

مراعاة مقاصد الشريعة ومآلات الأفعال
في العمل المصرفي الإسلامي

إعداد

الدكتور حسين حامد حسان

الفصل التمهيدي:

- 7..... أولاً: تعريف مقاصد الشريعة
- 9..... ثانياً: خصائص مقاصد الشريعة
- 10 ثالثاً: طريقة إثبات مقاصد الشريعة ومنهج التعرف عليها
- 10 1-المحافظة على النفس:
- 11 2-إقامة مظنة الشيء مقام نفس الشيء:
- 13 3-تقديم المصلحة العامة على الخاصة:
- 14 رابعاً: منهج الاستدلال بالمقاصد الشرعية
- 15 خامساً: تحقيق مناط المقصد الشرعي في النوازل والوقائع التي ليس فيها نص حكم للشارع
- 17 سادساً: دور مقاصد الشريعة في تفسير النصوص
- 17 1-عدالة الشهود
- 18 2-تلقي الركبا
- 19 3-التسعير
- 19 4-منع القاتل من الإرث
- 20 سابعاً: دور مقاصد الشريعة في الحكم على تصرفات المكلفين
- 20 1-أدلة وجوب موافقة قصد الشارع:
- 21 2-بطلان العمل الذي خولف فيه قصد الشارع
- 22 3-مخالفة قصد الشارع بالعمل الموافق
- 23 4-أمثلة مخالفة قصد الشارع في العمل الموافق صورة:

25 الفصل الأول

- 25 عرض المقاصد الشرعية وتطبيقاتها في المؤسسات المالية الإسلامية
- 26 المبحث الأول المقصد الأصلي اعتبار مآلات الأفعال
- 26 أولاً: مضمون هذا الأصل:
- 26 ثانياً: أمثلة على هذا الأصل:
- 28 ثالثاً: أدلة اعتبار الشارع لهذا الأصل:
- 28 المبحث الثاني
- 28 المقاصد الفرعية

29	المقصد الأول
29	سد الذريعة وفتحها
29	أولاً: تعريف سد الذريعة وفتحها:
29	ثانياً: شروط سد الذريعة وفتحها:
32	ثالثاً: المعيار الموضوعي لسد الذرائع وفتحها:
33	رابعاً: أدلة اعتبار مقصد سد الذرائع وفتحها
35	خامساً: تطبيقات سد الذريعة وفتحها
37	المقصد الثاني المنع من التحيل على إبطال الأحكام الشرعية:
37	أولاً: تعريف التحيل على إبطال الأحكام الشرعية:
39	ثانياً: أدلة منع التحيل على إبطال الأحكام الشرعية
44	المقصد الثالث
44	الاستحسان
44	أولاً: تعريف الاستحسان
45	ثانياً: أنواع الاستحسان
50	ثالثاً: الأدلة على حجية الاستحسان
50	رابعاً: علاقة الاستحسان بالنص
50	1. الاستحسان يرجع إلى النصوص الشرعية من ناحيتين:
51	2. معنى تخصيص النص وترك القياس بالمصلحة في عبارات المالكية:
51	3. التوفيق بين قول المالكية بإلغاء المصلحة التي تخالف النص وقولهم إن الاستحسان ترك لمقتضى الدليل المصلحة
55	المقصد الرابع:
55	بقاء الحالة على ما وقعت عليه:
55	مضمون المقصد:
57	تطبيقات هذا المقصد:
59	المقصد الخامس
59	تقييد الشخص في استعمال حقه
59	عرض المقصد وتطبيقاته:
59	المقصد السادس
59	الإقدام على المصالح الضرورية أو الحاجة وإن اعترض طريقها بعض المنكرات
59	عرض المقصد والتمثيل له:
60	المقصد السابع

60	أصل تحقيق المناط الخاص
61	المبحث الثالث
61	المقاصد التابعة
62	المقصد الأول
62	التصرف في حق الغير دون إذنه لمصلحته
65	المقصد الثاني:
65	جبر الشخص على فعل ما ينفع الغير ولا يضره
66	المقصد الثالث
66	الجبر على المعاوضة رفعاً للضرر
67	دليل هذا المقصد:
68	أولاً: بذل المنافع بأجرة المثل:
69	ثانياً: تكليف أصحاب المهن والحرف بأجر المثل
71	ثالثاً: جواز التسعير
72	رابعاً: المنافسة غير المشروعة
72	1. شرط منع المنافسة في عقد الإيجار
72	2. حق البيع الحصري
73	3. احتكار الخدمات
73	4. احتكار المنتجين والمستوردين
74	المقصد الرابع
74	منع التعسف في استعمال الحقوق
77	المقصد الخامس
77	وجوب بذل الأعيان والمنافع دون عوض
78	المقصد السادس
78	المعاملة بنقيض المقصود
80	المقصد السابع
80	اعتبار السبب الباعث على التصرف في الحكم على صحته
82	المقصد الثامن
82	عدم نفاذ تبرعات من عليه حق إضراراً بصاحب الحق
85	المقصد التاسع

