منها شيئاً وخلطه بهاله، فالواجب أن يخرج من ذلك القدر المحرم، وقدر ماله حلال له... (١).

وهذا الحكم إذا اختلط المال الحرام بالمال الحلال، ولا يستفاد من هذين النصين، وأمثالهما جواز الخلط قصداً بين الحلال والحرام لغرض التجارة، والاستثمار بوجه عام، فكلام الإمام ابن تيمية يبين حل المشكلة إذا حصل الاختلاط، ولا يسوغ الإقدام على عملية الدمج بين الحلال والحرام، وإلى هذا المعنى الإمام ابن القيم في (المدارج) بقوله الآتي:

توبة من اختلط ماله الحلال بالحرام، وتعذر عليه تمييزه أن يتصدق بقدر الحرام، ويطيب باقي ماله (٢).

فجل ما قيل هنا في إخراج العنصر المحرم هو من قبيل التوبة، فلا مجال للدخول في العقود المحرمة استناداً إلى كلام شيخ الإسلام أو غيره.

ويتبين من كلام الإمام ابن تيمية المفصل، ومن نص الإمام ابن القيم المذكور أنفاً أن المال المحرز بسبب كسب خبيث، أو سبيل محرم، سبيله: توزيعه على الفقراء؛ لأن إضاعته عمل لغو، لا فائدة منها، ولا مصلحة فيها، ومن المعلوم أن

(١) الفتاوى ٢٩/٢٦١.

(٢) مدارج السالكين ١/٣٩١.

العبث منهبي عنه ، ولمزيد من إيضاح هذا الجانب المتعلق بالتصدق ، من المناسب أن أعرض هنا نصوصاً أخرى من كلام ابن تيمية وغيره ، فهناك بيانها :

- (من أخذ عوضاً عن عين محرمة ، أو نفع استوفاه ، مثل : أجرة حمل الخمر ، وأجرة صانع الصليب ، وأجرة البغي ، ونحو ذلك ، فليصدق بها . . .)^(١) .

وهكذا كل مال لا يعرف مالكة من الغصوب ، والعواري ، والودائع ، وما أخذ من الحرامية من أموال الناس ، أو ما هو منبوذ من أموال الناس ، فإن هذا كله يتصدق به ، ويصرف في مصالح الناس^(٢) .

وتعرض الإمام ابن تيمية نفسه لهذا الموضوع في موضع آخر بشيء من التفصيل ، وتوج كلامه بالدليل إذ يقول :

- (لو حصل بيده أثمان من غصوب ، وعواري ، وودائع لا يعرف أصحابها ، فإنه يتصدق بها عنهم ؛ لأن المجهول كالمعدوم في الشريعة ، والمعجوز عنه كالمعدوم ، ولهذا قال النبي ﷺ في اللقطة : « فإن جاء صاحبها فأدها إليه ، وإلا فهي مال الله يؤتية من يشاء »^(٣))

وفي هذه المسألة آثار معروفة ، مثل حديث عبدالله بن مسعود لما اشترى جارية ، ثم خرج ليوفي البائع الثمن فلم يجده ، فجعل يطوف على المساكين ، ويقول : اللهم

(١) مجموع الفتاوى ١٤٢/٢٢ .

(٢) المصدر نفسه ٤١٣/٣٠ ، ر: ٣٠/٣٢١ ، ٣٧٨ ، وانظر: المحلى ١١٣/٨ ، وإتحاف السادة المتقين للزبيدي ٥٤٥/٦ .

(٣) أخرجه أبوداود في سننه ، وابن ماجه في سننه ، وابن حبان في صحيحه ح ١١٦٩ .

هذه عن صاحب الجارية، فإن رضي فقد برئت ذمتي، وإن لم يرض فهو عني، وله علي مثلها يوم القيامة.

وحديث الرجل الذي غل من الغنيمة في غزوة قبرص، وجاء إلى معاوية يرد إليه المغلول فلم يأخذه، فاستفتى بعض التابعين فأفتاه بأن يتصدق بذلك عن الجيش، ورجع إلى معاوية فأخبره، فاستحسن ذلك، وذلك لأن الله سبحانه وتعالى يقول: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾^(١)، والمال الذي لا يعرف مالكة يسقط عنا وجوب رده إليه، فيصرف في مصالح المسلمين، والصدقة من أعظم مصالح المسلمين.

وهذا أصل عام في كل مال جهل مالكة بحيث يتعذر رده إليه: كالغصب، والعواري، والودائع، تصرف في مصالح المسلمين على مذهب مالك، وأحمد، وأبي حنيفة، وغيرهم.

وإذا صرفت على هذا الوجه جاز للفقير أخذها؛ لأن المعطي إنما يعطيها نيابة عن صاحبها^(٢).

وأختم بيان هذه القاعدة بذكر كلام الإمام القرافي، وهو يُعَدّ عاضداً لما سبق، مع إيضاح مصارف المال المحرم، فهالك نصه:

- قاعدة: الأموال المحرمة من الغصب وغيرها إذا علمت أربابها ردت إليهم، وإلا فهي من أموال بيت المال تصرف في مصارفه، الأولى فالأولى من

(١) التغابن: ١٦.

(٢) الفتاوى ٢٦٢/٢٩ - ٢٦٣، ر ٣٢٢/٢٩ - ٣٢٣، وانظر: كشف القناع ٤/١١٤ - ١١٥.

الأبواب والأشخاص ، على ما يقتضيه نظر الصارف من الإمام ، أو نوابه ، أو من حصل ذلك عنده من المسلمين ، فلا تتعين الصدقة ، قد يكون الغزو أولى في وقت ، أو بناء جامع ، أو قنطرة ، فتحرم الصدقة ، لتعيّن غيرها من المصالح ، وإنما يذكر الأصحاب الصدقة في فتاويهم في هذه الأمور ؛ لأنها الغالب ، وإلا فالأمر كما ذكرته لك^(١) .

من حصل له ربح من وجه محظور فعليه أن يتصدق به^(١).

من الجدير بالذكر أن الإمام الجصاص الرازي صاغ أصلاً جيداً وثيق الارتباط بالموضوع الذي سلف ذكره آنفاً، وهو: (من حصل له ربح من وجه محظور أمر أن يتصدق به).

ومن شواهد هذه القاعدة - كما ذكر العلامة الجصاص - : حديث عاصم بن كليب، عن أبيه، في الشاة المغصوبة التي دعي لها النبي ﷺ فلم يمكنه أكلها، وسأل عن شأنها، فأخبر أنها لغيره، ثم ذبحت بغير أمره، فأمرهم أن يتصدقوا بها على الأسارى^(٢).

وجرى تعليل المسألة الآتية بالقاعدة المذكورة آنفاً:

- (وإذا شرط على المضارب أن يعمل به في المصر، لم يكن له أن يخرج به؛ لأن تخصيصه إياها - أي المضاربة - بالمصر جائز، كما لو خص نوعاً من التجارات. فإن خرج به، وباع واشترى كان ضامناً، وكان ربحه له، ويتصدق في قول أبي

(١) انظر: شرح الجصاص على مختصر الطحاوي (نسخة خاصة مرقونة) ١/٣٦٣. وفي الأصل: أمر أن يتصدق به»، والأوجه ما ذكرت.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ٣/٦٢٧، وأحمد في المسند ٥/٢٩٢، والدارقطني في سننه ٤/٢٨٥، وصححه سننه الزيلعي في نصب الراية ٤/١٦٨ - ١٦٩.

حنيفة ومحمد؛ لأنه حصل له من وجه محظور، ومن حصل له ربح من وجه محظور أمر أن يتصدق به^(١).

وهذا ما نص عليه فقهاء المذهب الشافعي أيضا، فقد ذكر الزركشي في (المشور) نقلا عن فتاوى ابن الصلاح ما يلي:

لو اختلط درهم حلال بدراهم حرام، ولم يتميز، فطريقته أن يعزل قدر الدراهم منها بنية القسم ويتصرف في الباقي، والذي عزله إن علم صاحبه سلمه إليه، وإلا تصدق به عنه، وذكر مثله النووي^(٢).

ومن المناسب -ختاما- أن ألحق بالقاعدتين السابقتين قاعدة أخرى ذكرها العلامة تاج الدين السبكي لانسجامها مع البحث، وهي كما يلي:

قاعدة (من ارتكب محرما يمكن تداركه بعد ارتكابه وجب عليه تداركه).

وهذا أصل مطرد انتهى فيه حملة الشريعة إلى إيجاب أن يتقيا من الخمر من شربها، ولم أجد شيئا يخرج عنه إلا فيما كان تحريمه بالعرض لا بالأصالة، فقد لا يجب تداركه في صور^(٣).

وانطلاقاً من تلك النصوص يمكن القول من باب التطبيق: إن الإقدام على العقد الفاسد حرام^(٤)، ولكن لو تلبس إنسان بمكسب مشوب بالحرام، وجب

(١) شرح الجصاص على مختصر الطحاوي ١/٣٦٣، وانظر: الهداية بشرحه فتح القدير ٩/٣٢٩.

(٢) المشور في القواعد ١/١٢٩، وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ٢١١.

(٣) الأشباه والنظائر للسبكي ١/١٢٣.

(٤) المصدر نفسه ١/٢٤٥.

عليه إخراج الجزء المحرم من الأرباح المترتبة على التعامل الذي مسه الحرام، وتوزيعه على الفقراء، أو صرفه إلى المصالح العامة، كما يحصل ذلك في أسهم كثير من الشركات المساهمة الآن، فقد يطرأ الحرام على بعض أعمالها بسبب إقراضها، أو استقراضها جزءا من الربا، سواء أكان ذلك اضطرارا، أم بسبب الضغوط الخاضعة للنظام في كثير من البلاد التي تستثمر فيها الأموال، والله أعلم.

من ترك واجبا في الصون ضمن (١)

هذه القاعدة إحدى القواعد الخادمة لنظرية الضمان في الفقه الإسلامي، وهي قاعدة عظيمة صاغها الإمام القرافي - رحمه الله تعالى - عند بيانه أسباب الضمان؛ فإنها تنص على وجوب الضمان حين التخلي عن التبعة الملقاة على الإنسان شرعا في صيانة الأموال والأنفس، كما أنها تشير إلى وجوب الضمان بمجرد إهمالها أو تركها مع القدرة على حفظها إذا أدى ذلك إلى التلف، أو الضرر.

وقد وضع هذا المبدأ في القانون الإنجليزي في العقدین الأخيرين فقط، على الرغم من أهميته البالغة في بناء النظام العام للضمان، وقد تكفل أتكين (Atkin) بصياغته على أساس القاعدة الخلقية المستوحاة من ديانته المسيحية: (أحبب جارك) بحيث يعني في صياغته القانونية: «أن عليك ألا تؤذيه، وأن تبذل العناية المعتادة أو المعقولة (Reasonable) في أفعالك، وتروكك على السواء؛ كيلا توقع الضرر بهذا الجار...»

ومن الواضح أن هذا المبدأ لا يخلو من التكلف، والضعف في صياغته القانونية، ويقابله في الفقه الإسلامي قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» وهو أروع

(١) الفروق ٢/٢٠٧.

وأشرق في الصياغة، وأدق، وأشمل في الدلالة والمعنى إذا قورن بنظيره في القانون الإنجليزي^(١).

لأن هذه القاعدة القانونية تعتبر مسألة، أو جزئية فحسب، تدخل في زمرة فروع القاعدة المقررة في الفقه الإسلامي، وهي وجوب الضمان على كل من باشر إتلافاً لمال غيره، أو ضرراً بهاله، أو نفسه، أو تسبب فيه تسبباً، ولاشك أن إهمال الواجب تسبب.

وهذه القاعدة التي نصبها القرافي منبثقة عن هذه القاعدة الحديثة التشريعية الكبرى؛ إذ إنها واضحة في إيجاب الضمان على ترك الرعاية الواجبة تجاه الحقوق الخاصة، وهذا المفهوم مستمد من تلك القاعدة العظيمة.

ويكفي الترك لإيجاب الضمان في المذهب المالكي شريطة أن يكون الفعل المتروك واجبا، فمن مر على حباله فوجد فيها صيدا يمكنه تخليصه، وحوزه لصاحبه فتركه حتى مات يضمه عند الإمام مالك^(٢)؛ لأن صون مال المسلم واجب.

وكذلك إذا مرّ بلقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجدها وجب عليه أخذها، وإن تركها حتى تلفت مع قدرته على أخذها ضمنها^(٣).

وانطلاقاً من هذا الأصل يجب إلقاء الضمان على مالك البناء إذا تهدم بتقصيره في صونه، والعناية به^(٤)، فإن المسؤولية منصبة على المفرط لا على ساكنه ومستأجره.

(١) انظر: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي للدكتور محمد أحمد السراج: ١٢٦ - ١٢٧.

(٢) ونص الحنفية على عدم الضمان في مثل هذه الحالة. انظر: الفتاوى للسغدي ١/ ٧٩١.

(٣) الفروق ٢/ ٢٠٧، و ضمان العدوان: ٢٣٠.

(٤) انظر: المصدر نفسه: ٦٠٦.

وهناك قاعدة أخرى وهي : (ترك الواجب كفعل المحرم) قريبة من قاعدة القرافي ، وقد ذكرها البعلي الحنبلي في (الاختيارات) كما في النص الآتي :

(ترك الواجب عندنا كفعل المحرم ، كما يقال فيمن قدر على إنجاء إنسان من هلاكه . . .)^(١) .

وقد أعادها في (كتاب الحدود) من (الاختيارات) بشئ من التفصيل مع ضرب الأمثلة إذ يقول : (والتعزير يكون على فعل المحرمات ، وترك الواجبات ، فمن جنس ترك الواجبات : من كتم ما يجب بيانه : كالبائع المدلس ، والمؤجر المدلس ، والناكح ، وغيرهم من العالمين ، وكذا الشاهد ، والمخبر ، والمفتي ، والحاكم ، ونحوهم ، فإن كتمان الحق مشبه بالكذب ، وينبغي أن يكون سببا للضمان ، كما أن الكذب سبب للضمان ، فإن ترك الواجبات عندنا في الضمان كفعل المحرمات ، حتى قلنا : من قدر على إنجاء شخص بإطعام أو سقي فلم يفعل فمات -ضمنه (أي ضمن ديته) .

فعلى هذا : فلو كتم شهادة أبطل بها حق مسلم -ضمنه ، مثل أن يكون عليه حق بيينة ، وقد أداه حقه ، وله بيينة بالأداء ، فكتم الشهادة حتى غرم المدين ذلك الحق مرة أخرى .

وكما لو كانت وثائق لرجل فكتمها ، أو جحدتها حتى فات الحق .

ولو قال : أنا أعلمها ولا أؤديها فوجب الضمان ظاهر^(٢) .

(١) الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام : ١٥٨ .

(٢) الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام : ٣٠٠ - ٣٠١ .

ووردت هذه المسألة الأخيرة مصوغة على طراز كلية في (الفتاوى) كالاتي :
 (كل من كتم ما يجب إظهاره من دلالة واجبة ، ونحو ذلك يعاقب على ترك
 الواجب)^(١) .

وقد ذكر الحافظ ابن حجر أيضًا هذه القاعدة مصوغة بصياغة جامعة جيدة إذ
 يقول : (الترك كالفعل في باب الضمان)^(٢) .

ومن الفروع المتخرجة على هذا الأصل :

(من كانت له ساحة تلقى فيها الأتربة ، والزباله ، وفضلات الحيوانات ،
 ويتضرر الجيران بذلك ، فإنه يجب على صاحبها أن يدفع ضرر الجيران : إما
 بعمارتهما ، أو إعطائهما لمن يعمرهما ، أو يمنع أن يلقي فيها ما يضر بالجيران)^(٣) .

ويمكن أن تقاس على ذلك مسألة نفايات المواد الكيماوية المدمرة المستخدمة في
 الحروب الظالمة في عصرنا ، والتي أصبحت مشكلة دولية تهدد غلاف الأرض
 الجوي .

ومن الجدير بالملاحظة هنا أن القاعدة التي استقاها البعلي من فتاوى الإمام ابن
 تيمية مع فروعها هي أعم من قاعدة القرافي كما يتبين لدى الموازنة بين الصيغتين ؛
 لأن كلمة «الصون» الواردة في القاعدة تقلص من سعة الدلالة النابعة من القاعدة
 الواردة في (الاختيارات) ، كما يجب التنبيه إلى أنه لا يجب الضمان في الترك في جميع

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٨ / ٢٨٠ .

(٢) فتح الباري ٥ / ٩٨ .

(٣) الاختيارات : ١٣٥ .

حالات التقصير والتفريط، بل ينظر في كل حالة والملابسات التي تكتنفها بدقة، ثم إذا تحقق التفريط، أو الإهمال المفضي إلى التلف حينئذ يسوغ الحكم بالضمان، والله أعلم.

ولا ضير إذا أدرجت هذه القاعدة تحت إطار القاعدة المشهورة في الضمان: أن (المتسبب ضامن إذا كان متعديا، وإلا لا يضمن...)^(١)، وذلك لأن ترك الواجب وما ينشأ عنه من تلف، أو ضرر داخل في مفهوم التسبب المقرون بالتعدي.

ومن هذا المنطلق لو أوقف شخص سيارته في غير المحل المعد لوقوف السيارات، وترتب على ذلك الوقوف ضرر، ضمنه مالك السيارة؛ لأنه أهمل النظام، وترك الالتزام الواجب، وتعدي في هذا الوقوف، وبالتالي تسبب للضرر. وكذلك لو خالف أنظمة المرور التي تحتم الاتجاه ذات اليمين في السير، فانطلق ذات الشمال، وترتبت على ذلك أضرار، فإنه يضمنها؛ لأنه ترك الواجب الذي يقتضي اتباع نظام المرور^(٢)، والله أعلم.

(١) رد المحتار ٣٨٦/٥.

(٢) انظر: نظرية الضمان للدكتور محمد فوزي فيض الله: ١٨٥.

خاتمة قواعد الزمرة الثالثة، قاعدة: الظفر بالحق

(كل من كان له حق على أحد فمنعه إياه فله أخذه منه^(١) ولو دون علمه).
أو:

(من له حق على غيره يمنعه إياه فظفر من ماله بشيء جاز له أن يقتضي منه حقه، سواء كان من جنس حقه أو لم يكن منه)^(٢).

إن عبارة الإمام الشافعي التي جعلتها عنوان الموضوع تمثل قاعدة بديعة تتناول قضية مهمة معروفة لدى الفقهاء بمسألة الظفر، ومحورها الأساسي استيفاء الحق، وتتجلى فيها عدالة التشريع الإسلامي؛ إذ المقصود منها معرفة الطريق السليم لاسترداد الحق بدون تعد ولا ضرر، وتلميح الإمام ابن عبد البر إلى هذا الموضوع في أثناء شرحه حديث: « لا ضرر ولا ضرار »^(٣) فيه ما يشعر بأن رفع الضرر بعد وقوعه - وهو هنا عبارة عن حيازة الحق المنهوب لدى الظفر به - أمر يتفق مع مفهوم هذا الأصل العظيم الناطق بدفع الضرر قبل وقوعه كما في مسألة دفع الصائل مثلا، وبإزالة الضرر بعد وقوعه.

(١) الأم ١١١/٥.

(٢) شرح السنة للبغوي ٢٠٥/٨.

(٣) انظر: التمهيد ١٨٨/١٨.

هذا ما يتعلق بلب المسألة المطروحة وهدفها الرئيسي، أما صيغة القاعدة هنا فقد برز فيها اتجاه الفقهاء المتوسعين الذين يميزون استيفاء الحق، وإن كان من غير جنسه...، وبذلك تجده هذه القضية وثيقة الصلة بموضوع المقاصة^(١) في الفقه الإسلامي.

وقد ظل هذا الموضوع مثار البحث والنظر في كتب الفقه والقواعد بصورة مسألة فروعية، والواقع أنه حري بأن يشكل قاعدة مستقلة رغم كونه متنازعا فيه بين الفقهاء، لأهميته في الفقه الإسلامي بوجه عام، ولاحتوائه على بعض المعاملات التي جرى فيها التمييز بين الأحكام القضائية وأحكام الديانة للسيطرة على الحق بدون مزيد معاناة، ولا سيما في عصرنا الحاضر بسبب الإجراءات المتتوية الطويلة التي أصبحت سمة وشارة للمحاكم، وقد يكون مأل مرافعة قضائية مجرد تطويل ليس وراءه تحصيل، وقد تطول المحاكمة الواحدة في ظل أصول المحاكمات القانونية سنة أو سنوات.

وأصل هذه المسألة: ما في الصحيحين: أن رسول الله ﷺ جاءته هند أم معاوية - رضي الله عنهما - فقالت: يا رسول الله، إن أباسفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه سرا، وهو لا يعلم. هل علي في ذلك من شيء؟ فقال النبي ﷺ: «خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف»^(٢).

(١) ومن هنا تعرض الإمام الزركشي لهذه المسألة في (المنثور) ٣٩٤/١، تحت أحد أنواع «التقاص» وعزاها إلى الإمام عز الدين.

(٢) صحيح البخاري ٤٨٩/٢، صحيح مسلم ١٢٩/٥.

ومن جملة ما دل عليه الحديث جواز أخذ جنس الحق وغير جنسه إذا ظفر به من الملك ؛ لأنه ﷺ أذن لها في أخذ ما يكفيها وهو أجناس من نفقة وكسوة وغيرهما ، وهذا يعتبر إذناً في البيع واستيفاء الحق من غير جنسه ؛ لأن الغالب في الشحيح أن هذه الأجناس ليست عنده .

(وقيل في هذا الحديث : إن قوله ﷺ من باب الفتيا لا من باب القضاء ؛ لأن القضاء يتوقف على الإثبات واستيفاء الحجاج من الخصمين وحضور المدعى عليه ليجيب ويناضل عن نفسه ، ولم يكن شيء من ذلك ، ومتى دار تصرفه عليه السلام بين القضاء والفتيا فالفتيا أرجح ؛ لأنه عليه السلام رسول مبلغ وهو الغالب عليه ، والتبليغ فتيا) (١) .

والظاهر أن هذا الحديث هو المستند الأساسي لدى جميع الفقهاء القائلين بجواز الأخذ من جنس الحق ، أو من غير جنسه .

جاء في متن (الحاوي) - وهو عبارة عن مختصر المزني - في مطلع (باب أخذ الرجل حقه ممن يمنعه إياه) :

(مسألة : قال الشافعي - رضي الله عنه - : وكانت هند زوجة لأبي سفيان ، وكانت القيم على ولدها لصغرهم بأمر زوجها ، فأذن لها رسول الله ﷺ لما شكت إليه أن تأخذ من ماله ما يكفيها وولدها بالمعروف ، فمثلها الرجل يكون له الحق على الرجل فيمنعه إياه فله أن يأخذ من ماله حيث وجدته بوزنه أو كيله ، فإن لم يكن له

(١) الذخيرة للقرافي ٢١٣/٨ ، وانظر : الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام : ١١٢ - ١١٤ ، وتهذيب الفروق ٢٠٧/١ ، والأشباه والنظائر للسبكي ٢٨٦/٢ .

مثل كانت قيمته دنانير أو دراهم ، فإن لم يجد له مالا باع عرضه ، واستوفى من ثمنه حقه . . . (١) .

وجاء في شرح الإمام البغوي : (هذا حديث يشتمل على فوائد وأنواع من الفقه . . . ، ومنها : أن من له حق على غيره يمنعه إياه فظفر من ماله بشيء جاز له أن يقتضي منه حقه ، سواء كان من جنسه ، أو لم يكن إياه ، ثم يبيع ما ليس من جنس حقه فيستوفى حقه من ثمنه ، وذلك أن معلوماً أن منزل الرجل الشحيح لا يجمع كل ما يحتاج إليه أهله وولده من النفقة والكسوة وسائر المرافق التي تلزمه لهم ، ثم أطلق لها الإذن في أخذ كفايتها وكفاية أولادها ، ولا يكون ذلك إلا بصرف غير جنس حقه في تحصيل ما هو جنس حقه ، وهذا قول الشافعي) (٢) .

وعلل الإمام الماوردي الاستناد إلى الحديث السابق بالتوجيه الآتي - وهو قريب مما تقدم - حيث قال :

(ولأن من الحقوق المختلفة ما يتعذر وجود جنسها في ماله ، فدل على جواز أخذه من غير جنسه ، ومن جنسه ، ولأن من جاز له أخذ دينه من جنسه جاز له أخذه مع تعذر الجنس أن يأخذ من غير جنسه قياساً على أخذ الدراهم بالدنانير ، والدنانير بالدراهم ، ولأن من جاز أن يقضي منه ديناً جاز أن يتوصل مستحقه إلى أخذه إذا امتنع بحسب الممكن . . .) (٣) .

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٤١٢/١٧ .

(٢) شرح السنة ٢٠٥/٨ .

(٣) الحاوي ٤١٤/١٧ .

كما استدلل القائلون بجواز الأخذ في مسألة الظفر بنصوص عامة أخرى من القرآن الكريم ومنها:

قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾^(١).

وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾^(٢).

وقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ اتَّصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِّنْ سَبِيلٍ﴾^(٣).

وقوله تعالى: ﴿وَالْحَرَامَاتُ قِصَاصٌ فَمَنِ اغْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(٤).

واحتج المانعون من الحنابلة بقول النبي ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»^(٥)، ومن أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانه، فيدخل في عموم الخبر.

وقال ﷺ: «لا يجلب مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»^(٦).

(١) الشورى: ٤٠.

(٢) النحل: ١٢٦.

(٣) الشورى: ٤١.

(٤) البقرة: ١٩٤.

(٥) حديث «أد الأمانة...» أخرجه الترمذي من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - وقال: هذا حديث حسن غريب، ونقل المنذري تحسين الترمذي وأقره، وأخرجه أبو داود من طريق آخر وسكت عنه، وقال المنذري: فيه رواية مجهول. (تحفة الأحوذى ٤/٤٧٩، وعون المعبود ٣/٣١٣، وجامع الأصول ١/٣٢٣) - الموسوعة ٤/١٥٣، وكذا ابن حزم ضعف الحديث المذكور كما في المحلّى ٦/٤٩٣.

(٦) أخرجه أحمد والدارقطني من حديث عم أبي حرة الرقاشي مرفوعا، وفيه علي بن زيد بن جدعان وهو متكلم فيه، وله طريق أخرى عند الدارقطني أيضًا عن أنس، وفي إسناده =

ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه كان معاوضةً بغير تراض، وإن أخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضا صاحبه، فإن التعيين إليه، ألا ترى أنه لا يجوز له أن يقول: اقض حقي من هذا الكيس دون هذا، ولأن كل ما لا يجوز له تملكه إذا لم يكن له دين لا يجوز له أخذه إذا كان له دين . . .

لكن المانعين استثنوا النفقة؛ لأنها تراد لإحياء النفس، وإبقاء المهجة، وهذا مما لا يصبر عنه، ولا سبيل إلى تركه، فجاز أخذ ما تندفع به الحاجة، بخلاف الدين . . . (١).

ومن أدلة الذين رفضوا فكرة الأخذ أيضا: قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ (٢) والأمر هنا للوجوب.

وما في السنن عن النبي ﷺ أنه قيل له: «إن أهل الصدقة (٣) يعتدون علينا، أفنكتم من أموالنا بقدر ما يعتدون علينا؟ قال: لا» (٤).

= داود بن الزبرقان وهو متروك، وأخرجه أحمد والبخاري من حديث أبي حميد الساعدي مرفوعا بلفظ: « لا يجلب المسلم أن يأخذ مال أخيه بغير حق، وذلك لما حرم الله مال المسلم على المسلم أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس»، وفي رواية « لا يجلب المسلم أن يأخذ عصاه». قال الهيثمي: ورجال الجميع - أحمد والبخاري - رجال الصحيح. قال البيهقي: حديث أبي حميد أصح ما في الباب. (مسند أحمد بن حنبل ٧٢/٥، وسنن الدارقطني ٢٦/٣، ومجمع الزوائد ١٧١/٤، ونيل الأوطار ٦٢/٦)، الموسوعة ١٥٤/٤.

(١) الموسوعة ١٥٣/٤ - ١٥٤، المغني ٢٨٧/١٠، والفروق ٢٠٨/١.

(٢) النساء: ٥٨.

(٣) يعني مجباتها الموظفين على جبايتها.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه: ١٥٨٣، كتاب الزكاة، باب رضاء المصدق.

وقد نوقشت أدلة المانعين من طرف القائلين، فنجد العلامة ابن حزم يضعف الحديث المستدل به: «أد الأمانة إلى من ائتمنك» ويقول:

(ثم لو صحت لما كان فيها حجة؛ لأن نصها: «لا تخن من خانك، وأد الأمانة إلى من ائتمنك» وليس انتصاف المرء من حقه خيانة، بل هو حق واجب، وإنكار منكر، وإنما الخيانة أن تخون بالظلم والباطل من لا حق لك عنده...^(١)).

وهذا ما جنح إليه الإمام الشافعي إذ قال عقب بيان جواز الأخذ:

(فإن قيل: فقد روي عن رسول الله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» قيل: إنه ليس بثابت، ولو كان ثابتاً لم تكن الخيانة ما أذن بأخذه ﷺ، وإنما الخيانة أن أخذ له درهما بعد استيفاء درهمي، فأخونه بدرهم كما خانني في درهمي، فليس لي أن أخونه بأخذ ما ليس لي وإن خانني^(٢)).

وهذا ما قاله الإمام البغوي عند إيراد هذا الحديث كما في النص الآتي:

(والمراد من هذا أن يخونه بعد استيفاء حقه بزيادة جزاء لخيانته، فأما استيفاء قدر حقه فمأذون له من جهة الشرع في حديث هند، فلا يدخل تحت النهي عن الخيانة^(٣)).

ومثال ذلك أيضاً ما قاله الإمام أبو بكر بن العربي بصدد عرضه أقوال العلماء في قضية جحود الوديعة: (إذا أودعك مائة وأودعته خمسين، فجحد الخمسين

(١) المحلى ٤٩٣/٦.

(٢) الحاوي ٤١٢/١٧.

(٣) شرح السنة ٢٠٦/٨.

فأجده خمسين مثلها، فإن جحدت المائة قد كنت خنت من خانك فيما لم يخنك فيه، وهو المنهي عنه، وبهذا الأخير أقول^(١).

هذا، وبعد هذا العرض العام للمسألة المطروحة مقرونة بأدلة الفريقين من المجوزين والنافين - أنتقل إلى تفصيل القضية في ضوء المذاهب الأربعة معولا على مصادرها لمزيد الاستيفاء والإيضاح:

المذهب الحنفي:

لم يتوسع فقهاء المذهب الحنفي قديما في استعمال مبدأ الظفر بالحق؛ إذ قصروا حق الاستيفاء على جنس الحق فقط، ومما يدل على ذلك: أن الإمام السرخسي - وهو من فقهاء القرن الخامس الهجري - تعرض لهذا الموضوع في مناسبات مختلفة في (المبسوط) وأكد فيها على هذا الاتجاه، كما يتبين من عباراته الآتية:

- لو ظفر صاحب الحق بجنس حقه فاستهلكه لم يغرم شيئا، فإذا ظفر بعين حقه فاستهلكه أولى أن لا يضمن شيئا^(٢).

- (صاحب الحق إذا ظفر كان له أن يأخذه من غير دفع أحد...)^(٣).

- (صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه من مال المديون يأخذه لحقه)^(٤).

- (إن من له الحق إذا ظفر بجنس حقه من ماله كان له أن يأخذه)^(٥).

(١) أحكام القرآن ١/١١٢.

(٢) المبسوط ١١/١٠٧، كتاب الغصب.

(٣) المبسوط ١٩/٧٧، باب الوكالة في الدين.

(٤) المصدر نفسه ٢٣/٤٩، باب شراء المضارب وبيعه.

(٥) المبسوط ٢٤/١٧١، كتاب الحجر.

- (صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه يكون له أن يأخذه)^(١).

ومن الأمثلة الواضحة الدالة على هذا الاتجاه: ما جاء في النص الآتي من مسألة الوديعة وجحودها في (المبسوط):

(وإذا جحد المستودع^(٢) ما عنده من الوديعة ثم أودع من ماله عند المودع مثل ذلك وسعه إمساكه قصاصا بما ذهب به من وديعته؛ لأن المال صار ديننا له على المستودع بجحوده، وصاحب الحق متى ظفر بجنس حقه من مال المديون يكون له أن يأخذه...، وكذلك إن كان المال ديننا عليه وأنكره، ثم أودعه مثله، فأما إذا أودعه شيئا من غير جنس حقه لم يسعه إمساكه عنه؛ لأن هذا بيع عند اختلاف الجنس فلا ينفرد هو به، والأول استيفاء، وصاحب الحق ينفرد بالاستيفاء)^(٣).

ويبدو من التأمل في نصوص من الفتاوى أنه لم يوجد هناك اتجاه موحد لانزعاج فيه بين فقهاء المذهب الحنفي قديما، فمنهم من عبر عن الأخذ بالحق حين الظفر به بالغضب، ومنهم من جعله قصاصا لا حرج فيه.

وجاء في شرح العلامة علي حيدر:

(إذا ظفر رب الدين بمال للمدين من جنس حقه فله أخذه بدون رضاء المدين إذا كان مطلوبه غير مؤجل، وليس له أخذ مال خلاف الجنس، كما أنه ليس له أخذ الجيد بدل الرديء)^(٤).

(١) المبسوط ١٦٥/٢٨، باب الوصية في العين والدين على بعض الورثة.

(٢) يحسن استعمال «الوديعة» إزالة للاشتباه بين المستودع والمستودع أو بين المودع والمودع.

(٣) المبسوط ١٢٨/١١.

(٤) قاله نقلا عن حاشية الطحطاوي.

(فلذلك له أن يأخذ بدلا عن عشرة دنائير مثلها، وليس له أن يأخذ بدل العشرة الدنائير فرس المدين التي تساوي عشرة دنائير بدون رضائه، كما أنه ليس له أخذ الجيد بدل الرديء .

أما عند أبي بكر الرازي فيجوز أخذ الفضة مقابل الذهب، والذهب مقابل الفضة بلا رضاء المدين استحسانا . . . (١).

ويبدو لي أن فتوى المتأخرين جاءت قريبة عما نقل من رأي الإمام الجصاص الرازي، وبذلك كأنهم رجحوا رواية، أو رأي بعض الأئمة المتقدمين في المذهب، نظرا إلى فشو العقوق، وخراب الذمم، ولمصالح أخرى .
وكانت خلاصة فتوى المتقدمين :

أن (من ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه ويستولي عليه ولو بدون حكم الحاكم، ولو كان عند مدين مدينه، ويكون بذلك قد استعمل حقه في الوصول إلى حقه) (٢).

تلك النصوص تعبر عن فتوى المذهب الحنفي في هذا الموضوع قديما كما بينت، ثم تطور الرأي لدى المتأخرين فتوسعوا، وفسحوا مجال الأخذ، ولو من غير جنس الحق .

ومما جاء في شرح العلامة الزرقا: (إن أخذ الدائن دينه من غير جنسه موقوف على بيع القاضي مال المديون وصيرورته من جنس الدين، لكن المتأخرين أفتوا

(١) درر الحكام ٣/٩٠ .

(٢) الالتزامات: ٣٨، وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٧ .

بجواز الأخذ في زمانهم إذا ظفر الدائن بغير جنس حقه من مال المديون من غير حاجة إلى أن يبيعه القاضي بجنس الدين لكثرة العقوق^(١).

فلمفتى به اليوم كما قال الإمام ابن عابدين: (جواز الأخذ من جنس الحق أو من غيره، لفساد الذمم والمماثلة في وفاء الديون)^(٢).

وجاء في شرح العلامة الطحطاوي المصري تحت عنوان (تنبيه):

(قال الحموي في شرحه نقلا عن العلامة المقدسي عن جده الأشقر عن شرح القدوري للأخصب: «إن عدم جواز الأخذ من خلاف الجنس كان في زمانهم لمطاوعتهم في الحقوق، والفتوى اليوم على جواز الأخذ عند القدرة من أي مال كان لاسيما في ديارنا مداومتهم العقوق. قال الشاعر:

عفاء على هذا الزمان فإنه . . . زمان عقوق لا زمان حقوق

وكل رفيق فيه غير مرافق . . . وكل صديق فيه غير صدوق)^(٣).

المذهب الشافعي:

اشتهر رأي الإمام الشافعي في هذا الموضوع، وهو الأخذ بالحق سواء أكان من جنسه، أم من غير جنسه، ونص على ذلك إمام المذهب، وهنا من الجدير بأن أسجل ما ذكره الإمام الماوردي عقب ذكر كلام الإمام الشافعي؛ لما فيه من الإيضاح والتنوير لرأي المذهب.

(١) شرح القواعد الفقهية: ٤٦٦، م/٩٧.

(٢) رد المختار، والدر المختار ٣/٢١٩، ٢٦٥، وانظر: فتح القدير ٤/٢٣٦.

(٣) حاشية الطحطاوي على الدر المختار ٤/٨٦، كتاب الحجر، وانظر: حاشية ابن عابدين ٣/٢٢٠.

وقال الماوردي : (وهذا صحيح ، وهو أن يكون لرجل على رجل دين فهو على ضربين :

أحدهما : أن يكون على مقر ومليء يقدر على أخذه منه متى طالبه به ، فلا يجوز لصاحب الدين أن يأخذه من مال الغريم بغير إذنه ، وإن أخذه كان آثما ، وعليه رده ، وإن كان جنس دينه ؛ لأن لمن عليه الدين أن يقضيه من أي أمواله شاء ، ولا يتعين في بعضه ، ويجري على ما أخذه حكم الغاصب على أن يرد ما أخذه ، وله أن يطالب بها وجب له ، ولا يكون قصاصا ؛ لأن القصاص يختص بما في الذمم دون الأعيان .

والضرب الثاني : أن لا يقدر صاحب الدين على قبض دينه ، فهو ضربان :

أحدهما : أن يقدر على أخذه منه بالمحاكمة .

والثاني : أن يعجز عنه .

فإن عجز عن أخذه منه بالمحاكمة ، وذلك من أحد وجهين : إما لامتناع الغريم بالقوة ، وإما لبحوده مع عدم البينة ، فيجوز لصاحب الدين أن يأخذ من مال غريمه قدر دينه سرا بغير علمه ، فإن قدر عليه من جنس حقه لم يتجاوز إلى غيره ، وإن لم يقدر عليه من جنسه جاز أن يعدل إلى غير جنسه ، سواء كان من جنس الأثمان ، أو من غير جنسها .

وإن قدر صاحب الدين على أخذه بالمحاكمة ، وعجز عنه بغير المحاكمة ، وذلك لأحد وجهين إما لمطله مع الإقرار ، أو الإنكار مع عدم وجود البينة فهو على ضربين :

أحدهما: أن يقدر على أخذ دينه سرا من جنسه فيجوز أخذه منه بغير علمه ؛ لأن إحواجه إلى المحاكمة عدوان من الغريم .

والضرب الثاني: أن لا يقدر على أخذه إلا من غير جنسه ، ففي جواز أخذه سرا بغير علمه وجهان :

أحدهما: يجوز تعليلا بما ذكرناه من عدوان الغريم ، وهو قول من زعم أن لصاحب الدين أن ينفرد ببيعه من غير حاكم .

والوجه الثاني: ليس له أخذه إلا بالمحاكمة لقدرته عليه بما يزول عنه الهم ، وهو قول من زعم أن صاحب الدين لا يجوز له بيعه إلا بالحاكم . فهذا شرح مذهبنا^(١) .

ونجد الإمام عز الدين يعرض هذا الموضوع في مناسبات مختلفة بأساليب متنوعة ، ومنها ما يلي :

- (ظفر المستحق بجنس حقه ، وبغير جنسه عند تعذر أخذه ممن هو عليه جائز ، وهذا من المصالح المباحة إلا في حق المجانين ، والأيتام ، والأموال العامة لأهل الإسلام)^(٢) .

- (إذا ظفر الإنسان بجنس حقه بهال من ظلمه فإنه يستقل بأخذه ، فإن الشارع أقامه مقام القابض والمقبض لمسيس الحاجة ، ولو بغير جنسه - جاز له أخذه وبيعه ، ثم استيفاء حقه من ثمنه ، فقد قام في قبضه مقام قابض ومقبض ، وقام في بيعه

(١) الحاوي الكبير ١٧/٤١٢ - ٤١٣ .

(٢) قواعد الأحكام ١/٩٠ ، وانظر: ٧٠/١ - ٧١ .

مقام وكيل وموكل ، وقام في أخذ حقه مقام قابض ومقبض ، فهذه ثلاث تصرفات أقامه الشارع في كل واحدة مقام اثنين^(١) .

- (من قدر على استيفاء حق له مضبوط معين فله استيفاؤه كاستيفاء المغصوب من غاصبه والمسروق من سارقه)^(٢) .

ومن الجدير بالذكر : أن فقهاء مذهبي الحنفية والشافعية أقاموا جسرا بين مسألة الظفر وبين قواعد أخرى ، وأوجدوا مناسبة فيما بينها ، كما يتضح ذلك من النصوص الآتية :

جاء في شرح القواعد للعلامة أحمد الزرقا تحت مسائل قاعدة : (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) (م/٣٩) :

(قال المتقدمون : إن الدائن ليس له استيفاء دينه من مال المديون حال غيبته إلا إذا كان من جنس حقه . . . لما كان في زمانهم من انقياد الناس إلى الحقوق ، ثم لما انتقلت عادة الناس إلى العقوق قال الفقهاء : للدائن استيفاء دينه ولو من غير جنس حقه . . . ؛ لتغير حال الناس إلى العقوق)^(٣) .

وأوردوا قول المتأخرين المذكور أنفا تفرعا على قاعدة : (العبرة للغالب الشائع لا للنادر) (م/٤٢) ، لغلبة العقوق^(٤) بين الناس ، وندرة وجود صاحب الوفاء

(١) قواعد الأحكام ١٤٩/٢ ، وانظر : الأشباه والنظائر للسبكي ٢٦٥/١ ، ٢٨٦/٢ .

(٢) قواعد الأحكام ١٦٧/٢ .

(٣) شرح القواعد الفقهية : ٢٢٧ .

(٤) ر : المصدر نفسه : ٢٣٥ .

منهم في أداء الحقوق، وتسديد الديون، كما بنوه على قاعدة: (الضرورات تبيح المحظورات) (م/٣١)^(١).

وهذا ما يستفاد من كلام الإمام العز بن عبد السلام الآتي:

قد يجوز في حال الاضطرار ما لا يجوز في حال الاختيار، كما يجوز لمن ظفر بهال غريمه الجاحد لدينه أن يأخذ من ماله مثل حقه، فإن كان من غير جنسه فله أن يأخذه ويبيعه)^(٢).

وللإمام المذكور تخریجات أخرى لمسألة الظفر منوطة بقواعد، كما يتجلى ذلك من النصوص الآتية المقتبسة من (القواعد الصغرى) له:

(قاعدة: لا توضع الأيدي على مال معصوم إلا للضرورة، أو حاجة...، كوضع الملتقط يده على اللقطة، والظافر بجنس الحق أو بغير جنسه من مال غريمه...)^(٣).

(قاعدة: لا يتولى أحد طرفي التصرف، ويستثنى منه: تصرف الآباء والأجداد في أموال الأولاد والأحفاد.

وكذلك تملك الملتقطين، وبيع الظافرين بغير جنس حقوقهم، فإنهم يتولون البيع وقبض الثمن، وإقباضه من أنفسهم، وكذلك قبضهم لجنس حقوقهم، قاموا فيه مقام قابض ومقبض)^(٤).

(١) ر: شرح القواعد الفقهية: ١٨٥.

(٢) قواعد الأحكام ١/٧٥.

(٣) الفوائد في اختصار المقاصد المسمى بالقواعد الصغرى: ٨٣.

(٤) المصدر نفسه: ٨٤.

وتعرض لها الإمام الزركشي تحت القاعدة المختلف فيها: (تعدي محل الحق إلى غيره هل يبطل به المستحق أو يبقى، وإنما يبطل الزائد خاصة)؛ إذ ذكر من فروعها ما يلي:

(الظافر بهاله إذا لم يمكنه أخذ حقه إلا بزيادة كسبيكة تزيد على حقه - لا يضمن الزائد في الأصح، كما لا يضمن كسر الباب، وثقب الدار إذا لم يصل إلا بهما)^(١).
أقول: والحقيقة أن الحكم هنا - بعدم ضمان الزائد - يجانبه الصواب لمنافاته مع القاعدة الشرعية: (الاضطرار لا يبطل حق الغير)، ثم لا بد أن تكون العقوبة بالمثل، أو بتقويمه بدون شطط، ولا عدوان، والله أعلم.

المذهب المالكي:

واختلف قول المالكية في هذا الموضوع، وفيما يلي أسجل كلام أئمة المذهب؛ لكي يتبين الراجح عندهم في هذه المسألة:

قال الإمام القرافي في (الإحكام): (من ظفر بجنس حقه، أو بغير جنسه - مع تعذر أخذ الحق ممن هو عليه - جاز له أخذه حتى يستوفي حقه).

ومشهور مذهب مالك - وقاله جماعة من العلماء - أنه لا يأخذ جنس حقه إذا ظفر به، وإن تعذر عليه أخذ حقه ممن هو عليه)^(٢).

وهذا مع ملاحظة أنه تعددت آراء أصحاب الإمام مالك في هذا الموضوع،

(١) المنثور في القواعد ١/ ٣٥٥ - ٣٥٦.

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ص ١١٢، وانظر الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٣٥،

والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٥٩.

وهي على خمسة أقوال كما ذكر القرافي في (الذخيرة)^(١) نقلا عن (عقد الجواهر الثمينة) لابن شاس، ومنها رأي يتجه إلى ما ذهب إليه الشافعية ومتأخرو الحنفية، كما يستفاد ذلك أيضا من كلام الإمام ابن العربي المالكي في ختام عرضه هذه المسألة لدى شرحه الحديث: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» إذ يقول: (فهذا موضع الأقوال المختلف فيها، والصحيح منه جواز الاقتضاء وجزاء الاعتداء: بأن تأخذ مثل ما مضى لك سواء كان من جنسه، أو من غير جنسه، وإذا اعتدلت؛ لأن ما للحاكم أن يفعله بينكما جاز لك إذا قدرت أن تفعله لنفسك مع الضرورة ما لم تخف طروء مكروه عليك في دينك أو دنياك)^(٢). وإلى هذا يشير قول القرافي: (إن كل أمر مجمع على ثبوته وتعين الحق فيه، ولا يؤدي أخذه لفتنة، ولا تشاجر، ولا فساد عرض، أو عضو - فيجوز أخذه من غير رفع للحاكم)^(٣).

المذهب الحنبلي:

ذكر العلامة ابن مفلح أن: (من كان له على إنسان حق ولم يمكنه أخذه بالحاكم، وقدر على مال له لم يجز أن يأخذ إلا قدر حقه)^(٤).

وقال الإمام ابن تيمية حين سئل عن الرجل يكون له على الرجل دين فيجحد، أو يغصبه شيئا، ثم يصيب له مالا من جنس ماله فهل له أن يأخذ منه مقدار حقه؟ فأجاب: (وأما إذا كان لرجل عند غيره حق من عين، أو دين فهل

(١) ٢١٣/٨.

(٢) عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي ٢١/٦.

(٣) الفروق ٧٦/٤ - ٧٧، الفرق الثالث والثلاثون والمائتان بين قاعدة ما يحتاج للدعوى وبين

قاعدة ما لا يحتاج إليها.

(٤) المبدع ٩٧/١٠.

يأخذه، أو نظيره بغير إذنه؟ فهذا نوعان :

١- أن يكون سبب الاستحقاق ظاهرا لا يحتاج إلى إثبات مثل : استحقاق المرأة النفقة على زوجها، أو استحقاق الولد أن ينفق عليه والده، أو استحقاق الضيف الضيافة على من نزل به، فهنا له أن يأخذ بدون إذن من عليه الحق بلا ريب . وهكذا من علم أنه غصب ماله غصبا ظاهرا يعرفه الناس فله أخذ المغصوب أو نظيره من مال الغاصب . وكذلك لو كان له دين عند الحاكم، وهو يملكه فأخذ من ماله بقدره، ونحو ذلك .

والثاني: أن لا يكون سبب الاستحقاق ظاهرا، مثل أن يكون قد جحد دينه، أو جحد الغصب، ولا بينة للمدعي، فهذا فيه قولان :
أحدهما: ليس له أن يأخذ، وهو مذهب مالك، وأحمد .

والثاني: له أن يأخذ، وهو مذهب الشافعي، وأما أبو حنيفة فيسوغ الأخذ من جنس الحق؛ لأنه استيفاء، ولا يسوغ الأخذ من غير الجنس؛ لأنه معاوضة فلا يجوز إلا برضا الغريم^(١) .

ومن الملاحظ هنا أن مذهب الإمام أبي حنيفة هو كما ذكر شيخ الإسلام في هذا النص، ولكن المفتى به لدى المتأخرين يعبر عن التوسع في الموضوع كما سلف . وكذلك مذهب المالكية ذكر على القول المشهور، ولكن الراجح المعتمد لدى متأخري الفقهاء هو مثل مذهب الحنفية .

(١) فتاوى شيخ الإسلام ٣٠/٣٧١ - ٣٧٢ .

ومن الجدير بالذكر أن العلامة السعدي الحنبلي تعرض لهذا الموضوع ، وصاغه صياغة في صورة قاعدة إذ يقول :

(من له الحق على الغير ، وكان سبب الحق ظاهرا ، فله الأخذ من ماله بقدر حقه إذا امتنع ، أو تعذر استئذانه ، وإن كان السبب خفيا فليس له ذلك .

للأول أمثلة منها : إذا امتنع الزوج من النفقة الواجبة على زوجته ، فلها الأخذ من ماله بمقدار نفقتها ، ونفقة أولادها الصغار . . .

ومثال الثاني : من له دين على آخر من قرض ، أو ثمن مبيع ، أو قيمة متلف ، أو غيرها من الحقوق التي تحفى ، فهذا إذا امتنع المطلوب من الوفاء فليس لصاحب الحق الأخذ من ماله بغير إذنه ؛ لأنه وإن كان له حق لكنه في هذه الحال ينسب إلى خيانة ، وفيه أيضا : سد لباب الشر والفساد كما هو معروف لحديث : « أد الأمانة إلى من ائتمنك ، ولا تخن من خانك » . وهذا القول المتوسط بين قول من أجاز ذلك مطلقا ، ومن منع مطلقا هو مذهب الإمام أحمد ، وهو أصح الأقوال ، وهو الذي تدل عليه الأدلة الصحيحة الموافقة لأصول الشريعة وحكمها^(١) .

وهذا مستفاد ومستخلص من كلام الإمامين ابن تيمية وابن القيم .

جاء في (إغاثة اللهفان) عقب هذا الترجيح ما نصّه كالآتي :

(وهذا القول أصح الأقوال وأسدّها ، وأوفقها لقواعد الشريعة

(١) قواعد السعدي : ٩٥ - ٩٦ ، القاعدة السادسة والأربعون . وانظر لمزيد التفصيل لهذا الموضوع في المذهب الحنبلي: المغني ٣٣٩/١٤ - ٣٤٠ ، والقواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص ٣٠٨ ، وكشاف القناع ٦/٣٥٧ .

وأصولها، وبه تجتمع الأحاديث^(١).

وتصدى العلامة ابن حزم الظاهري لهذا الموضوع، وأبدى فيه رأيا يشوبه التصلب مثل آرائه الكثيرة؛ إذ يرى وجوب الأخذ عند الظفر بالحق، وهالك نص كلامه:

(مسألة: ومن غصب آخر مالا، أو خانه فيه، أو أقرضه، فمات ولم يشهد له به، ولا بينة له، أو له بينة فظفر للذي حقه قبله بهال، أو ائتمنه عليه سواء كان من نوع ماله عنده، أو من غير نوعه، وكل ذلك سواء، وفرض عليه أن يأخذه ويجهد في معرفة ثمنه، فإذا عرف أقصاه باع منه بقدر حقه، فإن كان في ذلك ضرر، فإن شاء باعه وإن شاء أخذه لنفسه حلالا.

وسواء كان ما ظفر له به جارية، أو عقارا، أو غير ذلك، فإن وفي بهاله قبله فذاك، وإن لم يف بقي حقه فيما لم يتتصف منه، وإن فَضَلَ فَضْلٌ رده إليه، أو إلى ورثته، فإن لم يفعل ذلك فهو عاص لله عز وجل إلا أن يحلله ويبرئه فهو مأجور...، وهو قول الشافعي، وأبي سليمان، وأصحابهما.

وكذلك عندنا: كل من ظفر لظالم بهال ففرض عليه أخذه، وإنصاف المظلوم منه^(٢).

وعقب هذا التفصيل ساق أدلة برهن بها على صحة هذا الرأي وهي ما سلف ذكرها في هذا البحث، وليس بخاف على المتأمل أن القول بالوجوب هو أضعف

(١) إغائة اللهفان من مصائد الشيطان ٢/١٠٠.

(٢) المحلى ٦/٤٩٠ - ٤٩١.

الآراء المعروضة هنا؛ إذ لا يجب على الإنسان أن يستوفي حقه، لا شرعاً، ولا عقلاً.

ربط الموضوع بالقضاء

وهنا لعله من المناسب أن أوضح الموضوع بطرح سؤال، وهو أن الفقهاء لماذا قيدوا استيفاء الدائن حقه من المديون الممتنع عن الأداء بجنس الحق، ثم ربطوه بالقضاء والمرافعة، مع أن الدائن لا يأخذ سوى حقه الثابت كما هو مقرر في القواعد أنه: (لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي)؟ (م/٩٧).

فيجاب عن ذلك: إن السبب الشرعي يكون قويا، ويكون ضعيفا، فالسبب القوي لا يحتاج في تجويز الأخذ إلى قضاء القاضي، وذلك هو الكثير الغالب مثل ثمن البياعات، وبدل الإجارة إذا صار ديناً في الذمة...

والسبب الضعيف لا يجوز الأخذ معه بدون رضا من عليه الحق إلا بقضاء القاضي، وذلك كأخذ الشفيح العقار المبيع بالشفعة...

ف نجد الفقهاء قديماً وضعوا مسألة الظفر تحت إطار المسائل الراجعة إلى السبب الضعيف؛ ولذلك ربطوها بالقضاء^(١).

ولمزيد من الإيضاح لا بأس أن أنقل هنا ما جاء في (الموسوعة):

تنقسم الحقوق من حيث استيفائها إلى ثلاثة أقسام:

الأول- ما لا بد فيه من الرفع إلى القضاء باتفاق الفقهاء، كتحصيل العقوبات، وما

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية: ٤٦٥ - ٤٦٦.

يخاف من استيفائه الفتنة: كالحقوق المتعلقة بالنكاح، واللعان، والطلاق بالإعسار، والإضرار، وذلك لحظرها^(١). وكذلك ما كان من الحقوق مختلفا في أصل ثبوته.

الثاني- ما لا يحتاج إلى القضاء باتفاق الفقهاء، كتحصيل الأعيان المستحقة، وتحصيل نفقة الزوجة والأولاد^(٢).

الثالث- ما اختلف في جواز تحصيله من غير قضاء كاستيفاء الديون^(٣).

فهنا يلاحظ أن موضوع استيفاء الدين بناء على قاعدة الظفر مختلف فيه بين الفقهاء، والظاهر أن ربطه بالقضاء معلل بدرء الفتنة من النزاع المستطير بين الفريقين، وسد الذريعة إلى إعطاء الفرصة للمستغلين الطامعين تحت ستائر وطرائق ملتوية باسم الظفر بالحق، ولذلك كان رأي الموسوعة وجيها في هذا الموضوع كما جاء في النص الآتي:

(واللجنة ترى أن القول بجواز أخذ صاحب الحق مثل حقه من غير رضا ولا حكم حاكم إنما يكون عند أمن الفتنة وإلا لم يجوز؛ لأن درء الفتنة من مقاصد الشريعة المقررة)^(٤).

-
- (١) البحر الرائق ١٩٢/٧، وتهذيب الفروق ١٢٣/٤ - ١٢٤، وقلوبي وعميرة ٣٣٤/٤.
 (٢) البحر الرائق ١٩٢/٧، تهذيب الفروق ١٢٣/٤ - ١٢٤، ومنح الجليل ٣٢١/٤، وتحفة المحتاج ٢٨٦/١٠، وكشاف القناع ٢١١/٤، الموسوعة ٤٦/١٨ - ٤٧.
 (٣) البحر الرائق ١٩٢/٧ - ١٩٣، والمغني ٢٣٠/١٢، منح الجليل ٣٢١/٤.
 (٤) الموسوعة ١٥٣/٤.

الرأي الراجح في المسألة :

رأي الحنفية المتأخرين والشافعية، ورواية في المذهب المالكي، وقد اختاره الإمام البخاري^(١) أيضاً، وهو القول بجواز استيفاء الحق عند الظفر به، سواء كان من جنس الدين أو من غير جنسه، بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى شر أكبر وفتنة بين الفريقين، فإذا كان يتوقع ذلك من القرائن فحينئذ يجب الرجوع إلى القضاء، وهذا ينسجم مع رأي لجنة موسوعة الكويت الأنف الذكر.

وبهذا يجمع بين الأقوال والتعليقات المذكورة في هذا البحث، ويمكن أن يعد هذا الموضوع مستثنى من القواعد العامة، والحكمة في مشروعيته أن الشريعة كلها مصالح من رب الأرباب لعباده^(٢).

ومن الفروع المنوطة بهذا الموضوع ما ذكره الحافظ ابن حجر في النص الآتي من مسائل الرهن: ذهب الأوزاعي والليث وأبو ثور إلى أنه إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون، فيباح حينئذ للمرتهن الإنفاق على الحيوان حفظاً لحياته ولإبقاء المالية فيه، وجعل له في مقابلة نفقته الانتفاع بالركوب، أو شرب اللبن بشرط أن لا يزيد قدر ذلك أو قيمته على قدر علفه، وهي من جملة مسائل الظفر^(٣).

ومن المسائل المعاصرة التي يمكن تحريجها على هذا الأصل: ما يتعلق بفتح

(١) انظر: فتح الباري مع صحيح البخاري ١٠٧/٥ - ١٠٨، باب قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه.

(٢) قواعد الأحكام ١٦٨/٢.

(٣) فتح الباري ١٤٤/٥.

الاعتماد المستندي، فعلى سبيل المثال: إذا أصر الموكل (في مسألة فتح الاعتماد) على الامتناع عن الدفع بغير حق وتعذر الاستيفاء منه، كان للمصرف حق التصرف في البضاعة؛ ليستوفي حقه بأن يبيع منها بقدر الحاجة، والله أعلم بالصواب.

ولا بأس أن أشير هنا إلى أن القانون الإنجليزي أخذ بمبدأ الظفر بالحق (Self Help)، ولكنه ضيق دائرته، وقصره على العقار دون المنقول، مع تقييد استعمال هذا الحق بشروط قانونية معينة^(١).

(١) انظر: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي: ٢٨٩.

(٤)

القواعد الفقهية العامة
التي تتخرج عليها مسائل من المعاملات
المالية

الأحكام تجري على الظاهر فيما يعسر أو يتعذر الوقوف على

حقيقته (١)

الاحتكام إلى الظاهر - ولا سيما فيما لا يمكن الوقوف على حقيقته - من الأصول المهمة في التشريع الإسلامي، وتتمثل فيه روعة التشريع وحكمته في سد طرائق الخصومة ومنازعتها، ولا يمكن أن يستتب نظام الحياة في شتى جوانبها، ولا سيما في المعاملات والأفضية إلا بإجراء الحكم على الظاهر، وفي ذلك رفع للحرج وتيسير كبير، إذ لولا ذلك لكان الجدل بين البشر طويلاً وعقياً، ومن ثم إن رسم الحدود، ووضع التصب يعتبر خطة رشيدة تعالج بالسير عليها المرافعات والقضايا، غير أنه قد يكون الظاهر غير منظور إليه عند ثبوت البينة خلافه، أو إذا ثبت الحكم به منافياً لمقصد من مقاصد الشارع، أو إذا تبين كونه مبنيًا على خطأ فاحش، أو أساس غير سليم، ونجد للفقهاء كلمات رشيقة ترشد إلى حقيقة هذه القاعدة، ومن أنفسها ما قاله الإمام الشافعي كما في النص التالي:

(الأحكام على الظاهر والله ولي المغيب ومن حكم على الناس بالإلزام^(٢)):

جعل لنفسه ما حظر الله تعالى عليه ورسوله ﷺ؛ لأن الله عز وجل إنما يولي الثواب

(١) انظر كتاب الأم ١٢٠/٤، وانظر: فتح الباري لابن حجر ٣٠٢/٥، وقد عبر عن هذا

الأصل بقوله: «المعاملات على الظواهر، والمعلوم الباطن خفي، لا يعلق عليه الحكم».

(٢) أركنه: ... تفرسه، وظنه. القاموس المحيط، باب النون، فصل الزاي.

والعقاب على المغيب؛ لأنه لا يعلمه إلا هو جل ثناؤه، وكلف العباد أن يأخذوا من العباد بالظاهر... (١).

ويقول الإمام الخطابي: (باب الحكم بالظاهر باب واسع لا ينكره عالم) (٢).

ومن الملاحظ أن تنبيه النبي ﷺ أحد الصحابة - رضي الله عنهم - بقوله الزاجر البليغ: «أفلا شققت قلبه؟» فيه توجيه إلى اعتبار هذا الأصل الناطق بأن الله تولى السرائر، ورد أحكام الناس في الدنيا إلى الظاهر الذي يدركه بعضهم من بعض (٣)؛ ولذلك تجد الإمام الخطابي ينص عليه بصدد تعليقه على هذه الكلمة النبوية بالصيغة الآتية:

(الحكم إنما يجري على الظاهر، وإن السرائر موكولة إلى الله سبحانه وتعالى) (٤).

كما عبر عنه في موضع آخر بقوله: (إن الحكم بظاهر الكلام، وأنه لا يترك الظاهر إلى غيره ما كان له مساع، وأمكن فيه استعمال) (٥).

مما يدل على هذا الأصل قول النبي ﷺ: «إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً بقوله فإنما أقطع له قطعة من

(١) كتاب الأم ٤/١٢٠.

(٢) معالم السنن ٢/٢١٢.

(٣) شرح مشكل الآثار للطحاوي ٢/٤٠٩.

(٤) معالم السنن ٣/٤٣٤.

(٥) المصدر نفسه ٧/١٣.

النار فلا يأخذها»^(١). ففيه توجيه إلى أن الأحكام في الدنيا مرتبة على الظواهر، مع التنبيه الزاجر إلى أن حكم القاضي لا يسوّغ للظالم أخذ ما لا يستحقه من حق أخيه، فإن الله عليم بالسرائر .

وقد نبه الإمام الشاطبي إلى هذه القاعدة أثناء عرضه موضوع ترتيب المسببات على الأسباب الموضوعة شرعا وأكد على أهميتها إذ يقول:

(فمن التفت إلى المسببات من حيث كانت علامة على الأسباب في الصحة أو الفساد . . . ، فقد حصل على قانون عظيم يضبط به جريان الأسباب على وزان ما شرع أو على خلاف ذلك، ومن هنا جعلت الأعمال الظاهرة في الشرع دليلا على ما في الباطن، فإن كان الظاهر منخرما حكم على الباطن بذلك، أو مستقيما حكم على الباطن بذلك أيضا، وهو أصل عام في الفقه، وسائر الأحكام العاديات والتجريبيات، بل الالتفات إليها من هذا الوجه نافع في جملة الشريعة جدا، والأدلة على صحته كثيرة جدا، وكفى بذلك عمدة أنه الحاكم بإيمان المؤمن، وكفر الكافر، وطاعة المطيع، وعصيان العاصي، وعدالة العدل، وجرحه المجرّح، وبذلك تنعقد العقود، وترتبط الموثائق، إلى غير ذلك من الأمور، بل هو كلية التشريع، وعمدة التكليف، بالنسبة إلى إقامة حدود الشعائر الإسلامية الخاصة والعامة)^(٢).

وإلى تلك المعاني ألمع العلامة تاج الدين السبكي بقوله الجامع:
(من محاسن الشرع ضبط الأحكام بالأسباب الظاهرة، وإقامتها عللا يدور

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (كتاب الشهادات) ٣/١٦٢، عن أم سلمة -رضي الله عنها-.

(٢) الموافقات ١/٢٣٣.

الحكم معها وجودًا وعدمًا^(١).

وليس بخافٍ ما لهذا الأصل من أثر عميق في المعاملات المالية، يقول العلامة أحمد إبراهيم: (الأصل أن تحمل العقود على أسبابها الظاهرة التي يظهر أنها غرض المتعاقدين حتى إذا قام دليل، أو قرينة على أن حقيقة الأمر غير ظاهره وجب التمسك بالحقيقة، والأمر في هذا موكول إلى القضاء)^(٢).

ومن الأصول المتفرعة عن تلك القاعدة العامة قول الفقهاء في مواطن النزاع بين المتعاقدين - (كل من اعتصم بالظاهر فالقول قوله)^(٣).

أما تفاريع هذا الأصل فهي لا تقف عند حدّ، وما ورد منها في كتب الفقه فهي عبارة عن نظائر يمكن فهم القاعدة في ضوءها؛ لأن القاعدة عملية واقعية تمتد فروعها مع تجدد القضايا المرتبطة بهذا الموضوع، فمن فروعها المذكورة:

(إذا اختلف البيّع - أي البائع - والمشتري في عيب يحدث مثله، فقال البيّع: حدث عندك، وقال المشتري: حدث عندك، فالقول قول البيّع مع يمينه، وإنما كان القول قول البيّع؛ لأن الأصل فيه الصحة (واللزوم)، والعيب حادث، فالقول قول مدّعي الأصل، معتصم بالظاهر، وإن أقام المشتري البينة قبلت بينته،

(١) الأشباه والنظائر للسبكي ١٨٨/٢.

(٢) الالتزامات ص ١٠٠.

(٣) شرح الجصاص على مختصر الطحاوي ٢١٣/١ (نسخة مرقونة خاصة).

لقوله ﷺ: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه»^{(١)(٢)}

والأصل في جميع ذلك أن كل من اعتصم بالظاهر، فالقول قوله، ومن ادعى خلاف الظاهر فعليه البينة .

وإن شئت قلت: إن من ادعى أمرًا حادًا فهو المدعى، وعليه البينة، ومن أنكره فهو المدعى عليه، والقول قوله مع يمينه^(٣).

ومنها: (لو ادعى الراهن هلاك الرهن، فقال المرتهن: لم يهلك، فالقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأن الرهن كان قائمًا والأصل في الثابت بقاؤه، فالمرتهن يستصحب حالة القيام، والراهن يدعي زوال تلك الحالة، والقول قول من يدعي الأصل؛ لأن الظاهر شاهد له، ولأن الراهن بدعوى الهلاك يدعي على المرتهن استيفاء الدين وهو منكر، فكان القول قوله مع يمينه^(٤)).

ويجب التنبيه ختامًا إلى أن هذه القاعدة منسجمة مع قاعدة (المجلة): (دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه) المشروحة سلفًا من حيث مآل الموضوع وتخريج كثير من الفروع، والله أعلم .

(١) شرح الجصاص على مختصر الطحاوي ١/١٤٧ - ١٤٨، والحديث الوارد في هذا النص فهو في سنن الترمذي، باب ما جاء في أن البينة على المدعي ٣/٦٢٦، وقال: هذا حديث في إسناده مقال، البيهقي ١٠/٢٥٢، وإسناده هذا الحديث حسن أو صحيح، كما قال الإمام النووي -رحمه الله- في شرح صحيح مسلم ٣/١٢٠ ولفظ: «اليمين على المدعى عليه» هو في صحيح البخاري، الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه ٥/٢٨٠، وصحيح مسلم الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه ٣/١٣٣٦، وانظر التلخيص الخبير ٤/٢٠٨، وفي المجلة: البينة على المدعي واليمين على المنكر.

(٢) وفي قواعد المجلة م/٧٧: (البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل).

(٣) المصدر نفسه ١/٢١٣.

(٤) بدائع الصنائع ٦/١٥٤.

الأصل في الأشياء الإباحة

هذه قاعدة أصولية فقهية معروفة، يستند إليها في تحقيق كثير من الأحكام، وبنائها الفقهاء على نصوص شرعية كثيرة تدل على رسوخها، وأثرها في الفقه الإسلامي، وهي من الأصول القويمة الدالة على اليسر والسباحة في التشريع الإسلامي.

وقد ألمع إليها الإمام أبو جعفر الطحاوي (٢٣٩ هـ - ٣٢١ هـ) قديماً، إذ يقول: (الأشياء كلها على طلقها^(١) وعلى حلّها حتى يُحدث الله تعالى فيها التحريم، فتعود حراماً)^(٢).

وقال الإمام ابن تيمية مشيداً بشأن هذه القاعدة:

اعلم أن الأصل في جميع الأعيان الموجودة على اختلاف أصنافها، وتباين أوصافها أن تكون حلالاً للأدميين، وأن تكون طاهرة لا يحرم عليهم ملابستها، ومباشرتها، ومماستها، وهذه كلمة جامعة، ومقالة عامة... عظيمة النفع، واسعة البركة، يفرع إليها حملة الشريعة فيما لا

(١) «الطلق - بالكسر - : الحلال، وهو لك طلقاً، وأنت طلق منه: خارج بريء». القاموس المحيط، باب القاف، فصل الطاء.

(٢) شرح مشكل الآثار ٤/١٣٨، وانظر: ٤/١٢٦.

يحصى من الأعمال، وحوادث الناس^(١).

وقد شاعت هذه القاعدة بتعبير آخر أيضا وهو: (الأصل في المنافع الحل، وفي المضار التحريم). ويمكن أن يقال: (الأصل في الأشياء الحل إلا أن يكون فيه مضرة)^(٢).

وهناك آيات من كتاب الله الكريم أرشدت إلى تقرير هذا الأصل.

ومنها قوله تعالى:

١ - ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾^(٣).

٢ - ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾^(٤).

٣ - ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ﴾^(٥).

وجه الدلالة في الآية الأولى أن الله تبارك وتعالى خلق جميع ما في الأرض للناس، وجعلهم مملكين مُمكنين لجميع ما فيها من المنافع، وخص من ذلك بعض الأشياء فحرمها، وهي الخبائث؛ لما فيها من المضار، فبقى الباقي مباحا بموجب الآية^(٦)، كما خص منها الأموال المملوكة بالإجماع، وبمثل قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ الآية^(٧).

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٥٢٥/٢١.

(٢) تحفة الأحوذى بشرح الترمذى ٣٣١/٤.

(٣) البقرة: ٢٩.

(٤) الأعراف: ٣٢.

(٥) المائدة: ٤.

(٦) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٥٣٥/٢١.

(٧) التوبة: ١٠٣.

ومقتضى الآية الثانية حل جميع المنافع إذ الخطاب فيها ورد على طريق الإنكار لمن حرم زينة الله من الثياب وكل ما يتجمل به، وكذلك الطيبات من الرزق أي المستلذات من المآكل والمشرب . . . ، فدلّت الآية الكريمة على أن الأصل في هذه الأشياء الإباحة، إذ الاستفهام في «من» للإنكار^(١).

كما دلت الآية الكريمة الثالثة أيضا على اعتبار هذا الأصل. قال العلامة الجصاص الرازي عند تفسير هذه الآية: (جائز أن يحتج بظاهره في إباحة جميع الأشياء المستلذة إلا ما خصه الدليل)^(٢).

ومن الأحاديث الشريفة التي يمكن الاستناد إليها في تأصيل هذه القاعدة: ما ورد عن أبي الدرداء - رضي الله عنه - أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «ما أحل الله في كتابه فهو حلال وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن لينسى شيئا، ثم تلا قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾»^(٣).

وفي سنن أبي داود، عن ابن عباس، قال: «كان أهل الجاهلية يأكلون أشياء، ويتركون أشياء تقذرا، فبعث الله نبيه ﷺ، وأنزل كتابه، وأحل حلاله، وحرم حرامه، فما أحل فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، وتلا:

(١) سلم الوصول للمطيعي ٤/٣٥٣ - ٣٥٤.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٢/٣١٢.

(٣) أخرجه البزار في المسند (كشف الأستار ح ٢٢٣١)، والدارقطني في سننه ٢/١٣٧، والحاكم في المستدرک ٢/٣٧٥، قال البزار: إسناده صالح، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٧/٥٨: رواه البزار ورجاله ثقات.

﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا ﴾^(١) إلى آخر الآية^(٢).

ففيها دلالة ظاهرة على أن الأصل في الأشياء المسكوت عنها الإباحة والحل .
وقد تصدى الإمام ابن عبد البر المالكي لهذه القاعدة في مناسبات مختلفة من
(التمهيد) وعصدها في الغالب بالدليل ، ومنها ما يلي :

عن عبد الله بن عمر ، أن رسول الله ﷺ كان يلبس خاتما من ذهب ، ثم قام
رسول الله ﷺ فنبذه ، وقال : « لا ألبسه أبدا ، قال : فنبذ الناس خواتمهم » .

قال الإمام ابن عبد البر : (وفي هذا الحديث دلالة على أن الأشياء على الإباحة ،
حتى يرد الشرع بالمنع منها ، ألا ترى أن رسول الله ﷺ كان يتختم بالذهب ، وذلك
- والله أعلم - على ما كانوا عليه ، حتى أمره الله بما أمره به من ترك التختم بالذهب ،
فنهى رسول الله ﷺ عن التختم بالذهب للرجال)^(٣) .

ومنها ما أخرجه : (مالك ، عن زيد بن أسلم ، عن ابن وعله المصري ، أنه سأل
ابن عباس عما يعصر من العنب ، فقال ابن عباس : أهدي رجل لرسول الله ﷺ
راوية خمر ، فقال له النبي ﷺ : «أما علمت أن الله حرمها؟ قال : لا ، قال : فسارّه
إنسان إلى جنبه ، فقال ﷺ : بم ساررتة؟ قال : أمرته ببيعها ، فقال رسول الله ﷺ :
«إن الذي حرم شربها ، حرم بيعها ، فقال : ففتح المزادتين حتى ذهب ما فيها » .

(١) الأنعام : ١٤٥ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ٣/٣٦٦ كتاب الأطعمة ، باب ما لم يذكر تحريمه ، ح ٣٨٠٠ ،
والحاكم في المستدرک ٢/٣١٧ ، وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه
هذه السياقة ، ووافقه الذهبي .

(٣) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ١٧/٩٥ .

وفي هذا الحديث دليل أن الخمر لم تكن حراما حتى نزل تحريمها ، وفي سياقة الحديث ما يدل على أن ما سكت الله عن تحريمه فحلال ، وأن أصل الأشياء على الإباحة حتى يرد المنع ، ألا ترى أن المهدي لراوية الخمر في هذا الحديث إنما أهداها اعتقادا منه للإباحة^(١) .

ونبه عليها في مواضع من (الاستذكار) أيضا ، ومنها قوله : «الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقرع السمع ما يوجب الحظر»^(٢) .

ولكنه ينبغي التنبيه إلى أن أصل الإباحة ، والجواز ليس على الإطلاق .

فمثلا إباحة عقود البيوع والإيجارات وغيرها تستلزم الانتفاع الخاص بكل واحد منها^(٣) .

وجاء في كلام الإمام الشاطبي :

(ومن قال : الأصل الإباحة أو العفو فليس ذلك على عمومه باتفاق ، بل له مخصصات ، ومن جملتها أن لا يعارضه طارئ ولا أصل)^(٤) .

(١) التمهيد ٤/١٤٠ - ١٤٢ .

(٢) الاستذكار ١٠/٢٩٥ ، وانظر : المصدر نفسه ١٦/٨٠ ، ٢٦/٢٨١ ، والمغني (طبعة جديدة) ١٢/٥١٤ .

(٣) الموافقات ١/١٩٢ .

(٤) المصدر السابق ١/١٨٦ .

الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا

هذه قاعدة أصولية فقهية مهمة جدًا تكشف عن مدى صلة الأحكام بعلمها ثبوتًا وعدمًا، وتقرر المبدأ الأساسي، وهو أن الأصل في الأحكام التعليل، الذي فتح عين الفقه بل هو لباب الفقه، لكونه محققًا مقاصد الشرع الحكيم من النصوص، ولذا (إن الحكم إذا ورد في الشريعة وظهر تعليله وعلمت فائدته- وجب البناء عليها وتعين العمل بها)^(١).

قال العلامة السعدي منوهاً بأهمية هذه القاعدة: (وهذه قاعدة عظيمة واسعة تحيط أو تكاد تحيط بأحكام الشريعة، وعلّة الحكم هي الحكمة الشرعية في سبب الأمر به، أو النهي عنه، أو الإباحة، والله حكيم، له الحكمة في كل ما شرعه لعباده من الأحكام، وقد ينص الشارع على الحكمة، وقد يستنبطها العلماء بحسب معرفتهم لمقاصد الشارع العامة والخاصة، وقد يتفقون عليها بحسب ظهورها، وقد يتنازعون فيها، وقد يكون للحكم عدة علل متى وجد واحدة منها ثبت الحكم، وقد تكون عدة أوصاف لا تتم إلا باجتماعها، والقليل من الأحكام لا يفهم العلماء لها حكمة بينة، ويسمونها الأحكام التعبدية أي: علينا أن نتعبد به، وإن لم نفهم حكمته)^(٢).

(١) القبس شرح الموطأ لابن العربي ٢/ ٨٥٤، الشفعة.

(٢) القواعد والأصول الجامعة ص ١١٠ - ١١١، القاعدة الثامنة والخمسون.

فالعلل منوطة بالمقاصد المبنية على المصالح، أو يمكن أن يقال: إن فكرة المصلحة هي بيت القصيد في مقاصد الشريعة، وإلى هذا ألع الإمام ابن القيم بقوله: (والشرائع مبناها على رعاية مصالح العباد، وعدم الحجر عليهم فيما لا بد لهم منه، ولا تتم مصالحهم في معاشهم إلا به) (١).

ومن شواهد هذه القاعدة في السنة المطهرة أن الدواجن والدواب: (الجلالة التي تأكل النجاسة قد نهى النبي ﷺ عنها، فإذا حبست حتى تطيب، كانت حلالاً باتفاق المسلمين؛ لأنها قبل ذلك يظهر أثر النجاسة في لبنها، وبيضها، وعرقها، فيظهر نتن النجاسة وخبثها، فإذا زال ذلك، عادت طاهرة، فإن الحكم إذا ثبت بعلّة، زال بزوالها) (٢).

ومما يستأنس به أيضاً في تقرير هذا الأصل ما أخرجه أصحاب الصحاح الستة عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «نهى النبي ﷺ أن يقرن الرجل بين التمرتين جميعاً حتى يستأذن أصحابه» (٣).

فالنهي عن الإقران - وهو عبارة عن تناول التمرتين مرة واحدة - معلل بعلّة قائمة في تلك الظروف التي أحاطت بجمهور الصحابة - رضي الله عنهم - من شظف العيش، وقلة المواد الغذائية.

(١) زاد المعاد ٥/٨١٠.

(٢) المسائل الماردينية لابن تيمية ص ٣٦، ر: المصدر نفسه ص ٤٩ وانظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٥٠٣/٢١.

(٣) مختصر سنن أبي داود للمنذري ومعالم السنن ٥/٣٣٢، واللفظ للبخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري ٥/١٣١.

ويحسن أن أقتبس هنا كلام الإمام الخطابي الذي جاء تعليقا على الحديث المذكور ؛ لما فيه من إيضاح المراد إذ يقول :

«وإنما جاء النهي عن القران لمعنى مفهوم وعلة معلومة، وهي ما كان عليه القوم من شدة العيش، وضيق الطعام وإعوازه، وكانوا يتجاوزون في المأكل ويواسون من القليل، فإذا اجتمعوا على الأكل تجافى بعضهم عن الطعام للبعض، وأثر صاحبه على الطعام، غير أن الطعام ربما يكون مشفوها - أي قليلا -، وفي القوم من بلغ به الجوع الشدة، فهو يشفق من فئائه قبل أن يأخذ حاجته منه، فربما قرن بين التمرتين وأعظم اللقمة ؛ ليسد به الجوع ؛ ويشفي به القرم، فأرشد النبي ﷺ إلى الأدب فيه، وأمر بالاستئذان ؛ يستطيب به نفس أصحابه، فلا يجدوا في أنفسهم من ذلك إذا رأوه قد استأثر به عليهم .

أما اليوم فقد كثر الخير، واتسعت الحال، وصار الناس إذا اجتمعوا تلاطفوا على الأكل، وتحاضوا على الطعام، فهم لا يحتاجون إلى الاستئذان في مثل ذلك، إلا أن يحدث حال من الضيق والإعواز تدعو الضرورة فيها إلى مثل ذلك، فيعود الأمر إذا عادت العلة، والله أعلم»^(١).

كما نجد الإمام ابن عبد البر يستوحي معاني هذه القاعدة من الحديث الآتي :

(عن أنس بن مالك : «أن النبي ﷺ أتى بلحم فقال : ما هذا؟ فقالوا : شيء تُصدّق به على بريرة، قال : هو لها صدقة، ولنا هدية» .

قال أبو عمر: وفي قوله: « هو عليها صدقة ، وهو لنا هدية » دليل على أن ما لم يحرم لعينه كالميتة والخنزير والدم ، والعذرات ، وسائر النجاسات وما أشبهها ، وحرم لعله عرضت من فعل فاعل إلى غيره من العلل ، فإن تحريمه يزول بزوال العلة ، ألا ترى أن الدرهم المغصوب والمسروق حرام على الغاصب والسارق من أجل غصبه له ، وسرقته إياه ، فإن وهبه له المغصوب منه والمسروق منه طيبة به نفسه حل له ، وهو الدرهم بعينه^(١) .

وهي قاعدة كثيرة الدوران على أقلام الفقهاء في مواطن التعليل ، وصياغاتها متقاربة ومنها ما يلي :

(زوال علة الحكم موجب لزواله)^(٢) .

(إذا زالت العلة زال الحكم)^(٣) .

(العلة تدور مع معلولها وجودًا وعدمًا ، فحيث وجدت العلة وجد الحكم ، وحيث تنتفي العلة ينتفي الحكم)^(٤) .

(إذا ارتفعت العلة ارتفع معلولها)^(٥) .

(الأحكام تدور مع عللها وجودًا وعدمًا)^(٦) .

(١) التمهيد ١٠٤/٣ .

(٢) الحاوي للهاوردي ٢٤٢/٩ .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٣٠٩/١ ، ٤٩٩ ، وعارضة الأحوذى ٢٩٨/٥ .

(٤) المعيار للونشريسي ٢٣٧/١ .

(٥) عدة البروق للونشريسي ص ٢٣٩ .

(٦) مغني المحتاج ٢/٢٦٠ .

(إذا انتفت خاصة الشيء انتفى ذلك الشيء)^(١).

ولأهمية هذا الموضوع عقد الإمام عز الدين بن عبد السلام فصلاً في مناسبة العلل لأحكامها وزوال الأحكام بزوال أسبابها، وبصدد عرضه يقول:

والأصل أن تزول الأحكام بزوال عللها . . . ، فإذا انقلب العصير خمراً زالت طهارته، فإذا انقلب الخمر خلا زالت نجاستها، وكذلك الصبا، والسفه، والإغماء، والنوم، والجنون أسباب لزوال التكليف ونفوذ التصرف، فإذا زالت حصل التكليف ونفذ التصرف، وكلما عاد النوم، أو الإغماء، أو الجنون زال التكليف بزوال علته، وكذلك يثبت التصرف بحصول الملك، ويزول بزواله . . . ، ثم ختم الفصل بوضع فائدة مهمة وهي قوله: (إذا خلف العلة علة موجبة حكم الأولى استمر الحكم كما لو بلغ الصبي سفيهاً، أو مغمى عليه، أو مجنوناً)^(٢).

وهذه الفائدة تشير إلى أن زوال الأحكام بزوال العلل لا يتم إلا بشرط أن تكون العلة لم تخلفها علة مماثلة، أما إذا كانت متعددة فتبقى الأحكام سارية، وهذا ما نبه عليه الإمام ابن عبد البر بقوله: (قد يقع التحريم بالشيء ولا يزول بزواله لعله أخرى)^(٣).

ومن فروعها في إطار الفقه المالي ما يلي:

لا ينفك حجر المفلس إلا بوفائه لدينه، فينفك لزوال المعنى الذي شرع له

(١) شرح الروضة للطوفي ٢/٣٤٦، ٣٥٩.

(٢) قواعد الأحكام ٢/٤-٥.

(٣) الاستذكار ٣/١٨٩.

الحجر، والحكم يدور مع علته^(١). (وإذا فك الحجر عن المحجور عليه بشرطه، فعاود السفه أو جنّ أعيد الحجر عليه، نظرًا إلى دوران الحكم مع العلة)^(٢).
 إن النهي الوارد عن بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها معلل بعلّة الخوف من تلفها، ووقوع العاهة بها، فإذا بدا الصلاح زالت العلة غالبًا، فيزول المنع، والحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا^(٣).

ومنها: إذا ثبت خيار التذليس كتصرية اللبن في الضرع، ثم عاد الحليب إلى طبيعته، وعادته، أو زال العيب لم يكن له الرد؛ لأن الخيار ثبت لدفع الضرر بالعيب، وقد زال الحكم بزوال علته^(٤).

وإلى هذا أشار الونشريسي في (الإيضاح) بقوله: (لم يختلفوا إذا زال العيب قبل الردّ الآرد)^(٥).

(١) هداية الراغب ص ٣٦٠.

(٢) شرح الزركشي ٩٨/٤، و انظر: كشف القناع ٤٥٢/٣، والحاوي للماوردي ٦/٣٦٣.

(٣) شرح الزركشي ٥٠٣/٣ - ٥٠٤.

(٤) المبدع ٨٣/٤.

(٥) إيضاح المسالك ق/٦.

ما تردد بين أصليين يوفر حظّه عليهما^(١)

هذه القاعدة كثيرة الدوران في كتب المذهب الحنفي^(٢)، وفي بعض مصادر المذهب المالكي، وهي تشير إلى وجود مسائل ذوات شبهين ووجهين أحيانا، وعندئذ تتبين فطنة الفقهاء في إعطائها الحكم المناسب مع مراعاة كلا الوجهين، وبذلك تعد القاعدة أصلا من أصول الترجيح.

ومن المسائل المهمة المبنية عليها انصراف حكم العقد في المعاوضات المالية إلى الأصيل في حالة النيابة مع إيقاع حقوق العقد للوكيل النائب^(٣) كما سيأتي.

وقال الإمام البوسني - رحمه الله - : (الأصل أن الحادثة مهما أخذت شبيها من الأصليين وهي منقسمة على وجهين، فإنها تردّ إلى كل واحد من القسمين توفيراً على الشبهين حظهما، ولا يردّ القسمان إلى أصل واحد؛ لأن في ذلك اعتبار أحد الأصليين وترك الأصل الآخر، واعتبار الأصليين أولى)^(٤).

(١) المبسوط للسرخسي ٦٧/٥، ٥٠/٦، ١٤٤/٧.

(٢) وقد تكرر ذكرها في مواطن أخرى من (المبسوط) بصياغات متقاربة، انظر: ٣٨/٤، ٧٩/١٥، ١٤٩/١٨، ٣٢/٢٥، ١٧٨/٢٦، ٩٨/٢٧، وانظر: (التحرير) للحصري ٨٥٥/٦.

(٣) انظر التفصيل الرائع لهذه المسألة في مصادر الحق للسنيهوري ٢١٢/٥ - ٢١٣.

(٤) تأسيس النظر: ١٥٣.