85	رجوع من أدى واجبا عن الغير إذا تعذر إذن الغير
87	المقصد العاشر
87	النيابة الشرعية في أداء الواجبات
88	الفصل الثاني
88	مقاصد الشريعة في المجال الاقتصادي وفي عمل المؤسسات المالية الإسلامية
88	المبحث الأول: في المجال الاقتصادي
89	المقصد الأول
89	وجوب العمل والإنتاج
90	1.التأميم:
91	2.نزع الملك للمنفعة العامة:
91	3.الحراسة والتحفظ:
92	4.الضمان:
95	المقصد الثاني
95	الخراج بالضمان والغنم بالغرم
98	المقصد الثالث
98	وجوب استثمار المال وتنميته
100	المقصد الرابع
100	تحمل المالك مخاطر الملك
105	المقصد الخامس
105	تحمل رب المال مخاطر الاستثمار
106	كيف يحافظ رب المال على مصالحه:
106	المبحث الثاني:
106	في مجال العمل المصرفي:
106	أولاً: عقد المضاربة.....
106	1_ العلم برأس مال المضاربة.....
107	2- دخول وخروج مودعين في وعاء المضاربة
108	3-توزيع ربح المضاربة المشتركة بين أرباب مال متعددين حسب أوزان الودائع.....
110	ثانياً: غرامات التأخير
112	1- فسخ عقد الإجارة التمويلية.....

- 2_إجارة العين لبائعها إجارة منتهية بالتمليك مع وعد المستأجر بشراء هذه العين في نهاية مدة الإجارة بمثل الثمن الذي باعها به.....113
- رابعاً: التصرف في بضاعة السلم قبل قبضها.....116
- 3- هل يجوز تحميل المستأجر بتكاليف العين المؤجرة التي تجب على المؤجر بحكم الشريعة، مثل تكاليف الصيانة الأساسية وأقساط التأمين عليها والضرائب على العين المؤجرة أو على الدخل فيها.....122
- 4- تحديد الأجرة بمؤشر معين.....124

خامساً الوعد:

- 1- دورالوعد في هيكله التمويل.....127
- 2- جزاء الإخلال بالوعد.....130
- سادساً: توكيل المتعامل في شراء بضاعة المرابحة.....130
- الجمع بين العقود.....136

مراعاة مقاصد الشريعة ومآلات الأفعال

في العمل المصرفي الإسلامي

الفصل التمهيدي

نعقد هذا الفصل لتعريف مقاصد الشريعة وتحديد خصائصها، ثم بيان طريقة إثباتها ومنهج الاستدلال بها، وأخيرا دورها في تفسير النصوص، والحكم على تصرفات المكلفين.

أولاً: تعريف مقاصد الشريعة

المقاصد لغةً جمع مقصد، وهو القصد والإرادة، والشريعة تعني الوحي بقسميه: المتلو وهو القرآن وغير المتلو وهو السنة، وتعرف الشريعة بأنها خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالالتقاء أو التخيير أو الوضع؛ إذ خطاب الله تعالى، أي كلامه، لا يعرف إلا من وحيه. فمقاصد الشريعة لغة هي ما قصدته الشريعة وأرادته.

ومقاصد الشريعة عند علماء الأصول هي ما قصده الشارع من وضع شريعته وتكليف عباده بطاعتها والتزام أحكامها إذا علم ذلك القصد باستقراء عدة نصوص وجملة أدلة تفيد في مجموعها القطع، كما تطلق على ما يرادف المصالح الشرعية الملائمة لجنس تصرفات الشرع، والتي يطلق عليها أحيانا المصلحة المرسلة أو الاستدلال المرسل، وعلى الأصول الكلية المستنبطة من عدة نصوص وجملة أدلة تفيد في مجموعها القطع، وعلى العموم المستفاد من استقراء هذه النصوص؛ أي الذي لم يثبت عمومه بالصيغة، بل بالاستقراء المفيد للقطع. فهذه عبارات مختلفة لمعنى واحد عند علماء الأصول الذين تعرضوا لدراسة مقاصد الشريعة العامة ومصالحها الكلية، وقالوا بقطعية أصول الفقه؛ أي ما يعتمد عليه الفقه وتُستنبط أحكامه منه، ولذلك يقال أن حفظ المال مقصود للشارع، وهو مصلحة شرعية، وهو أصل كلي، وهو عموم استقرائي أو معنوي، ويقال إن

"تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مقصود للشارع، وهو في نفس الوقت مصلحة شرعية، وأصل كلي وعموم استقرائي.

ولذا عرف الغزالي المصلحة بأنها "المحافظة على مقصود الشارع، ثم قال "ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة". (المستصفي 286/1) فحفظ النفس مثلاً مقصود للشارع، وما يتضمن هذا الحفظ ويحققه مصلحة".

ويقرر الشاطبي أن " كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً معناه من أدلته فهو صحيح يبني عليه ويرجع إليه؛ إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به، ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل. والمقصود بالإرسال هو عدم التقييد بالنص المعين الذي يدل على هذا الأصل أو ذلك المقصد؛ لأنه ثبت بعدة نصوص وجملة أدلة تفوق الحصر". (الموافقات 39/2) فمقصود الشارع هو المصلحة الملائمة، وهو الأصل الكلي، وهو العام الاستقرائي، والاستدلال به استدلال مرسل عن النص المعين، لا عن النصوص الكثيرة التي دلت عليه بطريقة الاستقراء المفيد للقطع، وتجد هذا الاستعمال شائعاً في عبارات علماء الأصول.

ولذا فإننا سوف نستخدم عند عرضنا لدراسة مقاصد الشريعة وتطبيقاتها عبارات مختلفة مثل المصلحة الملائمة، أو المقصود الشرعي، أو الأصل الكلي، أو العموم الاستقرائي، مجارة لعلماء الأصول الذين استعملوا هذه العبارات في معنى واحد هو مقاصد الشريعة، ولم يفرّدوا لمقاصد الشريعة تعريفاً خاصاً بها.

ثانياً: خصائص مقاصد الشريعة

للمقاصد الشرعية خصائص منها:

1. أنها أساس التشريع: فمقاصد الشريعة، أي مصالحها الكلية، هي أساس التشريع، فقد اتفقت كلمة علماء أصول الفقه ومقاصد الشريعة قديماً وحديثاً على أن الشارع سبحانه قاصد بشريعته تحقيق مصالح العباد، ودفع الضرر والمفاسد عنهم في العاجل والآجل، فكل نص نزل، وكل حكم شرع قصد به الشارع تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة، ظهرت للمجتهد أو خفيت عليه، وقد استدلوا على ذلك بالاستقراء المفيد للقطع من نصوص الكتاب والسنة التي جاءت معللة للحل والتحريم والإيجاب والندب والأمر والنهي بعلل وحكم ومصالح تعود على المكلفين في العاجل والآجل قصدتها الشارع سبحانه من شرعه هذه الأحكام.

2. أنها كلية عامة: فمقاصد الشريعة تطبق على كل ما يتحقق فيه مناطها من العبادات والعادات والعقود والتصرفات لا تخرج عن تطبيقها واقعة أو نازلة، لأنها أخذت بطريق استقراء نصوص الشريعة وأدلتها

3. أنها قطعية الثبوت: فمقاصد الشريعة قطعية بمعنى أنها لم تؤخذ من نص واحد ولا من دليل معين، بل أخذ معناها من عدة نصوص وجملة أدلة تفيد في مجموعها القطع، ذلك أن الأدلة الجزئية تفيد الظن بأحاديها، ولكنها إذا اجتمعت على معنى واحد أفادت فيه القطع، ومن هنا فقد أفاد التواتر القطع، وإن كانت كل رواية للحديث خبر واحد تفيد الظن، وقد تقدم أن تحقيق مناط المقاصد الشرعية على الوقائع والنوازل التي ليس فيها نص حكم للشارع قد تفيد مجرد الظن، وتختلف فيه آراء المجتهدين، غير أن هذا الظن يجب العمل به قطعاً بإجماع المجتهدين، إذ أن الشارع الحكيم أنزل شريعته على نحو يحتمل في الاجتهاد أوجهها، وكان غالب نصوصها ظواهر.

ثالثاً: طريقة إثبات مقاصد الشريعة ومنهج التعرف عليها

مقاصد الشريعة لا تعرف من نص خاص ولا يدل عليها دليل معين، بل يؤخذ معناها من استقراء عدة نصوص وجملة أدلة شرعية تفيد في مجموعها القطع.

يقول الشاطبي (الموافقات 39/2) "كل أصل (مقصد) شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائماً لتصرفات الشرع، ومأخوذاً معناه من أدلته فهو صحیح بينى عليه، ويرجع إليه، إذ كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به؛ لأن الأدلة لا تلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها، ومن أجل ذلك أفاد التواتر القطع، وإن كانت أخبار الآحاد التي أخذت في الاستقراء كل منها على حدة تفيد الظن".

وقد مثل الشاطبي لذلك بعدة أمثلة نذكر منها ما يلي:

1- المحافظة على النفس:

إن المحافظة على النفس مقصود للشارع، وهو أصل شرعي كلي وعام مأخوذ معناه بطريق الاستقراء من النصوص استقراء يفيد القطع، والأدلة على ذلك تفوق الحصر، ومن ذلك كما يقول الشاطبي: "أن النفس نهى عن قتلها، وجعل قتلها موجباً للقصاص، متوعداً عليه ومن كبائر الذنوب المقرونة بالشرك، ووجب سد رمق المضطر، ووجبت الزكاة والمواساة والقيام على من لا يقدر على إصلاح نفسه، وأقيم الحكام والقضاة والملوك لذلك، ورتبت الأجناد لقتال من رام قتل النفس، ووجب على الخائف من الموت سد رمقه بكل حلال وحرام من الميتة والدم ولحم الخنزير إلى غير ذلك.

كل هذه النصوص والأحكام تدل يقيناً على أن الشرع قاصد لحفظ النفس، وأن المحافظة عليها أصل قطعي، لم يثبت بدليل واحد خاص ولا يشهد له أصل معين يمتاز برجوعه إليه، بل علمت ملاءمة هذا الأصل للشريعة بمجموع أدلة لا تنحصر في باب واحد، ولو

استند إلى شيء معين لوجب تعيينه، فهذا الأصل إذن مأخوذ من استقراء مقتضيات الأدلة بإطلاق، لا من أحدها على الخصوص.