ووجدت الإمام ابن العربي المعافري يخرّج وجهها في مسألة من مسائل الرهن على هذا الأصل ، ومن المناسب أن أسجل هنا نص كلامه :

قال : (لا يخلق الرهن ، معناه لا يذهب هدرا . . . ^(١) وفي ذلك أحوال :

. . . الحالة الثانية : أن يموت الرهن عند المرتهن ، أو يتلف بوجه من وجوه التلف ، فقال الشافعي : «يذهب هدرا ، ويأخذ صاحب الحق حقه» ^(٢) . وقال أبو حنيفة : «يقاصه بقيمته من الدين» ^(٣) .

ومالك قولان :

أحدهما : الفرق بين أن يكون مما يغاب عليه أو مما لا يغاب عليه ^(٤) ، فإن كان مما يغاب عليه كان كما قال أبو حنيفة ، وإن كان مما لا يغاب عليه كان كما قال الشافعي .

القول الثاني : إن الحكم فيه كما قال أبو حنيفة في كل حال ، زاد مالك : إلا أن تقوم بينة على تلفه من غير جهة المرتهن ، فإنه يكون من الراهن .

(١) غلق الرهن (من باب : فرح) إذا استغرقه الدين فلم يعد يرجى فكاكه .

(٢) وذلك لأن المذهب الشافعي يعتبر الرهن أمانة في يد المرتهن ، لا يسقط بتلفه شيء من الدين ، ولا يلزمه ضمانه إلا إذا تعدّى فيه . روضة الطالبين ٩٦/٤ .

(٣) أي يكون الرهن مضموناً على المرتهن بقدر الدين ، والباقي أمانة غير مضمونة إلا بالتعدي ، أو التقصير في الحفظ .

(٤) المراد بهذا المصطلح في المذهب المالكي : ما يمكن إخفاؤه وتغييبه ، ومثال ما يغاب عليه : الثياب والحليّ والأشياء الثمينة التي يمكن إخفاؤها وتغييبها ، ومثال ما لا يغاب عليه : العقار والحيوان . انظر : الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٢٣٧ - ٣٧٨ ، ودليل السالك للمصطلحات والأسماء في فقه الإمام مالك للدكتور حمدي عبدالمنعم شلبي ص ٤٨ .

وهي مسألة عظيمة أخذت شبهها من الأمانات ؛ لأنه قبضه بإذن صاحبه ،
وأشبهت المستام من جهة أنه قبضه على جهة المعاوضة .

ومن حكم الفرع : إذا تجاذبه أصلان أن يوفر عليه من حكم كل واحد منهما ،
ولأجله قال مالك مرة : إنه أمانة ، وقال أخرى : إنه مضمون^(١) .

وفيا يلي أسوق نصوصاً أخرى من المصادر التي وردت فيها هذه القاعدة لكي
يتبين أثرها في إطار المعاملات المالية ، وأبدأ بذكر مسألة خلافة بين أبي حنيفة
وصاحبيه عرضها الزيلعي في النص الآتي :

(إذا اشترى رجلان شيئاً ، فغاب أحدهما قبل القبض ، يكون للحاضر دفع كل
الثلث وقبضه كله ، ثم إذا حضر شريكه فله أن يجسه عنه ، حتى ينقده ، وهذا قول
أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .

وقال أبو يوسف : «إذا نقد الحاضر الثلث لا يأخذ إلا نصيبه بطريق المهايأة^(٢) ،
وكان متبرعاً فيما أدى عن صاحبه» فصار الخلاف في مواضع :

أحدها : في قبض جميع المبيع على تقدير إيفاء الثلث كله ، والثاني : في حبس
نصيب الغائب عنه إذا حضر ، والثالث : في الرجوع عليه بما أدى ، والرابع : في
إجبار البائع على قبول ما أداه الحاضر من نصيب الغائب : عندهما يجبر ، وعنده لا

(١) القبس شرح الموطأ ٢/٣٠٩ . وانظر : عارضة الأحوذى ١٣/٦ ، والجواهر الثمينة لابن
شاس ٥٩٨/٢ - ٥٩٩ .

(٢) المهايأة : عبارة عن تقسيم المنافع كإعطاء القرار على انتفاع أحد الشريكين سنة ، والآخر سنة
أخرى مناوبة في الدار المشتركة ، تكون مناصفة بينهما مثلاً . (ر : المجلة : م/٤١٩) .

يجبر، والخامس: في إجبار البائع على تسليم نصيب الغائب من المبيع إلى الحاضر عند إيفاء الثمن كله، فعندهما يجبر، وعنده: لا يجبر.

لأبي يوسف: أن الحاضر قضى ديناً على الغائب بغير إذنه، فكان متبرعاً فيه، ولا جبر ولا رجوع في التبرعات، وهو أجنبي عن نصيبه فلا يقبضه، ولهذا لو كان حاضراً يكون متبرعاً بالإجماع، ولو كان مضطراً لما اختلف بين حضرته وغييبته كالوكيل بالشراء، وكمعير الرهن^(١)، وصاحب العلو في قضاء الدين وبناء السفل.

ولهما: أن الحاضر مضطراً إلى أداء كل الثمن؛ لأن للبائع حق حبس كل المبيع إلى أن يستوفي كل الثمن، فلا يكون متبرعاً مع الاضطرار إلى قضاء نصيب شريكه؛ ليصل إلى الانتفاع بنصيبه، فصار كمعير الرهن، وصاحب العلو، والوكيل بالشراء إذا أدى الثمن من ماله.

وإنما اختلف الحكم بين حضرته وغييبته؛ لأنه كالوكيل عن صاحبه من وجه من حيث إن ملك الغائب يثبت بقبول الحاضر؛ لأن من باع شيئاً من شخصين لا يثبت الملك لكل واحد منهما إلا بقبول الآخر، وليس بوكيل من وجه من حيث إن كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن، فأشبهه الأجنبي، والأصل أن الشيء متى تردد بين شبهين^(٢) توفر عليه حظهما، فلهذه بالاجنبى يكون متبرعاً

(١) إيضاح ذلك أن لمعير الرهن - وهو صاحب الرهن المستعار - أن يؤاخذ الراهن المستعير لتخليصه وتسليمه إياه، وإذا كان المستعير عاجزاً عن أداء الدين لفقره، فللمعير أن يؤدي ذلك الدين، ويستخلص ماله من الرهن، ويرجع بذلك على الراهن. (المجلة م/٧٣٣).

(٢) في الأصل «شيئين» ويبدو أنه محرف عما أثبت.

عند حضوره، ولشبهه بالوكيل يكون مضطرا عند غيبته . . . (١).

وإليك نصا آخر ظهر فيه تطبيق هذه القاعدة:

وإذا كفل المريض بهال، ثم مات ولا دين عليه لزمه من ثلثه، ولو أقر أنه كفل في الصحة لزمه من جميع المال، إذا لم يكن (الإقرار) لو ارث . . . ، ولو أقر بالهبة أو العتق في حال المرض وأضافه إلى حال الصحة كان من الثلث .

والفرق أن في الكفالة معنى التبرع؛ لأنه يقرض الشيء من ذمته ليرجع عليه في الثاني، فصار كإقراض العين، وفيها معنى المعاوضة بدليل أنه يرجع بما يؤدي، فقد أخذ شبهها من الأصل: شبهها بالمعاوضة من وجه، وشبه التبرع من وجه، فلشبهها بالتبرع قلنا: إذا كفل في حال المرض كان محتسبا من الثلث، ولشبهها بالمعاوضة قلنا: إذا قال: كفلت في حال الصحة صدق ولزمه من جميع المال، فيكون فيه توفير حظه من الشبهين .

وأما العتق والهبة فتمحض تبرعا، فإذا وهب في الحال اعتبر من الثلث، وإذا أقر أنه وهب في الصحة فقد فعل بما ليس له أن يبتدئه في فعله، وليس له أن يقرّ به، فلا يصدق على التقديم، فجعل كالموجب في الحال، فاعتبر من الثلث (٢).

ويتخرج عليها أيضا:

(أن الهبة بشرط العوض لما أخذت شبهها من الهبات، وشبهها من البياعات جعلنا

(١) تبين الحقائق ٤/١٢٩ .

(٢) الفروق للكرابيسي ٢/٢٤٧ - ٢٤٨ .

حكمها حكم الهبات في الابتداء، حتى إنها لا تصح من غير قبض، ولا يجبر على التسليم، والشيوخ يبطلها^(١)، وحكمها في الانتهاء حكم البياعات، حتى إنها تجب فيها الشفعة، وترد بالعيب...^(٢).

(أن الإقالة بعد القبض لما أخذت شبهها من البيع وشبهها من الفسخ، قال أبو حنيفة - رحمه الله -: هي فسخ في حق المتعاقدين وبيع جديد في حق غيرهما، توفيراً على الشبهين حظهما...^(٣)).

وظهر أثر هذه القاعدة ضمناً في المسألة الآتية من (المبسوط):

(وإن اشتركا في مكيل، أو موزون، أو معدود متفق في المقدار، والصفة، فإن لم يخلطاه فليسا بشريكين ولكل واحد منهما متاعه، له ربحه وعليه وضيعته؛ لأن هذه الأشياء بمنزلة العروض، وتستحق أعيانها بالعقد، وأول التصرف فيها بعد الشركة يكون بيعا لا شراء، فكانت كالعروض لا تجوز الشركة بها.

وإن خلطاه فهو بينهما وما ربحا فيه فلها، وما وضعافيه فعليهما، وهذا ظاهر؛ لأن الخلط بفعلها، فالمخلوط يكون مشتركا بينهما على قدر ملكهما، وقد كان ملكهما سواء، فالربح والوضيعة بعد البيع يكون بينهما على ذلك^(٤)).

(١) هذا مذهب الحنفية، أما الجمهور فإنهم يرون جواز هبة المشاع، سواء في ذلك ما أمكن قسمته، أو ما لم يمكن قسمته، وسواء وهبه لشريكه، أو لغيره. حاشية الدسوقي ٣/٢٣٥، روضة الطالبين ٥/٣٧٣، المغني ٥/٦٥٥، الموسوعة ٢٦/٢٩١.

(٢) تأسيس النظر: ١٥٣ - ١٥٤، وانظر: الهداية بشرحه فتح القدير ٩/٤٩ - ٥٠.

(٣) تأسيس النظر: ١٥٤.

(٤) المبسوط ١١/١٦١.

هنا يلاحظ أن الشركة بينهما تكون شركة عقد عند الإمام محمد خلافاً للإمام أبي يوسف، ففي رأيه تكون الشركة شركة ملك، وفائدة هذا الخلاف أنها إذا اشترطا من الربح لأحدهما زيادة على نصيبه، عند أبي يوسف - رحمه الله - لا يستحق ذلك بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه.

وعند محمد - رحمه الله - : الربح بينهما على ما اشترطا . ووجه قوله : إن المكيل والموزون عرض من وجه، ثمن من وجه، ألا ترى أن الشراء بهما ديناً في الذمة، صحيح فكان ثمناً، وأن بيع عينهما صحيح فكانت مبيعة، وما تردد بين الأصلين يوفر حظه عليهما، فلشبهتهما بالعروض قال : لا تجوز الشركة بهما قبل الخلط، ولشبهتهما بالأثمان، قال : تجوز الشركة بهما بعد الخلط . . . (١).

ونجد الإمام الكاساني - رحمه الله - يعلل مسألة رجوع حقوق العقد إلى الوكيل العاقد - وهي مسألة مختلف فيها بين الفقهاء - مقرونة بهذه القاعدة، إذ يقول :

(إن الوكيل هو العاقد حقيقة، فكانت حقوق العقد راجعة إليه، كما إذا تولى الموكل بنفسه . ولا شك أن الوكيل هو العاقد حقيقة ؛ لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة، ويستحيل أن يكون الإنسان فاعلاً بفعل الغير حقيقة، وهذه حقيقة مقررة بالشرعية، قال الله عز وجل : ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ (٢) . وقال الله عز شأنه : ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ (٣)، وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم

(١) ر: المبسوط ١١/١٦١ .

(٢) النجم : ٩٣ .

(٣) البقرة : ٢٨٦ .

له أيضا ؛ لأن السبب وجد منه حقيقة وشرعا ، إلا أن الشرع أثبت أصل الحكم للموكل ؛ لأن الوكيل إنما فعله له بأمره و إنابته ، وفعل المأمور مضاف إلى الأمر ، فتعارض الشبهان ، فوجب اعتبارهما بقدر الإمكان ، فعملنا بشبه الأمر والإنابة بإيجاب أصل الحكم للموكل ، ونسبة الحقيقة المقررة بالشريعة بإثبات توابع الحكم للوكيل توفيرا على الشبهين حفظهما من الحكم^(١) .

فهذه الفروع فيها دلالة بينة على إعطاء الحادثة ما تحتمل من الوجهين من باب التوفيق بالقدر الممكن وعدم إهدار أحد الشبهين اللذين ترتبط بهما المسألة . (وهذا بخلاف الحادثة إذا كانت ذات وجهة واحدة يتجاوزها أصلان ردت الحادثة إلى أحدهما ، لأن ردها إلى الأصلين ممتنع يؤدي إلى التنازع . . .)^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ٦/٣٣ - ٣٤ .

(٢) تأسيس النظر : ١٥٤ .

القول قول الأمين مع اليمين من غير بينة^(١)

هذه قاعدة مجمع عليها، ومحل اعتبار وأهمية في مجال الإثبات، إذ لو بطلت الثقة في الأمانة، وساء الظن بجميع الناس بدون تمييز واستثناء -لساد الفساد، وعمت الفوضى في جميع العقود والمبادلات السائرة في المجتمعات، وهذا لا يتنافى مع مطالبة التوثيق والإثبات إذا لزم الأمر، وهاك نصوص الفقهاء تتجلى منها حقيقة هذا الأصل مع ضرب الأمثلة:

قال الإمام نجم الدين النسفي معلقا على قاعدة الإمام الكرخي الآنف الذكر:

(من مسائله - أي الأصل المذكور - : دعوى المودع - أي الوديع - برد الوديعة إلى مالكها، أو ضياعها عنده، وكذا سائر الأمانة من المستعير والمضارب والوكيل، ونحوهم)^(٢).

فهؤلاء مصدقون في براءة أنفسهم من الدعوى المرفوعة عليهم فيما وسد إليهم من الأمانة، اللهم إلا إذا ثبت التفريط، أو التعدي، أو تحققت التهمة، فحينئذ تلزم الغرامة إذا أقيمت البينة.

ومن مسائل هذا الأصل: الأجير الخاص لا ضمان عليه باتفاق أئمة المذهب

(١) أصول الكرخي: ١٦٤ (مطبوع مع تأسيس النظر).، المبسوط للرخسي ١٦١/٢.

(٢) المصدر نفسه: ١٦٤.

الحنفي، والأجير الخاص هو الذي يستحق الأجر بمضي المدة مع تسليم نفسه للعمل فيصير الشيء في يده كالوديعة، فلا يضمن ما جنت يده، ما لم يخالف.

وإذا ادعى الأجير المشترك - مثل الخياط - أنه قد رد الثوب على صاحبه كان القول قوله في رأي الإمام أبي حنيفة؛ لأنه أمين كالوديعة، وكل من كان مؤتمنا في شيء فالقول قوله... وفي قول الصحابين: لا يصدق؛ لأنه مضمون عليه عندهما، كالغاصب لا يصدق فيه على البراءة من الضمان، كمن عليه لرجل دين، فلا يصدق على القضاء^(١).

وعقدت (المجلة) الباب الأول من (كتاب الأمانات) في بيان بعض الأحكام العمومية المتعلقة بالأمانة، ثم صاغت المادة الأولى على النحو الآتي:

الأمانة غير مضمونة، فإذا هلكت، أو ضاعت بدون صنع الأمين، أو تقصيره لا يلزمه الضمان^(٢).

ومن الملاحظ عند تقرير هذا الأصل أن كل من كان أميناً في شيء، فإنها يصدق في براءة نفسه، ولا يصدق في إيجاب الضمان على غيره، كرجل له عند رجل وديعة، فأمره بدفعها إلى آخر، فقال الوديعة: قد دفعتها، وأنكر ذلك قبضها، فيكون الوديعة مصدقاً في براءة نفسه، غير مصدق في إيجاب الضمان على غيره^(٣).

(١) ر: شرح الجصاص على مختصر الطحاوي ١/٣٨٣ - ٣٨٤ (نسخة خاصة مرقونة).

(٢) مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٧٦٨ (شرح المجلة لسليم رستم باز).

(٣) انظر: (شرح الجصاص على مختصر الطحاوي) ١/٢٩٦، وانظر: الفرائد البهية

للحمزاوي: ٩٩ - ١٠٠.

ومن مسألتها ما ورد في النص الآتي من (البدائع):

(إن المودع مع الوديع إذا اختلفا، فقال الوديع: هلكت - أي: الوديعة - أو قال: رددتها إليك، وقال المالك: بل استهلكتها، فالقول قول الوديع؛ لأن المالك يدعي على الأمين أمرا عارضا، وهو التعدي، والوديع مستصحب لحال الأمانة، فكان متمسكا بالأصل، فكان القول قوله، لكن مع اليمين؛ لأن التهمة قائمة فيستحلف دفعا للتهمة)^(١).

وتعرض الإمام القرافي لهذه القاعدة حين بين الفرق بين قاعدة المدعي والمدعى عليه؛ لأن هذا الأصل وثيق الصلة بالدعاوى والمنازعات. قال - رحمه الله -: (والأمين مصدق، ونظائر هذا كثيرة، يكون الطالب فيها مدعى عليه، ويعتمد أبدا الترجيح بالعوائد، وظواهر الأحوال والقرائن، فيحصل لك من هذا النوع ما لا ينحصر عدده)^(٢).

ووجدت للعلامة ابن جزى المالكي كلاما حسنا جيدا جامعا حول هذا الأصل جديرا بالتسجيل هنا، إذ يقول:

(كل أمين على شيء فهو مصدق دون يمين فيما يقوله فيما ادعى عليه من وجه يجب عليه به الضمان، إلا أن يكون متهما فيجب عليه اليمين، فمن ذلك: الوالد في مال ابنه الصغير، ومال ابنته البكر، والوصي في مال محجوره، وأمين الحاكم الذي يوضع المال على يديه، والمستودع - أي الوديع -، والعامل في القراض، والأجير

(١) بدائع الصنائع ٦: ٢١١.

(٢) الفروق ٤/ ٧٥.

فيما استؤجر عليه، والأجير على حمل شيء غير الطعام^(١)، والوكيل فيما وكل عليه، والمأمور بالشراء والبيع، والسمسار الذي يبيع للناس أموالهم ويدخل فيما بينهم، والشريك في المال، والرسول فيما يرسل به من شيء، والذي يرسل معه مال يشتري به شيئاً، والصانع على التفصيل المتقدم.

وكل من تصرف منهم على غير الوجه الجائز له ضمن، كالمقارض إذا دفع المال إلى غيره، أو خالف سنة القراض، وكالأمين إذا حرك الأمانة، والمأمور إذا فعل غير ما أمر به، وكل من فعل ما يجوز له فعله فتولد منه تلف، لم يضمن^(٢).

ويوضح هذا الأصل المذكور في السطر الأخير من كلام العلامة ابن جزري ما جاء في المسألة الآتية التي أوردها الإمام القرافي:

(الوديعة إذا شالها المودع وحوها لمصلحة حفظها، فسقطت من يده فانكسرت لا ضمان عليه؛ لأنه مأذون له في ذلك الفعل الذي به انكسرت، ولو سقط عليها شيء من يده فانكسرت ضمن؛ لأن صاحب الوديعة لم يأذن له في حمل ذلك في يده، فالفعل الذي به انكسرت غير مأذون فيه، فيضمن)^(٣).

وعرض فقهاء المذهب المالكي مسائل كثيرة جدا تتخرج على هذا الأصل،

(١) المراد بالطعام فيما يرد في الحديث النبوي وفقه المالكية: القمح والشعير.

وسأتي قريباً أن مالكاً أوجب ضمان حامل الطعام مع أن الأجير أمين لا يضمن، ولعل تخصيص الطعام بهذا الاستثناء من القاعدة في الأمين أنه محل تهمة فيه لكثرة الحاجة إليه، وعلى كل حال لا يظهر مسوغ لهذا الاستثناء.

(٢) قوانين الأحكام الشرعية: ٣٤٩ - ٣٥٠.

(٣) الفروق ١/١٩٥.

ومنها ما تلاحظ في النصوص التالية :

«ضمّن مالكٌ حامل الطعام وإن كان الأجير أميناً لا يضمن...»^(١).

«الوكيل أمين لا ضمان عليه فيما دفع إليه، إلا ما جنت يده أو أوتي فيه من قبل نفسه بتضييع أو تعمد فساد»^(٢).

«الأصل أمانة العامل بائتمان الدافع إليه»^(٣).

وهذا ما جنح إليه الفقه الشافعي في تقرير هذا الأصل . يقول الإمام الزركشي :

«ائتمان المالك يوجب تصديق المؤتمن، ولهذا لو اختلف المالك وعامل القراض وجب عليه تصديقه، وكذلك الوكيل بالجعل والمودع لائتمانه إياه...»^(٤).

ومما جاء في (الأشباه) للعلامة السيوطي : (كل أمين من مرتين، ووكيل، وشريك، ومقارض... وغيرهم يصدق باليمين في التلف على حكم الأمانة...، وكل أمين مصدق في دعوى الرد على من ائتمنه...)^(٥).

وهكذا تجد كتب المذهب الحنبلي خاصة بنصوص متوافرة تؤكد على اعتبار هذه القاعدة والاعتناء بها، وهنا أسجل طرفاً منها :

(ليس على المودع ضمان إذا لم يتعد، لأنه أمين، فهو كالمضارب)^(٦).

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي: ١٧٢.

(٢) الكافي لابن عبد البر ٢/٣٩٥.

(٣) المعيار للونشريسي ٨/٢١٢.

(٤) المنشور في القواعد ١/٢٠٨.

(٥) الأشباه والنظائر: ٧٥٩، ر: الأشباه والنظائر للسبكي ١/٣٦١.

(٦) مختصر الخرق مع شرحه المقنع ٢/٨٥٩.

و لو استعمل المودع الوديعة بإذن ربها ، وإن تلفت أجزاءها باستعمالها بمعروف ، فلا ضمان ، أو تلفت العارية كلها باستعمالها بمعروف . . . ؛ لأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف الحاصل به ؛ وما أذن في إتلافه لا يضمن كالمنافع .

قال ابن نصر الله : « فعلى هذا لو تلفت بالانتفاع بالمعروف فلا ضمان ، وعلم من قوله : « بمعروف » : أنه لو حمل في الثوب ترابا فتلف ضمنه ؛ لتعديده بذلك » (١) .

وجاء في شرح الزركشي :

ليس على المودع ضمان إذا لم يتعد ؛ لأنه محسن ، فيدخل في قوله تعالى : ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾ (٢) .

ومنها : العامل أمين لا ضمان عليه فيما تلف بغير تعد ؛ لأنه متصرف في المال بإذن المالك لا يختص بنفعه ، فأشبهه الوكيل ، والقول قوله فيما يدعيه من تلف ، أو يدعى عليه من جناية لذلك (٣) .

ومنها : أن الوكيل في البيع وكيل فيه وفيما ينشأ عنه ، وهو حفظ الثمن ، فإذا باع وقبض الثمن ، ثم ادعى تلف الثمن ، والحال أنه من غير تعد منه : فالقول قوله ، لأنه أمين ، والقول قول الأمين ، والحكمة في ذلك أنه لو كلف إقامة البيعة

(١) كشاف القناع ٧١/٤ - ٧٢ .

(٢) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٥٧٦/٤ ، سورة التوبة : ٩١ .

(٣) الكافي لابن قدامة ٢/٢٨٢ .

على ذلك لتعذر عليه أو شق، فيمتنع الناس من الدخول في الأمانة مع الحاجة إليه... (١).

وضبط العلامة البهوتي تلك التفاريع في صورة كلية جامعة كما في النص الآتي:

كل من كان بيده شيء لغيره على سبيل الأمانة: كالأب، والوصي، وأمين الحاكم، والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والمودع يقبل قولهم في التلف، وعدم التفريط والتعدي، ويقبل إقراره - أي الوكيل - بأنه تصرف في كل ما وكل فيه؛ لأن من ملك شيئاً ملك الإقرار به (٢).

ومن المتأخرين نجد العلامة عبدالرحمن السعدي يضع هذه القاعدة في إطار القواعد التي عني بها في كتابه (القواعد والأصول الجامعة) مع الإيضاح، وضرب الأمثلة، وصاغها على النحو الآتي:

(التلف في يد الأمين غير مضمون إذا لم يتعد أو يفرط، وفي يد الظالم مضمون مطلقاً، أو يقال: ما ترتب على المأذون فيه، فهو غير مضمون، والعكس بالعكس... (٣).

والواقع أن تفاريع هذا الأصل لا تزال جديدة بحيث يكثُر دورانها في المعاملات المالية المعاصرة، ومما يدل على هذه الظاهرة ورود بعض الاستفتاءات في

(١) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ١٤٣/٤، وانظر: الكافي لابن قدامة ٢/٢٥٤، المقنع مع شرحه المبدع ٣٨٠/٤، هداية الراغب: ٣٦٧.

(٢) كشف القناع ٣/٤٨٥.

(٣) القواعد والأصول الجامعة: ٥٠، القاعدة الرابعة عشرة.

هذا الشأن ضمن القضايا الراهنة ، كما جاء في (فتاوى بيت التمويل الكويتي) ما يأتي :

(السؤال : هل يمكن أن يكون الوكيل ضامنا للبضاعة طالما هي في حوزته قبل أن يبيعها؟

الجواب : إن الوكيل لا يعتبر ضامنا إلا في حالة التقصير أو التعدي ، وتعتبر البضاعة أمانة في يده . . .)^(١) .

ومن الحري بالذكر أن مفهوم الأمانة يمكن أن يكون قابلا للتبدل حسب تغير الأحوال والأزمان ، كما حصل ذلك في تضمين الصناع^(٢) مثلا في العصور الأولى ، وإلى هذا يتجه النظر في بعض المعاملات المتعلقة بالمصارف في الظروف الراهنة ، كما يتمثل ذلك فيما ورد في جواب استفسار حول الزيادات والنقصان ، التي تحدث في خزائن الصيارفة من فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني ، ومما جاء في القرار :

(الصراف أمين على المال الذي تحت يده ، والقاعدة العامة أن الأمين لا يضمن إلا إذا فرط في الحفظ أو تعدى فيما ائتمن عليه . . .

وكان الناس في زمن رسول الله ﷺ يأتمن بعضهم بعضا ، وكان العامل يصدق إذا ادعى هلاك ما في يده بلا تفريط منه .

(١) فتاوى بيت التمويل الكويتي ١٦٤/٢ برقم : ٢٤٠ .

(٢) انظر : فصول الأحكام للبايجي : ١٩٢ ، والإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي : ١٧٢ .

وقد روي عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أنه قضى بتضمين الأجير (أي الأجير العام) والغسال والصباغ، وقال: «لا يصلح الناس إلا ذاك». وذهب شريح القاضي إلى مذهب علي في تضمين الأجراء والصناع . . .

وترى الهيئة أن يستمر البنك على ما درج عليه من مطالبة الصراف بدفع الفروقات التي تحدث بخزيبته، أي أن يكون الأصل هو الضمان، إلا إذا ثبت لدى البنك ثبوتاً لا شبهة فيه أن الصراف لم يتعد ولم يفرط فيما ضاع من مال البنك، فإنه لا يضمن حينئذ، وهذه هي الحالة التي قلنا إنه يجوز للبنك أن يسدد فيها التقصان الحادث في الخزينة^(١).

(١) فتاوى بنك فيصل الإسلامي السوداني: ٨٤ - ٨٥ برقم: ٢٢.

للاكثر حكم الكل

هذه القاعدة من قواعد الترجيح لدى جماهير الفقهاء، وتسري في أبواب من العبادات والمعاملات كما يظهر عند تقليب النظر في مصادر الفقه الإسلامي العريقة. ويبدو لي أنها مستوحاة من استقراء النصوص، ومنبثقة من الفكر المقاصدي الشامل الكاشف عن رفع الحرج عن العباد، وقد شاع استعمالها واستفادت التفاريع المتخرجة عليها لدى الفقهاء الأولين، ولاسيما في القرن الخامس الهجري كما تدل على ذلك نصوص من كلام الإمام السرخسي، ولا بأس أن أورد هنا طرفا من صياغاتها المذكورة في (المبسوط) لدى توجيه المسائل بها، فهي كالآتي:

- (الأكثر ينزل منزلة الكمال والأقل تبع للأكثر)^(١).
- (إقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع)^(٢).
- (الأقل يجعل تبعا للأكثر فيما تعم به البلوى)^(٣).
- (يقام الأكثر مقام الكل)^(٤).

(١) المبسوط ١٩/٩، وانظر: ١١٦/٢٦.

(٢) المصدر نفسه ١٠٠/١٦، ٨٢/٢٦، ١٠٠.

(٣) المصدر نفسه ٢٨/٢٤.

(٤) المصدر نفسه ٢٨/٢٥.

وهنا أسوق نصوصاً فقهية من المعاملات المالية، جرى فيها التعليل بهذه القاعدة:

- (إن بيع المعدوم باطل، فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره ولا بيع الزرع قبل نباته، ولا بيع الحمل، ولكن الثمار التي ظهرت وانعدت يجوز بيعها وهي على شجرها سواء أكانت صالحة للأكل أم لا، وكذا كل ما تتلاحق أفراده وتبرز شيئاً فشيئاً كالفواكه، والأزهار، والخضر إذا ظهر أكثره، فإنه يجوز بيع ما لم يظهر تبعاً لما ظهر صفقة واحدة؛ لأن الأقل يجوز أن يكون تابعاً للأكثر)^(١).

- (من باع أرضاً أو داراً فيها نخل، وفي النخل ثمر لم يؤبر فالثمرة للمشتري بصفقته، وسواء اشترطه أو لم يشترطه، ولا يحتاج إلى اشتراطه، فإن كانت النخل قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع في صفقته، فيكون ذلك له باشتراطه، وإن أبر بعضها ولم يؤبر البعض فالمؤبر للبائع وغير المؤبر للمبتاع، وهذا إذا كانا متساويين، فإن كان أحدهما أكثر من الآخر كان الأقل تبعاً للأكثر.

وقد قيل: إنه ليس للمشتري إلا ما لم يؤبر قليلاً كان أو كثيراً)^(٢).

وعرض الإمام ابن رشد - الجدل - هذه المسألة ثم قال في ختامها: (فتحصيل القول في ذلك أن الأقل تبع للأكثر، شائعاً أو غير شائع)^(٣).

وقال الإمام المقري المالكي:

(المشهور من مذهب مالك: أن الأقل يتبع الأكثر، فإذا نظم الحلي بالجواهر

(١) المعاملات الشرعية، لأحمد إبراهيم بك: ١٢٩.

(٢) الكافي لابن عبد البر ٤٥/٢، والاستذكار ٨٤/١٩، وانظر: التلغين في الفقه المالكي: ١١٠، وحاشية الدسوقي ١٧٢/٣.

(٣) البيان والتحصيل ٣٠٦/٧.

وكان في نزعه فساد فقيل: يتبع الأقل الأكثر، وقيل: لكل حكم نفسه.

ولهذا نظائر، وهو من باب التقديرات؛ لأنه يقدر الأقل كالعدم^(١).

وجاء في كلام الإمام الشاطبي: (. . . فإن للقليل مع الكثير حكم التبعية ثبت ذلك في كثير من مسائل الشريعة)^(٢).

وهذه النصوص فيها دلالة كافية على اعتماد هذا الأصل في المذهب المالكي، واعتباره سنداً للترجيح.

وهي قاعدة متبعة في المذهب الشافعي، كما يعبر عن ذلك قول الإمام الزركشي: (معظم الشيء يقوم مقام كله)^(٣)، وأوردها الإمام الماوردي قديماً بقوله: (اليسير يكون تبعاً للكثير، ولا يكون الكثير تبعاً لليسير)^(٤).

وهذا ما أشار إليه العلامة تقي الدين الحصني الشافعي بقوله: (الكثرة من أسباب الترجيح)^(٥).

وهنا أورد نصاً من (كتاب قواعد الأحكام) نبه فيه الإمام عز الدين إلى هذه القاعدة، مع الإلماع إلى أهميتها وأثرها في بعض العقود المالية، وهو كما يلي:

(وقد أجاز بعض العلماء الإجارة على العقد وعلى الحول القابل؛ لأن المنافع

(١) القواعد للمقري ٢/٥١٠.

(٢) الموافقات ٣/١٨١.

(٣) المنشور في القواعد ٣/١٨٣.

(٤) الحاوي للماوردي ٧/٣٦٦.

(٥) كفاية الأختار ١/١٠٠.

لا تكون في حال العقد إلا معدومة ، ولا فرق بين المنافع المتعقبة للعقد وبين المنافع المستقبلية ، والشافعي - رحمه الله - يجعل المنافع المستقبلية للعقد الممتد تابعة لما يتعقب العقد من المنافع ، ويجوز في التابع ما لا يجوز في المتبوع .

ويجاب عنه : بأن القليل يتبع الكثير في العقود ، ولا يجوز أن يجعل معظم المقصود تابعا لأوله ، فلو أجره لعشر سنين لكان ما يستقبل من مقصود العقد تابعا لما يتعقب من المنفعة التافهة^(١) .

وأقر المذهب الحنبلي هذه القاعدة وعلل بها مسائل ، يقول الإمام البهوتي في (الكشاف) : (الأكثر ملحق بالكل في أكثر الأحكام)^(٢) .

ولعل أول من نطق بهذه القاعدة من فقهاء الحنابلة هو الإمام أبو علي الحسن بن أحمد البناء (ت ٤٧١ هـ) كما يظهر من النص التالي المذكور في (مختصر الخرقى) وتعليق الشارح عليه :

(ومن أقر بشيء واستثنى منه الكثير ، وهو أكثر من النصف - أخذ منه الكل ، وكان استثناءؤه باطلا) .

هذه هي المسألة الرابعة التي أوردها الخرقى في كتاب الإقرار بالحقوق من (المختصر) فعلق عليها ابن البناء بقوله : (خلافا لأكثرهم ، في قولهم يجوز ، ودليلنا أن الاستثناء لغة ، وقد أجمعوا أنه إخراج بعض من كل ، وقليل من كثير . . . ، ولأن الأكثر قد أجزى مجرى الكل)^(٣) .

(١) قواعد الأحكام ١٥٧/٢ .

(٢) كشاف القناع ٢٨١/١ .

(٣) المقنع في شرح مختصر الخرقى ٧٤٠/٢ .

وأشار إليها العلامة أبو الخطاب الكلوذاني بقوله : (الغلبة في الأصول للكثرة لا للقلة) (١).

واستعرض الإمام ابن تيمية آراء الفقهاء في موضوع ضم الذهب إلى الفضة لكي يكمل بهما النصاب، فيزكى المال، ومن جملة ما ذكر ما ورد في النص الآتي :
(وقيل : يضم بشرط أن الأقل يتبع الأكثر، وهو قول الشعبي والأوزاعي) (٢).

وذكرها العلامة البعلي في (القواعد والفوائد) حين عرضه آراء الفقهاء لدى اختلاط الحرام بالحلال في مجال الأموال، وإليك ما قاله :

(الأكل من مال مَنْ ماله حرام هل يجوز أم لا؟)

في المسألة أربعة أقوال . . . الثالث منها : ما كان الأكثر الحرام حرم وإلا فلا، إقامة للأكثر مقام الكل، قطع به ابن الجوزي في (المنهاج) (٣).

فخلاصة المقال في هذا الموضوع أن (الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام) (٤) وفي ذلك إرفاق كبير للمكلفين من العباد، وعلى جانب آخر فيه رفق عظيم للمفتين في معالجة بعض الحوادث الجديدة المرتبطة بالفقه المالي الاقتصادي، والله أعلم .

(١) الانتصار في المسائل الكبار ٢/٧٤٠.

(٢) فتاوى شيخ الإسلام ١٣/٢٥.

(٣) القواعد والفوائد الأصولية: ٩٦ - ٩٧، وانظر: الآداب الشرعية لابن مفلح ١/٤٤١.

(٤) تبين الحقائق ٥/٢١١.

ما قارب الشيء أعطي حكمه^(١) أو ما قارب الشيء فهو في حكمه^(٢)

هذه قاعدة جلييلة قد تتخرج عليها مسائل مهمة في إطار المعاملات المالية، وقبل أن أذكر فروعها تجب الإشارة إلى أنها قاعدة مذكورة في مصادر المذاهب الفقهية الأربعة، وإن اختلف أصحاب المذاهب في الأخذ بها، وربما عبر عنها علماء القواعد بصيغ مقرونة بالاستفهام للدلالة على بيان الاختلاف فيها.

أوردها الإمام المرغيناني في (الهداية) بالتعبير الآتي المتقارب مع الصيغة الموضوعية عنوان البحث:

(ما يقرب من الشيء يأخذ حكمه)^(٣).

وتعرض لها الإمام السبكي في موضعين من (الأشباه) وبين صياغاتها المتقاربة المتعددة مع الإشارة إلى الفروق الناشئة عن اختلاف التعبير، ومن الجدير بالذكر أنه في أحد الوطنين جعلها ومترعاتها من مستثنيات قاعدة أخرى مقررة في المذهب

(١) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٣٩٢/٢، الشرح الكبير للدردير ١٩٥/٣ (مع حاشية الدسوقي)، وصاغها القرافي في الذخيرة ٣٦٦/٥ بقوله: (ما قارب الشيء له حكمه). ر: الموافقات ٢٧١/١.

(٢) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين للقاضي أبي يعلى ١٥/٣.

(٣) الهداية بشرحه فتح القدير ٥٠٧/١.

وهي: (لا يثبت حكم المعلوم قبل وقوعه)، أو (لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده)^(١) إذ يقول بصدد هذه القاعدة الأنفة الذكر:

إذا عرفت هذا فنقول: لهذا الفرع وأشباهه التفات على أصل آخر يقع كالمستثنى عن هذا الأصل، وهو أن ما قارب الشيء هل يعطى حكمه؟

وقريب من هذه العبارة قولهم: المتوقع هل يجعل كالواقع؟

وكذلك قولهم: المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟

وكذلك قولهم: هل العبرة بالحال أو المآل؟

وكذلك قولهم: هل النظر إلى حال التعلق أو حال وجود الصفة؟^(٢).

وعقب ذلك ميز التفاوت القائم بين تلك العبارات، ولكن الواقع أن الاستثناء هنا محل نظر، فإن المقارب موجود واقع وليس معدومًا متوقعًا.

وقد تطرق إليها في موطن آخر وجعلها من الأصل المشار إليه إذ يقول:

قاعدة: (لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده).

هذا هو الأصل، ولكن اختلف الأصحاب في المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل، وربما قالوا: المتوقع هل يجعل كالواقع؟ أو ما قارب الشيء هل يعطى حكمه؟

وهي عبارات عن معبر واحد، وربما جزموا بإعطائه الحكم، وذلك نقض على

(١) الأشباه والنظائر للسبكي ٩٧/١.

(٢) الأشباه والنظائر للسبكي ٩٧/١، ٩٨، ر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ٣٢٢، ٣٢٣.

الأصل لقوة أصل آخر عليه اجتذب ذلك الفرع وانتزعه، وهذا شأن كل المستثنيات من القواعد... (١).

ويبدو أن الظاهر المعتمد في المذهب الشافعي هو الاعتبار بهذا الأصل، ولذا ذكره الإمام الزركشي بالصيغة الآتية:

(ما قارب الشيء أعطي حكمه) ومما فرّع عليها: (لو عقد السلم في موضع لا يصلح للتسليم بأن كان في طريق، فلا بد من تعيين موضع التسليم في الأصح، وقيل: لا يشترط، ويكفي أقرب موضع صالح للتسليم) (٢).

وقد ذكرها العلامة الونشريسي المالكي مقرونة بصيغة الاستفهام على النحو الآتي:

(ما قرب من الشيء هل له حكمه أم لا؟) (٣).

ثم ساق لها فروعاً كثيرة يبدو منها أن مقتضى المذهب المعتمد لدى المالكية اعتبار هذه القاعدة والاستناد إليها في مواطن ومسائل، ومنها الإفتاء بجواز ما يأتي:

- تقديم الزكاة قبل الحول بيسير.
- تعدي المكثري المسافة بالشيء اليسير.
- واستحقاق اليسير من المقدم لا يوجب الفسخ بخلاف الكثير.

(١) الأشباه والنظائر للسبكي ١/ ٢٧٥.

(٢) المشور في القواعد ٣/ ١٤٤، ١٤٥.

(٣) إيضاح المسالك: ٦٨.

• تأخير رأس مال السلم اليومين والثلاثة^(١).

وتتجلى أهمية هذه القاعدة في معالجة بعض القضايا الفقهية التي نالت اهتمام الفقهاء والاقتصاديين المعاصرين، ومنها هذا التفريع الأخير من سواغية تأخير رأس مال السلم لمدة ثلاثة أيام ولو بالشرط، فهذا التأخير اليسير معفو عندهم، وباعتباره داخلا في حكم التعجيل بسبب القرب من مجلس القبض، لا يرد عليه بيع الكالئ بالكالئ.

وهذا التخريج هو رأي المالكية فقط، إذ يرى الجمهور أن قبض رأس المال في المجلس من شرائط صحة السلم، وبذلك يمتنع عندهم ثبوت خيار الشرط في السلم مثل الصرف بتاتا. وهنا يجب التنبيه إلى أن جواز التأخير لمدى ثلاثة أيام - على أقصى حد - مشروط فيه ألا يتم فقد رأس المال، فإن فقد فسد العقد مع شرط الخيار لتردد رأس المال بين السلفية والثمنية^(٢).

وقد استفادت بعض الهيئات الشرعية المشرفة على أعمال البنوك الإسلامية من رأي المالكية إذا مست الحاجة إلى ذلك، وفي كل الأحوال فإن جواز التأخير مقيد بما سلف ذكره عند بيان رأيهم؛ لأنه من المعلوم أن عدم إقباض الثمن في مجلس هذا العقد يتنافى مع غرض مشروعيته.

وبهذه المناسبة تجدر الإشارة أيضا إلى أنه لا يجوز تطبيق هذه القاعدة في باب الصرف أبدا، فإن التقابض واجب في مجلس العقد لدى المصارفة باتفاق الأئمة،

(١) إيضاح المسالك: ٦٨، ٦٩.

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير ٣/١٩٥، ١٩٦، منح الجليل لعليش ٣/٥، الموسوعة ٢٥/١٩٨، دراسات في أصول المدائنت، للدكتور نزيه حامد: ٢٤٦.

بغض النظر عن أن يكون القبض حقيقيا أو حكما، ويكفي أن أسجل هنا كلام الإمام ابن عبد البر المالكي لمزيد من التوثيق والتأكيد إذ يقول:

(لا يجوز في شيء من الصرف تأخير ساعة فما فوقها، ولا أن يتوارى أحدهما عن صاحبه قبل التقابض)^(١).

(١) الكافي ٤/٢.

ما لا يمكن الاحتراز عنه فهو عفو

هذه قاعدة عظيمة من قواعد الفقه الإسلامي ، يتجلى فيها منطلق رفع الحرج عن العباد الذي أرشدت إليه نصوص القرآن الكريم ، ومنها قوله سبحانه وتعالى : ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(١) ، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٢) ، وما سواهما من الآيات الكثيرة ، ويبدو من فحوى القاعدة أنها وثيقة الصلة بالقاعدة العامة : (المشقة تجلب التيسير) بل يمكن أن يقال : إن هذه بمثابة فرع لتلك ، ولكن الملاحظ أن تحديد ما يمكن التحرز منه يكاد يكون متعذرا ، فيجب الرجوع في كل حادثة إلى الأسباب التي اتصلت بها واكتفتها ، وبذلك يمكن الحكم بأن ما حصل استطاع التحرز منه أو لا^(٣) .

ويمكن أن تكون العادة المطردة محل اعتبار واستناد في هذا التحديد المشار إليه آنفا ، يقول الإمام القرافي - رحمه الله - :

(اعلم أن صاحب الشرع قد تسامح في جهالات في الشريعة فعفا عن مرتكبها وأخذ بجهالات فلم يعف عن مرتكبها ، وضابط ما يعفى عنه من الجهالات :

(١) البقرة : ٢٨٦ .