وقد طبق الصحابة هذا الأصل على الاشتراك في القتل واستدلوا به على حكمه. ففضوا بقتل الجماعة بالواحد، إذا تما لأوا على قتله، وفي هذا يقول عمر رضي الله عنه: "لو تما لأ عليه أهل صنعاء لقتلهم به". ووجه دخول قتل الجماعة بالواحد تحت هذا المقصد الشرعي أو تلك المصلحة الكلية أنه لو لم يقتل الجماعة بالواحد لاتخذ القتال الاشتراك ذريعة لقتل أعدائهم، فنقوت النفس التي قصد الشرع المحافظة عليها. وقد دعت إلى هذا الحكم المصلحة، فلم يكن مبتدعاً مع ما فيه من حفظ مقاصد الشرع في حقن الدماء، وعليه يجري عند مالك قطع الأيدي باليد الواحدة، وقطع الأيدي في النصاب الواجب. (الاعتصام 125/2)

ولقد طبق المالكية والغزالي هذا الأصل على فرع لم يدل عليه نص معين، وهو إذا ما عم الحرام الأرض وسدت طرق المكاسب الحلال، فإنه يجوز تناول مقدار الحاجة من الحرام، ولا يقتصر على ما يحفظ الرmq، يقول الإمام الغزالي: "لو فرضنا انقلاب أموال العالمين بجملتها محرمة لكثرة المعاملات الفاسدة، واشتباه الغصوب بغيرها، وعسر الوصول إلى الحلال المحض - وقد وقع فما بالنا نقدره؟ - نبيح لكل محتاج أن يأخذ مقدار كفايته من كل مال، لأن تحريم تناول يفضي إلى القتل، وتخصيصه بمقدار سد الرmq يكف الناس عن معاملاتهم".

2- إقامة مظنة الشيء مقام نفس الشيء:

وهذا يعني أن الشارع يقصد إقامة السبب مقام ما يؤدي إليه في مجرى العادات من نتائج، ويعطيه حكمه، وهذا مقصد شرعي أو مصلحة كلية أو عام أخذ من نصوص الشريعة بطريق الاستقراء المفيد للقطع، والدليل على ذلك:

أ) أن الشارع حرم الخلوة بالأجنبية لأنها مظنة الزنا، أي سبب قد يؤدي إلى الزنا، وهو إقامة لمظنة الشيء مقام نفس الشيء، وإعطاء المظنة (الخلوة) حكم المظنون أي الزنا في التحريم.

ب) أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن سفر المرأة دون محرم باعتباره مظنة للزنا، وهو إقامة لمظنة الشيء مقام نفس الشيء وإعطاء المظنة حكم المظنون.

ت) نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، وقال: "إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم". وهو إقامة لمظنة الشيء وهو الجمع بينهما مقام نفس الشيء، وهو تقطيع الأرحام، وإعطاء المظنة حكم المظنون في التحريم.

ث) تحريم خطبة المعتدة تصريحاً، وعقد النكاح للمحرم إذ الخطبة في العدة مظنة لأن تكذب المرأة استعجالاً للزواج في العدة، فأعطى الشارع حكم المظنون للمظنة، ونكاح المحرم مظنة لأن يفسد الحج بالوطء قبل التحليل فحرم، إقامة للمظنة مقام المظنون، أو بعبارة أخرى إقامة السبب مقام النتيجة التي قد يؤدي إليها.

ج) وجوب إقامة الحدود مظنة للزجر عن ارتكاب أسبابها، وإن لم يحصل الزجر بها في الواقع، ولكننا أقمنا المظنة مقام المظنون.

فهذه النصوص وغيرها كثير يقطع بأن الشارع يقصد إقامة مظنة الشيء مقام نفس الشيء، أي يقيم الأسباب مقام النتائج التي قد تترتب عليها، وإن لم يثبت تحقق هذه النتائج في جميع الحالات، وهو ما يعبر عنه علماء الأصول بقولهم "العبرة بالمظنة دون المننة" والمننة معناها التحقق من ترتب النتيجة.

3- تقديم المصلحة العامة على الخاصة:

يقول الشاطبي إن تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مقصد شرعي وأصل كلي لم يؤخذ من نص واحد ولم يدل عليه دليل معين، وإنما أخذ معناه من عدة نصوص وجملة أدلة بطريق الاستقراء الذي يفيد القطع ". من هذه النصوص ما جاء في الحديث من النهي عن بيع الحاضر للبادي، رعاية لمصلحة أهل السوق، والنهي عن تلقي الركبان لمصلحة أهل الحضر، وتحريم الاحتكار وإخراج الطعام من يد محتكره قهراً، تقديماً لمصلحة الجماعة في توفير الأقوات اللازمة لمعاشهم، وقد اتفق الصحابة على منع أبي بكر حينما ولي الخلافة من التجارة والتحرف وفرضوا نفقته من بيت المال، تقديماً لمصلحة عامة، هي النظر في مصالح المسلمين، على مصلحته الخاصة وهي قيامه بالتجارة التي يريدتها والحرفة التي يختارها، وما جاء في قصة أبي طلحة من تتريسه على الرسول صلى الله عليه وسلم وقوله نحري دون نحرك، حتى شلت يده، ولم ينكر عليه الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك، وذلك تقديم لمصلحة عامة، هي حفظ حياة الرسول صلى الله عليه وسلم لحفظ الدين، إذ في وفاته فوات مصالح الإسلام والمسلمين، على مصلحة خاصة هي سلامة أبي طلحة.

وكذلك جواز الحجر على السفية؛ تقديماً لمصلحة عامة هي حفظ مال الجماعة، على مصلحة خاصة بالسفية، وذلك على أساس أن للجماعة حقاً في ماله، وأن حقه قاصر على الإنفاق على نفسه وأسرته، دون إسراف أو تبذير، فإن فعل كان مُقَوِّتاً لمصلحة الجماعة.

فكل هذه الأدلة وغيرها مما لم يذكر تفيد بمجموعها أن تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مقصود للشارع، ولم يدل دليل منها على هذا الأصل أو المقصد بانفراده، ولكنه يؤخذ من مجموع هذه النصوص وتلك الأحكام. وكأن هذا الأصل أو المقصود الشرعي أو المصلحة عموم لفظي مفاده "المصلحة العامة تقدم على المصلحة

الخاصة" بل هو أقوى منه؛ إذ العام اللفظي ظني الدلالة عند البعض، أما العموم الاستقرائي فهو قطعي عند الجميع.

ويرى الشاطبي أن اعتبار الشارع لهذا المقصد الشرعي، ويطلق عليه أيضاً الأصل الكلي أو المصلحة الكلية هو اعتبار لكل واقعة أو نازلة جزئية تدخل تحت هذا الأصل أو يتحقق فيها مناط تلك المصلحة، فمثلاً قضي الصحابة بتضمين الصناع ما تحت أيديهم من سلع إذا ادعوا التلف أو الهلاك، تقديماً لمصلحة أرباب السلع على مصلحة طائفة الصناع، وذلك بعد أن فسدت ذمم الصناع وفشأ فيهم الكذب، وضعف سلطان الدين على نفوسهم، وغلب عليهم التعدي والخيانة، وكان الأصل فيهم أنهم لا يضمنون ما بأيديهم إذا ادعوا التلف أو الهلاك، ما لم يقر أصحاب السلع البينة على تعدي الصناع، أو تقصيرهم، في زمن كان للدين فيه سلطان على النفوس، وكان الغالب صدق ما يدعون. فهذه الواقعة أو النازلة لم يدل على حكمها نص معين، بل عدت جزئياً يدخل تحت مقصد شرعي أو أصل كلي ثبت بعده نصوص وجملته أدلة بطرية الاستقراء المفيد للقطع وهو تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وكأن هذا الكلي عموم لفظي.

رابعاً: منهج الاستدلال بالمقاصد الشرعية

يقرر الشاطبي أن العموم المستفاد من استقراء النصوص الشرعية (المقصد الشرعي) يجري في قوة الاحتجاج به مجرى العام المستفاد من الصيغة، فيقول: "العموم إذا ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط، بل من استقراء مواقع المعنى حتى يحصل منه في الذهن أمر كلي عام، فيجري في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغة"، ومثلاً لذلك بأصل رفع الحرج في الدين، وهو مقصد شرعي، فقال: "إنا نستفده - أصل رفع الحرج - من نوازل متعددة خاصة مختلفة الجهات متفقة في أصل رفع الحرج، كما إذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء، والصلاة قاعداً عند مشقة طلب القيام،

والقصر والفطر في السفر، والجمع بين الصلاتين في السفر والمرض والمطر، والنطق بكلمة الكفر عند مشقة القتل والتأليم، وإباحة الميتة وغيرها عند خوف التلف الذي هو أعظم المشقات، والصلاة إلى أي جهة عند تعثر استخراج القبلة، والمسح على الجبائر والخفين لمشقة النزع و لرفع الضرر، والعفو في الصيام عما يعثر الاحتراز منه من المفطرات ، كغبار الطريق ونحوه ، إلى جزئيات كثيرة جداً ، يحصل من مجموعها قصد الشارع لرفع الحرج، فإذا تم للمجتهد هذا الاستقراء فإنه يطبق هذا العموم الاستقرائي على كل ما تحقق فيه مناطه، تماماً كما يفعل في العموم اللفظي" ثم يقول بعد أن أثبت أن رفع الحرج مقصود للشارع: "إنا نحكم بمطلق رفع الحرج في الأبواب كلها عملاً بالاستقراء فكأنه عموم لفظي." (الموافقات 299/3)

خامساً: تحقيق مناط المقصد الشرعي في النوازل والوقائع التي ليس فيها نص حكم للشارع

ولا يفوت الشاطبي أن يفرق بين المقصد الشرعي (الأصل الكلي أو العموم المعنوي) وبين تحقيق مناطه في بعض الوقائع أو النوازل، أي الفرق بين أصل "تقديم المصلحة العامة على الخاصة" وتقديم مصلحة أرباب السلع على مصلحة الصناع مثلاً، فيقول: "إن الأصل الكلي المأخوذ من استقراء عدة نصوص أصل قطعي، وأما تحقيق مناط هذا الأصل الكلي في أحد الجزئيات أو تطبيقه على إحدى النوازل فأمر ظني، وهذا يعني أننا، وإن كنا نقطع بأن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة، فإننا قد لا نقطع بتطبيق هذا الأصل أو تحقيق مناطه في فرع تضمنين الصناع أو المنع من إقامة مصنع في جهة أهلة بالسكان، أو فرض قيود معينة في استعمال الملك؛ فإن العام الذي يؤخذ من الصيغة قد يكون قطعي الثبوت ولكن قد يكون ظنياً في دلالته على أحد الأفراد، فالأدلة عموماً قد تكون قطعية ويكون تحقيق مناطها أو تطبيقها على بعض الجزئيات أي الوقائع والنوازل ظنياً. فإذا قلنا إن مقاصد الشريعة دليل قطعي، فإننا نعني المقاصد الكلية؛ أي الأصل الكلي أو مقصود الشارع الذي دلت عليه جملة نصوص شرعية تفيد

في مجموعها القطع، وإذا قلنا إن المقاصد الشرعية دليل ظني فإننا نعني بذلك تطبيق المقصد الشرعي على الفرع المعين وإعطائه حكمه.