(٢) الحج : ٧٨ .

(٣) المعاملات الشرعية المالية ، للعلامة أحمد إبراهيم : ٢٣٧ .

الجهل الذي يتعذر الاحتراز عنه عادة، وما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق - لم يعف عنه^(١).

والظاهر أن تحقق الحرج في حالات هو الذي حفز الفقهاء إلى وضع هذه القاعدة وأمثالها نظرا إلى مقاصد الشرع الحكيم، ولذا وردت هذه القاعدة أحيانا مقرونة بموضوع رفع الحرج، ومثال ذلك ما جاء في كلام الإمام الكاساني أن: (كل فضل مشروط في البيع ربا سواء كان الفضل من حيث الذات أو من حيث الأوصاف إلا ما لا يمكن التحرز عنه دفعا للحرج)^(٢).

والواقع أنها قاعدة عميقة الأثر وكثيرة الدوران في مصادر الفقه الإسلامي، صاغها العلماء بصياغات وأساليب متماثلة، ومنها ما يلي:

(كل ما لا يمكن الاحتراز عن ملابسته معفو عنه)^(٣).

(ما لا يستطاع الامتناع عنه فهو معفو)^(٤).

(ما لا يمكن الاحتراز عنه فليس بمضمون)^(٥).

أو:

(ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه)^(٦).

(١) الفروق: ١٥٠/٢.

(٢) بدائع الصنائع ١٨٧/٥.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٥٩٢/٢١، وانظر: المصدر نفسه ١٧/٢١، ٧١، ٧٢، ١٣٩، ٣٢٦، ٥٩٩، ٦٠٦، ١٨٤/٢٦، والمغني ٤٣/٥، والمبدع ٥/٥، ٩٠، ٤٦٣، والإفصاح لابن هبيرة ٤٣/٢.

(٤) المبسوط ١٤٠/٣، ١٤١، ٢٢٤/١١.

(٥) تحفة الفقهاء ١٢٣/٣.

(٦) الفرائد البهية: ٥٢.

وقاعدة الإمام القرافي: (المتعذر يسقط اعتباره، والممكن يستصحب فيه التكليف)^(١)، أيضا تعبر عن المعنى الذي تضمنته الصياغات الشائعة الأخرى، ولهذا الأصل فروع حجة متضافرة، أسوق هنا منها ما يدخل في إطار الفقه المالي:

رجل اشترى من آخر شجرة فقطعها، فحضر البائع يدعي أن المشتري حين القطع أفسد له بعض أشجار لم تكن داخلية في البيع بسبب سقوط الشجرة التي قطعت، فقال المشتري: أنا لم أتعمد فساد شيء من ذلك، ينظر: إن كان الذي يدعيه البائع من الفساد مما يمكن التحرز منه، فيكون ضامنا، وإن كان مما لا يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان بذلك على المشتري، ويعتبر مأذونا به دلالة^(٢).

ومن المسائل الواردة المقرونة المعللة بهذا الأصل ما يلي:

(إذا دفع الوديع الوديعة إلى بعض من في عياله من زوجته أو ولده أو والديه - فلا ضمان عليه إذا هلك استحسانا . . .

وجه الاستحسان: أن المطلوب منه حفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفسه، والإنسان يحفظ مال نفسه بيد من في عياله . . .؛ لأنه لا يجد بدا من هذا، فإنه إذا خرج من داره في حاجته لا يمكن أن يجعل الوديعة مع نفسه، وإذا خلفها في داره، صارت في يد امرأته حكما، وما لا يمكن الاحتراز عنه فهو عفو)^(٣).

ومنها ما: (روي عن محمد - رحمه الله - قال: إذا وضع القصار السراج في

(١) الفروق ٣/١٩٨.

(٢) انظر: الفرائد البهية: ٥٢، نقلا عن الفتاوى الحانية للإمام قاضيخان.

(٣) ر: المبسوط ١١/١٠٩، ١١٠.

الخانوت، فاحترق به الثوب -من غير فعله- فهو ضامن؛ لأن هذا مما يمكن التحرز عنه في الجملة، وإنما الذي لا يضمن به: الحرق الغالب الذي لا يمكن التحرز عنه، ولا يتمكن هو من إطفائه^(١).

ومنها: (عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب، فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما، فإذا تحرق الثوب عند القصار تبين أنه لم يأت بالحفظ السليم، فكان مخالفا موجب العقد كما في الدق، فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التخرق، فإذا تحرق كان ضامنا، وهذا في الأجير بالحفظ ظاهر، وكذلك في القصار والجمال وغيرهما، فإنه لا يتوصل إلى إقامة العمل إلا بالحفظ، والعمل مستحق عليه، وما لا يتوصل إلى المستحق إلا به يكون مستحقا، والمستحق بالمعاوضة: السليم دون المعيب، والبدل وإن لم يكن بمقابلة الحفظ هنا، لكن لما كان مستحقا بعقد المعاوضة يعتبر فيه صفة السلامة، كأوصاف المبيع إلا أن ما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا)^(٢).

ومنها: (إذا اقتسم الشريكان، فبان بعضه معيبا بعد القسمة، فلا يؤدي ذلك إلى بطلانها، بل يخير من ظهر العيب في نصيبه بين الفسخ والرجوع بالأرض من باب استيفاء حقه؛ لأن العيب لا يمكن التحرز منه، فلا يؤثر في البطلان كالمبيع)^(٣).

وقال الإمام البهوتي في (كشاف القناع): (ولا أثر لغش يسير لمصلحة... في شركة العنان والمضاربة، وفي الربا وغيره كالصرف والقرض، كحبة فضة ونحوها

(١) المبسوط ١٠/١٦.

(٢) التحريم لخصيري ١٢/٦، ١٣، والمبسوط ١٥/١٠٣.

(٣) النظر: لمعني لابن قدامة ٤١/١١٦، ١١٧.

في دينار؛ لأنه لا يمكن التحرز منه^(١).

وجاء في موطن آخر منه: (فأما ما يتغابن الناس بمثله كالدرهم في العشرة فمفعو عنه، لا يضمه الوكيل ولا المضارب؛ لأنه لا يمكن التحرز منه، إذا لم يكن الموكل قد قدر الثمن للوكيل)^(٢).

وذكر هذه المسألة الإمام الكاساني في (البدائع) بشيء من التفصيل مع التعليل المذكور هنا^(٣).

ومن المسائل التي عولجت بناء على هذه القاعدة قديما ولا تزال تعتبر جديدة ما ذكره الإمام الزيلعي في النص الآتي:

(إن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة، ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم من مسروق ومغصوب، ومع ذلك يباح تناول اعتمادا على الظاهر، وهذا لأن القليل منه لا يمكن التحرز عنه ولا يستطاع الامتناع منه، فسقط اعتباره دفعا للخرج)^(٤).

وظهر هذا الأصل في بعض المسائل المتعلقة بالحقوق المباحة، ومنها:

(الانتفاع بالطريق العامة من سير وسوق مأذون فيه لكل الناس بشرط سلامة العاقبة، فما لم تسلم عاقبته لم يكن مأذونا فيه، فالمتولد منه يكون مضمونا، إلا إذا

(١) ر: كشاف القناع ٤٩٨/٣.

(٢) المصدر نفسه ٤٧٥/٣، وانظر: تفرعاتها في المصدر نفسه ١٥٤/٣، ٣٨٤، ٧/٦.

(٣) انظر: البدائع ٣٠/٦.

(٤) تبين الحقائق ٢١٩/٦.

كان مما لا يمكن الاحتراز منه ، وعلى ذلك فالراكب إذا وطئت دابته رجلا فهو ضامن لما أصابت يدها أو رجلها أو رأسها أو صدمت ؛ لأن هذه أفعال يمكن الاحتراز عنها .

ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها ، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه^(١) .

ولخص الإمام عز الدين هذا الموضوع المتعلق بسقوط الضمان بقوله الوجيز الآتي :

(الضمان يجب تارة بالمباشرة وتارة بالتسبب ، واستثني من ذلك صور يشق الاحتراز منها وتدعو الحاجة إلى التسبب إليها . . .)^(٢) .

يستفاد من هذه النصوص أن سقوط الضمان المشار إليه منوط بحالة عدم إمكان التحرز ، ولذا إذا أمكن التحرز من سبب الإتلاف فحيثئذ يتقرر الضمان ، ومن أمثلة ذلك ما ورد في المادة الآتية من (مرشد الحيران) :

(إذا كان الإيداع بأجرة فهلك الوديعة ، أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه -فضماها على الوديعة)^(٣) .

(١) الموسوعة ٣٨٨/٢ ، وانظر: البدائع ٢٧٢/٧ ، والهداية ١٩٧/٤ ، ١٩٨ ، ومغني المحتاج

٢٠٤/٤ ، ٢٠٥ ، والمغني ٣٨/٨ ، ومنح الجليل ٣٥٣/٤ .

(٢) قواعد الأحكام ١٦٥/٢ ، ١٦٦ .

(٣) مرشد الحيران ، المادة : ٧٠٨ .

الموهوم لا يعارض المتحقق^(١) = لا عبرة للتوهم (م/٤٧)

هذه القاعدة وأمثالها ناشئة عن القاعدة الكبرى : (اليقين لا يزول بالشك)؛ إذ المتحقق بمثابة أمر متيقن لا يمكن أن يزول بأمر موهوم محتمل مشكوك، ويمكن الاستناد والتحكيم إلى هذا الأصل في أمور الخصومات المالية، والمرافعات القضائية؛ إذ الحقوق الثابتة بالبينة لا يجوز إرجاء الفصل والحكم فيها لاحتتمالات بعيدة، مثل تجميد التركة لمجرد احتمال وجود غرماء الميت، وفيما يلي أورد تفريعات توضح القاعدة:

إذا حفر العبد بئراً في الطريق، فتلف فيه مال إنسان، فباعه القاضي في ذلك، فإنه يصرف جميع الثمن إلى صاحب المال، وإن كان من الجائر أن يتلف في البئر مال الآخر، فيكون شريكاً مع الأول في الثمن؛ لأن الثابت هاهنا حق الطالب خاصة، وما سوى ذلك موهوم، والموهوم لا يعارض المتحقق، فلا ينقض شيء من حق الطالب لمكان هذا الموهوم^(٢).

(لو أقر المريض بدين لوارثه، فخاصمه الوارث في ذلك، أمره القاضي بأن يوفيه حقه؛ لأن السبب الموجب للمال عليه... ظاهر، والمبطل له - وهو موته من مرضه - موهوم، والموهوم لا يعارض المعلوم، فيأمره بالقضاء، فإن برأ من مرضه

(١) المبسوط ٥٠/٢٥.

(٢) المصدر نفسه ٥٠/٢٥.

كان ذلك جائزا عليه، وإن مات من مرضه بطل إقراره حينئذ، فيؤمر الوارث برد المقبوض^(١).

مريض وهب عبده لرجل ولا مال له غيره، فتبعه الموهوب له، فأعتقه، أو باعه، ثم مات (الواهب) من مرضه، أو فعل ذلك بعد موت المريض قبل أن يقضي القاضي فيه بشيء، فعتقه وبيعه جائز؛ لأن تصرف المريض إذا كان على وجه يحتمل النقص بعد صحته فحكم بصحته في الحال لوجود العلة المطلقة للتصرف وهو الملك، وكون المانع محتملا؛ لأن المانع مرض الموت وهو ما يتصل به الموت ولا يدري أن مرضه هذا يتصل به الموت أم لا، والموهوم لا يعارض المتحقق فحكم بنفوذ تصرفه لهذا، وثبت الملك للموهوب له بالقبض^(٢).

وذكر العلامة المرغيناني هذا الأصل في موطن من (الهداية)، فقال: (لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم)^(٣).

وإلى هذه القاعدة أشار العلامة الونشريسي المالكي بقوله: (لا يسقط الحق المجمع عليه ابتداء بالأمر المحتمل آخرًا)، ووجه بها قضية معروضة عليه في موضوع الميراث^(٤).

ويمكن أن يبنى على هذا الأصل بعض مسائل السكوت عن مطالبة الحق، هل يعد السكوت من قبل صاحب الحق إذنا لاحتمال دلالته على الرضا أم لا؟ مثل

(١) المبسوط ١٨٨/١٨.

(٢) المبسوط ٩٧/١٢.

(٣) الهداية مع فتح القدير ٦٩/٦، ومن الملاحظ هنا أن المسألة المعللة بهذا الأصل في (الهداية) غير مسلمة لدى ابن الهمام شارح الكتاب.

(٤) المعيار ٥/٢٦٣.

سكوت صاحب الحق عن تصرف الغير في أملاكه ، سواء أكان ذلك الغير من أهل قرابته أم أجنبيا ، فالواقع أن حقه يعتبر ثابتا متحققا ، ومجرد سكوته على تصرف الغير لا يرفع اليقين الثابت ، اللهم إلا إذا كان السكوت في موضع حاجة تقتضي البيان ، أو حالات قضائية معينة حين تقادم الزمن حسب القوانين المتبعة المقررة في المحاكم ، فحينئذ يمكن أن يزول الأمر المعلوم المتحقق لمبررات ومسوغات وقرائن معتبرة ، والله أعلم .

وفي معنى هذه القاعدة : القاعدة الواردة في (المجلة) : (لا عبرة للتوهم) ؛ إذ يفهم منها أنه كما لا يثبت حكم شرعي استنادا على وهم لا يجوز تأخير الشيء الثابت بصورة قطعية بوهم طارئ .

مثال ذلك : إذا توفي المفلس تباع أمواله وتقسم بين الغرماء ، وإن توهم أنه ربما ظهر غريم آخر جديد ، والواجب -محافظةً على ذلك الدائن المجهول- ألا تقسم ، ولكن لأنه لا اعتبار للتوهم تقسم الأموال على الغرماء ، ومتى ظهر غريم جديد يأخذ حقه منهم حسب الأصول المشروعة .

كذا إذا بيعت دار وكان له جاران -لِكُلِّ حَقِّ الشفعة- أحدهما غائب ، فادعى الشفيع الحاضر الشفعة فيها -يحكم له بذلك ، ولا يجوز إرجاء الحكم بداعي أن الغائب ربما طلب الشفعة في الدار المذكورة^(١) .

ويتفرع أيضا : ما لو دفع ماله مضاربة لرجل جاهل جاز أخذ ربحه ما لم يعلم أنه اكتسب الحرام^(٢) .

(١) درر الحكام ١/٧٣ ، وانظر : شرح الأتاسي : ٢٠٩/١ - ٢١٠ ، وشرح القواعد الفقهية : ٣٦٣ .

(٢) شرح القواعد الفقهية ٣٦٥ .

وسائل الحرام حرام^(١)

هذه قاعدة مهمة من القواعد الفقهية الأصولية في التشريع الإسلامي، ومفادها عكس ما تفيدته القاعدة الأصولية الأخرى: (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)، ويتمثل كلا المفهومين المتغايرين في الأصل المقرر المطرد لدى الفقهاء: (الوسائل لها حكم المقاصد)^(٢) بحيث إذا كانت الوسيلة صالحة ألحقت بالمقصد المشروع المطلوب، وإذا كانت فاسدة أخذت حكم المقصد المحظور المرفوض، وبقطع النظر عن صلاح الوسيلة أو فسادها في ذاتها إذا اتخذت وسيلة للوصول إلى غرض أو حق لا يتنافى مع أصول التشريع الحكيم، كان لتلك الوسيلة حكم المقصد المشروع، وبالعكس إذا اتخذت ستارا وتكأة للاستناد إلى حرام، أو تحقيق هدف يتنافى مع الشرع فحينئذ تكتسب الوسيلة سمة المقصد الحرام، وتنال حكمه.

وقد نبه الإمام ابن كثير على هذه القاعدة بقوله الجامع الآتي:

(والشريعة شاهدة بأن كل حرام فالوسيلة إليه مثله، لأن ما أفضى إلى الحرام حرام، كما أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)^(٣).

(١) المغني لابن قدامة ٩٧/٤، وانظر: المعيار للونشريسي ٢٦/٥.

(٢) كشف القناع ٣٤٠/٤.

(٣) تفسير ابن كثير ٣٥١/٣.

ويقول الإمام عز الدين :

(للسائل أحكام المقاصد، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد هي أفضل الوسائل،
والوسيلة إلى أرذل المقاصد هي أرذل الوسائل)^(١).

ويتجلى من فحوى الصيغة المختارة للقاعدة أن المقصود هنا: البحث عن
المسائل المنوطة بوسائل الحرام، مع ملاحظة أن الفقهاء ربما استعملوا التعبير العام
المطلق وهو (الوسائل لها حكم المقاصد) حين ذكر الفروع المعللة بهذه القاعدة
الخاصة المتعلقة بوسيلة المحرم، كما يتبين من التطبيقات المستخرجة من المصادر
الفقهية ولاسيما كتب الحنابلة.

ومما يدل على مشروعية هذه القاعدة الجلية واعتبارها قول الله تعالى:
﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٢).

ولكي يتبدى وجه الدلالة من الآية الكريمة المسوقة هنا أرى من الجدير بأن
أذكر بعض النصوص الفقهية التي نصت على القاعدة المذكورة مع التوجيه
والاستدلال بهذه الآية الكريمة:

قال الإمام الخرقى الحنبلي في (المختصر): (وبيع العصير ممن يتخذه خمرا
باطل)^(٣).

(١) قواعد الأحكام ٤٦/١.

(٢) المائة: ٢.

(٣) هنا يجب التنبيه إلى أن مسألة بيع العصير لمن يتخذه خمرا مسألة مختلف فيها بين الفقهاء.
انظر للتفصيل: الموسوعة ٢٠٨/٩ - ٢١١.

وعلق على ذلك العلامة الزركشي بما يلي :

هذا هو المذهب بلا ريب ؛ لأنه وسيلة إلى المحرم ، والوسيلة إلى المحرم محرمة بلا ريب ، وإذا يبطل البيع لارتكاب المحرم ، قال جل وعلا : ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ .

وحكم ما كان وسيلة إلى المحرم كذلك ، كبيع السلاح للبغاة ، أو لأهل الحرب^(١) .

وجاء في (كشاف القناع) :

أما حرم استعماله من حرير كله أو غالبه ، ومذهب ومفضض منسوج ، أو مموه ، ومصور ونحوها كالذي يتخذ لتشبه النساء بالرجال وعكسه - حرم بيعه لذلك ، وحرم نسجه لذلك ، وخياطته لذلك ، وتمليكه لذلك وتملكه لذلك ، وأجرته لذلك أي للاستعمال ، والأمر به ؛ لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ ، ولأن الوسائل لها حكم المقاصد ، فإن باعه أو نسجه أو خاطه أو ملكه أو تملكه لغير ذلك ، كتجارة وكراء لمن يباح له ، فلا . (أي : فلا بأس) ،^(٢) .

ولب الموضوع أن (الإعانة على المحظور محظور)^(٣) ، ولذا استقام الاستدلال بها في هذه المناسبات المشار إليها في النصين المذكورين آنفاً .

(١) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣/٦٥٤ ، وانظر : كشاف القناع ٣/١٨١ - ١٨٢ ،

٣/١٣١ - ١٣٤ - ٥٥٩ ، ٤/٢٠٥ ، ٣٩٣ .

(٢) كشاف القناع ١/٢٨٣ .

(٣) الفروق للكرايسي ٢/٢٨٣ .

ومن تطبيقات هذه القاعدة: النهي عن بيع العينة، لكونها داخلة في إطار الوسائل المحرمة، وقد استدل الحنابلة على تحريمها بما روى غندر عن شعبة عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته العالية، عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم: «يا أم المؤمنين، إني بعت من زيد عبدا إلى العطاء بثمانمائة، فاحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل بستائة»، فقالت عائشة: «بئسا شريت وبئسا اشتريت، أبلغني زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب»، قالت: «أرأيت إن تركت وأخذت الستائة دينار؟» قالت: «نعم ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانْتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾»^(١).

تعرض الإمام ابن قدامة لهذا الحديث في موضع، ثم علق عليه بما يلي:

(والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله ﷺ، فجرى مجرى روايتها ذلك عنه، ولأن ذلك ذريعة إلى الربا، فإنه يدخل السلعة ليستبيع ببيع ألف بخمسمائة إلى أجل معلوم، وكذلك روي عن ابن عباس في هذه المسألة أنه قال: «أرى مائة بخمسين بينهما حريرة» يعني خرقة حرير جعلها في بيعها، والذرائع معتبرة)^(٢).

وقال في موضع آخر: (وسائل الحرام حرام كبيع العينة)^(٣).

وهناك رواية أخرى تؤيد الرواية السابقة في التنديد ببيع العينة؛ إذ ورد فيها

(١) أخرجه الدارقطني في سننه ٥٢/٣، والبيهقي من طريق سعيد بن منصور ٣٣٠/٥. والآية

من سورة البقرة رقم (٢٧٥).

(٢) المغني ٤/١٩٤، وانظر: الكافي ٢/٢٦.

(٣) المغني ٤/٩٧.

التهديد بنزول البلاء على الناس إذا تحققت فيهم أمور تضمنتها هذه الرواية ومنها التعامل بالعينة، وهالك نصها:

عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ، قال: «إذا ضن الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة، واتبعوا أذنان البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم البلاء، فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم»^(١).

وفي رواية: «إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذنان البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلا، لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم»^(٢).

وللعينة المنهي عنها تفسيرات أشهرها:

أن يبيع سلعة بثمن إلى أجل معلوم، ثم يشتريها نفسها نقدا بثمن أقل، وفي نهاية الأجل يدفع المشتري الثمن الأول، والفرق بين الثمنين فضل هوربا للبائع الأول. وتثول العملية إلى قرض عشرة، لرد أكثر منها، والبيع وسيلة صورية إلى الربا^(٣).

وذهب جماهير الفقهاء إلى عدم تسويغ هذا البيع^(٤)، خلافا للإمام الشافعي - رحمه الله -.

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/٢٨، وصححه ابن القطان كما نقله عنه الزيلعي في نصب الراية ١٧/٣.

(٢) أخرجه أبوداود في سننه ٣/٧٤٠.

(٣) الموسوعة ٩/٩٦.

(٤) انظر: المغني ٤/١٩٣ - ١٩٤، بدائع الصنائع ٥/٨١٩، رد المحتار ٤/٢٧٩، الشرح الكبير للدردير ٣/٨٩ كشف القناع ٣/١٨٥.

ومن الملاحظ أن النهي الوارد هنا معلل لدى الحنفية والحنابلة بالربا . (ووجه الربا فيه - كما يقول الزيلعي من الحنفية - أن الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل قبضه ، فإذا عاد إليه عين ماله بالصفة التي خرج عن ملكه ، وصار بعض الثمن قصاصا ببعض بقي له فضل بلا عوض ، فكان ذلك ربح ما لم يضمن ، وهو حرام بالنص)^(١) .

وجاء في مصادر المذهب الحنبلي عقب عرض مسألة العينة وذكر حديث عائشة - رضي الله عنها - دليلا لها :

(ولأنه ذريعة إلى الربا ، ليستيح بيع ألف بخمسمائة إلى أجل ، والذرائع معتبرة في الشرع ، بدليل منع القاتل من الإرث)^(٢) .

وعلل المالكية عدم الجواز بأنه سلف جر نفعا^(٣) .

وذهب الإمام الشافعي - رحمه الله - إلى جواز الصورة المذكورة ، طردا للقياس ، وبدليل أن قول الصحابي غير حجة - على القول المنصور في المذهب الشافعي - ومن ثم نجد الإمام السبكي يتعرض لمسألة العينة تحت هذا المبحث الأصولي المشار إليه آنفا^(٤) .

والواقع أن المذهب الشافعي لا يقيم وزنا كبيرا لقاعدة سد الذرائع التي تنبثق

(١) رد المحتار ٤/ ١١٥ .

(٢) المدع لابن مفلح ٤/ ٤٨ ، وكشاف القناع ٣/ ١٨٥ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٨٩ ، الموسوعة ٩/ ٩٦ .

(٤) ر : الأشباه والنظائر للسبكي ٢/ ١٩٣ .

عنها هذه القاعدة التي نحن بصدد البحث فيها إذ يقول العلامة التاج السبكي : (ولم يصب من زعم أن قاعدة سد الذرائع يقول بها كل أحد، فإن الشافعي لا يقول بشيء منها)^(١).

ويؤيد ذلك ما ذكره الإمام تقي الدين السبكي في (التكملة) أنه : (لا يجوز الرجوع إلى المقاصد الخفية، إنما الاعتماد على ظواهر العقود الشرعية)^(٢).

وقد صرح الشافعي بمذهبه في ذلك فقال : (لا يفسد عقد أبداً إلا بالعقد نفسه، ولا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره، ولا بتوهم، ولا تفسد العقود بأن يقال : هذه ذريعة، وهذه نية سوء، ألا ترى أن رجلاً اشترى سيفاً، ونوى بشرائه أن يقتل به، كان الشراء حلالاً، وكانت نية القتل غير جائزة، ولم يبطل بها البيع . . .)^(٣).

وعلى عكس المذهب الشافعي نجد المذهب المالكي يعتني باعتناء بالغا بأصل سد الذرائع، ويتمسك به أشد التمسك حسماً للحيل، ولذلك نجد الإمام الذهبي ينوه بشدة احتياط الإمام مالك في هذا المجال إذ يقول في ترجمته :

(فعامة آرائه مسددة، ولو لم يكن له إلا حسم مادة الحيل، ومراعاة المقاصد لكفاه)^(٤).

وإلى هذا أوماً الإمام ابن شاس بقوله : (إن أصلنا حماية الذرائع، وسحب

(١) شرح الشرييني ومعه حاشية العطار على جمع الجوامع ٣٩٩/٢، الموسوعة ٢٧٩/٢٤.

(٢) تكملة المجموع ١٤٦/١٠.

(٣) الأم ٢٦٧/٧، الموسوعة ٢٧٩/٢٤.

(٤) سير أعلام النبلاء ٩٢/٨.

أذيال التهم على سائر المتعاملين متى بدت مخايلها ، أو خفيت وأمكن القصد إليها من المتعاملين^(١) .

ومن الفروع المبنية المشهورة على هذا الأصل عند المالكية :

بيوع الآجال : وهي بيوع ظاهرها الجواز ، لكن منع منها الإمام مالك ما كثر قصد الناس له توصلاً للربا الممنوع ، فيمنع ولو لم يقصده العاقد سدا للذريعة ، فإن قل قصد الناس له لم يمنع ، فمما يمنع منها : البيع الذي يؤدي إلى سلف بمنفعة ، والمراد منه ما مضى تفصيله من بيع العينة .

استهل الإمام ابن رشد -الجد- (كتاب بيوع الآجال) في (المقدمات) بقوله : (أصل ما بني عليه هذا الكتاب الحكم بالذرائع ، ومذهب مالك -رحمه الله - : القضاء بها والمنع منها ، وهي الأشياء التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور ، ومن ذلك البيوع التي ظاهرها الصحة ، ويتوصل بها إلى استباحة الربا)^(٢) .

وكذلك توافرت التفاريع المتعلقة بهذا الأصل في كتب المذهب الحنبلي ، وإليك نبذة منها ، ومن الملاحظ أن معظم المسائل المذكورة ومقرونة بالصيغة التي صدر بها هذا البحث :

هبة الثلجئة باطلة بحيث توهب في الظاهر وتقبض مع اتفاق الواهب والموهوب له على أنه ينزعه منه إذا شاء ، ونحو ذلك من الحيل التي تجعل طريقاً إلى

(١) عقد الجواهر الثمينة ٢/٤٥٣ .

(٢) المقدمات الممهديات ٢/٣٩ .

منع الوارث أو الغريم حقوقهم؛ لأن الوسائل لها حكم المقاصد^(١).

إن أوصى لولد وارثه بالثلث فما دون - صح ذلك؛ لأنها وصية لغير وارث، فإن قصد بذلك نفع الوارث، لم يجز فيما بينه وبين الله؛ لأن الوسائل لها حكم المقاصد^(٢).

الو حابي المريض وارثه بطلت تصرفاته في قدر المحاباة، إن لم تجز الورثة؛ لأن المحاباة كالوصية وهي لوارث باطلة فكذا المحاباة، وصحت فيما لا محاباة فيه بقسطه؛ لأن المانع من صحة البيع: المحاباة، وهي هنا مفقودة...

ولو باع المريض أجنبيا شقفا وحاباه في ثمنه، وللأجنبي شفع وارث من ورثة المريض، جاز البيع إن لم يكن حيلة على محاباة الوارث، فإن كان كذلك لم يصح؛ لأن الوسائل لها حكم المقاصد^(٣).

ومنها: مسألة بطلان بيع الثمرة بشرط القطع إذا تركت حتى بدا صلاحها، حسبها ورد تعليلها في المذهب الحنبلي، وإليك نص الموضوع من (المسائل الفقهية) للقاضي أبي يعلى:

(مسألة: واختلفت إذا اشترى ثمرة لم يبد صلاحها على شرط القطع، فتركها حتى بدا الصلاح على أربع روايات: إحداها: العقد باطل، والنماء للبايع.

نقل ذلك حنبلي، وأبو طالب، وابن القاسم في الرجل يبتاع النخل على أن

(١) كشاف القناع ٢٩٨/٤ - ٢٩٩.

(٢) المصدر نفسه ٣٤٠/٤.

(٣) ر: المصدر نفسه ٣٢٧/٤ - ٣٢٨، ومطالب أولي النهي ٤٢٦/٤ - ٤٢٧.

يصرمه ، فتركه حتى بلغ ، البيع باطل والنماء للبائع ، وهو اختيار الخرقى ، وهو أصح .

والوجه فيه : أنا لو حكمنا بصحة البيع كان ذريعة إلى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها على الترك إلى وقت الجذاذ ؛ لأنه يشترط القطع ليسلم له العقد ويعتقد الترك ليحصل له الغرض ، والذرائع معتبرة على أصولنا في مواضع ، ولهذا قلنا : الفرار من الزكاة لا يسقطها ؛ لأنه يكون ذريعة إلى إسقاط الزكاة جملة .

وكذلك إذا باع طعاما إلى أجل ، فلما حل الأجل باع المشتري من البائع ذلك الطعام بالثمن الذي له عليه - لم يصح البيع ؛ لأنه ذريعة إلى حصول بيع طعام بطعام^(١) .

وقال العلامة الزركشي الحنبلي بصدده عرضه المسألة المذكورة :

والمعتمد في المسألة سد الذرائع ، فإنه قد يتخذ اشتراط القطع حيلة ، ليسلم له العقد ، وقصده الترك ، والذرائع معتبرة عندنا في الأصول^(٢) .

وجاء في فتاوى العلامة عبدالرحمن السعدي :

(س : إذا اشترى من إنسان ثمرة نخل وقبضه الثمن ، أو سقط وفاء عن ذمته ،

فهل يجوز بيع الثمرة عليه إلى أجل ؟

ج : لا يجوز بيعه عليه إلى أجل بأكثر من ذلك الثمن ، وهي مسألة العينة ،

(١) المسائل الفقهية للقاضي أبي يعلى ١/٣٣٤ .

(٢) شرح الزركشي على مختصر الخرقى ٣/٤٩٨ ، وانظر: المغني ٤/٨٥ ، والمبدع ٤/١٦٨ .

وعكسها، فإنهم وإن لم يقصدوا بالبيع الأول البيع الثاني، ولكن يكون ذريعة ووسيلة إليه، والوسائل إلى الربا ممنوعة^(١).

إن لمسألة العينة - المنطلقة من هذه القاعدة الراسخة المبينة آنفاً - أهمية قصوى في عصرنا الحاضر، فإنه يبدو من إجابة النظر في الفتاوى الصادرة من هيئات الرقابة الشرعية للبنوك الإسلامية: أنه قد نفقت سوق العقود المسترة تحت ستار العينة، ومن ثم كثر السؤال عنها، وهنا لا بأس من عرض نماذج من تلك الفتاوى والأجوبة عنها؛ لمزيد من التطبيق على هذه القاعدة وإيضاح الصور المتعلقة ببيع العينة، فهناك بيانها:

١ - (السؤال: متى تتحقق العينة حينما يبيع بيت التمويل الكويتي بضاعة بالأجل، ثم يشتريها بعد ذلك بثمان نقدي؟

الجواب: بيع العينة يتحقق إذا تواطأ بيت التمويل الكويتي مع المشتري على أن يبيعه البضاعة بثمان مؤجل يزيد عن الثمن النقدي على أن يشتريها بيت التمويل الكويتي بعد ذلك من المشتري، وقبل أداء الثمن المؤجل بسعر أقل من هذا الثمن...، سواء أكان هذا التواطؤ ملفوظاً أم ملحوظاً؛ لأن معنى ذلك أن بيت التمويل الكويتي أعطى هذا العميل ثمانمائة مثلاً ليقبضها بعد سنة ألفاً، وعادت إليه البضاعة التي باعها مؤجلاً.

فإذا لم يكن هذا التواطؤ ملفوظاً ولا ملحوظاً حين البيع بالأجل، وإنما اشترى بيت التمويل الكويتي هذه البضاعة ثانية بسعر السوق النقدي - فإن

ذلك لا يكون من العينة سواء كان الثمن في هذه الحالة أقل أو أكثر، أو مثل ثمن البيع بالأجل^(١).

٢ - (السؤال : أحد التجار فتح اعتماد بضاعة من أحد البنوك المحلية، وعندما وصلت البضاعة أرض الميناء لم يستطع العميل سداد المبلغ للبنك، فهل يجوز لبيت التمويل الكويتي أن يشتري البضاعة من البنك، ثم يبيعها على العميل نفسه؟

الجواب : لا يجوز لبيت التمويل الكويتي شراء البضاعة من البنك المعتبر هنا وكيلا عن العميل مفوضا ببيع البضاعة المرهونة بسداد الثمن ثم بيعها إلى العميل نفسه بأجل؛ لأن هذا البيع هو من قبيل بيع العينة، لأن شراءها من البنك - وكيلا عن العميل - كشرائها من العميل نفسه، ثم بيعها له هو بيع عينة^(٢).

٣ - (السؤال : شركاء اشترىوا بضاعة بهال الشركة، فهل يجوز أن تبيع الشركة لأحد الشركاء شيئا من مال الشركة مرابحة بأجل؟

الجواب : يجوز لأحد الشركاء شراء شيء من مال الشركة مرابحة بأجل، أو بضمن حال، ولكن إذا اشترى بالأجل، فليس له أن يبيع إلى الشركة ما اشتراه منها؛ تجنباً لبيع العينة^(٣).

٤ - (السؤال : تقدمت إلينا مؤسسة للسيارات بطلب شراء سيارات، وذلك بعد أن

(١) فتاوى بيت التمويل الكويتي ٢٣/٢ س ٦٨.

(٢) المصدر نفسه ٢٦/٢ س ٧٣.

(٣) فتاوى بيت التمويل الكويتي ١٥٤/٢ س ٢٢٨.

نشتريها ونتملكها من الكراج ، علما بأن هذا الكراج يقوم باستيراد السيارات برخصة تلك المؤسسة ؛ لعدم تملكه رخصة استيراد وتصدير ، وعلى هذا الأساس تكون جميع المستندات الرسمية (بوالص الشحن والاستيراد) باسم تلك المؤسسة علما بأن جميع المبالغ والرسوم مدفوعة من قبل الكراج ، وهو المالك الأصلي والفعلي للسيارات ، وذلك حسب أقوالهم ، وليس هناك أية مستندات رسمية تثبت ذلك ، فهل يجوز في ذلك الأخذ باعتبار الثقة أو لا يجوز ، وأن نشترى السيارات من الكراج وبيعها على المؤسسة؟ يرجى إفادتنا .
الجواب : هذه العملية لا تجوز لشبهة العينة^(١) .

٥ - ومنها ما جاء في الضوابط المتعلقة بعمليات التقسيط حسبها ورد في النص الآتي من قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي .

(جواز شراء آلة كحفار من شركة معينة نقدا ، وإصلاح هذه الآلة بموجب عقد استصناع مع مؤسسة أخرى تعمل في مجال الإصلاح لمثل هذه الآلة ، والتعاقد بعد ذلك على بيعها لذات الشركة التي باعتها ، على أن يكون الدفع بعد ذلك بالتأجيل دفعة واحدة أو بالتقسيط ، وإنما يجوز ذلك إذا لم يجر الاتفاق الأول على الشراء والإصلاح ، وإعادة البيع بثمن مؤجل يزيد عن ثمن الشراء ؛ لأن ذلك يكون من قبيل بيع العينة التي تستر التعامل بالربا)^(٢) .

٦ - ومن الضوابط المتعلقة ببيع الأسهم وشرائها كما جاء في قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي :

منع التحيل من اتخاذ التداول في الأسهم ذريعة إلى الربا ، ولذا يمنع شراء

(١) فتاوى بيت التمويل الكويتي ١٧/٢ - ١٨ س ٥٩ .

(٢) تقرير فتاوى الراجحي : ٥٦ .

أسهم شركة مملوكة للدولة نقدا، ثم بيعها للدولة مرة أخرى بسعر أعلى مؤجل سدادا للعجز في الميزانية العامة؛ لأن هذا من قبيل العينة وإعطاء المال بأكثر منه نظير الأجل.

أما إذا باعت الحكومة أسهما تملكها إلى الشركة بسعر معين دون اتفاق على إعادة الشراء، وطرحت الشركة هذه الأسهم فيما بعد، وأرادت الحكومة شراءها بأي سعر يتفقان عليه ويرضيه، فلا يمنع من مثل هذا التعامل لانتهاء التحيل^(١).

وهكذا تجد هناك قضايا وفتاوى كثيرة منوطة ببيع العينة، وقد دلت هذه الظاهرة على فشو التجارة المنطوية على حيل ووسائل فاسدة لا يقرها التشريع الإسلامي الحكيم، وكل ما تقدم تشير إليه هذه القاعدة الجليلة التي قررها الفقهاء.

(١) ر: تقرير فتاوى الراجحي: ٦٧.

قد يجعل المعدم كالوجود احتياطا، وكذا العكس

إنه من المعلوم أنه لا عبرة للموهوم - فضلا عن المعدم - بمقابل الموجود المحقق المتيقن، ولكن بمقتضى الاحتياط قد يثبت المعدم تبعا للموجود، وكذا يكتسب الموجود سمة المعدم في مسائل.

ذكر الإمام ابن النجار هذه القاعدة في زمرة القواعد الفقهية التي تشبه الأدلة في دلالتها على بعض الأحكام، فقال:

(ومن أدلة الفقه أيضا: جعل المعدم كالوجود احتياطا، كالمقتول تورث عنه الدية، وإنما تجب بموته، ولا تورث عنه إلا إذا دخلت في ملكه، فيقدر دخولها قبل موته)^(١).

ونجد الإمام القرافي المالكي يبسط القول في التفريع على هذه القاعدة، وسماها قاعدة التقدير، وهو إعطاء الموجود حكم المعدم، والمعدم حكم الموجود.

- فمن أمثلة القسم الأول: النجاسات المستثنيات المعفو عنها لدفع الحرج، والغرر، والجهالات المغتفرات في البياعات يقدر وجودها كعدمها^(٢).

ولا يكاد ينفك شيء من العقود عن التقدير الاعتباري، وإيراده على المعدم،

(١) شرح الكوكب المنير ٤/٤٥٣.

(٢) ر: الذخيرة للقرافي ٥/٣٤٠.

فالإجارة إن قوبلت بمنفعة كانا معدومين، أو بعين كانت المنافع معدومة، والسلم والقرض يقتضي عوضه معدوماً، والوكالة إذن في معدوم، والقراض، والمساقاة، والمزارعة، والجعالة، والوقف تملك لمعدوم، تارة لموجود، وتارة لمعدوم...^(١).

ومن باب إعطاء الموجود حكم المعدوم أيضاً: تقدير المنافع الكائنة في المحرمات والعقود الماضية إذا تعقبها الفسخ، إذ يقدر ذلك معدوماً كأن لم يكن مع أنه كان^(٢).

- ومن أمثلة القسم الثاني:

الديات وأموال الدماء في المصالحات يقدر غرمها قبل زهوق الروح تثبت على ملك المجني عليه الموروث، وإلا فما لا يملكه الموروث كيف يورث؟^(٣) وهذا ما سبق ذكره في كلام العلامة الفتوح الحنبلي.

ومن قبيل إعطاء المعدوم حكم الموجود: إيمان المسلمين قبل تعلمهم، وكفر أطفال الكفار، وعدالة الشهود حالة الغفلة، وكذلك فسق الفساق، فالشرع يحكم عليهم بهذه الصفات حالة عدمها، وتجري عليهم أحكامها.

وكذلك كل عيب نشأ في المبيع بسبب التدليس لا يمنع الرد، ويقدر تقدمه،

(١) ر: الذخيرة للقرافي ٣٠٧/٥.

(٢) ر: الذخيرة للقرافي ٤١٦/١٢.

(٣) ر: الذخيرة ٣٤٠/٥، وانظر: إيضاح المسالك للونشريسي ص ٨٩، ق ٥٤ بعنوان:

(إعطاء الموجود حكم المعدوم، والمعدوم حكم الموجود).

والديون تقدر في الذمم... (١).

وقد تعرض الإمام ابن القيم لهذه القاعدة المتعلقة بالتقديرات في (البدائع) مع التعبير عنها بأسلوب آخر إذ يقول: (ارتفاع الواقع شرعا محال، أي ارتفاعه في الزمن الماضي، وأما تقدير ارتفاعه مع وجوده فممكناً) (٢).

ثم ساق أمثلة تكشف عن مدلول الكلام، ويستبين منها أنها متفقة مع ما ذكر الفتوحى والقرافي، ومنها ما تلحظ في النصوص الآتية:

(إننا ننزل المجهول كالمعدوم في باب اللقطة، فننقل الملك بعد الحول إلى الملتقط - مع بقاء المالك - تنزيلا له بمنزلة المعدوم).

(إننا في المفقود نزلنا الزوج الذي فقد منزلة المعدوم، فأبحننا لامرأته أن تعدد وتزوج كما قضى فيها الصحابة).

(إن من مات ولا يعرف له قرابة كان ماله لبيت المال تنزيلا للمجهول منزلة المعدوم، ولا نقول نوقفه حتى يتبين له قرابة).

وكذلك لو علمنا له وارثاً جديداً، وشككنا في غيره دفعنا إلى المعلوم ميراثه، ولم نوقفه...).

ثم قال: (وعكس هذا تنزيل المعدوم منزلة الموجود تقديراً، لا تحقيقاً)، وذكر له أمثلة. منها: مثال توريث دية المقتول خطأ...، وهو ما سبق إيرادها في هذا

(١) ر: الذخيرة للقرافي ٣٠٦/٥ - ٣٠٧.

(٢) بدائع الفوائد ٣/٢٥٣ - ٢٥٤.

البحث ، ومنها : (الأجزاء التي لم تخلق بعد في بيع الثمار بعد بدو صلاحها ، فإنها تنزل بمنزلة الموجود حتى يكون موردا للعقد) .

ومنها : (المنافع المعدومة في الإجارة فإنها تنزل منزلة الموجود) .

وعقب ذلك ختم الموضوع بقوله : (ونظائر القاعدتين كثيره)^(١) .

كما نبه إلى الشطر الأول من هذا الأصل الإمام تاج الدين السبكي ، واستدل له بما هو من قبيل نواذر الاستدلال وليس من الصميم ، إذ يقول :

- (قاعدة: الاحتياط أن نجعل المعدوم كالموجود... ، وقد اتفق لي مرة الاستدلال على هذه القاعدة بقوله تعالى : ﴿اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾^(٢) ، فلا يخفى أنه أمر باجتنباب بعض ما ليس بإثم ؛ خشية من الوقوع فيما هو إثم ، وذلك هو الاحتياط ، وهو استنباط جيد .

مثال جعل المعدوم كالموجود: المنافع المعقود عليها في الإجارة، فإننا نجعلها كالموجود، ونورد العقد عليها...^(٣)، ويلاحظ أن قاعدة التقدير راجعة إلى مراعاة التشريع لحاجات الناس في كثير من الأحيان، وإلى هذا يشير قول الإمام ابن تيمية: (والشريعة استقرت على أن ما يحتاج إلى بيعه يجوز بيعه وإن كان معدوما كالمنافع)^(٤) .