ومثال ذلك ما يقوله الغزالي من أن تقديم المصلحة الكلية على المصلحة الجزئية مقصود شرعي، علم كونه مقصوداً بأدلة لا تنحصر، ثم يطبق هذا الأصل الكلي القطعي على مسألة الترس: أي تترس الكفار بأسرى المسلمين بحيث لا يتأتى دفعهم عن بلاد المسلمين إلا بقتل الترس المسلم، ويقول الغزالي إن هذه مصلحة ظنية، بمعنى أننا لا نقطع بدخول هذا الفرع أو هذه النازلة تحت الأصل الكلي، بل نظن ظناً راجحاً أن هذا الأصل ينطبق على مسألة الترس، وهذا لا يغير من صحة الحكم المستنبط في هذه المسألة؛ إذ أن العمل بالظن واجب شرعاً باتفاق العلماء، ولذا قلنا إن المصلحة المتحققة من قتل الترس مصلحة جزئية ظنية قد تختلف فيها نظرات المجتهدين، وهذا هو الشأن في جميع المقاصد الشرعية الكلية القطعية من حيث إن تحقيق مناطها وتطبيقها على النوازل الجديدة يفيد الظن، وهو ظن يعد حجة في الأحكام الفقهية.

فأنت ترى أن الاستدلال المرسل أي المقاصد الشرعية منهج من مناهج الاستدلال بالنصوص الشرعية، وليس شيئاً خارجاً عنها أو مصادماً لها أو زائداً عليها، والمعنى فيه هو استنباط للحكم من معقول عدة نصوص وجملة أدلة، لا يدل أي منها بعينه على الحكم، بل تفيد في مجموعها القطع. وهذا هو معنى الإرسال، فهو يعني عدم التقييد بأصل معين أو دليل خاص، لأن القصد الشرعي أو الأصل الكلي مقيد بعدة نصوص وجملة أدلة اجتمعت على هذا المقصد أو الأصل حتى أفادت فيه القطع، وعلى ذلك فإن النوازل والوقائع الجديدة والتي ليس فيها نص حكم للشارع، والتي تدخل تحت مقصد شرعي ويتحقق فيها مناطه، تكون ثابتة بالأدلة الكثيرة التي تفوق الحصر على صحته المقصد الشرعي أو الأصل الكلي، وذلك بطريق غير مباشر، أي إن دليل دليل الفرع دليل لذلك الفرع.

سادسا: دور مقاصد الشريعة في تفسير النصوص

بناءً على أن الشارع الحكيم قاصد بشرعه تحقيق مصالح العباد ودفع الفساد والضرر عنهم، فإنه إذا وردت نصوص شرعية من الكتاب والسنة تحتاج إلى التفسير والبيان، فإن هذه النصوص تفسر ويحدد نطاق تطبيقها ومجال أعمالها في ضوء مقاصد الشريعة التي وردت هذه النصوص لتحقيقها والحكم والمصالح التي قصد بها حمايتها، وجميع المدارس الفقهية قد تبنت هذا المنهج، واستتبقت على أساسه كثيراً من الأحكام الشرعية. وهذا المنهج لا يلتزم التفسير الحرفي للنص الشرعي، بل يستلهم في ذلك التفسير مقاصد الشريعة، ويستعين بالحكم والمصالح التي جاءت النصوص لحمايتها، مسترشداً بما عُرف من عادة الشرع في الأحكام.

فإذا ما توصل المجتهد إلى معرفة قصد الشارع واستنبط المصلحة التي قصد بالنص حمايتها فسّر النص في ضوءها، وحدد نطاق تطبيقه ومجال أعماله على أساسها. وقد أثبت الثقات من علماء الأصول، أن هذا المنهج استدلال بالنصوص الشرعية وتفسير لها في ضوء المقاصد الشرعية التي جاءت لتحقيقها، وبينوا أن جميع المجتهدين يعتمدون عليه في الاجتهاد ويصدرون على أساسه الفتاوى والأحكام. وإليك بعض تطبيقات هذا المنهج في مجالات مختلفة دون الاقتصار على المؤسسات المالية الإسلامية، لأننا بصدد بيان دور المقاصد الشرعية في الفقه الإسلامي جملة، وسوف نخصص للمؤسسات المالية الإسلامية فصلاً مستقلاً:

1- عدالة الشهود

العدالة شرط في قبول الشهادة للأدلة الواردة في ذلك، ومع ذلك يقول الإمام الغزالي باشتراط عدالة الشهود حتى لو لم ترد هذه الأدلة اكتفاء بقوله تعالى: " واستشهدوا شهيدين من رجالكم " البقرة (282) على أساس تفسيره لهذه الآية على ضوء قصد الشارع من الشهادة فقال: لو لم يشترط الشارع العدالة في الشهود لقلنا بها؛ ذلك أن

قصد الشارع من الشهادة هو إثبات الحقوق، والحقوق لا تثبت بالفاسق. فقد فسر النص وحدد شروط وضوابط ونطاق تطبيقه في ضوء قصد الشارع من الشهادة، ولا يعد ذلك زيادة على النص أو مصادمة له أو خروجاً عليه، بل مجرد بيان لقصد الشارع من هذا النص.

2- تلقي الركبان

نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقي الركبان، والركبان هم الجالبون للسلع؛ أي المستوردون، وتلقيهم يعني لقاءهم في الطريق قبل دخول الأسواق وشراء السلع والبضائع منهم، وبذلك لا يلتقي العرض بالطلب، أي لا تتحقق السوق اللازمة لتحديد السعر العادل. والقاعدة العامة أن النهي يقتضي الفساد، ولكن ما الحكم إذا حدث التلقي ووقع الشراء من الركبان قبل هبوط الأسواق؟ هل يكون البيع باطلاً يجب فسخه؟ أم يكفي إعطاء الركبان حق الخيار إذا ظهر لهم أنهم غبنوا، أي باعوا بثمن أقل من ثمن المثل بكثير؟ اختلف المجتهدون في التفسير بناءً على أصل التفسير في ضوء مقصد الشارع، أي المصلحة التي قصد الشارع بالنص حمايتها.

فمن قائل أن المصلحة التي قصد الشارع بالنص حمايتها هي مصلحة الركبان أي التجار، لأنهم إذا باعوا قبل نزول السوق، فإنهم قد يبيعون بأقل من ثمن المثل لعدم اطلاعهم على الأسعار، وهنا لا يكون الحكم هو البطلان، لأن البطلان خلاف الأصل، ولا يصار إليه إلا إذا اقتضته المصلحة، بل الحكم في هذه الحالة هو إعطاء التجار حق الخيار مع صحة البيع، فإن هبطوا السوق فعلموا أنهم باعوا بأقل من ثمن المثل، طلبوا فسخ البيع وإلا فلا، وذلك على أساس أن النص يفسر في ضوء مقصود الشارع منه، أي المصلحة التي قصد الشارع بالنص حمايتها دون زيادة ولا نقص.

وهناك فريق يرى أن قصد الشارع أي المصلحة التي قصد الشارع حمايتها بالنهي عن تلقي الركبان هي مصلحة أهل السوق أي المستهلكين؛ ذلك أن المتلقي يشتري بسعر

رخيص، ثم يحتكر السلع في مخازنه ويبيعها شيئاً فشيئاً فيغلو السعر على المستهلكين. ومن هنا فقد قال هذا الفريق بأن حكم البيع هو البطلان، فيرد المشتري السلعة، ويأخذ ما دفعه من ثمن، وينزل بها الركبان إلى السوق فيلتي العرض بالطلب ويمتتع الاحتكار ويتحدد السعر العادل، فالمصلحة أو مقصود الشارع من شرع الأحكام هو الذي حدد التفسير الذي يحقق هذا المقصود أو تلك المصلحة، واختلف الحكم تبعاً لاختلاف التفسير والنظرة إلى المصلحة المقصود بالنص تحقيقها.

3- التسعير

امتنع النبي صلى الله عليه وسلم عن التسعير عندما قال له الصحابة سعر لنا يا رسول الله، وقال: "إن الله هو المسعر وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال...."، وقد فسر المالكية هذا النص في ضوء مقاصد الشارع والمصلحة التي جاء النص لحمايتها في نظرهم، وهي مصلحة التجار الذين يبيعون وفق قانون العرض والطلب، فالتسعير عليهم ظلم لهم، وقالوا إذا كان ارتفاع الأسعار بسبب الاحتكار والتلاعب بالأسعار من التجار جاز التسعير عليهم.

4- منع القاتل من الإرث

جاء الحديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم " لا ميراث لقاتل " دون وصف القتل بأنه عمد أو خطأ، أو أنه وقع بحق أو بدون حق، أو أنه مباشرة أو بالسبب، واحتاج المجتهدون إلى تفسيره وتحديد مجال تطبيقه، وكان منهجهم في ذلك هو التعرف على مقصد الشارع، أي المصلحة التي قصدها الشارع بهذا النص، فمن قال إن هذه المصلحة هي منع العدوان على النفوس قصر التطبيق على القتل العمد دون الخطأ، وبغير حق دون ما كان بحق، ومن رأى غير ذلك طرد الحكم في كل أنواع القتل ومنع الإرث بها كلها كالشافعي.