(١) بدائع الفوائد ٣/ ٢٥٤ .

(٢) الحجرات: ١٢ .

(٣) الأشباه والنظائر للسبكي ١/ ١١٠ - ١١١ .

(٤) فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/ ٤٨٥ .

ويمكن أن يندرج في هذا الإطار ما قاله بعض فقهاء الحنفية من جواز بيع ما يكمن في الأرض إذا كان الموجود منه أكثر من المعدوم؛ لأن المعدوم يكون تابعا للموجود، وما قاله بعض فقهاء الحنابلة من جوازه أيضا إذا كان المقصود منه ظاهرا؛ لأن الكامن يكون تابعا، فلا تضر جهالته^(١).

(١) الغرر وأثره في العقود للدكتور الصديق الضير: ٥٩٧، ر: الدر المختار ورد المحتار ١٤٠/٤، المغني ٩١/٤.

اليسير معفو عنه في كثير من الأحكام^(١)

هذه قاعدة نافعة من قواعد الفقه الإسلامي ، وصيغتها ناطقة بمدلولها ، ويمكن أن تدخل في زمرة القواعد التابعة للقاعدة الأساسية الكبرى : (المشقة تجلب التيسير) وينسحب هذا العفو على عديد من الأحكام ، ومن هنا ترى الأصل المذكور عميق الأثر قديما وحديثا .

وقد أفصح الفقهاء عن هذا المفهوم بعبارات شتى ، ولكنها متقاربة المعنى ، ومنها ما يلي :

- (القليل من الأشياء معفو عنه)^(٢) .
- (اليسير تجري المسامحة فيه)^(٣) .
- (اليسير الذي لا ينضبط لا يلتفت إليه)^(٤) .
- (اليسير يتسامح به بخلاف الكثير)^(٥) .

(١) المعيار للونشريسي ١٣٧/٥-١٣٨ .

(٢) تأسيس النظر للدبوسي : ٥٩ .

(٣) المغني لابن قدامة ١٣/١٣٣ .

(٤) المبدع ٤/١٧١ .

(٥) المصدر نفسه ٥/٢٨٠ .

• (اليسير مغتفر)^(١).

• (النقص اليسير لا حكم له في أشياء كثيرة)^(٢).

• (اليسير معفو عنه)^(٣).

ومن الفروع التي ظهر فيها تطبيق هذا الأصل ما يلي:

- إن الجهالة اليسيرة في المعقود عليه، أو في الثمن في المجلس -معفو عنها^(٤).

- إذا وجد القليل من رأس مال السلم زيوفا فرده، واستبدل به في المجلس - لا ينقض عقد السلم برد ذلك القدر^(٥).

كذلك نقص الحبة والحببتين في الأثمان وعروض التجارة يعد يسيراً^(٦)، ولا يؤثر في الحكم، وبناء على ذلك فإن الزيادة اليسيرة على ثمن المثل لا أثر لها، وإن كان فيها غبن ما، كما في الوكيل بالبيع والشراء...^(٧).

ومما لا غبار عليه أن هذه القاعدة قوية الارتباط جداً بالقاعدة الناطقة بالعفو عمّا يشق الاحتراز منه - كما سبق شرحها - وهذا ما يتبدى جلياً من النصوص التالية أيضاً:

(١) شرح الزركشي ٣/٥٢٤.

(٢) كشاف القناع ٢/١٦٩.

(٣) المصدر نفسه ٢/١٧٨.

(٤) تأسيس النظر: ٩٥.

(٥) المصدر نفسه: ٥٩.

(٦) انظر: كشاف القناع ٢/١٧٨.

(٧) المثور في القواعد ٢/١٨٣.

- (١) قليل الغش مما لا يمكن التحرز عنه^(١).

- (٢) قليل الفساد مما لا يمكن التحرز منه^(٢).

- (٣) قليل الزيادة مما لا يمكن التحرز منه^(٣).

- (٤) العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوًا^(٤).

وبناء على ذلك تكون العبرة للغالب دائماً، وبعد اليسير مغموراً ملحقاً به، وبذلك يبقى الحكم سليماً نافذاً، فلو منع عقد من العقود من النفاذ بسبب أدنى خلل مشار إليه آنفاً - لضايق الأمر على الناس، ولأدى ذلك إلى الحرج والمشقة، وهما مرفوعان شرعاً.

ومقتضى إهدار اليسير في كثير من الأحكام أن تكون العبرة للغالب أو للكثير، وبذلك تجد هذا الأصل جذري الارتباط بقاعدتي (للاكثر حكم الكل) و(العبرة للغالب)، ولزيد التبصير لا بأس بإيراد بعض النصوص الفقهية الآتية:

إذا كانت الفضة هي الغالبة في الدراهم المضروبة، فحكمها حكم الفضة الخالصة، لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا سواء بسواء؛ لأن اعتبار الغالب وإلحاق المغلوب بالعدم هو الأصل في أحكام الشرع؛ لأن الدراهم الجياد لا تخلو عن قليل غش؛ لأن الفضة لا تنطبع بدونه، فكان قليل الغش مما لا يمكن التحرز

(١) بدائع الصنائع ١٩٦/٥.

(٢) المصدر نفسه ٢٨٤/٥.

(٣) ر: المصدر نفسه ٣٠/٦.

(٤) الهداية ٥١٤/٩، المغني ١١٧/١٤.

عنه، فكانت العبرة للغلبة^(١).

جاء في كلام الإمام الماوردي:

(أصول الشرع موضوعة على الفرق بين القليل والكثير في مخالطة الحظر له، فإن اختلط بالقليل كان حكم الحظر أغلب، وإن اختلط بالكثير كان حكم الإباحة أغلب)^(٢).

(إذا استحق بعض ما اشتريته، أو صالحت عليه، أو وجدت به عيباً فله أحوال؛ لأنه إما أن يكون مثلياً، أو مقوماً، وإما أن يكون معيناً، أو شائعاً، فأما المثلي فهو المكيل والموزون، فإن كان المستحق منه قليلاً لزمك باقيه؛ لأن القليل لا يخل بمقصود العقد، والأصل لزوم العقد...)^(٣).

وهكذا تجد لهذا الموضوع تفاريع جمة يكاد يتعسر إحصاؤها، وبهذه المناسبة ينبغي التنبيه إلى أنه لا يجوز قياس الربا اليسير على الغرر اليسير، أو الغش اليسير وغيرهما، فإن الربا في حرمة أشد بكثير من الغرر وغيره، وهذا ما عبر عنه الفقهاء في النصوص التالية:

(ومفسدة الغرر أقل من الربا، فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة منه...)^(٤).

(١) ر: بدائع الصنائع ١٩٦/٥.

(٢) الحاوي ١/٣٣٠.

(٣) الفروق للقرافي ٤/٣٢.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩/٢٥.

الربا لا يجوز قليله ولا كثيره، وليس كالغرر الذي يجوز قليله، ولا يجوز كثيره^(١).

(ما جرى فيه الربا في التفاضل دخل قليله وكثيره في ذلك . . .)^(٢).

الربا لا تصح إباحته في الشرع تبعًا^(٣).

الغرر اليسير في البيع مجوز للضرورة، والربا اليسير في البيع غير مجوز مع الضرورة^(٤).

التأخر (في) اليسير من أحد عوضي الصرف يقوم مقام تأخر جميعه في إبطال العقد^(٥).

وكل ذلك مستفاد من النصوص التشريعية الصريحة المنددة بحرمة الربا، وبناء على تلك النصوص تجد الفقهاء يلحقون الشبهة بالحقيقة احتياطًا في المسائل المنوطة بالربا، وهذا لا يعني أيضًا أن لا يوجد لهذا المعنى استثناء على الإطلاق، فإن استثناء العرايا من المزابنة خير دليل على ذلك، فيمكن سواغية القليل منه بمقتضى قاعدة الضرورة، ولمسيس الحاجة في بعض الصفقات، والمعاملات بعد تدقيق النظر في الملابس المحيطة بها، والله أعلم.

(١) التمهيد ٢١٣/١٤ وانظر: عدة البروق للونشريسي ٣٨٩.

(٢) التمهيد ١٨٩/١٩.

(٣) الحاوي ٢٦٩/٥.

(٤) المصدر نفسه ١٢٤/٥.

(٥) المنتقى ٢٦٤/٤.

(٥)

نماذج من القواعد الفقهية المنصوص عليها
في (مجلة الأحكام العدلية)

الأجر والضمان لا يجتمعان (م/٨٦)

هذه القاعدة في (المجلة) مأخوذة عن (المجامع) للخادمي، ولكنها عريقة المصدر بحيث إنها وردت في (الأصل) للإمام محمد بن الحسن الشيباني بالصيغة الآتية:

(لا يجتمع الأجر والضمان)^(١)، والأجر هو بدل المنفعة، والمراد من الضمان

هنا:

الالتزام بقيمة العين المتفعل بها، سواء سلمت أو عطبت.

(ويفهم منها أنه لا تجب الأجرة في الحالة التي يجب فيها الضمان، يعني: أن الإنسان إذا استأجر دابة وهلكت بلا تعدل لا يضمن سوى الأجرة، وإذا غصب دابة فهلك يضمن قيمتها، ولا أجرة عليه)^(٢).

(١) كتاب الأصل ٤٥/٣ ولقد وردت هذه القاعدة في كتاب التحري من المصدر المذكور كما في النص الآتي: «ولو أجز العبد نفسه - وهو محجور عليه - رجلا سنة بمائة درهم؛ لخدمه، فخدمه ستة أشهر، ثم أعتق العبد، فالقياس في هذا أنه لا أجز للعبد فيما مضى؛ لأن المستأجر كان ضامنا له، ولا يجتمع الأجر والضمان، ولكننا نستحسن إذا سلم العبد أن يجعل له الأجر فيما مضى، فيأخذه العبد، فيدفعه إلى مولاه، فيكون ذلك لمولاه دونه.

(٢) درر الحكام ٨٩/١.

وذكروا من فروعها:

- إذا استكرى شخص حيواناً للركوب لا يجوز تحميله، وذلك بمقتضى المادة^(١)، فإذا حمل وتلف يضمن المستأجر قيمة الحيوان، ومن ثم لا يجوز تكليفه بتأدية الأجر المسمى^(٢).

- وكذا لو استأجر شخص دابة مثلاً ليركبها إلى مكان معين، فذهب بها رأساً إلى مكان آخر يعتبر متعدياً في حكم الغاصب، ويخرج عن صفة الأمين التي هي الصفة الأصلية شرعاً للمستأجر، فإذا هلكت الدابة عنده قبل ردها إلى مالِكها يضمن قيمتها، ولا أجر عليه؛ لأن الأجر والضمان لا يجتمعان^(٣)، وهذا كله رأي الحنفية.

والواقع أن هذه القاعدة تبناها فقهاء المذهب الحنفي فحسب، وهي وثيقة الاتصال بمبدأ عدم ضمان منافع المغصوب عندهم خلافاً للجمهور، فإنهم (يوجبون الأجر كلما كان للمغصوب أجر؛ لأن المنافع كالأعيان، فإذا تلفت، أو أتلفها فقد أتلف متقوماً، فوجب ضمانه كالأعيان)^(٤). أقول: وهذا أعدل وأردع عن الغصب.

وللمالكية أقوال في هذا الموضوع، وافقوا في بعضها الحنفية، وفي بعضها

(١) ٥٥٠.

(٢) درر الحكام ١/٨٩.

(٣) المدخل ف ٦٥٢، ١٠٣٦/٢، وانظر بدائع الصنائع ٤/٢١٣، وتبيين الحقائق ٥/١١٨.

(٤) الموسوعة ٢٨/٢٦٢، شرح المحلي على المنهاج ٣/٣٣، والمغني ٥/٤٣٥، وكشاف القناع

١١١/٤.

الجمهور، وانفردوا بتفصيل في بعضها^(١).

وسبب النزاع أن الحنفية لم يعتبروا للمنافع قواما ماليا أصالة، وإن كان المتأخرون منهم جنحوا في كثير من المسائل إلى مذهب الجمهور، ولا سيما في منافع الموقوف، ومال اليتيم، والمعدّ للاستغلال، وهو العقار أو المنقول الذي اقتناه صاحبه لتحصيل الغلة بإجارته^(٢).

وقد ذكر الإمام الدبوسي هذا الأصل المتعلق بالمنافع مقارنة مع المذهب الحنفي إذ يقول: «الأصل عند الإمام القرشي أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي - قدس الله روحه ونور ضريحه - أن المنافع بمنزلة الأعيان القائمة، وعندنا بمنزلة الأعيان في حق جواز العقد عليها لا غير^(٣).

وعلى هذا قال علماءنا: «إن من غصب دارًا فسكنها سنين لا أجره عليه»، وعند الإمام الشافعي تجب عليه قيمة المنافع، وهي الأجرة كما لو غصب عيّنًا من الأعيان، فاستهلكها ضمن قيمتها^(٤).

وقال الإمام السبكي: «قال علماءنا: «المالية قائمة بمنافع الأعيان كقيامها بالأعيان»، وربما قال علماءنا: «المنافع منزلة منزلة الأعيان»، وعلى هذا الأصل مسائل، منها: منافع المغصوب تضمن بالفوات تحت اليد العادية خلّا قًا لهم^(٥).

(١) الموسوعة ٢٨/٢٦٢، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢١٧.

(٢) ر: العرف والعادة في رأي الفقهاء للدكتور أحمد فهمي أبو سنة ص ١٨٢، وتبيين الحقائق ٢/١٤٦.

(٣) لأن المنافع عند الحنفية لا تقوم إلا بعقد الإجارة، ولا إجارة بين الغاصب والمغصوب منه.

(٤) تأسيس النظر ص ١٢٨ - ١٢٩.

(٥) الأشباه والنظائر للسبكي ٢/٢٧٨.

ويتجلى من خلال إلقاء النظر على تفاريع هذه القاعدة الناطقة بعدم الجمع بين الأجر والضمان أن اعتبارها والأخذ بها قد يكون محل الاستغلال (فهو يفسح للناس مجال الاحتيال للانتفاع بأموال الغير بلا بدل، فيعقدون الإجارة على غير المنفعة التي يريدون، ثم يخالفون إلى الانتفاع بها يريدون دون التزام بعوض، ولا يبالون بضمان المأجور عند الهلاك؛ لأن الهلاك نادر)^(١). بناء على ذلك يجب أن يفتى بضمان المنافع على الإطلاق بدون تخصيص واستثناء، كما هو مذهب جمهور الفقهاء.

(١) المدخل الفقهي ١٠٣٧/٢.

إذا بطل الأصل يصار إلى البديل (م/٥٣)، ولا يجتمع البديل والمبدل منه

هذه إحدى القواعد المشهورة الشائعة في مصادر الفقه الإسلامي، صيغت بعبارات متنوعة، ولكنها مفضية إلى مدلول واحد، ويعني البطلان في هذه الصيغة تعذر الأصل، ولذا من الأجدر أن يقال: (إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل)^(١). وهكذا صاغها الإمام ابن القيم قديماً، إذ يقول: (إن الفروع والأبدال لا يصار إليها إلا عند تعذر الأصول)^(٢).

وبذلك يمكن تفادي تفسير كلمة البطلان في هذه المناسبة، ومن المعلوم أن البديل يقوم مقام الأصل، أو المبدل منه، ويأخذ حكمه ويكتسب خصائصه، وقد عُبر عن هذا المفهوم بتعابير متقاربة في صورة قاعدة ومنها:

- (البديل يسد مسد الأصل ويحل محله)^(٣).
- (بديل الشيء يقوم مقامه)^(٤).

(١) المدخل الفقهي: ف ٦٤١.

(٢) إعلام الموقعين ٣/٣٩٩.

(٣) المنشور في القواعد ١/٢٧٧.

(٤) معالم السنن ١/٢٠١، ر: المصدر نفسه ٣/٣٣٥.

وجاء في كلام الإمام الزركشي حول هذا الموضوع: (اعتبار الأبدال، وتجويز العدول إليها إنما هو عند تعذر الأصول)^(١)، وهي تتضمن في طياتها سماحة التشريع الإسلامي ومرونته في تقرير الأحكام، ومن أدلتها في القرآن الكريم:

قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾^(٢).

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرَضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ﴾^(٣).

ومن فروعها:

- يجب رد عين المغصوب مادامت قائمة، فإذا هلك يرد بدله من مثل أو قيمة^(٤).
- وإذا ردَّ المبيع المعيب لمانع شرعي، كما لو كان المبيع ثوبا، فصبغه المشتري، ثم ظهر فيه عيب قديم، فللمالك أن يسترد من البائع فرق نقصان العيب^(٥).
- أن المسلم إليه لو أعطى لرب السلم رهنا بعين المسلم فيه، ثم انفسخ عقد السلم بوجه ما، فإن الرهن يصير رهنا برأس مال السلم الذي قبضه المسلم إليه^(٦).

(١) كشف القناع ٣/٣٢٥، ٣٢٦، ٣٤٣.

(٢) البقرة: ١٨٤.

(٣) النساء: ٤٣.

(٤) المدخل الفقهي ١٠٢٣/٢ ف ٦٤١، وانظر: درر الحكام ١/٥٥.

(٥) المدخل الفقهي ١٠٢٣/٢ - ١٠٢٤.

(٦) شرح القواعد الفقهية: ٢٨٨.

- (يجب تسليم عين بدل الإجارة إذا كان عرضاً، فإذا هلك العرض قبل تسليمه يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ) (١).

وفيماء يلي أسوق مسائل تتعلق بالرهن ذكرها العلامة البهوتي، وقد وردت مقرونة بهذه القاعدة:

جاء في باب الرهن:

إذا كان الدين مؤجلاً، وكان الرهن مما يمكن تحفيفه، كالعنب، فعلى الراهن تحفيفه؛ لأنه من مؤنة حفظه وتبقيته، أشبه نفقة الحيوان، وإن كان الرهن مما لا يمكن تحفيفه: كالبطيخ، والطبيخ، وشرط في الرهن بيعه، وجعل ثمنه رهناً مكانه - فعل ذلك، وإن أطلق بيع، أي: باعه الحاكم إن لم يأذن ربه أيضاً، وجعل ثمنه مكانه...؛ لأن الثمن بدل العين، وبدل الشيء يقوم مقامه، وهذا إن لم يكن الدين قد حل، وإلا قضى من ثمنه) (٢).

وكذلك الحكم إن رهته ثياباً، فخاف المرتهن تلفها، أو رهنه حيواناً فخاف المرتهن موته، فبياع (٣).

- (ويجوز للعدل أو المرتهن إذا أ تلف الرهن، وأخذ قيمته مكانه بيع قيمة الرهن أو مثله، كأصله المأخوذ عنه القيمة بالإذن الأول، ولا يحتاج إلى تجديد إذن؛ لأن البديل يقوم مقام مبدله) (٤).

(١) شرح القواعد الفقهية: ٢٨٨.

(٢) كشف القناع ٣/٣٢٥.

(٣) المصدر نفسه ٣/٣٢٦.

(٤) المصدر نفسه ٣/٣٤٣.

وذكر الإمام الكاساني لدى توجيهه بعض الآراء في موضوع هلاك المرهون: (أن الرهن بالشيء رهن ببذله في الشرع؛ لأن بدل الشيء يقوم مقامه كأنه هو؛ لهذا كان الرهن بالمغصوب رهنا بقيمته عند هلاكه، والرهن بالمسلم فيه رهنا برأس المال عند الإقالة...^(١)).

ومقتضى هذا الأصل أنه لا يمكن الجمع بين البذل والمبدل منه^(٢)، ولذا نجد الفقهاء يركزون على هذا الموضوع بل جعلوه أصلاً.

ومن فروع هذا الأصل: إذا غيب الغاصب المغصوب وضمن قيمته ملكه؛ لأن المالك ملك بدل المغصوب، فوجب أن يزول ملكه عن المبدل إذا كان يقبل بدل المغصوب دفعاً للضرر عن الغاصب، وتحقيقاً للعدل، أو ضرورة حتى لا يجتمع البذل والمبدل في ملك رجل واحد، فإنه مستحيل واسمه ينبك عنه، فإن البذل اسم لما يقوم مقام الفئات لا لما يقوم مقام القائم، فإذا ثبت ملكه فيه على الكمال وجب أن يزول ملكه في المبدل؛ ليتحقق معنى هذا الاسم^(٣).

ومنها: أن الخيار - أي خيار الشرط - إذا كان للبائع ففي رأي الإمام أبي حنيفة لا يخرج المبيع عن ملكه، وإذا كان للمشتري فالثمن لا يخرج عن ملكه، وهذا يمنع دخول الثمن في ملك البائع في الأول، ودخول المبيع في ملك المشتري في الثاني لوجهين: أحدهما: أنه جمع بين البذل والمبدل في عقد المبادلة، وهذا لا يجوز،

(١) بدائع الصنائع ٦/١٥٥، وانظر: ٦/١٤٣.

(٢) انظر: تبين الحقائق ٥/٢٣٠ - ٢٣١، شرح الزيادات: ٥، القواعد للمقري ١/٢٣٨،

الحاوي للماوردي ٩/٣٤٥، الانتصار للكلوذاني ١/٤١٣، المغني ١١/٥٢٨.

(٣) تبين الحقائق ٥/٢٣٠ - ٢٣١.

والثاني: أن في هذا ترك التسوية بين العاقدين في حكم المعاوضة، وهذا لا يجوز؛ لأنهما لا يرضيان بالتفاوت^(١).

ومنها: إذا ضمن العدل - وهو من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده - قيمة الرهن بعدما دفع إلى أحدهما، وقد استهلكه المدفوع إليه، أو هلك في يده؛ لا يقدر أن يجعل القيمة رهنا في يده؛ لأنه يصير قاضيًا ومقتضيا، وبينهما تناف، لكن يتفقان على أن يأخذاها منه، ويجعلها رهنا عنده، أو عند غيره، ولو تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضي ليفعل كذلك، ولو فعل ذلك - أي جعل القيمة في يد العدل رهنا -، ثم قضى الراهن الدين، وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة لوصول المرهون إلى الراهن، ووصول الدين إلى المرتهن، ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد^(٢).

(١) بدائع الصنائع ٢٦٥/٥.

(٢) ر: الهداية - مع تكملة فتح القدير - ١٧٤/١٠ - ١٧٥.

إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه وما بني عليه (م/٥٢)^(١)

هذه القاعدة مستفادة في (المجلة) من (الأشباه) لابن نجيم، إذ جاء فيه تحت عنوان (فائدة):

«إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه، وهو معنى قولهم: إذا بطل المتضمن (بالكسر) بطل المتضمن (بالتفتح). قالوا: لو أبرأه أو أقر له ضمن عقدٍ فاسدٍ فسد الإبراء، كما في (البنزاية)...»^(٢).

وقال عقب التفريع على هذا الأصل:

- (فائدة: يقرب من هذه القاعدة قولهم: «المبني على الفاسد فاسد...»)^(٣).

وقد عبر الحصري عن هذه القاعدة بقوله:

- (إذا لم يثبت ما هو الأصل لم يثبت ما في ضمنه)^(٤).

وذكرها الونشريسي بصيغة: (إذا بطل الأصل بطل فرعه)^(٥).

(١) المدخل ف ٦٤٠، ١٠٢٢/٢ - ١٠٢٣.

(٢) الأشباه والنظائر ص ٤٦٣، والفرائد البهية ٣٢-٣٣، وانظر الهداية ٤١١/٥.

(٣) الأشباه والنظائر ص ٤٦٥.

(٤) التحرير ٤٢٨/٢، وشرح الزيادات: ٨٠٤.

(٥) المعيار ١٣١/١٠.

ويظهر لدى التأمل أنها وثيقة الصلة بالقاعدة العامة المطردة (التابع تابع) بحيث إن بطلان الشيء يستتبع بطلان ما في ضمنه، وهي تفيد عكس ما تفيد القاعدة القائلة: (إذا صح ما هو الأصل صح ما جعل بناء عليه)^(١).

ومن فروعها:

(إذا بطل عقد بطل ما تضمنه من شروط والتزامات؛ لأنها تبع له.

وإذا صالح أحد خصمه المدعي على بدل، ثم اعترف المدعي بعد الصلح بأنه لم يكن تجاهه حق - بطل الصلح، فيبطل ما تضمنه من تملك البدل، فيحق للمصالح استرداده.

وكما يبطل مضمون العقد ببطلانه، يبطل أيضا ما يبنى عليه.

فلو تبايعا وتم التقابض في المبيع والثلث، فأبرأ كل منهما الآخر عن كل حق ودعوى تتعلق بهذا البيع، ثم استحق المبيع من يد المشتري، فإنه يرجع بالثلث من البائع؛ لأنه لما بطل البيع باستحقاق المبيع بطل الإبراء المبني عليه^(٢) ونظير المسألة السابقة:

(لو صالح عن عيب في المبيع، ثم زال العيب بأن كان بياضًا في عين المبيع فانجلى - بطل الصلح ويرد ما أخذ؛ لأن المعوض عنه وهي صفة السلامة قد عادت، فيعود العوض، فبطل الصلح، فبطل أخذ العوض.

(١) المبسوط ١٧٩/١٩.

(٢) المدخل ف ٦٤٠، ١٠٢٢/٢ - ١٠٢٣، وانظر: الموسوعة المصرية ١/١٩١، إبراء، والموسوعة الكويتية ١/١٦٨، إبراء.

... وهكذا كل صلح تحقق بطلانه يبطل ما في ضمنه من المعاملات الجارية بين الطرفين من إبراء وغيره^(١).

ومنها: (لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين، ثم هلك الرهن في يد المرتهن، يهلك أمانة بغير شيء؛ لأن شرط كون الرهن مضموناً عند الهلاك قيام الدين، وقد سقط بالإبراء، فيسقط الضمان المبنتى عليه)^(٢).

وقال العلامة السعدي بصدد عرضه هذه القاعدة:

(إذ اتبين فساد العقد بطل ما بني عليه... فمن اشترى شيئاً، أو استأجره، أو آتمه، ونحوه، ثم تصرف فيه، وبعد تصرفه بان العقد الأول باطلاً - بطل ما بني عليه من التصرف الأخير؛ لأنه تصرف في شيء لا يملكه شرعاً...، ومثله إذا باعه شيئاً ووثقه برهن، أو ضمين أو أحاله بالثمن، ثم بان البيع باطلاً - بطلت الوثيقة والحوالة؛ لأنها مبنية عليه...)^(٣).

ولهذه القاعدة مستثنيات منها:

(ما لو صالح الشفيع عن حق شفيعته في العقار المبيع لقاء عوض - لم يصح الصلح، وسقطت شفيعته بلا عوض؛ لأن حق الشفيع قد شرع ليها رس بالفعل دفعاً لسوء الجار، لا ليستغل استغلالاً، فقد بطل الصلح هنا ولم يبطل ما في ضمنه من إسقاط الشفيع؛ لأن رضاه بسقوط شفيعته لقاء بدل هو دليل على عدم سوء الجوار في نظره)^(٤).

(١) شرح الأتاسي ١/١٢٦.

(٢) المصدر نفسه ١/١٢٧.

(٣) القواعد والأصول الجامعة ص ١٠٥.

(٤) المدخل ٢/١٠٢٣، وانظر: الأشباه لابن نجيم ص ٤٦٤.

إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع (م/٤٦)

(أي إذا كان للشيء أو العمل محاذير تستلزم منعه، ودواعٍ تقتضي تسويغه يرجح منعه)^(١).

هذه قاعدة مهمة من قواعد الفقه الإسلامي، تنبثق من قواعد عامة متعددة مثل: (درء المفسد أولى من جلب المصالح) و (تغليب المحظور على المباح عند اجتماعهما) و (رفع الضرر)، تمشيا مع المبدأ المشهور: إن التخلي قبل التحلي، ويمكن أن تتضح هذه الصلة من خلال النظر في التفاريع المتخرجة عليها.

وبناء على هذا الأصل فإن جميع تصرفات الإنسان في أملاكه إذا تعلق حق الغير بها سلبت حرите فيها، ومنع من التصرف على وجه الاستقلال، ومن هذا المنطلق:

- يمنع الشريك من التصرف في المال المشترك بصورة تضر شريكه؛ لأن حق شريكه مانع، وإن كان حق نفسه مقتضيا.

وكذا أحد صاحبي السفلى أو العلوى في الأبنية ذات الطوابق^(٢).

- ومن فروعها: لا يجبس الأب المماطل بدين ابنه؛ لأن الحق اللازم وهو أداء الدين

(١) المدخل الفقهي ٩٨٦/٢، ف ٥٩٥.

(٢) المصدر نفسه ٩٨٦/٢، وانظر: المجلة م/١١٩٢.

شرعا، وإن كان يقتضي ذلك، لكن حق الأبوة في لزوم البر مانع، فهنا يقدم المانع على المقتضي^(١).

- ومنها: منع المؤجر عن التصرف في العين المأجورة بما يمس حق المستأجر، تقديما للمانع وهو حق المستأجر^(٢).

- ومنها: لو رهن رجل عند آخر داره مثلا يمنع الراهن من بيعها مع أنه مالك لها، وبيان ذلك: أن ملكية الدار تقتضي أن يتصرف صاحبها بها كيف شاء إلا أن حق المرتهن في الدار وجعلها وثيقة في يده لحفظ ماله مانع، والمانع مرجح على المقتضي فيعمل به^(٣).

ويمكن أن يقال: إن البيع يكون جائزا بين البائع والمشتري، ولكن لا يمكن أن يكون نافذا وناقلا للملكية إلا بعد انتهاء الرهن؛ لأن الأصل هو الجواز، ولكن المانع طارئ وهو الغالب - حسب القاعدة - إلى أن يزول، وهذا هو الراجح عند الحنفية أن المشتري ينجر بين انتظار فك الرهن، أو فسخ العقد.

- (وكذا لو باع الآجر المأجور بدون إذن المستأجر، يكون البيع نافذا بين البائع والمشتري، وإن لم يكن نافذا في حق المستأجر، حتى إنه بعد انقضاء مدة الإجارة يلزم البيع في حق المشتري، وليس له الامتناع عن الاشتراء إلا أن يطلب المشتري تسليم المبيع من البائع قبل انقضاء مدة الإجارة، ويفسخ القاضي البيع لعدم إمكان تسليمه...)^(٤).

(١) ر: شرح الأناسي ١٠٧/١.

(٢) شرح القواعد الفقهية: ١٤٤.

(٣) درر الحكام ٥٢/١.

(٤) المجلة مادة: ٥٩٠، ر: شرح الأناسي ١٠٤/١.

- وكذلك لو بيع شيء معلوم وآخر مجهول صفقة واحدة لا يصح؛ لأن المانع - وهو جهالة أحد المبيعين في الصفقة الواحدة - معارض للمقتضي، وهو صحة العقد في المبيع المعلوم^(١).

وبناء على ذلك يحكم بفساد العقد لو ضم إليه ما لا يحل بيعه من المحرمات^(٢).

ويمكن تقديم المقتضي على المانع في حالات تستلزم ترجيح تسوية الشيء على منعه، وكل ذلك جار على قواعد العدل، وموازنة المصالح والمفاسد في التشريع الإسلامي.

وعلى هذا الأساس يجوز لأحد الشريكين تعمير المشترك إذا اشتدت الحاجة إلى ذلك بدون إذن الشريك، وبدون إذن القاضي، كما يحق له الرجوع بقيمة البناء عند تعذر قسمته، فهنا قدم المقتضي على المانع، وبذلك عدت هذه القضية من مستثنيات الأصل المذكور^(٣).

(١) ر: درر الحكام ٥٢/١.

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية: ٢٤٤.

(٣) ر: شرح القواعد الفقهية: ٢٤٧.

إذا زال المانع عاد الممنوع (م/ ٢٤)

يعني إذا كان الشيء جائزاً ومشروعاً، ثم امتنع حكم مشروعيته بمانع عارض، فإذا زال المانع يعود حكم مشروعيته^(١). وقديماً صاغ الإمام ابن عبد البر هذا الأصل بقوله: (متى زال العذر عاد الحكم)^(٢).

ولها فروع كثيرة، ومنها:

إذا حدث عيب جديد في المبيع عند المشتري يكون مانعاً له من حق رد المبيع على البائع للعيب القديم، فإذا زال العيب الجديد يعود إليه حق رد المبيع للعيب القديم القائم فيه؛ لزوال المانع الحادث^(٣).

وفي خيار العيب إذا زال العيب قبل أن يفسخ المشتري البيع، كما لو تبين في الدابة المبيعة مرض، فشفيت منه، يصبح العقد لازماً لزوال المانع من لزمه فيمتنع فسخه^(٤).

ومنها: ما لو انهدمت الدار المأجورة سقطت الأجرة، فإذا بناها المؤجر قبل أن

(١) درر الحكام ٣٩/١.

(٢) الاستذكار ٩٧/١٧.

(٣) المدخل، حاشية ٣٠٩/١، وانظر: المجلة م/ ٣٤٧.

(٤) المدخل الفقهي ٣٠٨/١ - ٣٠٩.

يفسخ المستأجر الإجارة عادت في المستقبل^(١).

ومنها: ما لو وهب حصة شائعة قابلة للقسمة، ثم قسم، وسلمها -صحت الهبة لزوال الشيوخ المانع لها^(٢).

وكذا لو وهب صوفا على ظهر الغنم وجزءه وسلمه أنه يجوز؛ لأن الموهوب موجود مملوك للحال، إلا أنه لم ينفذ للحال المانع، وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب، فإذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل، فينفذ عند وجود القبض^(٣).

ومنها: ما لو وهب عينا لآخر، فزاد الموهوب له فيها زيادة متصلة، سواء أكانت متولدة، كسمن الدابة الموهوبة أم غير متولدة، كالبناء في الأرض الموهوبة - امتنع الرجوع في الهبة لوجود المانع.

وذلك لأن الزيادة بنوعيتها ملك خاص للموهوب له؛ لأنها بناء ملكه في الصورة الأولى، ومن ماله وصنعه في الصورة الثانية، فله فيها حقيقة الملك، وأما الواهب فليس له إلا حق الرجوع في الأصل، ولا شك أن حقيقة الملك أقوى من حق الرجوع فتترجح عليه فيمتنع الرجوع، ولا يقال: إن الزيادة تفصل ويرد الأصل إلى الواهب؛ لأن فصلها قد يتعذر، أو يضر بهال الموهوب له كما لا يخفى، لكن إذا زالت الزيادة المانعة من الرجوع عاد حق الرجوع بناء على تلك القاعدة: (إذا زال المانع الطارئ عاد الممنوع)^(٤).

(١) شرح القواعد الفقهية: ١٩٢.

(٢) المصدر نفسه: ١٩١، وشرح الأتاسي ١/٦٣، ر: الموسوعة ١٢/٦٠، بدائع الصنائع ٦/١١٩.

(٣) بدائع الصنائع ٦/١١٩.

(٤) المعاملات الشرعية المالية: ٢٦٢ - ٢٦٣.

ومنها: ما لو أذن الراهن للمرتهن باستعمال الرهن فاستعمله، فإنه يخرج من ضمانه، فلو هلك في أثناء ذلك يهلك أمانة، فإذا انتهى العمل عاد رهنا^(١).

ومنها: إذا باع جذعاً له في سقف، أو أجرأ له في حائط، أو ذراعاً في ديباج - أنه لا يجوز؛ لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بالنزع والقطع، وفيه ضرر للبائع، والضرر غير مستحق بالعقد، فكان هذا على هذا التقدير بيع ما لا يجب تسليمه شرعاً، فيكون فاسداً، فإن نزعه البائع وسلمه إلى المشتري قبل أن يفسخ المشتري البيع جاز البيع؛ لأن المانع من الجواز ضرر البائع بالتسليم، فإذا سلم باختياره ورضاه فقد زال المانع، فجاز البيع ولزم^(٢).

وعلى هذا سائر البياعات الفاسدة - إذا كان الفساد ضعيفاً - يمكن تصحيحها في المذهب الحنفي طبقاً لهذه القاعدة، كما لو كان الفساد لشرط ممنوع مفسد فتخلى الطرفان عن الشرط في مجلس العقد، وكذا لو كان الفساد لجهالة أحد العوضين في البيع، أو لجهالة نسبة الأرباح في الشركة، فعين الطرفان العوض أو الربح المجهول، فعندئذ يزول الفساد، وينقلب العقد صحيحاً، فإن من القواعد المقررة أنه: (إذا زال المانع عاد الممنوع)^(٣).

(١) ر: شرح القواعد الفقهية: ١٩٣.

(٢) بدائع الصنائع ١٦٨/٥، رد المحتار ١١٩/٤، الاختيار للموصلي ٢٥/٢ - ٢٦، الموسوعة ٦٠/١٢.

(٣) المدخل الفقهي ٧٠٧/٢ - ٧٠٨ ف ٣٨٤.

إذا سقط الأصل سقط الفرع (م/٥٠)

(هذه القاعدة مطردة في المحسوسات والمعقولات، فالشيء الذي يكون وجوده أصلاً لوجود شيء آخر يتبعه في الوجود، يكون ذلك فرعاً مبتنياً عليه، كالشجرة إذا ذوت ذوى ثمرها...^(١)).

وهي من القواعد المنبثقة عن القاعدة العامة (التابع تابع)، فإن التابع يتبع المتبوع وجوداً وعدمًا في غالب الأحوال.

وقد ذكرها العلامة ابن نجيم بصيغة: (يسقط الفرع إذا سقط الأصل)، ضمن شرح قاعدة أخرى وهي (التابع يسقط بسقوط المتبوع)^(٢)، ومن الواضح المعلوم أنها في معنى واحد.

ونبه عليها الإمام المازري بقوله: (إذا سقط الأصل سقط فرعه وما انبنى عليه)^(٣)، ويمكن إيضاحها مع التفريع بما جاء في النص التالي من كلام العلامة علي حيدر:

(والذي يفهم من هذه القاعدة أنه يسقط التابع بسقوط المتبوع، أو يسقط الفرع

(١) شرح الأتاسي ١/١١٥.

(٢) الأشباه والنظائر ص ١٣٤.

(٣) المعلم بفوائد صحيح مسلم ٢/١٧٥.

بسقوط الأصل ، أما إذا سقط الفرع أو سقط التابع فلا يسقط المتبوع ، مثال ذلك : لو أبرأ الدائن المدين من الدين فكما يبرأ المدين يبرأ منه الكفيل أيضًا ؛ لأن المدين في الدين أصل ، والكفيل فرع ، فسقوطه عن الأصل يسقط عن الفرع تبعًا ، أما لو عكست القضية ، وكان الكفيل هو المبرأ من قبل الدائن فلا يسقط الدين عن المدين بسقوطه عن الكفيل ؛ لأن سقوط الدين عن الفرع لا يوجب سقوطه عن الأصل^(١) ، وذلك ما يعبر عنه الفقهاء بقولهم الشائع : (براءة الأصيل توجب براءة الكفيل)^(٢) .

ومن فروعها الواردة في (المجلة) أيضًا :

- ينعزل الوكيل بوفاة الموكل ، ولكنه إذا تعلق به حق الغير فلا ينعزل^(٣) .
- تبطل الوكالة بجنون الموكل أو الوكيل^(٤) .

ومن المسائل التي ظهر فيها التعليل بهذا الأصل ما أورده العلامة ابن مفلح في النص الآتي :

(ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه ؛ لأن في الأخذ بإلزام المشتري بالعقد قبل رضاه بالتزامه ، وإيجاب العهدة عليه ، وتقويت حقه من الرجوع في عين الثمن ، ولا فرق فيه بين خيار المجلس ، أو الشرط ، وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ، وإن

(١) درر الحكام ١/ ٥٣ - ٥٤ ، وانظر : الأشباه للسيوطي ص ٢٣٠ .

(٢) المجلة م/ ٦٦٢ .

(٣) م/ ١٥٢٧ .

(٤) م/ ١٥٣٠ .

أقر البائع وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة؟ على وجهين:

لا شفعة، نصره الشريف في مسائله، ولا نص فيها للإمام أحمد؛ لأن الشفعة فرع البيع، فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت فرعه.

والثاني وهو المذهب: أنها تجب؛ لأن البائع أقر بحقين: حق للشفيع، وحق للمشتري، فإذا سقط حقه بإنكاره، ثبت حق الآخر^(١).

ومن مستثنيات القاعدة: ما لو أقر شخص بأن لزيد على عمرو كذا، وهو كفيله، وأنكر عمرو - لزم الكفيل دون الأصيل، فهنا ثبت الفرع ولم يثبت الأصل^(٢).

وترى المزيد من النظائر المستثناة في القاعدة اللاحقة الآتية.

(١) المدع ٥/٢٢٩.

(٢) شرح الأناسي ١/١١٥، وانظر: الأشباه للسيوطي ص ٢٣٠.

قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل (م/ ٨١)

هذه القاعدة بمثابة تنمة للقاعدة الشهيرة: (إذا سقط الأصل سقط الفرع)، وتمثل أصلاً قضائياً مهماً يمكن الرجوع إليه في حل بعض الخصومات المالية، والظاهر أنها مأخوذة في (المجلة) من (الأشباه) للعلامة ابن نجيم، ونصّها فيه كالآتي:

(قد يثبت الفرع وإن لم يثبت الأصل)^(١).

وأفادت هذه المادة أنه لا تلازم بين الأصل والفرع في الوجود:

أما وجود الأصل بدون وجود الفرع فكالمديون إذا لم يكن له كفيل فهو ظاهر؛ إذ ليس كل أصل له فرع.

وأما وجود الفرع بدون وجود الأصل فله أمثلة:

منها: ما أفادته هذه المادة من (المجلة) بقولها: (مثلاً لو قال رجل: إن فلان على فلان ديناً وأنا كفيل به، وبناء على إنكار الأصيل ادعى الدائن على الكفيل - لزم الكفيل أدائه^(٢))، ولم يثبت الدين على الأصيل، وبما أن القائل

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٣٤.

(٢) شرح القواعد ص ٤١١، ر: شرح الأتاسي ٢٣١/١، درر الحكام ٨١/١.

مقر على نفسه بكفالتة، فالمرء مؤاخذ بإقراره).

وذكرها الإمام الزركشي ووضع لها ضابطاً، وإليك نص كلامه:

«الفرع: الأصل فيه أنه يسقط إذا سقط الأصل، ولهذا إذا أبرأ المضمون عن الدين برئ الضامن؛ لأن الضامن فرعه، فإذا سقط الأصل فكذا الفرع بخلاف عكسه.

وقد يثبت الفرع وإن لم يثبت الأصل في صور:

منها: لو قال شخص: لزيد على عمرو ألف وأنا ضامن به، فأنكر زيد، ففي مطالبة الضامن بالضمان وجهان أصحهما: نعم.

والضابط: أننا ننظر في الفرع، فإن كان يستقل بإنشائه بطريق الأصالة ثبت قطعاً، وإن لم يثبت الأصل، وإن استقل لا بطريق الأصالة، بل بالفرعية على غيره، كالضامن... جاء الخلاف، والأصح: الثبوت^(١).

فهذه القاعدة تعبر عن إثبات الحقوق أمام القضاء، ولا تبحث عن نشوئها في الواقع.

فوجود الفرع يستلزم في الواقع وجود الأصل الذي تفرع عنه، ولكن إثبات المسؤوليات الحقوقية على الأشخاص قد تفقد وسائله المثبتة في حق الأصل، وتتوافر في حق الفرع^(٢)، كما تبين من المثال السالف ذكره.

(١) المثور في القواعد ٢٣/٣ - ٢٤.

(٢) المدخل الفقهي ف ٦٣٩، ١٠٢١/٢.

الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته (م/ ١١)

يعني أنه إذا وقع الاختلاف في سبب وزمن حدوث أمر، فإنه ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال، ما لم تثبت نسبته إلى زمان بعيد^(١).

وهي قاعدة كثيرة الدوران في مصادر الفقه الإسلامي، ذكرها الإمام السرخسي في مواطن من (المبسوط) بصياغات متعددة متقاربة، ومنها: (يحال بالحادث على أقرب الأوقات)، أو (الحوادث إنما يحال بحدوثها على أقرب الأوقات، ومن ادعى تاريخاً سابقاً فعليه أن يثبتها بالبينه)^(٢).

وأوردها قاضيخان في (شرح الزيادات) بصيغة: (الحادث يحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات)^(٣)، وعبر عنها العلامة الصدر الشهيد بصيغة الجمع، فقال:

(الحوادث تحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات)^(٤)، كما عرضها العلامة السيوطي في (الأشباه) بصيغة: (الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن)^(٥).

(١) م/ ١١، وانظر: شرح القواعد الفقهية: ١٢٥.

(٢) ٦٦/٨، ١١٠/١٣.

(٣) ق ٢٤٢ ج ١.

(٤) شرح أدب القاضي للخصاف ٤١٤/٢.

(٥) الأشباه والنظائر: ١٣٢.

وهي كثيرة الفروع، ومنها:

(لوتين في المبيع عيب بعد القبض، فزعم البائع حدوثه عند المشتري، وزعم المشتري وجوده عند البائع، فإنه يعتبر حادثاً عند المشتري، فليس له فسخ البيع حتى يثبت أنه قديم عند البائع إلا أن يكون العيب مما لا يحدث مثله بل هو من أصل الخلقة... (١).

(وكذا لو اشترى شخص شيئاً على أنه بالخيار مدة معينة، ثم جاء يرده بعد انقضاء مدة الخيار زاعماً أنه قد فسخ البيع قبل انقضائها، وزعم البائع أن المدة قد انقضت وهو ساكت فلزم البيع، وأنه قد فسخ بعد انقضائها، فالمعتبر في هذا قول البائع، ولا يحق للمشتري الرد حتى يثبت أنه قد فسخ في مدة الخيار) (٢).

ومنها: (مالو قال الوكيل بالبيع بعد عزله: بعت وسلمت قبل العزل، وقال موكله: إنك بعت وسلمت بعد العزل، وكان المبيع قائماً غير مستهلك، فإن القول للموكل الذي يضيف الحادث إلى أقرب أوقاته) (٣).

ومن فروعها الواردة في (المبسوط):

(رجل أقام البيئنة أنه اشترى هذه الدار من فلان بألف درهم، وأقام آخر البيئنة أنه اشترى منه هذا البيت بطريقه (٤) بائة درهم منذ شهر، قضيت بالبيت لصاحب

(١) المدخل الفقهي ٢/ ٩٧١، ف ٥٧٩، انظر: شرح القواعد الفقهية: ١٢٨، درر الأحكام ١/ ٢٨.

(٢) المصدر نفسه ٢/ ٩٧١ - ٩٧٢، ف ٥٧٩، انظر: شرح القواعد الفقهية: ١٢٧.

(٣) شرح القواعد الفقهية: ١٢٧.

(٤) لعل مراده: مع طريقه إذا كان له طريق خاص.

الشهر؛ لأن الشراء حادث، وإنما يحال بحدوثه على أقرب الأوقات ما لم يصرح الشهود بسبق التاريخ، وقد صرح به شهود صاحب البيت، فيقضى له بالبيت... (١).

(وإذا اشترى الرجل دابة فوجد بها عيبا، وقال: بعثني وهذا العيب بها، وأنكره البائع، ولا بينة للمشتري، فعلى البائع اليمين، وإنما أراد بهذا عيبا يتوهم حدوثه في مثل تلك المدة وهو عارض، فيحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات... (٢).

(١) المبسوط ١٧٨/١٤.

(٢) المصدر نفسه ١٣١/٣٠ - ١٣٢.

إعمال الكلام أولى من إهماله (م/ ٦٠)

هذه القاعدة إحدى القواعد العامة العظيمة في الفقه الإسلامي، وقد عبر عنها الإمام السرخسي قديماً بقوله: (تصحیح كلام العاقل واجب بحسب الإمكان)^(١).

وأفصح عنها العلامة الكرايبي بقوله: (لا يجوز إلغاء اللفظ مع إمكان إعماله)^(٢).

وهي أوسع نطاقاً من القاعدة المشهورة: (الأصل في الكلام الحقيقة)، التي يقتصر مفادها على أن الكلام الصادر من العاقل يحمل على الحقيقة ما أمكن، فإذا تعذرت يصار إلى المجاز. أما هذه فمآلها أن كلام العاقل يسان عن الإلغاء ما أمكن، بحيث لو تعذر المجاز وانسدت أبوابه فحينئذ ينبغي أن ينظر إلى الوجه المقتضي لتصحيح كلامه، فيحمل ولو على غير المجاز^(٣)، ما لم يكن من قبيل المهمل، أو المستحيل.

وذكرها الإمام تاج الدين السبكي في (الأشباه) إذ يقول:

(١) المبسوط ١١/٧.

(٢) الفروق للكرايبي ٢٩٧/٢.

(٣) شرح الأتاسي ١٥١/١، وانظر: الفروق للقرافي ١٩١/٣.

قاعدة مترددة في غضون كلام أكثر الأصحاب : (إعمال الكلام أولى من إهماله) واستشهد صاحب (التتمة) لها في كتاب البيع في (مسألة : وهبتك بألف) بقول الشافعي -رضي الله عنه- : فيمن أوصى بطبل ، وله طبل حرب ، وطبل لهو : «يحمل على طبل الحرب ؛ لتصح الوصية» .

ثم قال : (إذا عرفت أن الإعمال مقدم على الإهمال عند الإمكان لم يخف عليك بعده أنه إذا تعذر إعمال لفظ دار الأمر فيه بين طرحه وإلغائه ، وبين حمله على معنى صحيح أن حمله على الصحيح أولى)^(١) .

وتعرض لها العلامة ابن خطيب الدهشة في موضعين من (المختصر) بصيغة : (إعمال اللفظ أولى من إلغائه)^(٢) .

وقال الإمام ابن تيمية : (الواجب اعتبار كلام المتكلم ما أمكن ، ولا يجوز إلغاؤه بحال مع إمكان اعتباره)^(٣) .

وهذه التعابير والأساليب كلها تفضي إلى مدلول واحد واضح .

ويراد بالإهمال في القاعدة ما هو أعم من الإلغاء بالمرّة وإلغاء الفائدة المستأنفة بجعله مؤكداً ، فلو أقر بألف في صك ولم يبين سببها ، ثم أقر بألف كذلك ، يطالب بالألفين^(٤) .

ويمكن إجراء الأصل في المواطن المتأرجحة بين الجحد والهزل ، ولذلك عند

(١) الأشباه والنظائر للسبكي ١/١٧١ ، ١٧٤ .

(٢) المختصر من قواعد العلائي وكلام الإسني ١/٣٤١ ، ٣٧٧ .

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣١/١٣٨ .

(٤) شرح القواعد الفقهية : ٣١٦ ، درر الحكام ١/٥٩ .

الاختلاف بين العاقدين في كون العقد هزلاً أو جداً، فالقول لمن يتمسك بالجد؛ لأنه الأصل في الكلام، ومن القواعد أن (إعمال الكلام أولى من إهماله)، وللطرف الآخر إثبات الهزل^(١).

ومن فروعها: (إذا قال: وقفت على أولادي، وليس له إلا أولاد أولاد، حمل عليهم لتعذر الحقيقة، وصونا للفظ عن الإبطال)^(٢).

ومن فروعها: ما ذكره أبو زيد الدبوسي - رحمه الله - : أن الأصل عند أبي حنيفة - رحمه الله - أن من جمع في كلامه بين ما يتعلق به الحكم، وبين ما لا يتعلق به الحكم، فلا عبرة لما لا يتعلق به الحكم، والعبرة لما يتعلق به الحكم . . .

ومن المسائل المتفرعة عليها: إذا أوصى بثلث ماله لحي وميت، فالثلث كله للحي عند أبي حنيفة، وتابعه الإمامان محمد والشافعي في ذلك، وهذا سواء علم بموته، أو لم يعلم^(٣).

(١) المدخل الفقهي ١/٣٦٣.

(٢) مختصر ابن خطيب الدهشة ١/٣٧٧.

(٣) تأسيس النظر: ١٨، القاعدة الكلية: إعمال الكلام أولى من إهماله، وأثرها في الأصول،

لمحمود هرموش: ٦٢.

البقاء أسهل من الابتداء (م/٥٦)

هذه القاعدة مأخوذة في (المجلة) من (الأشباه) لابن نجيم^(١)، وهي من القواعد الشائعة في كتب الفقه والقواعد، ويضم منها أن (اعتبار البقاء بالابتداء في أصول الشرع ضعيف جدا؛ فإن قيام العدة وعدم الشهود يمنع ابتداء النكاح، ولا يمنع البقاء)^(٢).

ويبدو أنها مستوحاة من استقراء النصوص الفقهية، ويشف منها التيسير للمكلفين في بعض الأحكام التي يتلبسون بها، ثم يعسر الانتزاع منها.

وقال الإمام الكاساني عند توجيه بعض المسائل: (البقاء أسهل من الابتداء؛ لهذا فرق الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الأحكام)^(٣).

وانطلاقاً من هذه القاعدة:

- (يمكن أن يغتفر اختلال بعض شرائط العقود في حال استمرارها بعد وجودها، ولا يغتفر ذلك في حال انعقادها)^(٤).

(١) الأشباه والنظائر: ٢٦٨، وبدائع الصنائع ٢١٧/٥، والهداية بشروحه ١٥٤/١٠.

(٢) أصول السرخسي ٢٥٦/٢.

(٣) بدائع الصنائع ١٣٨/٦.

(٤) المدخل الفقهي ١٠١٦/٢ ف ٦٢٢.

إن عقد الإجارة يشترط لصحته أن يكون المأجور متميزا لا حصة شائعة، وكذلك الهبة فيما يحتمل القسمة، ولكن الفقهاء اغتفروا الشيوخ الطارئ فيهما دون المقارن؛ لأن الطارئ يكون في حالة بقاء العقد دون ابتدائه.

وكذلك لو كان لمجموعة أشياء ثمن مجمل، فاشترى شخص أحدها بحصته من ثمنها- لم يصح؛ لجهالة ثمنه عند العقد، وهذا يسمى: البيع بالحصة.

ولكن لو اشتراها كلها ثم استحق من يده بعضها، فله أن يرجع على البائع بثمن ما استحق، ويبقى البيع في الباقي بحصته من الثمن^(١).

ومن فروعها: لو تقايلا، والعينان قائمتان، ثم هلكت إحداهما بعد الإقالة قبل الرد، لا تبطل الإقالة؛ لأن هلاك إحداهما قبل الإقالة لا يمنع صحة الإقالة، فهلاكها بعد الإقالة لا يمنع بقاءها على الصحة من طريق الأولى؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء^(٢).

ومنها: (لا يصح بيع أحد الشركاء للأجنبي حصته في الأثمار غير الناضجة؛ لأن الأجنبي لو أراد قطف الثمار، وأخذ حصته منها لتضرر الشريك. أما لو اتفق الشريكان على بيع الثمر لشخص أجنبي، ثم بعد البيع فسخ أحدهما البيع بالتراضي مع المشتري؛ لا يفسخ البيع في النصف الآخر ويبقى صحيحا)^(٣).

ومنها ما جاء في (الهداية) من مسائل الرهن: (والشيوخ الطارئ يمنع بقاء الرهن في

(١) المدخل الفقهي ٢/١٠١٦ - ١٠١٧ ف ٦٢٢، وانظر: شرح القواعد الفقهية: ٢٩٣.

(٢) بدائع الصنائع ٥/٣٠٩.

(٣) درر الحكام ١/٥٦.

رواية الأصل، وعن أبي يوسف أنه لا يمنع؛ لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء... (١).

ومنها: (الوكيل بالبيع ليس له أن يوكل، لكن لو باع فضولي ما وكل ببيعه فأجازه - جاز) (٢).

ومنها: (لو كان لرجل داران على جانبي الطريق، فأراد أن ينشئ جسرا من الواحدة إلى الأخرى - يمنع، ولكن لا يهدم بعد إنشائه، إن لم يكن فيه ضرر على المارين) (٣).

ويمكن أن يناط بهذه القاعدة موضوع الاستصحاب، فإنه يكفي حجة للدفع لا للاستحقاق؛ لأن الدفع عبارة عن استبقاء وتقرير ما كان على ما كان عليه، والاستحقاق نزع وابتداء، ورفع الأول أسهل، فاكتفي فيه بالاستصحاب حجة، بخلاف الثاني فإنه أهم، فلا بد فيه من البينة (٤).

و(هذه القاعدة ليست مطردة عامة، بل قد تتخلف كما في الرهن، فإنه يفسده الشيوخ الطارئ كالمقارن، فلم يغتفروا فيه في البقاء كما اغتفروا في الهبة والإجارة) (٥).

وهنا ينبغي أن أسترعي الانتباه إلى أن (المجلة) وضعت قاعدة أخرى قبل هذه

(١) الهداية بشرحه ١٥٤/١٠.

(٢) شرح الأتاسي ١٣٦/١.

(٣) شرح المجلة لسليم رستم باز: ٤٢.

(٤) شرح القواعد الفقهية: ٢٩٣.

(٥) المصدر نفسه: ٢٩٥، وانظر: شرح الأتاسي ١٣٧/١.

المادة بعنوان: (يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء) (م/ ٥٥). والواقع أنه لا داعي لذكرهما بصورة مستقلة، بل يجب دمجهما، والأصل هو قولهم: (البقاء أسهل من الابتداء)، أو (الدفع أسهل من الرفع)^(١)، أو (الدفع أقوى من الرفع)^(٢)، أو (الدوام أقوى من الابتداء)^(٣).

أما القاعدة الأخرى المبدوءة بتعبير: (يغتفر . . .)، فهي بمثابة تفریع على هذا الأصل المقرر، ومن هنا تجد العلامة الأتاسي تصرف في الترتيب وعكسه، وذلك ما صنعه الأستاذ الزرقاء في (المدخل).

وقديما أشار إلى ذلك العلامة السبكي، فقد ذكر هذه القاعدة بصيغة (الدفع أسهل من الرفع) ثم قال عقبها: (ومن فروعها: المسائل التي يغتفر فيها في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، فإننا ندفعه ابتداء، ولا نرفعه دواما لصعوبة الرفع . . .)^(٤).

كما تجدر الإشارة إلى أن منهم من عبر في صيغة القاعدة - كما لحظت - بكلمة (أقوى) مقام (أسهل)، ولكن هذه المغايرة في الصياغة لم تؤثر في المدلول والمعنى، فإن المأل واحد؛ لأن الشيء بعد بقاءه واستدامته يكون قويا بحيث لا يسهل انتزاعه ورفعه، ومن هنا استبقاؤه على ما هو عليه أيسر وأهون، فإن قوة البقاء والدوام اقتضت التيسير والتخفيف في بعض الأحكام.

هكذا ظهر لي بعد التأمل في التفاريع المندرجة تحت تلك الصياغات، والله أعلم.

(١) الأشباه والنظائر للسبكي ١/ ١٢٧.

(٢) المنثور في القواعد ٢/ ١٥٥، والأشباه والنظائر للسيوطي: ٢٦٠.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٢/ ١٤٨، ٣٣٨، وفي: ٢١/ ٣١٢ - ٣١٣ بصيغة:

الاستدامة أقوى من الابتداء.

(٤) الأشباه والنظائر للسبكي ١/ ١٢٧.

التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م/٥٨)

هذه القاعدة ترسم حدود الإدارة العامة والسياسة الشرعية، وتقيّد صلاحية ولاية الأمور وتصرفاتهم بمقتضيات المصلحة العامة، مع ملاحظة ألا تكون المصلحة متصادمة مع النص التشريعي الوارد في الكتاب والسنة، فعلى سبيل المثال لا يسوغ لحاكم أن يبيح الربا أو العقود الفاسدة جرياً وراء العرف المتبع السائد بحجة أنه من باب المصلحة.

فالواقع أن هذه القاعدة وثيقة الصلة بمجال السياسة الشرعية.

وقد عبّر عنها العلامة تاج الدين السبكي بقوله: (كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة)^(١).

وعلى هذا الأساس (فإن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير سعر عليهم تسعير عدل، ولا وكس، ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل)^(٢).

وفي جميع الولايات من الإمامة، والقضاء، والوصاية، والنظارة أن الحق المخول للتصرف خاضع لهذا المبدأ، وإلى هذا يشير ما نقله العلامة البعلي من

(١) الأشباه والنظائر ١/٣١٠.

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص ٢٢٢.

اختيارات الإمام ابن تيمية في النص الآتي :

(كل متصرف بولاية إذا قيل له : افعل ما تشاء ، فإنها هو لمصلحة شرعية)^(١) .

وذكروا من أمثلتها : أن تصرف القاضي في أموال الأيتام ، والصغار ، والمعتهوين ، والمجانين ، والأوقاف منوط بالمصلحة ، فلا تصح هبته شيئا من ما لهم ، ولا يبيعه بغير فاحش^(٢) .

ومن باب التطبيق عليها : أن (صاحب الحسبة الحكم على من غشّ في أسواق المسلمين في خبز ، أو لبن ، أو عسل ، أو غير ذلك من السلع) .^(٣)

ومما ينبغي ذكره بهذه المناسبة أن الإمام القرافي صاغ قاعدة تضارع هذه القاعدة المشروحة أنفا من حيث الفحوى والمحتوى إذ يقول :

(قاعدة : كل من ولي ولاية الخلافة فما دونها إلى الوصية لا يحل له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة) .^(٤)

وقال عقب إيراد بعض الفروع عليها : (فعلى هذه القاعدة يتخرج اختلاف الأحكام في الخصوم ، والمتهمين ، والجرائم ، وغيرها)^(٥) .

ومقتضى هذه القاعدة أنه لا بد من ربط المناصب ، والولايات ، والوظائف

(١) الاختيارات ص ١٧٦ .

(٢) شرح الأتاسي ١ / ١٤٥ .

(٣) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٢٧ نقلا عن (البيان والتحصيل) لابن رشد .

(٤) الذخيرة ٤٣ / ١٠ .

(٥) المصدر نفسه ٤٤ / ١٠ .

بالأكفاء المؤهلين للقيام بتبعاتها على أحسن وجه ، ومن ثم تنبني عليها قاعدة أخرى وهي كما قال القرافي :

يقدم في كل ولاية من هو أقوم بصلاحتها ، فيقدم في الحروب من هو أعلم بسياسة الجيوش ومكائد الحروب ، وفي القضاء من هو أعلم بالأحكام ووجوه الحجاج ، وفي الأيتام من هو أعلم بقيمة المال واستصلاح الأطفال . . . (١) .

الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان (م/ ٧٥)

(معنى القاعدة: أن الثابت بالبينة الشرعية كالثابت بالمعاينة في كونها حجة ملزمة، فكما أن من أقر لخصمه بحق أمام الحاكم ثبت الحق عليه بدون اشتباه، ولزم على الحاكم الحكم عليه، وكذلك المنكر إذا أقام عليه خصمه شاهدين شهدا عليه بالحق أو على إقراره به -لزم، ولا فرق بينهما في الحجية؛ لأن الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان^(١).

ويتضح موضوع القاعدة بجلاء إذا عرف أن المراد بالبرهان الأدلة القضائية المثبتة التي تسمى بالبينات.

أي: إن ما ثبت لدى القاضي في مجلس القضاء بالبينة من الحوادث أو نتائجها الشرعية يعتبر أمرا واقعا كأنه محسوس مشاهد بالعيان، فيقضى به اعتمادا على هذا الثبوت، وإن كان هناك احتمال خلافه بسبب من الأسباب، ككون الشهود متسترين بالصلاح، أو كوجود سبب مبرئ في الواقع لم يطلع عليه أحد، ونحو ذلك من الاحتمالات؛ ذلك لأن كل هذه الاحتمالات تبقى في حيز الموهومات بالنسبة للبينة الظاهرة، وقد تقدم أنه: (لا عبرة للتوهم)...

(١) شرح الأتاسي ٢١٣/١.

ونتائج كون الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان ثلاث :

- ١ - أن لا يقبل من المدعى عليه إنكار بعد ذلك الثبوت .
- ٢ - وأن لا يسمع منه بعد القضاء ادعاء بخلاف ما قضي عليه به ، إلا بسبب جديد .
- ٣ - وأن يسري الإثبات بالبيينة على غير المقضي عليه بها من ذوي العلاقة الذين تجمعهم وحدة السبب الموجب . . . (١) .

وهذه القاعدة كثيرة الدوران على أقلام الفقهاء في مواطن التعليل والترجيح ، ولا سيما في مجال القضاء ، ووجدت الإمام السرخسي - رحمه الله - ينص عليها بصياغات متنوعة متقاربة في أكثر من سبعين موطناً في (المبسوط) .

ومن النصوص الفقهية التي تجلّى فيها التعليل بها ما يلي :

(إذا شهد شاهدان على الهبة ومعينة القبض جازت الهبة ؛ لأن الثابت بالبيينة كالثابت معينة) (٢) .

(إذا أقام المشتري البيينة على الوكيل أنه قد أوفاه الثمن ، والوكيل يجحد ذلك فقد برئ المشتري من الثمن ، والوكيل ضامن له ؛ لأن الثابت بالبيينة كالثابت بالمعينة ، كما لو عايناه قد قبض الثمن ثم جحده كان ضامناً له) (٣) .

(لو ادعى الحاضر أن صاحب الدين وكله وفلاناً الغائب بالخصومة مع فلان

(١) المدخل الفقهي ٢/ ١٠٥٥ - ١٠٥٦ ف ٦٦٦ .

(٢) المبسوط ١٢/ ٩٠ .

(٣) المصدر نفسه ١٩/ ٥٣ .

ابن فلان، وأجاز ما صنع كل واحد منهما، وأقام البينة على ما ادعى، فإن القاضي يقضي بوكالة الحاضر دون الغائب، وأمر الغريم بدفع المال إلى الحاضر، ولو حضر الغائب وادعى الوكالة ليس له أن يقبض شيئاً، ويحتاج إلى إقامة البينة على الوكالة؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة^(١).

(١) التحرير شرح الجامع الكبير للحصيري ٧٠٧/٥ - ٧٠٨.

الجواز الشرعي ينافي الضمان (م/ ٩١)

معنى هذه القاعدة: (أنه لا يترتب على شخص ضمان بسبب فعله أو عدم فعله شيئاً إذا كان ذلك منه جائزاً شرعاً؛ لأن تسويغ الشارع ذلك الفعل أو الترك يقتضي رفع المسؤولية عنه، وإلا لم يكن جائزاً)^(١).

وإلى هذا تشير القاعدة المشهورة: (المتولد من عمل غير مضمون لا يكون مضموناً)^(٢) وقد عبّر عنها العلامة الزركشي بقوله: (المتولد من مأذون فيه لا أثر له بخلاف المتولد من منهي عنه)^(٣).

ومن فروعها:

- (لو حفر إنسان في ملكه الخاص حفرة فتردى فيها حيوان لغيره - فلا يضمنه؛ لأن حفره هذا جائز، بخلاف ما لو حفر في الطريق العام؛ لأنه يكون عندئذ معتدياً على حق العامة فيضمن الضرر.

وكذا لو حمل المستأجر الدابة المأجورة قدر المعتاد فهلكت فإنه لا يضمنها؛ لأن فعله جائز، أما لو حملها أكثر من المعتاد فإنه يضمنها)^(٤).

(١) المدخل ف ٦٤٨ ، ١٠٣٢ / ٢ .

(٢) مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ص ٣٨ .

(٣) المنشور في القواعد ١٦٣ / ٣ .

(٤) المدخل ف ٦٤٨ ، ١٠٣٢ / ٢ ، ر: درر الحكام ٩٢ / ١ - ٩٣ .

وعلى هذا الأساس: (لا ضمان على الوكيل، والمضارب، والمستعير، والمرتهن في كل ما يجوز لهم فعله)^(١).

(ومن فروع القاعدة: ما في (البدائع) وغيرها: أن لأحد الشريكين عنانا أو مفاوضة أن يبيع، ويستأجر أجيرا الشيء من التجارة، وأن يرهن متاعا من الشركة بدين وجب بعقده، ويرتهن بما باعه، ويحتال بدين للشركة على آخر، وأن يقابل أحدهما فيما باعه الآخر، إلى غير ذلك مما يجوز له، فلو فعل شيئا من هذا فحصل ضرر- لا يضمن؛ لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان)^(٢).

وهناك أصول أخرى نجدها وثيقة الصلة بما تقرره هذه القاعدة، ومن أهمها ما يلي:

(كل موضع يجوز للواضع أن يضع فيه أشياءه لا يضمن ما يترتب على وضعها فيه من ضرر؛ لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان.

وكل موضع لا يجوز له أن يضع فيه أشياءه يضمن ما ينشأ عن وضعها فيه من أضرار، مادامت في ذلك الموضع، فإن زالت عنه لم يضمن)^(٣). ومن أمثلة ذلك: ما لوربط أحد دابته في موضع مخصص لربط الدواب فيه، فنفحت برجلها أحدا أو شيئا فأذته - لم يضمن صاحبها، بخلاف ما لوربطها في الطريق العام فإنه يضمن ما تؤذي لتعديه في ربطها فيه.

(١) شرح الأتاسي ١/٢٥٢.

(٢) شرح الأتاسي ١/٢٥١.

(٣) الموسوعة ٢٨٩/٢٨ نقلا عن (جامع الفصولين) لابن سهاونة.

دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه

يعني: أنه يحكم بالظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته (م/٦٨).

قال العلامة علي حيدر: (ويفهم منها: أنه إذا كان شيء من الأمور التي لا تظهر للعيان فسببه الظاهري يقوم بالدلالة على وجوده؛ لأن الأمور الباطنة لا يمكن للإنسان أن يستدل عليها إلا بمظاهرها الخارجية)^(١).

وقد تعرض لها الأصوليون في مبحث (أهلية الأداء). يقول الإمام السرخسي: (يقام السبب الظاهر الدال على مراده - وهو صيغة العموم - مقام حقيقة الباطن الذي لا يتوصل إليه إلا بحرج . . . ، وهذا أصل كبير في الفقه)^(٢) وعبر عنها الخبازي بقوله: (الأمر الظاهر متى قام مقام الباطن يدور الحكم معه وجودا وعدما)^(٣)، ومما لا شك فيه: أن في تقرير هذا الأصل يسرا عظيما في الوصول إلى الحكم، وأشار إلى ذلك العلامة التفتازاني بقوله: (أقيم السبب الظاهر مقام الباطن تيسيرا)^(٤)، ونبه عليها بعض الأصوليين بعبارة عامة أخرى، وذلك مثل قولهم: (الأمور الخفية والمنتشرة دأب الشارع أن يضبطها بوصف ظاهر يدور

(١) درر الحكم ٦٨/١.

(٢) أصول السرخسي ١٤٠/١.

(٣) المغني في أصول الفقه: ٣٦٥.

(٤) التلويح على التوضيح ٤٠/١.

الحكم عليه^(١) فهي تعابير وكلمات شتى ترشد إلى مدلول واحد.

ومن فروعها في إطار المعاملات المالية ما يلي :

الرضا بالعيب علة لحكم شرعي ، وهو سقوط خيار المشتري في رده على بائعه ، إلا أن الرضا لما كان أمرا باطنا ليس في وسع البشر الاطلاع عليه جعل الشرع استعمال المشتري للمبيع من مداواة ، أو لبس ، أو ركوب لحاجته قائما مقام الرضا المسقط للخيار^(٢) .

من اشترى ما لم يره فله خيار الرؤية إذا رآه ، لكن إذا تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط خياره ، فجعل تصرفه دليل الرضا^(٣) .

إن تقادم الزمن في ترك الدعوى مع التمكن يعتبر دليلا على عدم ثبوت الحق ظاهرا في مجال القضاء^(٤) .

(ومن الفروع المهمة لهذه القاعدة في أعمال الإدارة العامة : أن عمال الحكومة ، وجباة بيت المال ، ومتولي الأوقاف ، وكتبتها ، ونحوهم إذا ظهرت عليهم مظاهر الغنى ، وبنوا الأبنية دون أن يعرف لثرائهم مصدر ، كان ذلك دليلا على خيانتهم وارتشائهم ، فيجوز عزلهم ومصادرة أموالهم ، ما لم يثبتوا لها مصدرا)^(٥) .

وقد فعل ذلك عمر بن الخطاب -رضي الله عنه - فكان إذا استعمل عاملا

(١) مختصر من قواعد العلائي ، وكلام الإسنوي لابن خطيب الدهشة ٨٣/١ .

(٢) شرح الأناسي ١/١٨٥ ، ر : شرح القواعد الفقهية : ٣٤٥ ، درر الحكام ١/٦٨ .

(٣) شرح الأناسي ١/١٨٧ ، ر : شرح القواعد الفقهية : ٣٤٦ .

(٤) شرح القواعد الفقهية : ٣٤٦ ، ر : شرح الأناسي ١/١٨٧ .

(٥) المدخل الفقهي ٢/١٠٥٢ ف ٦٦٤ ، شرح القواعد الفقهية م/٦٨ .

-موظفا - أحصى ماله في سجل مكتوب ، ثم إذا وجد عنده فضلا ليس له مصدر صادرة ، أو شاطره إياه على حسب قوة التهمة ، ووضعها في بيت المال .

وقدم عمر - رضي الله عنه - بيناء بينى بالحجارة والجص ، فقال : لمن هذا؟ فذكروا عاملا له على البحرين ، فقال : « أبت الدراهم إلا أن تخرج أعناقها » وشاطره ماله^(١) .

(١) حاشية المدخل ف ٦٦٤ ، ر: الإصابة لابن حجر ٤/٢٢٠ ، وعيون الأخبار ١/٥٣ .

ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله (م/٦٣)

هذه القاعدة الفقهية ناشئة من القاعدة المشهورة: (إعمال الكلام أولى من إهماله)، والمقصود منها: صيانة كلام القائل العاقل من الإلغاء، ومحاولة اعتباره كلاماً صحيحاً بالقدر الممكن، وإعمال الدليل بقدر الإمكان؛ لأنه إذا قام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزأ وجب كماله، وإلا لزم إبطال الدليل^(١).

ويقول العلامة علي حيدر: (إن هذه القاعدة مأخوذة من (الأشباه)^(٢)، و(المجامع) - أي: (مجامع الحقائق) للخادمي - والمفهوم منها أنه يكفي في الأشياء التي لا تتجزأ ذكر بعضها عن الكل، وأن البعض منها إذا ذكر كان الكل مذكوراً؛ لأنه لو كان ذكر البعض لا يقوم مقام ذكر الكل لكان ذلك موجبا لإهمال الكلام، والحال أن المادة (٦٠) من (المجلة) تصرح بأن إعمال الكلام أولى من إهماله^(٣).

وذكرها الإمام الدبوسي وأثبت أنها أصل من أصول الإمام أبي حنيفة، وصاحبيه: أبي يوسف، ومحمد، ونازعههم في ذلك الإمام زفر، فإنه لا يرى أن يجعل ذكر ما لا يتجزأ كذكر كله^(٤).

(١) شرح العناية على الهداية للبارقي ١٦/٤.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٨٩.

(٣) درر الأحكام ١/٥٥.

(٤) ر: تأسيس النظر: ٣٠، ٤٥.

وأوردها الإمام التاج السبكي بالصيغة التالية :

(ما لا يقبل التبعض يكون اختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله)^(١) وعلق عليها في موضع آخر بقوله : (اختيار بعض ما لا يتجزأ اختيار لكله هي عبارة الأصحاب، وقد يعبر عن الغرض بعبارة هي أعم من تلك، فيقال : الحكم على بعض ما لا يتجزأ بنفي أو إثبات حكم على كله)^(٢).

وأشار إليها الإمام ابن قدامة بقوله : (ما لا يتبعض يكمل)^(٣)، وصرح بها في موطن آخر بقوله : (ذكر بعض ما لا يتبعض . . . ذكر لجميعه)^(٤).

ومن المسائل المتفرعة على هذا الأصل المسألة الآتية من كتاب الشفعة :

لو ترك أحد الشفيعين شفيعته لم يكن للآخر إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع، وليس له أخذ البعض؛ لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري بتبعض الصفقة عليه، والضرر لا يزال بضرر مثله.

وكذا لو كان الشفيع واحداً لم يجز له أخذ بعض المبيع لذلك، فإن فعل سقطت شفيعته؛ لأنها لا تتبعض، فإذا سقط بعضها سقط جميعها^(٥).

(١) الأشباه والنظائر للسبكي ١/١٠٥.

(٢) الأشباه والنظائر للسبكي ١/١٠٩.

(٣) المغني لابن قدامة ١٢/٢١١.

(٤) المصدر نفسه ١٠/٥٠٩.

(٥) ر: بدائع الصنائع ٥/٢٥، درر الحكام ١/٦١، ٦٢، منح الجليل للحطاب ٥/٣٢٧،

روضة الطالبين ٥/١٠٦، المنثور في القواعد ٣/١٥٣، والمغني لابن قدامة ٥/٣٦٦،

الموسوعة ١٠/٨٤.

ومنها: لو أراد شخص أن يكفل شخصا آخر على نفسه فقال في عقد الكفالة: إنني كفيل بنصف أو ربع هذا الشخص، فيما أن نفس الرجل لا يقبل التجزئة والتقسيم وذكر البعض بحكم ذكر الكل، فالكفالة صحيحة ويكون قد كفل نفس الرجل كلها^(١).

وبعبارة موجزة: لو أضاف كفيل النفس إلى جزء شائع من المديون - كربعه مثلا - كان كفيلًا بالنفس^(٢).

وهذا ما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنبلي في إحدى الروايتين. قال العلامة ابن مفلح: «إذا كفل عضوا معينا منه، كيده أو رجله، فهي صحيحة؛ لأنه لا يمكنه إحضاره على صفته إلا بإحضار الكل»^(٣).

ومن فروعها: إذا اشترى دارا ورأى حيطانها يبطل خيار الرؤية؛ لأن خيار الرؤية لا يتبعض، وعند الإمام زفر: له خيار الرؤية...^(٤)، ووجهه أن رؤيته غير كاملة فلا نسقط حقه؛ لأن المقصود بالرؤية ما يحصل به معرفة الناحية المقصودة من الشيء المرئي، وبدون ذلك لا تكون الرؤية صحيحة كافية.

ومن مسائل الشفعة أيضا: ما أورده الإمام السرخسي في النص الآتي:

«وإذا اشترى الرجل دارا فعلم الشفيع، وقال: قد سلمتها، أو سلمت نصف الشفعة كان مسلما لجميعها، أما إذا سلم الكل فلأنه أسقط الحق بعد الوجوب،

(١) درر الحكام ١/٦٢ - ٦٣.

(٢) شرح القواعد الفقهية: ٣٢١.

(٣) المبدع ٤/٢٦٣.

(٤) تأسيس النظر: ٤٥.

وأما إذا سلم النصف فلأن حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً واستيفاءً فلا يتجزأ إسقاطاً أيضاً، وما لا يتجزأ فذكر بعضه كذكر كله^(١).

وهكذا بعد إجمالة النظر في بعض النصوص وتأمل عللها استقر الأمر على أن ذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكليه^(٢).

(١) المبسوط ١١/١٤، وانظر المصدر نفسه ٨٢/٥، ٩٠/٦.

(٢) بدائع الصنائع ٨/٦.

الساقط لا يعود (م/٥١)

هذه قاعدة مهمة من قواعد الفقه الإسلامي تعرض لها الفقهاء من القديم، وعبروا عنها بصياغات متقاربة ومنها قولهم: «الساقط متلاش»^(١)، غالباً يقع الإسقاط على الثابت المستحق في الذمة، ومن المعلوم أن الساقط إذا انتهى دوره وتلاشى أصبح كالمعدوم، فلا سبيل إلى إعادته حيثئذ إلا بسبب جديد.

ولها أمثلة كثيرة في مصادر الفقه الإسلامي، ومنها ما يلي:

لو سلم البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن سقط حقه في احتباس المبيع لأجل استيفاء الثمن، فلا يعود له حق استرداد المبيع لأجل احتباسه بعد ذلك، وإنما له ملاحقة المشتري بالثمن^(٢).

ومن أسقط حقه في الشفعة، ثم رجعت الدار إلى صاحبها بخيار رؤية، أو بخيار شرط للمشتري فليس له أن يأخذ بالشفعة؛ لأن الحق قد بطل، فلا يعود إلا بسبب جديد^(٣).

(١) انظر: المسبوط ٨٣/١٢ - ٨٤، وفي البدائع ١٥/٦: «الساقط لا يحتمل الرجوع».
 (٢) المدخل الفقهي ١٠٢٤/٢ ف ٦٤٢، وانظر: شرح القواعد الفقهية: ٢٦٥ - ٢٦٦، شرح الأتاسي ١١٨/١، درر الحكام ٥٤/١، وقواعد ابن رجب: ٣٢٥، والمسألة المذكورة مفرعة في هذا الكتاب على قاعدة: (المنع أسهل من الرفع).
 (٣) الموسوعة ٢٥٤/٤ - ٢٥٥، ر: شرح الأتاسي ١٢٠/١.

إذا تم الصلح فإنه يترتب عليه سقوط دعوى المدعي المصالح عنها، فلا يقبل منه الادعاء بها ثانياً، ودخول بدل الصلح في ملك المدعي، فلا يملك المدعى عليه استرداده منه^(١).

ومن المسائل الواردة في (المجلة):

(مادة: ١٢٢٧): إذا كان لواحد حق المرور في ممر معين في عرصة آخر، فأحدث صاحب العرصة بناء على هذا الممر بإذن صاحب حق المرور - فقد سقط حق مروره، ولم يبق له حق الخصام مع صاحب العرصة.

(مادة: ١٥٥٨): إن كان الصلح في حكم المعاوضة فللطرفين إذا تراضيا فسخه وإقالته، وإن لم يكن في معنى المعاوضة بل كان متضمناً لإسقاط بعض الحقوق - فلا يصح نقضه وفسخه أصلاً^(٢).

كما لو صالح عن دعوى دار على نصفها يكون استيفاء لبعضها، وإسقاطا وإبراء عن الدعوى في باقيها، فهذا النوع من الصلح ليس لأحدهما أو كليهما نقضه؛ لأن الساقط لا يعود^(٣).

(مادة: ١٥٦٢): إذا أبرأ أحد آخر من حق فيسقط حقه ذلك وليس له دعوى ذلك الحق.

وكذلك حق المرتهن في حبسه الرهن، فإنه إذا أسقطه يسقط^(٤).

(١) المعاملات المالية للأستاذ أحمد إبراهيم: ٢٤٣.

(٢) انظر: المعاملات المالية الشرعية للأستاذ أحمد إبراهيم: ٢٤٣.

(٣) شرح الأتاسي ١/١١٩.

(٤) شرح القواعد الفقهية: ٢٦٦.

ومما يتخرج عليها: عدم جواز إقالة الإقالة في بيع السلم، ويتضح ذلك بالتفصيل الآتي:

إن إقالة الإقالة إلغاء لها والعودة إلى أصل العقد، وهي تصح في أحوال معينة، فلو تقايلا البيع، ثم تقايلا الإقالة - ارتفعت الإقالة وعاد البيع^(١).

وقد استثنى العلماء من إقالة الإقالة: إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه، فإنها لا تصح؛ لأن المسلم فيه دين وقد سقط بالإقالة الأولى، فلو انفسخت لعاد المسلم فيه الذي سقط، والساقط لا يعود^(٢).

وكذلك لا تصح إقالة الإبراء عن الدين؛ لأن الإبراء يسقط الدين من الذمة، ومن القواعد أن الساقط لا يعود؛ لأنه معدوم، فبزوال الدين لا يبقى محل يقع عليه عقد الإقالة^(٣).

وهذه القاعدة موضوعها: سقوط الحقوق فقط دون سقوط الأعيان، ويتجلى ذلك من النصوص الفقهية الآتية:

قال الإمام الكرايسي: (وما في الذمة إذا سقط لا يعود، كما لو قال: وهبت منك الدين الذي لي عليك، ثم أراد أن يرجع فيه لم يكن له ذلك، فلم يبق معقود عليه...، والحق إذا سقط عن العين جاز أن يعود، كما لو وهب لإنسان عينا، ثم رجع في الهبة جاز...)^(٤).

(١) البحر الرائق ٦/١١١.

(٢) الموسوعة ٥/٣٣٠، بدائع الصنائع ٧/٣٣٩٧، المهذب للشيرازي ١/٣٨٦، كشاف القناع ٤/١٣٠، المدونة ٩/٧٥.

(٣) المدخل الفقهي ١/٥٦٢، ر: رد المحتار ٤/١٤٦، ١٥١.

(٤) الفروق: ٥١/٢.

وجاء في شرح العلامة الأتاسي: (وأما ما لا يمكن إسقاطه فلا يسقط بالإسقاط، كالإبراء عن الأعيان...^(١)).

وإلى هذا أشار العلامة ابن نجيم بصدد ذكره هذه القاعدة بقوله: (لو قال الوارث: تركت حقي - لم يبطل حقه؛ إذ الملك لا يبطل بالترك، والحق يبطل به)^(٢).

ويجدر التنبيه إلى أنه لم يضع الفقهاء ضابطا لما يسقط وما لا يسقط من الحقوق بالإسقاط، ولكن العلامة أحمد الزرقا - رحمه الله - استنتج ضابطا جامعاً في هذا الباب مستمداً إياه من الفروع المرتبطة بالقاعدة ومستثنياتها، وصاغه على الوجه الآتي:

(إن كل ما كان حقاً، صاحبه عامل لنفسه، وكان قائماً حين الإسقاط خالصاً للمسقط، أو غالباً، ولم يترتب على إسقاطه تغيير وضع شرعي، وليس متعلقاً بتملك عين على وجه متأكد - يسقط بالإسقاط، وما لا فلا)^(٣).

ثم وضع هذا الإجمال بضرب الأمثلة في ثلاث صفحات، ثم لخصه نجله العلامة مصطفى أحمد الزرقا تلخيصاً جيداً كالآتي:

(وخلاصة الضابط: أن الحق الذي يسقط بالإسقاط هو ما توافرت فيه صفات أربع:

١- أن يكون الحق قائماً حين الإسقاط، فلا يصح الإبراء عن دين - مثلاً - قبل نشوئه.

(١) شرح الأتاسي ١/١١٨، وانظر: الموسوعة ١/١٤٩، ١/١٦٠.

(٢) الأشباه والنظائر: ٣٧٥.

(٣) شرح القواعد الفقهية: ٢٦٧.

- ٢ - أن يكون غير متعلق بتملك العين . . .
- ٣ - أن تكون مصلحة صاحبه فيه خالصة أو غالبية .
- فحق متولي الوقف ، ووصي اليتيم في التصرف بإدارة الوقف ، وأموال اليتيم
- لا يسقط بالإسقاط ؛ لأنها لا يعملان لأنفسهما
- ٤ - ألا يترتب على إسقاط الحق نتيجة غير مشروعة . . . (١) .

(١) المدخل الفقهي ٢/١٠٢٥ - ١٠٢٦ ف ٦٤٢ .

السؤال معاد في الجواب (م/٦٢)

أي: إذا ورد جواب بإحدى الأدوات المجملة مثل: «نعم» و «بلى» بعد سؤال مفصل، يعتبر الجواب مشتملا على ما في السؤال من تفصيل؛ لأن مدلولات هذه الأدوات تعتمد على ما قبلها.

فإذا سئل: هل لفلان عليك كذا وكذا بسبب كذا؟ فأجاب: نعم، أو سئل: أليس له عليك كذا؟ فأجابه: بلى، كان مقرا بجميع ما ورد في السؤال، ولو لم يكرره^(١).

ومحل بحث هذه الألفاظ أساسا في كتب النحو، ولكن باعتبار أنها كثيرة الدوران في محل الإيجاب والقبول في كتب الفقه، ولا سيما في الإقرار، بحثت في كتب القواعد الفقهية أيضا في صورة هذه القاعدة المعروفة، وقد نص عليها الإمام السرخسي بقوله:

(الخطاب السابق كالمعاد فيما بني عليه من الجواب)^(٢).

وقال الإمام الزركشي عقب ذكر القاعدة: (لو قال: بعثك بألف، فقال: اشتريت، صح في الأظهر)^(٣).

(١) المدخل الفقهي ٢/١٠٠٧، ف ٦٢١.

(٢) المبسوط ١٤/١٠٥، وانظر: الغاية القصوى للبيضاوي ٢/٧٨٦.

(٣) المنشور في القواعد ٢/٢١٤.

ولو قال شخص لغيره: بعني فرسك الفلانية بكذا دينار، فقال الآخر: بعتك، فقبل الأول، فإن البيع ينعقد؛ لأن هذا في قوة قوله: بعتك فرسي التي طلبتها (بالمبلغ الذي ذكرت من الدينار)، وفقا لهذه القاعدة^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن الإمام ابن تيمية تعرض لهذه القاعدة بصدد بيان حكم الزيت، والسمن الجامد، أو الذائب إذا ماتت الفأرة فيه، ومما جاء في كلامه واستدلاله:

(عن ابن عباس، «أن النبي ﷺ سئل عن فأرة وقعت في سمن، فقال: ألقوها وما حولها وكلوه» ولم يقل النبي ﷺ: إن كان مائعا فلا تقربوه، . . . فإطلاق النبي ﷺ الجواب من غير تفصيل يوجب العموم؛ إذ السؤال كالمعاد في الجواب، فكأنه قال: إذا وقعت الفأرة في السمن فألقوها وما حولها، وكلوا سمنكم، وترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال يتنزل منزلة العموم في المقال)^(٢).

(١) عقد البيع للأستاذ الزرقا: ١٢.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٥٢٧/٢١.

العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (م/ ٣)

هذه قاعدة عظيمة رائعة من قواعد الفقه الإسلامي، ونابعة من القاعدة التشريعية الكبرى (الأمر بمقاصدها).

وهي كثيرة الدوران في مصادر الفقه الإسلامي، مصوغة بصياغات متقاربة يتجلى من فحواها مدى اعتبار المعنى والمقصود وترجيحها على اللفظ والصورة، ولا بأس أن أسوق هنا طرفاً من كلمات الفقهاء الناطقة بهذا الأصل تبياناً للموضوع وأثره في الفقه الإسلامي:

يقول الإمام ابن القيم في (زاد المعاد):

(قواعد الفقه وأصوله تشهد أن المرعي في العقود حقائقها ومعانيها، لا صورها وألفاظها^(١)).

ويقول في موضع آخر: (والتحقيق أنه لا فرق بين لفظ ولفظ، فالاعتبار في العقود بحقائقها ومقاصدها لا بمجرد ألفاظها)^(٢).

ومن صياغاتها المتقاربة الأخرى المفضية إلى مدلول واحد:

(١) زاد المعاد في هدي خير العباد ٥/٢٠٠.

(٢) المصدر نفسه ٥/٨١٣، وانظر: ٥/١١٠، ٥/٣٢٠، وإغاثة اللهفان من مصايد الشيطان

- (العبرة للمعنى دون الصورة)^(١).
- (العبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ)^(٢).
- (العبرة للمعاني دون الصورة)^(٣).
- (العقود لا تعتبر باللفظ وإنما تعتبر بالمعنى)^(٤).
- (العقود مبنية على مراعاة القصد)^(٥).
- (المقاصد معتبرة)^(٦).
- (الأحكام تتعلق بمعاني الألفاظ دون قوالها)^(٧).
- (إذا دارت المسألة بين مراعاة اللفظ ومراعاة القصد، فمراعاة القصد أولى)^(٨).

وهكذا تجد مصادر الفقه الإسلامي تعتني غاية الاعتناء بهذه القاعدة، اللهم إلا الفقه الشافعي فإنه لم يقبل هذا المبدأ دائماً، بل ربما أقام وزناً للألفاظ، وهذا لا يعني ترك فقهاء المذهب الشافعي هذه القاعدة بتاتا؛ إذ فرّعوا مسائل كثيرة ظهر فيها الاستناد إلى هذا الأصل، وإن لم يحسموا النزاع القائم فيها بترجيح الوجه

(١) شرح الزيادات لقاضيخان، ورقة: ٨٩٨ (نسخة مرقونة خاصة).

(٢) بدائع الصنائع ٣/٥.

(٣) تبيين الحقائق ١/٥.

(٤) المنتقى للبايجي ٢٨٢/٤.

(٥) قواعد الأحكام ١١/٢.

(٦) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٥٢/٣٠.

(٧) القبس لأبي بكر بن العربي ٧٠٩/٢.

(٨) المعيار للونشريسي ٩٥/٤.

المنسجم مع هذه القاعدة على شاكلة الجماهير الآخرين ، ومن ثم تجدهم يذكرونها بصيغة مقرونة بالاستفهام ، وهي : (العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها)^(١) . وسيأتي بيان ذلك بمزيد من الإيضاح .

وقد اتضح المعنى المراد من القاعدة بالصياغات التي ذكرتها آنفاً ، ولكن لمزيد من التنوير لمفهومها ودلالاتها أورد هنا نصوصاً من كلام الفقهاء :

يقول العلامة أحمد إبراهيم بك تحت عنوان (تنبيه) :

(قول فقهاءنا : « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني » مرادهم به أن اللفظ إن كان موضوعاً لمعنى شرعي ، فعبر به عن معنى شرعي آخر بطريق التجوز نظراً إلى جملة ما يدل عليه كلام العاقد ومقصده منه ، فيصير هو المعتبر . وذلك كما إذا قال شخص لآخر : وهبت لك هذه البقرة بجملك - كان هذا عقد بيع ، ولا يمنع من ذلك التعبير بلفظ (وهبت))^(٢) .

وقال العلامة علي حيدر في شرح (المجلة) : (يفهم من هذه المادة أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد ، بل إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد ؛ لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة ، وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني)^(٣) .

ويستفاد من التفاريع المستخرجة على القاعدة أن المراد بالمقاصد والمعاني ما

(١) المنشور في القواعد ٣٧١ / ٢ ، الأشباه والنظائر للسبكي ١ / ١٧٤ ، المجموع للنووي ٣٠٣ / ٩ .

(٢) الالتزامات : ص ٩٣ - ٩٤ .

(٣) درر الحكام ١ / ٢١ .

يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي توجد في عقد، فتكسبه حكم عقد آخر...، وما يشمل المقاصد العرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم، فإنها معتبرة في تعيين جهة العقود، فقد صرح الفقهاء بأنه يحمل كلام كل إنسان على لغته وعرفه، وإن خالفت لغة الشرع وعرفه.

ومن هذا القسم ما ذكره من انعقاد بعض العقود بألفاظ غير الألفاظ الموضوعية لها، مما يفيد معنى تلك العقود في العرف، كانعقاد البيع والشراء بلفظ الأخذ والإعطاء... (١).

وهذه القاعدة جمة الفروع، وتجري في كثير من العقود المالية، وهنا أسوق فروعاً ونصوصاً من كلام الفقهاء يمكن منها إدراك حقيقة هذا الأصل، ومدى نفوذه ورسوخه في شتى أبواب الفقه الإسلامي من المعاملات المالية:

إن الكفالة المشروط فيها براءة ذمة المدين: حوالة، والحوالة بشرط عدم براءة ذمة المدين كفالة، ولا يقال للعاقداً: يجب أن تعبر في الأول بكلمة الحوالة، وفي الثاني بكلمة الكفالة، بل يقبل منه ما قاله نظراً إلى معناه ومقصوده (٢).

وكذا الحوالة إذا اشترط فيها عدم براءة المحيل عن المطالبة تعتبر كفالة، فيشترط فيها ما يشترط في الكفالة، ويطلب المحال كلاً من المحيل والمحال عليه (٣).

(١) شرح القواعد الفقهية ص: ٥٥ - ٥٦.

(٢) الالتزامات ص: ٩١ - ٩٤، وانظر: المبسوط ٤٦/٢٠، وبدائع الصنائع ١٠/٦.

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية ص: ٦١، و الموسوعة ١٨١/١٨.

والهبة إذا اشترط فيها دفع عوض ، كمن قال لآخر : وهبتك هذا الشيء بكذا ، أو بشرط أن تعطيني كذا -أخذ العقد أحكام البيع ؛ لأنه أصبح في معناه - رغم استعمال العاقد لفظ الهبة - فيرد الموهوب بالعيب ، وكذا يسترد الموهوب له العوض المدفوع إذا استُحق الموهوب من يده ، وكذا سائر أحكام البيع^(١) ؛ وذلك لأن ذكر الثمن قرينة تجعل لفظ الهبة جلي الدلالة على قصد البيع^(٢) .

ومنها : (أن الهبة إذا كانت بشرط العوض ، وكان أحد العوضين عقارا وتقابضا - وجبت الشفعة في العقار للشفيع ؛ لأن الهبة باعتبار شرط العوض بيع انتهاء)^(٣) .

المضاربة إذا شرط فيها أن يكون كل الربح للمضارب تعتبر قرضا ، فإذا تلف المال في يد المضارب يكون مضمونا عليه ، وإذا شرط فيها أن يكون كل الربح لرب المال تعتبر إبطاعا ، وهي أن يكون المال وربحه لواحد والعمل من الآخر ، ويكون حينئذ في يد القابض أمانة^(٤) .

يقول الإمام الزيلعي : (العبرة للمعاني دون الألفاظ ، حتى كانت المضاربة بشرط أن يكون الربح كله للمضارب قرضا ، وبشرط أن يكون لرب المال بضاعة)^(٥) .

(١) المدخل ف ٥٧٣ ، ٩٦٦/٢ ، وانظر : فتح القدير ٤٥٨/٥ .

(٢) المدخل ٣٢٠/١ - ٣٢١ .

(٣) شرح الأتاسي ١٦/١ ، وانظر : المعاملات المالية ص ٢٥٧ .

(٤) شرح القواعد الفقهية ص : ٦٢ ، وانظر : الموسوعة ١٧٣/١ ، ١١٦/١٨ ، ٦١/١٢ ،

ويدائع الصنائع ٨٦/٦ .

(٥) تبين الحقائق ١٥١/٥ .

إذا وقع الصلح عن مال بهال ينظر، فإن وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء، وإن وقع على جنسه فإن كان أقل من المدعى فهو حط وإبراء، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا، وذلك لأن الصلح يعتبر بأقرب العقود إليه، فتجري عليه أحكامه؛ إذ العبرة للمعاني دون الصورة^(١).

- وكذا وصاية الإنسان حال حياته عبارة عن الوكالة، والوكالة بعد موته وصاية؛ لأن المنظور إليه معاني الألفاظ^(٢).

- إن الإجارة تنعقد بأي لفظ دال عليها: كالاستئجار، والاكتراء، والإكراء، وكما أنها تنعقد ب: أعرتك هذه الدار شهرا بكذا، وصالحتك على أن تسكن الدار لمدة شهر بكذا...^(٣).

- ومن فروعها أيضا: أن الدار التي هي بدل صلح تجب فيها الشفعة مطلقا، سواء كان عن إقرار، أو إنكار، أو سكوت؛ لأن عقد الصلح على دفعها للمدعي وإن كان بلفظ المصالحة، إلا أن هذا العقد لما كان تعويضا عن المدعى به كان في معنى البيع، والعبرة في العقود للمعاني^(٤).

- ومنها: لو شرط المعير أن يكون خراج الأرض المعارة على المستعير، وسواء كان الخراج المشروط خراج المقاسمة، أو التوظف فإنها تكون إجارة فاسدة؛ لأن

(١) انظر: تبين الحقائق ٣١/٥.

(٢) ر: شرح الأتاسي ١٦/١ - ١٧، وشرح القواعد ص: ٦٣.

(٣) الموسوعة ٢٥٥/١، وانظر: درر الأحكام ٢١/١.

(٤) شرح الأتاسي ١٦/١ - ١٧.

الخراج على المعير، فإذا شرطه على المستعير فقد جعله بدلا عن المنافع، ويكون قد أتى بمعنى الإجارة، والعبرة للمعاني في العقود^(١).
ونلاحظ لهذه القاعدة أثرا بارزا في توجيه بعض الآراء، والاتجاهات الفقهية في المسائل الخلافية بين الفقهاء، كما يتضح من الأمثلة والنصوص الآتية:

أ- اختلف الفقهاء في ماهية الإقالة وتكييفها على وجوه، ومنها: (أنها بيع في حق العاقدين وغيرهما، إلا إذا تعذر جعلها بيعا فإنها تكون فسخا، وهذا قول الإمام أبي يوسف، والإمام مالك).

ومن أمثلة ذلك: أن تقع الإقالة في المبيع قبل قبضه، وجه هذا القول أن معنى البيع هو مبادلة المال بالمال، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل، وقد وجد، فكانت الإقالة بيعا لوجود معنى البيع فيها، والعبرة في العقود للمعاني، لا للألفاظ والمباني^(٢).

ب- البيع الذي ينفي فيه الثمن نفيا صريحا فباطل غير منعقد، كما لو قال: بعتك هذا الشيء بلا ثمن، وذلك لانتفاء المعاوضة منه.

ولا ينعقد حيثئذ هبة على الرأي الراجح في المذهب - الحنفي - والرأي الثاني أنه يعتبر هبة^(٣)، ويبدو أنه أوجه وأجرى مع المقاصد؛ لأن ركن البيع إذا عدم فيه فركن الهبة متوافر، وكما صح انعقاد البيع بلفظ الهبة على سبيل الاستعارة والمجاز كما سبق، فينبغي أن يصح انعقاد الهبة بلفظ البيع؛ إذ المقصود الأصلي

(١) تكملة حاشية ابن عابدين ٢/٣٨٣، ٤١٤، (الموسوعة المصرية) ١٦/١٤٩ (إعارة).

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/٣٣٩٤، والخرشى ٥/١٦٦، والمدونة ٩/٧٦١، الموسوعة ٥/٣٢٧.

(٣) انظر: رد المحتار ٤/٥، أول كتابي العارية، والإجارة.

في لفظها هو الدلالة على التمليك . . . ، أما العوضية في البيع وعدمها في الهبة فيستفادان من القرائن والقيود، ومن المعلوم أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني^(١).

وهذا ما يتجه إليه المذهب الشافعي في أحد الوجهين المأثورين من أئمة المذهب^(٢).

ج - ومنها: أن بيع الحَمَل دون أمه لا يجوز؛ لما في ذلك من الغرر، أما بيع الحَمَل مع أمه، فإن كان البيع على الإطلاق بأن قال: بعتك هذه الشاة، فالبيع صحيح، ويدخل الحَمَل في البيع وما لا يضر ما فيه من الغرر؛ لأنه تابع للمبيع. أما لو قال: بعتك هذه الشاة وحملها، أو مع حملها، ففي صحة البيع خلاف، قال بعضهم: لا يصح البيع؛ لأنه جعل المجهول مبيعا مع المعلوم فكان مقصودا بالبيع.

وقال آخرون: يصح البيع كما في حالة الإطلاق، ويكون ذكر الحمل توكيدا وبيانا^(٣).

وهنا القول بالجواز أولى وأسد؛ لأن ذكر الحمل لا يخرج عن كونه تابعا، إذ الغرر مغتفر في التابع، فلا وجه للقول بعدم الجواز، ثم إن المتبايعين كانا يعلمان أن الشاة حامل، فلا فرق بين قول البائع: بعتك هذه الشاة، وقوله: بعتك هذه الشاة

(١) عقد البيع للأستاذ الزرقاء (نسخة خاصة مرقونة) ص: ١٢، وانظر: المدخل ٢/ ٦٥٩ - ٦٦١.

(٢) انظر: مختصر قواعد العالائي وكلام الأسنوي لابن خطيب الدهشة ١/ ٢٥٣.

(٣) انظر: المجموع ٩/ ٣٢٣، ٣٢٤، الغرر وأثره في العقود للدكتور الضيرير ص: ٥٩٦.

وحملها؛ لأنها في الحالين يُدخلان الحمل في تقدير الثمن، فإذا جاز البيع في الحالة الأولى ينبغي أن يجوز في الحالة الثانية؛ لأن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ^(١).

وقد لوحظ أيضا لهذه القاعدة تأثير في تصحيح بعض العقود عند تحولها وانقلابها إلى عقد آخر في حالات معينة، أو في إصلاح بعض فسادها حسب اتجاه بعض الآراء الفقهية من فقه المذاهب.

وقد لمسنا ظاهرة انقلاب العقد في المثال السالف الذي تناول موضوع البيع الذي صرح فيه بنفي الثمن، ثم اعتباره هبة على سبيل المجاز نظرا إلى هذه القاعدة. وهكذا - حسب الرأي المقرر في ضوء القاعدة - لو قال: آجرتك هذه الدار بلا أجرة مدة شهر، أو: بعثك منفعة هذا الشيء شهرا بلا ثمن، يتخرج حكم المسألة على الإعارة بالاستناد إلى هذا الأصل.

فهذا الانقلاب في المثاليين وأشباههما منزل على هذه القاعدة العامة الناطقة باعتبار المعاني في العقود، وإن كان الراجح في المذهب الحنفي عدم صحة هذا الانقلاب، بحجة أن العقد الأصلي هنا باطل فهو معدوم، والانقلاب لا يكون في المعدوم^(٢).

وكذلك المذهب الشافعي لا يرى تسويغ هذا التحول - حسب الرأي الراجح - كما يستفاد من النص الآتي:

(اللفظ الموضوع للعقد إذا وجد معه ما ينافيه بطل للتهافت، ومن ثم لو قال:

(١) الغرر وأثره في العقود ص: ٥٩٦ - ٥٩٧.

(٢) انظر: رد المحتار ٥/٤، أول كتابي العارية والإجارة، المدخل الفقهي العام ٦٥٩/٢ - ٦٦١.

بعتك بلا ثمن، وأجرتك الدار بلا أجره - لم يصح، في الأصح^(١).

وقوله: (الأصح) فيه دلالة على ثبوت وجهين في المذهب، وهذا ما تقدم ذكره في النص المنقول من (مختصر العلائي).

أما ما يتعلق بإصلاح فساد العقد في حالات، فهو يتمثل في المضاربة، فإنها إذا فسدت اكتسبت حكم الإجارة، واستوجب المضارب - أي: العامل - أجر مثله^(٢)، ولا يخفى على المتأمل مدى ارتباط هذه المسألة بموضوع القاعدة المذكورة.

وهنا أكرر التنبيه إلى أن هذه القاعدة مسلمة لدى جماهير الفقهاء، اللهم إلا الشافعية فإنهم يرجحون اللفظ على المعنى في كثير من المسائل، ولذلك تراهم يذكرون القاعدة بصيغة مقرونة بالاستفهام، تشير إلى أنها مختلف فيها بحيث لا يمكن تطبيقها دائماً.

قال الإمام ابن تيمية - رحمه الله -: (الاعتبار في العقود بالمعاني والمقاصد لا بمجرد اللفظ).

هذا أصل أحمد، وجهور العلماء، وأحد الوجهين في مذهب الشافعي^(٣).

وهنا أسوق كلام الإمام الزركشي الشافعي حول هذا الأصل لبيان اتجاه

(١) المشور في القواعد ١٢٧/٣.

(٢) انظر: الموسوعة ٢٣٧/١٢.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١١٢/٣٠.

المذهب في هذا الموضوع لمزيد من التوضيح والتمثيل :

((العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها) أي هل النظر إلى ما وضع له اللفظ بطريق الحقيقة، أو إلى ما يدل عليه بطريق التضمن؟

هذه القاعدة ترجع إلى أربعة أقسام :

الأول : ما يعتبر فيه اللفظ قطعاً كالنكاح . . .

الثاني : ما يعتبر فيه اللفظ على الأصح .

. . . ومنها : تعاقداً في الإجارة بلفظ المساقاة، فقال : ساقيتك على هذه

النخيل مدة كذا بدراهم معلومة، فقيل : تصح إجارة نظراً للمعنى، والأصح

أنها فاسدة نظراً للفظ، وعدم وجود شرط المساقاة؛ إذ من شرطها أن لا تكون بدراهم .

الثالث : ما يعتبر فيه المعنى قطعاً^(١) .

الرابع : ما يعتبر فيه المعنى في الأصح، فمنها : إذا وهب بشرط الثواب، فهل تبطل

لمناقضته، أو يصح ويكون هبة اعتباراً باللفظ، أو يبيعا بالثمن، الأصح :

الثالث . . .^(٢) .

وقال الإمام السبكي : (إذا وهب بشرط ثواب معلوم، كان يبيعا على الصحيح

اعتباراً بالمعنى)^(٣) .

(١) لم يضرب مثالا لهذا النوع .

(٢) المنشور في القواعد ٣٧١/٢ - ٣٧٣ .

(٣) الأشباه والنظائر للسبكي ١/١٨٤، وانظر : المجموع للنووي ٩/٢٠٢ - ٢٠٣ .

والضابط لهذه القاعدة: إن تهافت اللفظ حكم بالفساد على المشهور، كبعثك بلا ثمن، وإن لم يتهافت فإما أن تكون الصيغة أشهر في مدلولها أو المعنى، فإن كانت الصيغة أشهر، كأسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد فالأرجح اعتبار الصيغة؛ لاشتهار السلم في بيوع الذمم، وقيل: ينعقد بيعا...، وإن لم يشتهر بل كان المعنى هو المقصود، كوهبتك بكذا، فالأصح انعقاده بيعا.

وإن استوى الأمران فوجهان، الأصح اعتبار الصيغة؛ لأنها الأصل، والمعنى تابع لها...^(١).

وقال الإمام النووي: (الاعتبار عندنا بظاهر العقود، لا بما ينويه العاقدان، ولهذا يصح بيع العينة، ونكاح من قصد التحليل ونظائره)^(٢).

وينبغي أن يلاحظ هنا: أن تصحيح العقد بمقتضى الظاهر لا يجعل العاقد بريئا من شوائب الكراهة مطلقا، كما نص على ذلك الإمام الشافعي نفسه بقوله: «أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولا بعبادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع»^(٣).

والواقع أن لكل عقد شرعي غاية اقتضتها حكمة الشارع لوصول الناس إلى أغراضهم من معاشهم، ووضع لكل عقد ما يحقق ذلك على ما هو مبين في الكتب الفقهية، فإن العقود متولدة من حاجة الناس...، فإذا قصد الناس من عقودهم

(١) المنشور في القواعد ٣٧٤/٢.

(٢) المجموع شرح المهذب ٣١٤/٩.

(٣) الأم ٧٥/٣.

هذه المعاني التي رتبها الشارع على كل عقد، واستوفى العقد كل الشروط المطلوبة لتحقيقه - كان العقد صحيحا، وقد يكون بناء على غرض لأحد العاقدين، أو كليهما ينطوي في الواقع على أمر مخالف للشرع، أو محرم ولكنه لم يعلن، فهل يبطل لأجل هذا، أو يحكم بصحته بناء على خلوه ظاهرا مما يبطله؟ . . . (١).

ومن أمثلة ذلك: بيع العينة، والقول الراجح المحقق فيه: القول ببطلانه؛ لأنه عبارة عن ربا متستر تحت صورة عقد بيع (٢).

وهنا تحسن الإشارة إلى أن هذا الأصل مسلم لدى القانونيين أيضا. يقول العلامة السنهوري: (ولا عبرة بالألفاظ التي يستعملها المتعاقدان، إذا تبين أنها اتفقا على عقد غير الذي سمياه . . .) (٣).

ومما يدل على حيوية هذه القاعدة ومرونتها: أنها محل الاستناد والاعتبار في كثير من القضايا المعاصرة الناشئة عن واقع الاقتصاد الإسلامي اليوم، وهنا أسوق طرفا من المسائل والنوازل التي تجلّى فيها القصد إلى تطبيق هذا الأصل على النحو التالي: إن إيداع المال في البنوك وصناديق التوفير باسم الودائع تحت الطلب حكمه حكم القرض، ومجرد اسم الإيداع، أو الوديعة لا ينطبق عليه مسماه الحقيقي؛ إذ لو كان هذا المال وديعة حسب المصطلح الشرعي، لما جاز للبنوك استثمار الوديعة ولا استغلالها؛ لأن الوديعة يجب حفظ عينها ولا يسوغ التصرف فيها، والوديع

(١) الالتزامات لأحمد إبراهيم بك ص: ٩٨ - ٩٩.

(٢) انظر: المصدر نفسه ص ٩٩، وشرح القاعدة (وسائل المحرم محرمة) ضمن هذا المشروع.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، البيع ٥/٤.

يعتبر أميناً لا ضمان عليه عند تلف الأمانة بدون تعد منه، ولكنه من المعلوم أن البنوك تتصرف في الودائع وتضمنها وترد مثلها عند الطلب، وبذلك يكتسب هذا الإيداع حكم القرض، وهذا يتفق تماماً مع القاعدة الشرعية: (العبرة للمعاني لا للألفاظ)، وبناء على ذلك لا تحل الفوائد التي تدفعها البنوك وصناديق التوفير لواجبي أموالهم فيها؛ لأنها تعتبر ربا محرماً، ولا يغير من حقيقة الحكم تغيير الاسم؛ إذ العبرة للمعنى كما تبين.

وكذلك الوديعة الادخارية - المعروفة بشهادة الاستثمار^(١) - لا تعدو أن تكون نوعاً من الإقراض حيث تقوم الجهة المصدرة لها باجتذاب القروض من أصحاب الأموال تحت إغراء الفائدة، التي تارة ترد إلى رأس المال فتزيد قيمة الشهادات، كما في الشهادات ذات القيمة المتزايدة، وتارة يأخذها المقرض أولاً بأول كل ستة أشهر، كما في الشهادات ذات العائد الجاري، وإذا كان الأمر كذلك من الناحية العملية - وكانت العبرة في العقود بمعانيها وحقائقها، وليس بالأسماء، والشهادات، والشارات - فلا ينبغي أن يختلف القول في بطلانها؛ لأنها تمثل قروضا شرطت فيها الزيادة^(٢).

ويمكن الرجوع إلى هذه القاعدة عند تكييف حسم الأوراق التجارية

(Discounting) الذي تمارسه المصارف الربوية باسم (الخصم)، والمقصود منه: حط

(١) شهادة الاستثمار هي الورقة التي تثبت الحق في المبلغ المودع لدى البنك، وديعة خاضعة لنظام القرض، ولها عدة أنواع. انظر: مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية للدكتور الصاوي ص

٤٩٨ - ٤٩٩.

(٢) انظر: المصدر نفسه ص ٥٠٠.

قدر من القيمة المؤجلة للورقة التجارية؛ لتعجيل دفع باقي هذه القيمة، وقد اختلفت آراء الاقتصاديين القانونيين في تفسير هذه العملية، فإراها بعضهم بيع أجل بعاجل، ومنهم من يعتبرها عقدا مستقلا بنفسها يختص بهذا الاسم، والراجح عندهم أنه قرض بفائدة، مع توكيل المقترض للدائن في استيفاء القرض من محرر الورقة التجارية، ويتضمن ذلك الاتفاق على حق هذا الدائن في الرجوع على المقترض لو امتنع المحرر عن الوفاء بقيمة هذه الورقة؛ ذلك لأن قصد المتعاملين بهذه المعاملة هو القرض والاستيفاء في الأجل، وهذا الوصف الأخير لهذه العملية هو الأقرب إلى منطق الفقه الإسلامي الذي يركز على 'القصد والمعاني، لا على الألفاظ والمباني'^(١).

(وفي ظل هذا الواقع الملموس يصح تخريج عملية الحسم (الخصم) على أساس القرض، وهو الأضبط والأقرب إلى مجريات التعامل في الواقع، وإذا كان الأمر كذلك كان ما يقطعه المصرف من الفوائد لقاء عملية الخصم هو من الربا المحرم بلا جدال)^(٢).

وهكذا تجد هذه القاعدة الذهبية عميقة الأثر في الفقه العريق والجديد، ويمكن تصحيح كثير من المفاهيم الخاطئة، وتقويم عوج الفكر الاقتصادي المعاصر في ضوء هذا الأصل العظيم.

(١) ر: الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد أحمد السراج ص ١٠٢ - ١٠٣.

(٢) مشكلة الاستثمار للدكتور الصاوي ص ٤٦٤.

العبرة للغالب الشائع لا للنادر (م/٤٢)

هذه قاعدة مشهورة من قواعد الفقه الإسلامي، قال الإمام القرافي منوها بها:

(واعلم أن الأصل اعتبار الغالب، وتقديمه على النادر، وهو شأن الشريعة، كما يقدم الغالب في طهارة المياه، وعقود المسلمين، ويقصر في السفر، ويفطر بناء على غالب الحال، وهو المشقة، ويمنع شهادة الأعداء والخصوم؛ لأن الغالب منهم الخيف، وهو كثير في الشريعة لا يحصى كثرة)^(١).

والظاهر أنها مستفادة في (المجلة) من (مجامع الحقائق)^(٢) لأبي سعيد الخادمي، وعبر عنها الفقهاء بصياغات متفاوتة، ولكنها تنصب على مفهوم واحد، ولا بأس أن أورد هنا طرفاً منها:

- (الحكم لا يبني على النادر... إن الحكم للغالب؛ لأن المغلوب يصير مستهلكاً في مقابلة الغالب، والمستهلك في حكم المعدوم)^(٣).
- (النادر حكمه حكم الغالب)^(٤).

(١) الفروق ٤/١٠٤.

(٢) ص: ٣٢٥.

(٣) المبسوط ١٠/١٩٦، وانظر: ١٩/٢٤.

(٤) بدائع الصنائع ٥/٢٠٣.

- (النادرة لا حكم لها)^(١).
- (النادر من الجنس يلحق بالغالب منه في الحكم)^(٢).
- (الغالب مساو للمحقق في الحكم)^(٣).
- (الأحكام إنما هي للغالب الكثير، والنادر في حكم المعدوم)^(٤).
- (العبرة بالغالب)^(٥).

ويفهم من هذه العبارات أنها قاعدة مسلمة لا نزاع فيها بين فقهاء المذاهب، ولكن الواقع أنها محل الخلاف في المذهب المالكي والمذهب الشافعي، وإن كان الراجح هو الأخذ بهذا الأصل، وإهدار النادر لديهم جميعاً، كما تبين من الصياغات المذكورة آنفاً، ويمكن معرفة الخلاف المشار إليه من كلام المقري، و الزركشي وغيرهما:

جاء في قواعد المقري: (قاعدة: اختلف المالكية في اعتبار حكم النادر في نفسه أو إلحاقه بالغالب...)^(٦).

ويؤكد قول الونشريسي: (نوادر الصور، هل يعطى لها حكم نفسها، أو حكم غالبها؟)^(٧).

(١) الاستذكار ١٩/١٠٦.

(٢) الحاوي للماوردي ٥/١٣٥.

(٣) القواعد للمقري ١/٢٤١.

(٤) زاد المعاد ٥/٤٢١.

(٥) المبدع ٧/٥٤.

(٦) القواعد ١/٢٤٣، القاعدة التاسعة عشرة.

(٧) إيضاح السالك: ٢٥٦ - ٢٥٧.

وعرض الزركشي هذا الموضوع على النحو الآتي:

(النادر هل يعتبر بنفسه أم يلحق بجنسه؟ فيه خلاف، فقيل: تناط الأحكام بأسبابها في كل فرد، وقيل: استقراء الأحاد يتعسر فيه، فيعتبر الغالب ويجري حكمه على ما شذ. قال الشيخ تاج الدين الفزاري: وهذا معنى قول الفقهاء: النادر لا حكم له^(١).

وهي قاعدة وثيقة الصلة بنظرية العرف في الفقه الإسلامي، بل تمثل أحد شروطه الأساسية التي يلزم توافرها ليتحقق معنى العرف، وهو أن يكون عمل جمهور الناس به مستمرا في معظم الحوادث والأحوال، ومن هذا المنطلق تجدها منوطة بالقاعدة السابقة لها في (المجلة) وهي: (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت) (م/٤١)، وهذا ما يتبادر إلى الذهن من كلمة (الشائع) الواردة هنا؛ لأن (الشائع) هو الأمر الذي يصبح معلوما للناس وذائعا بينهم^(٢).

ولكن لا يعني الارتباط بين القاعدتين أنهما في معنى واحد بحيث إن هذه الثانية - التي نحن بصدد عرضها - لا تفيد معنى جديدا، فإن الواقع أن هذه القاعدة هي أكثر اتساعا للمعاني من القاعدة المذكورة قبلها، وهذا ما نبه إليه العلامة الأتاسي أيضا مع توجيه الفروع المتخرجة عليها^(٣)، ومنها: تصريح الفقهاء بأن من بلغ سفيها غير رشيد لا يسلم إليه ماله حتى يتحقق رشده، ولكن إذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم إليه مطلقا، سفيها كان أو رشيدا في قول الإمام أبي حنيفة،

(١) المنتور في القواعد ٣/٢٤٦.

(٢) درر الحكم ١/٥٠.

(٣) انظر: شرح الأتاسي ١/٩٨ - ٩٩.

وعندهما: لا يدفع ما لم يتحقق منه الرشد^(١).

فكل هذه المسائل وأمثالها يصدق عليها أن الاعتبار للشائع الغالب لا للنادر، لكن الشائع هنا ليس من جهة أنه عرف تعامل عليه الناس وائتلفوه، بل حالات أغلبية ومضان معتبرة صالحة يمكن بناء الحكم عليها بسبب اطرادها وعمومها، ولا يؤثر تخلف ذلك في بعض الأفراد أو في بعض الأوقات.

ومن المسائل التي ظهر فيها تطبيق هذه القاعدة ما ورد في النص الآتي من (كشاف القناع):

(وإن قال الموكل: بعه بألف نساء، فباعه الوكيل به حالا - يصح؛ لأنه زاده خيرا، فهو كما لو وكله في بيعه بعشرة، فباعه بأكثر منها، ولو استضر الموكل بقبض الثمن في الحال من حيث حفظه، أو خوف تلفه، أو تعد عليه أو نحوه، اعتبارا بالغالب، إذ النادر لا يفرد بحكم ما لم ينهه بأن يقول: لا تبع حالا، فلا يصح للمخالفة)^(٢).

(١) ر: شرح الأناسي ١/٩٨ - ٩٩، وانظر: تأسيس النظر: ١٥. وهنا ينبغي التنبيه أن هذا الخلاف بين الإمام وصاحبيه في هذه المسألة مبني على ملحظ آخر غير الدرّة والشروع؛ موضح في باب الحجر على السفية.

(٢) كشاف القناع ٣/٤٧٧.

لا عبرة بالظن البين خطؤه (م/ ٧٣)^(١)

(معنى القاعدة: أنه إذا بني حكم، أو استحقاق على ظن، ثم تبين خطؤه - بطل، فلو دفع المدين الدين، ثم دفعه عنه وكيله أو كفيله جاهلاً أداء الأصيل، وكذا العكس، يسترد الدافع الثاني ما دفع)^(٢).

وعلى هذا يتفرع قول الفقهاء: (كل من دفع ما ليس بواجب عليه على ظن وجوبه فله استرداده قائماً أو استرداد مثله أو قيمته هالِكاً)^(٣).

(وعلى هذا لو أتلف مال غيره يظنه ماله ضمنه)^(٤).

وهذه القاعدة لها فروع مختلفة الأنواع، تشمل الاجتهاديات، وأحكام القضاة، والعبادات، والمعاملات الجارية بين الناس من عقود، وإقرار وإبراء وغيرها، فالعبرة في جميع ذلك لما في نفس الأمر، لا لخطأ الظن، فكل ما كان مبنيًا على خطأ الظن لا يعتبر^(٥).

(١) وانظر: مجامع الحقائق ص ٣٧٠، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٨، والأشباه للسيوطي ٢٨٩ والفتاوى الكبرى للهيتمي ٥٧/٣.

(٢) المدخل ف ٥٨٤، ٩٧٦/٢ - ٩٧٧.

(٣) شرح القواعد ص ٣٥٨.

(٤) المصدر نفسه ص ٣٥٨.

(٥) شرح الأتاسي ٢٠٠/١ - ٢٠١.

- واستعرض الإمام عزالدين مسائل كثيرة تحت عنوان: (فصل في حكم كذب الظنون) ومنها ما يندرج تحت هذا الأصل كما يظهر من الأمثلة التالية:
- لو أدى ديناً أو عينا ظاناً وجوب أدائها عليه، فأخلف ظنه فإنه يرجع بذلك . . .
 - ومنها: أنه إذا أوقع شيئاً من المعاوضات، أو التبرعات، أو الأوقاف، أو الهبات، أو الوصايا، أو العرايا ظناً أنه يملكه، فكذب ظنه - بطل تصرفه . . .
 - ومنها: أنه إذا تصرف فيما وُكِّل فيه ظاناً بقاء وكالته، ثم كذب ظنه بأن مات الموكل، أو أزال الملك عما وكله فيه قبل تصرفه - بطل، وإن عزله عزلاً فقولان، والأظهر أنه إذا تصرف قبل أن يبلغه العزل، فتصرفه نافذ لا ينقض^(١).

(١) انظر: قواعد الأحكام (طبعة محققة) ص ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤.

لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (م/١٣)

(الأصل أن للحالة من الدلالة كما للمقالة) حسب تعبير الإمام أبي الحسن الكرخي في رسالته المشهورة^(١). وهي قاعدة مسلمة مشهورة عريقة عبر عنها الفقهاء، والأصوليون بعبارات متقاربة، ولمزيد من التوثيق لا بأس أن أورد طرفاً من صياغاتها كالآتي:

- (دلالة الإذن كصريح الإذن)^(٢).
- (دليل الإجازة كصريح الإجازة)^(٣).
- (الثابت بالدلالة مثل الثابت بالصريح)^(٤).
- (دلالة الحال تغني عن اللفظ)^(٥).
- (دليل الرضا منزل منزلة التصريح به)^(٦).

(١) أصول الكرخي مطبوع مع تأسيس النظر: ١٦٣.
 (٢) المبسوط ١٤٧/٧، ٢٣/١١، ١٦٠/١٨، وفي المجلة م/٧٧٢: (الإذن دلالة كالإذن صراحة).
 (٣) المصدر نفسه ٩٧/٢٤.
 (٤) المغني في أصول الفقه للخبازي: ٢٤٧.
 (٥) المغني لابن قدامة ٢٧٧/١٠.
 (٦) المبدع لابن مفلح ٩٧/٤، كشاف القناع ٢٤٤/٣ - ٢٢٨، مطالب أولي النهى ١١٩/٣.

وهكذا نجد نصوصاً واضحة مشرقة تسند اعتبار الدلالة، وتكشف عن مدى أثرها في الفقه الإسلامي، ولكن الصريح أقوى من الدلالة شرعاً وعقلاً في جميع الأحوال؛ ولذلك لا يؤبه بالدلالة المعارضة للتصريح، إذ الدلالة تكون حينئذ بمثابة مشكوك مقابل الصريح الثابت المتيقن، وانطلاقاً من هذه القاعدة: لا عبرة بالأعراف السائدة في العقود إذا ورد التصريح بخلافها، يقول الإمام السرخسي: (الدلالة يسقط اعتبارها عند التصريح بخلافها)^(١).

ومن عبارات الإمام ابن قدامة: (صريح القول يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال)، و (صريح القول مقدم على دلالة العرف)^(٢)، وهي جملة الفروع والشواهد، ومنها ما يلي:

- إذا قبض المشتري المبيع قبل نقد الثمن بمشهد من البائع ولم ينهه - صح القبض، وسقط حق الحبس بالثمن بدلالة السكوت على الإذن، ولا يملك استرداده بل يطالبه بالثمن فقط.

أما لو وجد صريح النهي فلا يسقط حق الحبس، وله أن يسترده منه ويجبسه^(٣).

- الوديع له السفر بالوديعة حسب العادة المتبعة، ولكن لو نهاه المودع صريحاً فليس له السفر بها؛ لأن الصريح أقوى من الدلالة^(٤).

(١) المبسوط ٢٣/١١، ٣٣/٢٥.

(٢) المغني ١١٤/٥، ١١٥.

(٣) شرح القواعد الفقهية: ١٤٢ - ١٤٣، وشرح الأتاسي ٣٠/١.

(٤) ر: تحفة الفقهاء ١٧٢/٣.

- ومنها: لو اشترى إنسان سيارة مثلاً، ثم جاء ليردها بطريق الإقالة، فصرح له البائع بأنه لا يقبله، واستعمل البائع تلك السيارة بضعة أيام استعمالاً معتاداً متعارفاً لا يؤثر فيها، فطالبه المشتري برد الثمن، فامتنع عن رده، وعن قبول الإقالة - كان له ذلك؛ لأنه لما رفض الإقالة صريحاً بطل كلام المشتري، فلا تتم الإقالة باستعماله لها... ، فقد لغت دلالة استعمال البائع للسيارة على الإقالة في مقابلة تصريحه برفضها^(١).

- لو وهب شخص مالا لآخر وقبله، فحصول عقد الهبة هو إذن بقبض المال دلالة، فإن حصل القبض تمت الهبة، وإن ناهى الواهب صراحة قبل القبض سقط حكم الدلالة وبطلت الهبة، فلو قبضه كان غاصبا، وتجري عليه أحكام الغصب^(٢)؛ ذلك لأن الهبة لا تتم بمجرد القول إلا بالقبض.

ومنها: ما أورده الإمام ابن قدامة في النص الآتي من مسائل شراء الوكيل من نفسه:

- «وإذا أذن للوكيل أن يشتري من نفسه جاز له ذلك؛ لأن علة المنع هي من المشتري لنفسه أنها في محل التهمة لدلالاتها على عدم رضا الموكل بهذا التصرف، وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه، وقد صرح هاهنا بالإذن فيها، فلا تبقى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافه»^(٣).

(١) ر: شرح القواعد الفقهية: ١٤٣.

(٢) درر الأحكام ٣١/١ - ٣٢، وانظر: شرح القواعد الفقهية: ١٤٣.

(٣) المغني ١١٩/٥ - ١٢٠.

ويستثنى من هذه القاعدة: ما لو اشترى شيئاً، ثم اطلع على عيب فيه، فاستعمله استعمالاً يدل على الرضا بالعيب، وهو يصرح بعدم الرضا به، فإنه يلزمه المبيع، ولا يقبل منه تصريحه بعدم الرضا^(١).

ويمكن تطبيق مسائل وقضايا كثيرة منوطة بالتعامل المالي في العصر الراهن أيضاً على هذه القاعدة، فعلى سبيل المثال: إن الريال السعودي هو الذي يجري عليه التعامل حسب النظام المتبع في المعاملات المالية السائدة في الأسواق القائمة في السعودية، ولكن لو جرى عقد البيع بين البائع والمشتري، أو بين شركتين على دولارات أمريكية - مثلاً - فالبيع ينعقد حينئذ على هذه العملة الأمريكية بسبب التصريح على خلاف المعتاد، وبذلك يكون الدولار في تلك العملية هو المنظور إليه في كل ما يترتب على العقد.

(١) شرح القواعد الفقهية: ١٤٥ - ١٤٦.

لا يتم التبرع إلا بالقبض (م/٥٧)

هذا أضل من الأصول الدائرة في أبواب التبرعات، ومفاد هذا الحكم أنه لو تم عقد التبرع بدون حيازة لثبت للمتبرع عليه مطالبة المتبرع بالتسليم، وحيثئذ يكتسب التبرع صفة عقد ضمان، وهو تغيير لمشروعية العقد^(١).

وعلى هذا الأساس يعتبر تسليم العين في الهبة، ونظائرها من العقود العينية- مثل: الإعارة والإيداع- عنصرا متمما لانعقاد العقد لا مجرد تنفيذ له، وتسمى العقود العينية؛ لأنها لا يتم عقدها إلا بتسليم العين، وليس بمجرد الإيجاب والقبول القولين كسائر العقود الأخرى^(٢).

وقال الإمام السرخسي: «القبض في باب الهبة شرط لوقوع الملك على وجه لا يجوز إسقاطه بحال»^(٣)؛ وبناء على ذلك (لومات أحدهما قبل القبض تبطل الهبة)^(٤).

وهنا أمر يجب التنبه له جدا، وهو أن الهبة وغيرها من التبرعات يتم الالتزام فيها بالإيجاب وحده، لكن الملك للمتبرع له أو الانتفاع لا ينتقل إلا بالحيازة...، ويقاس على الهبة جميع العقود التي لا يتم حكمها إلا بالقبض مثل الرهن،

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية: م/٥٧.

(٢) انظر: المدخل الفقهي ف ٦٣٤، و ف ١٦٣.

(٣) المبسوط ١١/٧.

(٤) شرح الزيادات: ١٤٨٧ وانظر: الفروق للقرافي ٣/١٨٩.

والقرض، والإعارة، والوديعة، فإن القبض فيها يغني عن القبول قولاً؛ لقيامه مقامه^(١).

وأفصح الإمام ابن عبد البر عن هذه القاعدة بقوله:

(الهبات لا تتم إلا بالقبض)^(٢).

وذكر العلامة الوثريسي أن: (الأشياء التي لا تتم إلا بالحيازة: الأحباس (الأوقاف)، والصدقات، والهبات، والعمرى، والعطية، والمنحة، والهدية . . . ، وضابطه: كل ملك انتقل بغير عوض فلا بد من حيازته)^(٣).

وجاء في (فصول) الإمام الباجي: (وجملة أصل مذهب مالك - رحمه الله - وأصحابه فيما علمت: أن الأحباس، والصدقات، والهبات إن لم تنقبض عن المعطي حتى مات، أو أفلس؛ فإنها غير جائزة)^(٤).

ويبدو أن الراجح في مذهب الإمام مالك أن الهبة تلزم بالعقد، أي بمجرد القول، والحيازة شرط فقط.

يقول الخرشي: (إن الشيء الموهوب يحاز عن واهبه، ولو لم يأذن في ذلك، فإن أبى الواهب فإنه يجبر على حيازته للموهوب له؛ لأن الهبة تملك بالقول على المشهور)^(٥).

(١) الالتزامات: ٧٣.

(٢) التمهيد ٧/٢٤٤.

(٣) عدة البروق في الفروق: ٥٨١.

(٤) فصول الأحكام ٢١٧ - ٢١٨، وانظر: الشرح الصغير ٤/١٠٧.

(٥) الخرشي على مختصر خليل ٧/١٠٥.

ولم يختلف رأي الشافعية عن رأي الحنفية في تقرير هذا الأصل، قال الإمام الزركشي:

(الضابط أن ما كان القبض فيه من مقتضى العقد وموجه؛ فإنه يلزم من غير قبض كالبيع والإجارة...، وما كان القبض فيه من تمام العقد؛ فلا يلزم إلا بالقبض، كالرهن لا يلزم من جهة الراهن إلا بإقباضه، وكذلك الهبة لا تملك إلا بالقبض على المذهب، وتكون الزوائد قبله للواهب...)^(١).

ويضيف قائلاً تحت عنوان (تنبيه):

(من هذه العقود ما يكون القبض فيه معتبراً للزومه واستمراره، لا لانعقاده، وهو الصرف والسلم؛ بدليل ثبوت خيار المجلس فيه قبل التقابض. ومنه ما يكون القبض فيه شرطاً للصحة كالهبة، فإن العقد فيها لا يوصف قبل القبض بهبة، ولا عدمها، كما قبل القبول.

والفرق بينهما أن آثار العقد الصحيح وجدت هناك من ثبوت الخيار، وحرمة التفرق قبل التقابض، والملك في زمن الخيار وعدمه، بخلاف عقد الهبة؛ فإنه لا يترتب عليه آثاره قبل القبض)^(٢).

وجاء في فتاوى الإمام ابن تيمية:

(التبرعات: كالهبة والعارية، فمذهب أبي حنيفة والشافعي أنها لا تلزم إلا

(١) المنشور في القواعد ٢/٤٠٨.

(٢) المصدر نفسه ٢/٤٠٧.

بالقبض، وعند مالك تلزم بالعقد، وفي مذهب أحمد نزاع... (١).

والذي استقر عليه المذهب الحنبلي هو أن القبض شرط للزوم الهبة، فهي عقد جائز تلزم بالقبض (٢)، وهذا ما أشار إليه الإمام الكلوذاني قديماً بقوله: (الصلة لا تملك قبل القبض) (٣).

فالعقد اللفظي في مجال التبرعات يعتبر قبل القبض عديم الأثر:

(ففي الرهن - مثلاً - : لا يستطيع الدائن المرتهن إجبار المدين على تسليم الرهن بموجب العقد، إن لم يسلمه طوعاً، ولكن إذا سلمه تم الالتزام، فلو استرده الراهن بعد ذلك بلا رضا المرتهن؛ فلهذا أن يجبره على إعادته.

وكذا الموهوب له لا يستطيع إجبار الواهب على تسليم الموهوب، فالتنفيذ في هذه العقود العينية هو المولد لآثار العقد، والإرادة لا تعتبر ظاهرة باللفظ وحده دون هذا التنفيذ.

على أنه يستثنى من نظرية العقود العينية هذه عقد الوصية، فهي هبة مضافة إلى ما بعد الموت، فبمجرد وفاة الموصي وقبول الموصى له، أو عدم رده بعد الوفاة تتم الوصية، ويصبح المال ملكاً له بلا حاجة إلى تسليم؛ لأن الشخص المنشئ للوصية لم يعد يتصور منه بعد الوفاة تسليم، فبنيت الوصية على التسامح والاستثناء من القواعد القياسية في كثير من أحكامها؛ تسهيلاً لأعمال البر والخير (٤).

(١) فتاوى شيخ الإسلام ٣١/٢٧١.

(٢) مجلة الأحكام الشرعية م/١٩٩، ص: ٣١٣. وانظر: شرح الزركشي ٤/٣٠٣.

(٣) الانتصار للمسائل الكبار ٣/٢٨١.

(٤) المدخل الفقهي ١/٣٣٩ - ٣٤٠، ف ١٦٣.

ومستند هذا الضابط نصوص من الآثار الواردة عن الصحابة - رضي الله عنهم - بجانب التعليل العقلي الذي وجه به الموضوع في مطلع البحث، يقول الإمام تقي الدين الحصني الشافعي:

(لا تلزم الهبة ولا تملك إلا بالقبض، لأن الصديق - رضي الله عنه - نحل عائشة - رضي الله عنها - جذاذ عشرين وسقاً، فلما مرض قال: وددت أنك حزتيه، أو قبضتيه، وإنما اليوم مال الوارث^(١)، فلولا توقف الملك على القبض لما قال: إنه ملك الوارث. وقال عمر - رضي الله عنه - : لا تتم النحلة حتى يجوزها المنحول. وروي مثل ذلك عن عثمان، وابن عمر، وابن عباس، وأنس، وعائشة - رضي الله عنهم أجمعين - ولا يعرف لهم مخالف، ولأنه عقد إرفاق يقتضي القبول، فافتقر إلى القبض كالقرض وسائر الهبات، حتى لو أرسل هدية ثم استرجعها قبل أن تصل، أو مات، لم يملكها المهدي إليه)^(٢).

(١) وتتمة الحديث: «فاقسموه على كتاب الله تعالى». صحيح، أخرجه مالك في الموطأ ٢/٧٥٢.

(٢) كفاية الأخيار ٣٠٨ - ٣٠٩.

لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان: يعني أنه لا يقال لساكت: إنه قال كذا، لكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان (م/ ٦٧)

الأصل هو أن لا ينسب إلى ساكت قول؛ لأن المعاملات والعقود مبنية على الرضا الذي يتحقق غالباً بالإيجاب والقبول القولي، أو الفعلي، أما مجرد السكوت فهو لا يمثل حقيقة القول، أو الفعل إلا فيما يلزم به النطق، فحيثذ يكتسب السكوت سمة الإقرار والبيان.

والشرط الثاني (السكوت في معرض الحاجة بيان) هو أصل قديم تواضعت عليه الشرائع والقوانين^(١).

وتتفرع على هذه القاعدة المتمثلة في الشرط الثاني من عبارة (المجلة) مسائل كثيرة، ولكنها محصورة لكونها مستثناة من الأصل الذي يعبر عنه الشرط الأول من القاعدة المذكورة هنا، وإليه يشير قول الإمام علاء الدين السمرقندي: (السكوت يكون إذنا في مواضع)^(٢).

ومنها: (إذا سمع الشفيح بالبيع فلم يطلب الشفعة وسكت - يكون تسليماً

(١) الأوضاع التشريعية في البلاد العربية، للدكتور صبحي محمصاني: ٨٥.

(٢) تحفة الفقهاء ٢٨٦/٣، و/ انظر: التنف في الفتاوى للسغدي ٧٢٩/٢.

- للشفعة^(١)، ويسقط حقه عن طلب الشفعة عند جمهور الفقهاء^(٢).
- وذلك لأن السكوت مع المشاهدة فيه دلالة على عدم الرغبة في الأخذ بالشفعة.
- قال الشعبي: من بيعت شفعتة وهو شاهد لا يغيرها - فلا شفعة له^(٣).
- وذكر السبكي عن أبي سعد الهروي ضابطا جيدا في هذا المعنى، وهو كما قال:
- كل حق على الفور إذا سكت عنه مع الإمكان، بطل: كالشفعة، ورد (المبيع المعيب...^(٤).
- ومنها: إذا رأى الولي مؤليه يبيع ويشترى فسكت، ولم يمنعه من التصرف، يعتبر سكوته رضا وإذنا في التجارة عند الحنفية، وهو قول عند المالكية^(٥)، كيلا يكون سكوته تغريرا بالمتعاملين معه.
- ومنها: (أن يشترى الرجل سلعة شراء حالا، فيكون للبائع حق الإمساك حتى يأخذ الثمن، فيقبضها المشتري ويذهب بها والبائع يراه ويسكت ولا ينهاه، فإن ذلك السكوت منه رضا بالتسليم، وسقوط حقه في حبس السلعة بالثمن^(٦)).
- إن الوديعة كما تنعقد بالإيجاب والقبول صراحة، تنعقد كذلك بالإيجاب

(١) تحفة الفقهاء ٢٨٦/٣ - ٢٨٧.

(٢) انظر: الموسوعة ١٣٨/٢٥.

(٣) صحيح البخاري ٤٧/٣.

(٤) الأشباه والنظائر للسبكي ١٦٩/٢.

(٥) الموسوعة ١٣٧/٢٥، الاختيار للموصلي ١٠٠/٢، والبهجة شرح التحفة ٢٩٥/٢.

(٦) التنف في الفتاوى ٧٢٩/٢.

والقبول دلالة، فإذا وضع رجل ماله في دكان مثلا، فرآه صاحب الدكان وسكت، ثم ترك الرجل ذلك المال وانصرف - صار ذلك المال عند صاحب الدكان وديعة؛ لأن سكوت صاحب الدكان حين وضع المال يدل على قبول حفظه، وعلى ذلك فإذا فرط في حفظه يكون ضامنا، كما هو الحكم في سائر الأمانات^(١).

- هذا، وقد تعرض الفقهاء لحكم السكوت في مسائل أخرى، وذكروا أن السكوت فيها وأمثالها يعتبر رضا وإذنا، كالقبول بالسكوت في الإجارة، والوكالة والإذن بالقبض في البيع والرهن...

فقد ذكر الحنفية أن السكوت في الإجارة يعد قبولا ورضا، فإذا قال صاحب الدار: اسكن بكذا وإلا فاخرج، فسكت وسكن، كان مستأجرا بالمسمى بسكنائه وسكوته، كذلك لو قال صاحب الدار: اسكن بيائة، وقال المستأجر: ثمانين، فسكت المالك وأبقى المستأجر ساكنا يلزم ثمانون؛ لأن السكوت من قبل المالك - في هذه الحالة - يعد قبولا^(٢)؛ إذ لو لم يرض لوجب عليه الرد فورا.

- ومنها: لو أجر الأرض للزراعة ولم يبين ما يزرع فيها، فالعقد فاسد، فإذا زرع المستأجر فيها وعلم المؤجر بما زرعه، وسكت - انقلب العقد صحيحا، ولزمت الإجارة، ولم يبق للمؤجر حق الفسخ^(٣).

- ومنها: رآه يبيع عرضا أو دارا، فتصرف فيه المشتري زمانا وهو ساكت -

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٨٤، المجلة م/٧٧٣، الزرقاني ٦/١١٤، حاشية الدسوقي

٣/٤١٩، الموسوعة ٢٥/١٣٨-١٣٩.

(٢) المجلة م/٤٣٨، الموسوعة ٢٥/١٤١.

(٣) شرح القواعد الفقهية: ٣٤١.

- سقطت دعواه^(١). أي: لا يقبل منه ادعاء أنه ملكه.
- ومنها: رجل تصرف زماناً في أرض، ورجل آخر رأى الأرض والتصرف ولم يدع، ومات على ذلك، فلا يسمع بعد ذلك دعوى ولده، فيترك على يد المتصرف؛ لأن الحال شاهد له^(٢).
- ومنها: أنفقت الأم في تجهيز بنتها أشياء من أمتعة الأب، والأب ساكت، فليس له الاسترداد^(٣)، بل يعتبر هبة نافذة.
- واكتسبت هذه القاعدة الصفة القانونية، كما جاء في النص الآتي من القانون المدني الكويتي:

- ١- السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً.
- ٢- ويعتبر السكوت قبولاً -بوجه خاص- إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا كان الإيجاب لمحض منفعة الموجب له، وكذلك يعتبر سكوت المشتري -بعد تسلمه البضاعة التي اشتراها وقائمة الثمن- قبولاً لما ورد في هذه القائمة من شروط^(٤).
- وينبغي التأكيد ختاماً على أن القاعدة: (لا ينسب لساكت قول) هي الأصل، وأن الاحتياط قاض بالأخذ بها، ولا يعدل عنها إلا لمعنى خاص، وهو يختلف باختلاف الجزئيات المستثناة^(٥).

(١) طرق الإثبات الشرعية لأحمد إبراهيم ص ٢٩١.

(٢) المصدر نفسه ٢٩١.

(٣) المصدر نفسه ٢٩١.

(٤) القانون المدني الكويتي مادة ٤٤.

(٥) طرق الإثبات الشرعية ص ٢٩٢.

من سعى في نقض ما تم من جهته، فسعيه مردود عليه (م/١٠٠)

هذه القاعدة مستفادة من (الأشباه والنظائر) للعلامة ابن نجيم^(١)، وقد نص عليها الإمام السرخسي بقوله: (من سعى في نقض ما قد تم به يبطل سعيه)^(٢).

(ويفهم منها أنه إذا عمل شخص على نقض ما أجراه، وتم من جهته - فلا اعتبار لعمله)^(٣)، وذلك لما فيه من التعارض والمنافاة بين الشيء الذي تم من قبله، وبين سعيه الأخير في نقضه، وهذا تدافع بين كلامين متناقضين يمنع استماع الدعوى، فيكون سعيه مردودا عليه)^(٤).

وقال قاضيخان: (إن التناقض يمنع صحة الدعوى؛ لأن كل واحد من الكلامين ينقض الآخر، وسعي الإنسان في نقض ما تم به بمنزلة التناقض)^(٥).

ومما يتفرع عليها:

-
- (١) الأشباه والنظائر: ٢٧٢، ومن الملاحظ أن ابن نجيم ذكر لها مستثنيات.
 - (٢) المبسوط ١٤/١٢١، وانظر: ٦١/١٥.
 - (٣) درر الحكام ١/٩٩.
 - (٤) شرح الأتاسي ١/٢٧٠.
 - (٥) شرح الزيادات: ١٥٩٨ - ١٥٩٩.

- إذا أقر ثم ادعى الخطأ في الإقرار، فإنه لا يسمع منه .
 - إذا ضمن الدرك لمشتري الدار، ثم ادعى شفعة فيها، أو ملكا لها، فإنه لا يسمع منه؛ لأن ضمان الدرك للمشتري يتضمن - بلا شك - تقرير سلامة المبيع له، ودعواه الشفعة، أو الملك فيها تنقضه فلا تسمع .
 - ومنه: ما لو بادر إلى اقتسام التركة مع الورثة، ثم ادعى بعد القسمة أن المقسوم ماله، فإنه لا تسمع دعواه؛ لأن إقدامه على القسمة فيه اعتراف منه بأن المقسوم مشترك .
 - ومنه: ما إذا باع أو اشترى ثم ادعى أنه كان فضوليا، وأن المالك، أو المشتري لم يجز العقد - لم يسمع ذلك منه^(١) .
 - ثم لا فرق فيما تم من جهة المرء بين أن يكون تم من جهته حقيقة، كما إذا فعل ما تقدم بنفسه، أو يكون تم من جهته حكما، كما إذا كان ذلك بواسطة وكيله، أو صدر من مورثه فيما يدعيه بحكم الوراثة، فإن السعي في نقضه لا يسمع منه؛ لأن الوكيل مع الموكل، والمورث مع الوارث بمنزلة شخص واحد^(٢) .
- ويسند ذلك ويوضحه ما ذكره الإمام السرخسي في المسألة الآتية من مسائل الشفعة:

- (و لا شفعة للوكيل فيما باع؛ لأن البائع لغيره في حكم العقد كالبائع لنفسه،

(١) شرح القواعد الفقهية: ٤٧٥، وانظر: المدخل الفقهي ٢/١٠١٥-١٠١٦ ف ٦٣١ .

(٢) شرح القواعد الفقهية: ٤٧٧ .

ولا شفعة للبائع ، فإن أخذه بالشفعة يكون سعياً في نقض ما قد تم به وهو الملك واليد للمشتري ، ومن سعى في نقض ما قد تم به يبطل سعيه ، ولأنه لو ثبت له حق الشفعة امتنع من تسليمها إلى المشتري بعدما التزم ذلك بالعقد يكون حق الشفيع مقدماً . . . (١) .

ومن المسائل الواردة في (المبسوط) المعللة بهذا الأصل ، ما جاء في النص التالي :
ولو أن وارثاً ادعى وصية لابن له صغير له الثلث وأقام البينة ، وقسموا الدار (٢) ، فإن هذه القسمة لا تبطل حق ابنه في الوصية ؛ لأن الأب لو أراد أن يرد هذه الوصية أو يبطل حق ابنه عنها بعد موت الموصي لا يملك ذلك . . . ، إلا أن الأب ليس له أن يطلب وصية ابنه ، ولا أن يبطل القسمة ؛ لأن القسمة تمت به ، ومن سعى في نقض ما قد تم ضل سعيه ، وإقدامه على القسمة معهم إقرار بأنه لا وصية لابنه (٣) .

ويمكن أن تكون هذه القاعدة محل اعتبار لدى معالجة بعض القضايا المعاصرة ، ويتمثل ذلك في الضابط الآتي المتعلق بالتعامل في أسهم الشركات :
(يصح اتفاق المساهمين على تصرف ، أو الامتناع من تصرف معين بناء على رأي

(١) المبسوط ١٤/١٢١ ، وانظر : شرح الزيادات : ٨٩٨ .

(٢) المراد من هذه العبارة أن الوارث ادعى أن لابنه وصية بالثلث ، وأقام البينة على ذلك ، ثم قسمت الدار مع بقية الورثة ، فحصل التناقض بين مقاسمته ، ودعواه الوصية لابنه ، فلا يقبل منه متابعة طلب الوصية بحكم ولايته على ابنه ، بل ينصب وصي عن الولد الصغير ، لطلب الوصية ونقض القسمة .

(٣) المبسوط ١٥/٦١ ، باب قسمة الدار للميت ، وعليه دين أو وصية .

الفقهاء المتوسعين في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد، مادامت لا تخالف أصلا شرعيا، وبناء على ما تفيدته القاعدة الفقهية القاضية بأن (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه)؛ ولذا فإنه إذا قيد المساهمون أنفسهم بعدم التصرف في أسهمهم بالبيع إلا في نهاية السنة المالية للشركة، فلا يحق لهم أن يتصرفوا فيها بنقل ملكيتها خلال السنة المالية^(١)، والله أعلم.

(١) تقرير فتاوى الراجحي: ٧٠.

من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته (م/٤٩)

والمراد بالضرورات هنا: الأشياء التي تتبع شيئاً هي مثله في الدخول تحت الدلالة لا من طريق وضع اللفظ^(١).

فإذا اشترى رجل داراً، ملك الطريق الموصل إليها. (م/٤٩).

والمواقع أن هذه القاعدة مستوحاة من القاعدة العامة المشهورة: (التابع تابع) (م/٤٧)، فقولهم: (لو اشترى قفلاً دخل مفتاحه)، يمكن تطبيقه على كلتا القاعدتين.

وقد أوردها العلامة المرغيناني، والعلامة الزيلعي بالصيغة المذكورة مع زيادة يسيرة، فالنص عندهما:

(من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته وتوابعه)^(٢).

ومما يتفرع عليها القاعدة الآتية:

(متى ملك التجارة ملك ما هو من ضروراتها)^(٣)، وهذا مهم في الصبي المأذون والعبد المأذون.

(١) شرح الأتاسي ١١١/١ عن العناية شرح الهداية، ومجامع الحقائق ص ٣٧١.

(٢) الهداية بشرحه فتح القدير ١٧٤/٩، ٦٥/١٠، وتبيين الحقائق ١٥٨/٥.

(٣) حاشية الشلبي على التبيين ٢٢١/٥.

ومن نظائرها أيضًا :

(لو اشترى دارًا بألف، ثم باعها بألفين، فعلم الشفيع بالبيع الثاني، ولم يعلم بالبيع الأول، فأخذها بقضاء، أو بغير قضاء، ثم علم أن البيع الأول كان بألف، ليس له أن ينقض أخذه؛ لأنه لما أخذها بالبيع الثاني فقد ملكها، وحق التمليك بالبيع الأول بعد ثبوت الملك لا يتصور، فسقط حقه في الشفعة بالبيع الأول، ضرورة ثبوت الملك له)^(١).

-ومن مسائلها المعروفة ما نص عليه الإمام القدوري في النص الآتي :

(ومن باع دارًا دخل بناؤها في البيع وإن لم يسم، ومن باع أرضًا دخل ما فيها، وإن لم يسم . . . ، ومن باع دارًا دخل في المبيع مفاتيح أغلقها)^(٢).

وقال العلامة ابن قدامة :

(وإن باعه دارًا بحقوقها تناول البيع أرضها وبناءها، وما هو متصل بها (أي اتصال قرار)، مما هو من مصلحتها: كالأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة، والرفوف المسمرة والأوتاد المغروزة، والحجر المنصوب من الرحا، وأشباه ذلك، ولا يدخل في البيع ما ليس من مصالحها (المستقرة) . . .)^(٣)، كالكراسي والمناضد مثلاً.

(١) شرح الأتاسي ١/١١٢.

(٢) اللباب في شرح الكتاب للغنيمي، باب البيع الفاسد ٩/٢، ١١.

(٣) المغني ٤/٨٨.

المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة (م/ ٨٤)

الأصل في الوعد أنه لا يُلزم صاحبه قضاء، وإن كان الوفاء به مطلوباً لديانة، ولكن إذا صدر الوعد مصوغاً في صورة تعليق، فحينئذ يعتبر ملزماً؛ لظهور معنى التعهد والالتزام^(١).

وعلى هذا قرر الفقهاء مسائل، ومنها ما يلي:

لو قال شخص لآخر: بع هذا الشيء من فلان، وإذا لم يعطك ثمنه فأنا أعطيكه، فلم يعطه المشتري الثمن بعد المطالبة، التزم به القائل^(٢).

وكذا لو قال للمعير أو المودع: إن أضع أو استهلك المستعير، أو الوديع العارية، أو الوديعة، فأنا أؤدي ضمانها، فأضاعها أو استهلكها -لزمه الضمان، بناء على وعده المعلق^(٣).

وهنا يجدر التنبيه إلى أنه لا يسوغ التعليق بالوعد إلا فيما يمكن ويصح التزامه شرعاً، وبذلك يخرج منه ما لا يصح التزامه شرعاً كضمان الخسران، كما إذا قال: اشتر هذا المال، وإن خسرت فيه فأنا أؤدي لك ما تخسره، فاشتره وخسر، فإنه لا يرجع عليه بشيء^(٤).

(١) المدخل الفقهي ٢/ ١٠٢٩، ف ٤٤٦، ر: شرح القواعد الفقهية: ٤٢٥، درر الحكام ١/ ٨٧.

(٢) المدخل الفقهي ٢/ ١٠٢٩.

(٣) شرح القواعد الفقهية: ٤٢٦.

(٤) ر: المصدر نفسه: ٤٢٦.

وهذه قضية مهمة في الظروف الراهنة، بحيث إن الحكومة قد تكفل لبعض الشركات المساهمة إذا ما خسرت، أو تعلن عن تعويض الأرباح المقدرة عند نقصانها، فمثل هذا الضمان لا يصح، ولا يمكن اعتباره تبرعا؛ لأن الكفالة أو الضمان يكون على حق ثابت مشروع فقط.

وفي الاجتهاد المالكي أربعة آراء فقهية حول لزوم الوعد بالعقد، والمشهور من هذه الآراء أنه يعتبر الوعد بالعقد ملزما للواعد قضاء إذا ذكر فيه سبب، ودخل الموعد تحت التزام مالي مباشرة ذلك السبب بناء على الوعد، وذلك كما لو وعد شخص آخر بأن يقرضه مبلغا ليشتري به بضاعة، فاشتراها، ثم نكل الواعد عن القرض، فإنه يجبر قضاء على تنفيذ وعده^(١)، وهذا ما صرح به الإمام ابن رشد - الجدل - إذ يقول: (المعروف عند مالك لازم لمن أوجبه على نفسه)^(٢).

واكتسب هذا الموضوع أهمية قصوى في عمليات المراجعة للأمر بالشراء، واتفاقيات البيع بالتقسيط في وقتنا الحاضر، وثار النقاش حوله، بحيث جرى التلفيق في تلك العمليات بين البيع والمواعدة بالشراء، فمنهم من رأى الإلزام بالوعد بناء على هذا الرأي المشار إليه أنفا، والصواب الراجح في هذا التعامل المشار إليه ألا يكون الوعد ملزما؛ لأنه حينئذ يأخذ حكم البيع، ويترتب على ذلك وجود البيع قبل القبض، وهو محذور لدى جماهير الفقهاء، والله أعلم.

(١) ر: المدخل الفقهي ١٠٣٠/٢، الفروق للقرافي ٢٤/٤ - ٢٥.

(٢) البيان والتحصيل ٦٧/٨.

الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر (م/٦٥)

من المقررة أن الإشارة إلى المبيع هي أقوى طرق التعيين والتعريف به ، ولذلك إذا كان المعقود عليه حاضرا في مجلس العقد ، مكشوفاً مشاراً إليه تحت مشاهدة العاقد ، وكانت صفته مما يدرك بهذه المشاهدة كالألوان والحجوم ، بأن قال البائع مثلا : بعتك هذا المهر الأبيض بكذا ، وهو حصان أسود كبير ، أو قال : بعتك هذه الفرس المحجلة ، وهي غير محجلة ، أو هذه السيارة الخضراء ، وهي في الواقع سوداء ، فقبل المشتري ، انعقد العقد لازماً للمشتري ، لا خيار له في إبطاله ؛ لأنه غير معذور بهذا الغلط بعد المشاهدة والإشارة .

واختلاف الوصف المسمى عن الواقع لا عبرة له في هذه الحال ؛ لأن الإشارة هنا في الشيء الحاضر أبلغ طرق التعريف وأقواها ، فإذا اجتمع معها وخالفها ما هو دونها تعريفاً - وهو الوصف الكلامي - فالعبرة للإشارة^(١) .

وإلى هذا أشار الإمام أبو الخطاب الكلوذاني الحنبلي بقوله :

(الإشارة والصفة إذا اجتمعتا قدمت الإشارة ، كما لو باعه ثوبا من قطن ، فقال : بعتك هذا الثوب من حرير ، أو باعه أتاناً ، وهو يراها ، فقال : بعتك هذه

(١) المدخل الفقهي ١/٣٩٥ - ٣٩٦ ، ف ١٩١ .

البقرة، فإن الصفة تلغو، ويصح البيع^(١).

وخلاصة الموضوع: أن الوصف في الشيء الحاضر المشار إليه ساقط الاعتبار وعديم الأثر، أما إذا كان الموصوف غائبا عن مجلس العقد فالوصف معتبر، فعلى سبيل المثال: لو باع سيارة لا توجد في مجلس العقد، وذكر أنها حمراء، والحال أنها زرقاء، فلا ينعقد البيع حينئذ لازما، بل يكون للمشتري خيار يسمى: خيار فوات الوصف.

وهناك مسائل ومعاملات مستجدة تسود الأوساط التجارية الآن، يمكن تخريجها على هذا الأصل الناطق باعتبار الوصف في الغائب، ومنها: تكييف بيع البضاعة التي لم يتم تخليصها من الجمرك، وهذا يحصل في عقود التوريد؛ إذ البيع الذي يتم بين المستورد والمصدر -سواء وصلت البضاعة إلى -بورت- الميناء، أو لم تصل - هو من قبيل بيع الغائب على الصفة؛ لأن المستورد لا يرى البضاعة وقت الشراء، وإنما يصفها له البائع، أو يطلب التاجر المستورد بضاعة بصفة معينة، ويوافق المصدر عليها، وقد يكون هذا البيع من البيع بالنموذج إذا أرسل المصدر عينة من البضاعة، وكل من يبيع الغائب على الصفة، والبيع بالنموذج جائز شرعا عند جمهور الفقهاء^(٢).

ويبدو أن يتخرج على هذا الأصل جواز الاتفاق المسبق على إتمام عملية البيع بين المستورد ومشتري جديد على أساس بوليصة الشحن عن طريق تظهيرها تظهيراً

(١) الانتصار ٦٧٤/٢.

(٢) ر: فتاوى بنك فيصل الإسلامي السوداني: ١٢٠.

ناقلا للملكية عرفاً، وذلك بدون معاينة للبضاعة الموصوفة في البوليصة، والله أعلم.

وهذا إذا وصلت البضاعة فعلاً إلى الميناء ولا تزال في الجمرک مثلاً، باعتبار أنها دخلت في ضمان المستورد (المشتري)، أما قبل وصول الباخرة ورؤسوها في الميناء، فلا يحق للمشتري بيعها لغيره؛ لعدم دخولها في عهده وضمانه، والله أعلم.

يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها^(١) (م/٥٤)

هذه قاعدة مهمة من قواعد الفقه الإسلامي، تدل على ساحة التشريع الإسلامي ومرونته، وهي منبثقة من القاعدة المعروفة: (التابع تابع) (م/٤٧)، وقد عبر عنها الفقهاء بتعابير متقاربة وطبقوا عليها بعض المسائل، ومفهومها كما يتجلى من فحواها أن الشرائط المطلوبة في محل التصرفات يجب توافرها جميعا في المحل الأصلي، ويتساهل بها في توابعه^(٢).

ومن صياغاتها الأخرى الشائعة في الكتب ما يلي:

- (يغتفر في الشيء إذا كان تابعا ما لا يغتفر إذا كان مقصودا)^(٣).
- (يغتفر في الثبوت الضمني ما لا يغتفر في الأصل)^(٤).
- (يغتفر فيما دخل ضمنا وتبعما ما لا يغتفر في الأصول والمتبوعات)^(٥).
- (يغتفر في التبعية ما لا يغتفر في الاستقلال)^(٦).

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٣٥، والأشباه والنظائر للسيوطي: ٢٣٢ - ٢٣٣.

(٢) المدخل الفقهي ١٠٢٠/٢، ف ٦٣٧.

(٣) المنشور في القواعد ٣/٣٧٦.

(٤) بدائع الفوائد لابن القيم ٤/٢٧.

(٥) زاد المعاد لابن القيم ٥/٨٢٥.

(٦) طرح الشريب للعراقي ٦/١٢٢، كشاف القناع ٣/١٦٦.

• (يغتفر في الضمني^(١) ما لا يغتفر في المستقل)^(٢).

ومما يتفرع عليها:

الشفعة لا تثبت في الأبنية والأشجار بطريق الأصاله، وتثبت تبعاً للأرض إذا بيعت معها^(٣).

لو اشترى شيئاً لم يره، ثم وكل شخصاً لقبض ما اشتراه، فلو قال الوكيل: أسقطت خيار رؤية موكلي، لا يصح إسقاطه قصداً، لكن لو قبضه وهو يراه - سقط خيار رؤية الموكل عند الإمام أبي حنيفة، فهنا سقط خيار رؤية الموكل ضمناً، ولم يسقط أصالة^(٤).

- لا يصح بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع، فإن باعه مع الأرض جاز تبعاً^(٥).

- يجوز وقف المنقول غير المتعامل وقفه تبعاً للعقار الموقوف، مثل وقف حق الشرب تبعاً للأرض، ووقف الماء تبعاً للقناة، ولا يجوز وقف ذلك مستقلاً^(٦).

(١) في الأصل (الضمن) والأولى ما أثبت.

(٢) فتاوى الرملي مطبوع مع الفتاوى الكبرى للهيتمي ١١٥/٢.

(٣) المنشور في القواعد ٣/٣٧٦.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٣٥، وشرح الأناسي ١/١٣٢ - ١٣٣، وشرح

القواعد الفقهية: ٢٩٢.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي: ٢٣٣.

(٦) انظر: شرح المحاسني للمجلة ١/٧٨، وشرح الأناسي ١/١٣٤.

- لو استأجر أرضاً وفيها بئر ماء، فإن الماء يدخل تبعاً، وقد يدخل في الأتباع ما لا يغتفر في المتبوعات^(١).
- كذلك لو حلف لا يشتري صوفاً، فاشترى شاة على ظهرها صوف - لم يحث؛ لأن الصوف دخل في البيع تبعاً للشاة لا قصداً، فاغتفر فيه، فإن دخل مقصوداً يحث^(٢).
- ومنها: (إذا باعه الأصل وسكت فيتبعه الفرع؛ لأنه يغتفر في التبعية ما لا يغتفر في الاستقلال، وكبيع الدار يتبعه أساسات الحيطان)^(٣)، فمن القواعد: (أن التابع تابع)، أي: يدخل في المتبوع دون نص عليه.
- وأشار ابن مفلح إلى هذا التفريع بقوله: (الباطن يتبع الظاهر كأساسات الحيطان)^(٤).
- ومن المسائل المرتبطة بها جواز بيع ما لم يبد صلاحه من الثمار تبعاً لما بدا صلاحه، وقد عرضها الإمام ابن تيمية عرضاً جميلاً يحسن إيرادها هنا بصورة مقتضبة تتناسب مع البحث، وهو كما يلي:
- (إذا بدا بعض ثمر الشجر جاز بيع جميعها اتفاقاً، بل إذا بدا الصلاح في شجرة، كان صلاحاً لذلك النوع في تلك الحديقة عند جماهير العلماء، وفي سائر البساتين

(١) زاد المعاد لابن القيم ٧٩٤/٥.

(٢) شرح الأتاسي ١٣٢/١.

(٣) مطالب أولي النهى ٢٩/٣، وانظر: كشف القناع ١٦٦/٣، وحاشية الروض المربع ٣٥٤/٤.

(٤) المبدع ١٦٤/٤.

نزاع؛ وذلك أنه يدخل في الفرد والعقود تبعا ما لا يدخل استقلالا، كما يدخل أساس الحيطان ودواخلها

وإذا اشترط المبتاع الثمر المؤبر جاز بالنص والإجماع، وهو ثمر لم بيد صاحبه جاز بيعه تبعا لغيره، وغير ذلك، ويجوز للحاجة ما لا يجوز بدونها، كما جاز بيع العرايا بالتمر.

. . . . ويباح مع غيره ما لا يباح مفردا . . . ، ألا ترى أن الحمل لا يجوز إفراده بالبيع، وبيع الحيوان الحامل جائز بالإجماع . . . ، ونظائره كثيرة في الشريعة.

وسر الشريعة في ذلك كله: أن الفعل إذا اشتمل على مفسدة منع منه، إلا إذا عارضتها مصلحة راجحة، كما في إباحة الميتة للمضطر، وبيع الغرر نهي عنه؛ لأنه من نوع الميسر الذي يفضي إلى أكل المال بالباطل، فإذا عارض ذلك ضرر أعظم من ذلك أباحه دفعا لأعظم الفسادين باحتمال أدناهما، والله أعلم^(١).

وقد تبين من هذا الكلام أن القاعدة ذات دلالة عميقة في موضوع الغرر، وهذا ما قرره العلامة الصديق الضرير في كتابه (الغرر) إذ يقول بصدد حديثه عن الغرر الواقع فيما يكون تابعا لمقصد من مقاصد العقود:

(الغرر الذي يؤثر في صحة العقد هو ما كان في المعقود عليه أصالة، أما الغرر في التابع - أي: فيما يكون تابعا للمقصد بالعقد - فإنه لا يؤثر في العقد، ومن القواعد الفقهية المعروفة: (يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها)، والأمثلة على هذا كثيرة)^(٢).

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩/٤٨٠، ٤٨٣.

(٢) الغرر وأثره في العقود: ٥٩٤.

الفهارس

الصفحة	الموضوع
٥	● تقرّظ
١١	● مقدمة
١٧	● تمهيد
٣١	● كشف الرموز المستخدمة
القسم الأول	
القواعد الفقهية المشروحة	
الموزعة على خمس زمر على النحو الآتي:	

(الزمرة الأولى)

٣٥	القواعد الفقهية التشريعية التي نصوصها جوامع كلم النبي ﷺ
٣٧	● الأعمال بالنيات (الأمر بمقاصدها)
٤٩	● لا ضرر ولا ضرار (الضرر يزال)
٨٦	● المسلمون عند شروطهم
٩٨	● الخراج بالضمان (الغنم بالغرم، والغرم بالنعم)
١١٠	● إننا البيع عن تراض
١١٤	● البينة على المدعي واليمين على من أنكر
١٢١	● على اليد ما أخذت حتى تؤدي
١٢٤	● ليس لعرق ظالم حق

(الزمرة الثانية)

١٢٧	القواعد الفقهية الكبرى وما يتبعها من قواعد مهمة
١٢٩	● المشقة تجلب التيسير
١٣٤	● إذا ضاق الأمر اتسع
١٣٦	● الضرورات تبيح المحظورات

الصفحة	الموضوع
١٤١	● الحاجة تنزل منزلة الضرورة: عامة كانت أو خاصة
١٤٨	● اليقين لا يزول بالشك:
١٥٧	الأصل بقاء ما كان على ما كان
١٦٢	الأصل براءة الذمة
١٧٠	● العادة محكمة:
١٩١	المعروف عرفا كالمشروط شرطا
١٩٤	استعمال الناس حجة يجب العمل بها
١٩٥	العبرة للغالب الشائع لا للنادر
١٩٦	إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت
١٩٦	التعيين عرفا كالتعيين بالنص
١٩٨	المعروف بين التجار كالمشروط بينهم

(الزمرة الثالثة)

٢١٩	القواعد الفقهية الوثيقة بالفقه المالي:
٢٢١	● الأصل في البيوع الإباحة
٢٢٦	● الأصل في المعاملات الصحة، وفي العقود اللزوم
٢٣٦	● أكل المال بالباطل حرام
٢٣٩	● الغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره
٢٥٠	● الجهالة إنما توجب الفساد، إذا كانت مفضية إلى النزاع المشكل
٢٥٥	● الجهل بالتماثل في باب الربا كالعلم بالتفاضل
٢٦٣	● الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة
٢٦٧	● يستحق الربح إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان
٢٧٠	● الأصل مضي العقد على السلامة
٢٧٥	● الاعتياض عن حق مجرد لا يحتمل التقوم باطل
٢٧٩	● الأموال تضمن بالخطأ كما تضمن بالعمد

الصفحة	الموضوع
٢٨٣	• البياعات الفاسدة - فسادا ضعيفا - تقلب جائزة بحذف المفسد
٢٨٧	• البيع الفاسد يفيد الملك بالقبض، والباطل لا يفيد أصلا
٢٩٣	• تبدل سبب الملك كتبدل العين
٢٩٨	• التقييد - في العقود - إنما يعتبر إذا كان مفيداً
٣٠٢	• الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات
٣٠٨	• الديون إنما تقضى بأمثالها
٣١٦	• دليل الرضا كصريح الرضا
٣١٨	• العبرة في المعاملات بما في نفس الأمر، لا بما في ظن المكلف
٣٢٠	• العقد إذا دخله فساد قوي مجمع عليه أوجب فساده شاع في الكل
٣٢٤	• العقد الباطل لا يقبل الإجازة
٣٢٦	• فاسد العقود كصحيحها في الضمان وعدمه
	• كل ما كان أمانة لا يزول عن حكمه بشرط ضمانه وما كان مضموناً لا يزول
٣٣٣	عن حكمه بالشرط
٣٣٨	• ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده صح استثناءه منه
٣٤١	• المباشر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لا إلا بالتعدي
٣٤٤	• من اختلط بهاله الحلال والحرام أخرج قدر الحرام، والباقي حلال
٣٥٠	• من حصل له ربح من وجه محظور فعليه أن يتصدق به
٣٥٣	• من ترك واجبا في الصون ضمن
	• خاتمة قواعد الزمرة الثالثة: قاعدة (الظفر بالحق):
٣٥٨	كل من كان له حق على أحد فمنعه إياه فله أخذه منه - ولو دون علمه -

(الزمرة الرابعة)

٣٨٣	القواعد الفقهية العامة التي تتخرج عليها مسائل من المعاملات المالية:
٣٨٥	• الأحكام تجري على الظاهر فيما يعسر الوقوف على حقيقته

الصفحة	الموضوع
٣٩٠	● الأصل في الأشياء الإباحة
٣٩٥	● الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا
٤٠١	● ما تردد بين أصليين يوفر حظّه عليهما
٤٠٩	● القول قول الأمين مع اليمين من غير بينة
٤١٨	● للأكثر حكم الكل
٤٢٣	● ما قارب الشيء أعطي حكمه
٤٢٨	● ما لا يمكن الاحتراز عنه فهو عفو
٤٣٤	● الموهوم لا يعارض المتحقق
٤٣٧	● وسائل الحرام حرام
٤٥١	● قد يجعل المعدوم كالموجود احتياطاً، وكذا العكس
٤٥٦	● اليسير معفو عنه في كثير من الأحكام

(الزمرة الخامسة)

٤٦١	نماذج من القواعد الفقهية المنصوص عليها في (مجلة الأحكام العدلية)
٤٦٣	● الأجر والضمان لا يجتمعان. (م/٨٦)
٤٦٧	● إذا بطل الأصل يصار إلى البديل. (م/٥٣)
٤٧٢	● إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه. (م/٥٢)
٤٧٥	● إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع. (م/٤٦)
٤٧٨	● إذا زال المانع عاد الممنوع. (م/٢٤)
٤٨١	● إذا سقط الأصل سقط الفرع. (م/٥٠)
٤٨٤	● قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل. (م/٨١)
٤٨٦	● الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته. (م/١١)
٤٨٩	● إعمال الكلام أولى من إهماله. (م/٦٠)
٤٩٢	● البقاء أسهل من الابتداء. (م/٥٦)

الموضوع	الصفحة
● التصرف على الرعية منوط بالمصلحة. (م/٥٨)	٤٩٦
● الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان. (م/٧٥)	٤٩٩
● الجواز الشرعي ينافي الضمان. (م/٩١)	٥٠٢
● دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه. (م/٦٨)	٥٠٤
● ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله. (م/٦٣)	٥٠٧
● الساقط لا يعود. (م/٥١)	٥١١
● السؤال معاد في الجواب (م/٦٢)	٥١٦
● العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (م/٣)	٥١٨
● العبرة للغالب الشائع، لا للنادر. (م/٤٢)	٥٣٣
● لا عبرة بالظن البين خطؤه. (م/٧٣)	٥٣٧
● لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح. (م/١٣)	٥٣٩
● لا يتم التبرع إلا بالقبض. (م/٥٧)	٥٤٣
● لا ينسب إلى ساكت قول... (م/٦٧)	٥٤٨
● من سعى في نقض -- ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه. (م/١٠٠)	٥٥٢
● من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته. (م/٤٩)	٥٥٦
● المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة. (م/٨٤)	٥٥٨
● الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر. (م/٦٥)	٥٦٠
● يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها. (م/٥٤)	٥٦٣
الفهارس	٥٦٧