سابعا : دور مقاصد الشريعة في الحكم على تصرفات المكلفين

لقد اتفق الثقات من المجتهدين، على أن تصرفات المكلفين، عبادات أو عادات، عقوداً أو تصرفات، يحكم عليها بالحل أو الحرمة والصحة أو البطلان بمدى تحقيقها لمقاصد الشارع، فإذا كان قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الشارع في تشريع ذلك العمل صح العمل وترتبت عليه آثاره، عقداً أو تصرفاً، فإن كان هذا القصد مخالفاً حرم التصرف وبطل ولم تترتب عليه آثاره، وإن كان التصرف أو العقد قد استوفى شكله واكتملت أركانه وتوافرت شروطه الشرعية. فالعبرة في نظر المجتهدين ليس بصورة التصرف أو العقد وصيغته فقط، بل بتحقيقه لقصد الشارع من شرع هذا التصرف أو العقد، وذلك إنما يكون بموافقة قصد العاقد أو المتصرف بتصرفه وعقده ما قصده الشارع من تشريع ذلك العقد والتصرف، وقد قدم الشاطبي الأدلة التي تقطع بوجود موافقة قصد الشارع ثم أكد بطلان العمل الذي خولف فيه قصد الشارع، ثم بين حكم مخالفة قصد الشارع بالعمل الموفق، وضرب بعض الأمثلة المخالفة قصد الشارع في العمل الموافق صورة:

1- أدلة وجوب موافقة قصد الشارع:

" قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة؛ إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع. ولأن المكلف خُلق لعبادة الله، وذلك راجع إلى العمل على وفق القصد في وضع الشريعة - هذا محصول العبادة - فينال بذلك الجزاء في الدنيا والآخرة. وأيضاً فقد مر أن قصد الشارع المحافظة على الضروريات وما رجع إليها من الحاجيات والتحسينات، وهو عين ما كلف به العبد، فلا بد أن يكون مطلوباً بالقصد إلى ذلك، وإلا لم يكن عاملاً على المحافظة، لأن الأعمال بالنيات. وحقيقة ذلك أن يكون

خليفة الله في إقامة هذه المصالح بحسب طاقته ومقدار وسعه , وأقل ذلك خلافته على نفسه، ثم على أهله، ثم على كل من تعلقت له به مصلحة. ولذلك قال صلى الله عليه وسلم: " كُلكم راعٍ وكُلكم مسئولٌ عن رعيته" وفي القرآن الكريم: (آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه) (الحديد 7) وإليه يرجع قوله تعالى: (إني جاعلٌ في الأرض خليفة) (البقرة 30) وقوله: (ويستخلفكم في الأرض فينظر كيف تعملون) (الأعراف 129) وقوله، (وهو الذي جعلكم خلائف الأرض ورفع بعضكم فوق بعض درجات ليبلوكم فيما آتاكم) والخلافة عامة وخاصة حسبما فسرها الحديث حيث قال: "الأميرُ راعٍ والرجلُ راعٍ على أهل بيته، والمرأة راعية على بيت زوجها وولده. فكلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته" وإنما أتى بأمثلة تبين أن الحكم كلي عام غير مختص، فلا يتخلف عنه فرد من أفراد الولاية، عامة كانت أو خاصة. فإذا كان كذلك فالمطلوب منه أن يكون قائماً مقام من استخلفه، يجري أحكامه ومقاصده مجاريها، وهذا بين.

وبذلك يكون الشاطبي قد أقام الأدلة القطعية على أن قصد المكلف في جميع أعماله، ومنها عقود وتصرفاته، يجب أن يوافق قصد الشارع في تشريعه تلك الأعمال، وهي أدلة أخذت باستقراء نصوص الشريعة استقراء يصل إلى القطع، فصار كالعوم المعنوي يطبق على كل ما يتحقق فيه مناطه من الجزئيات، دون حاجة إلى دليل جزئي في كل واقعة أو نازلة يراد تطبيقه عليها، بل تقدم على الأدلة الجزئية إذا ظهر تعارض هذا الأصل معها.

2- بطلان العمل الذي خولف فيه قصد الشارع

يؤكد الشاطبي على بطلان كل عمل، عبادة أو معاملة، عقداً أو تصرفاً، ابتغى فيه المكلف غير ما شرع له من المصالح، وإن صدر في الصيغة والشكل الذي طلبه الشارع وتوافرت أركانه وشروطه الشرعية. وقد أقام الشاطبي الأدلة القاطعة على أن هذا الأصل كلي قطعي يطبق على جميع أنواع الأعمال، عبادات أو معاملات، عقوداً أو تصرفات،

متى توافر فيها مناط تطبيقه. فقال: " كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة. وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل. فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل". ثم قال:

"أما أن العمل المناقض باطل، فظاهر؛ فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة. وأما أن من ابتغى في تكاليف الشريعة ما لم توضع له فهو مناقض لها، فالدليل عليه من أوجه" ثم عدد هذه الأوجه وبينها أحسن بيان في عبارات غاية في الدقة والوضع (راجع الموافقات 2: 333).

ثم قال: وللمسألة أمثلة كثيرة؛ كإظهار كلمة التوحيد قصداً لإحراز الدم والمال، لا للإقرار للواحد الحق بالوحدانية، والصلاة لينظر إليه بعين الصلاح، والذابح لغير الله، والهجرة لينال دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها، والجهاد للعصبية أو لينال شرف الذكر في الدنيا، والسلف ليجرّ به نفعاً، والوصية بقصد المضارة للورثة، ونكاح المرأة ليحلها لمطلقها، وما أشبه ذلك. (الموافقات 2/333)، ويكن التمثيل لذلك بشراء السلعة بثمن آجل بفصد بيعها بثمن حال أق منه، توصلاً إلى شراء نقد عاجل بنقد آجل أكثر منه مقابل الأجل، إذ لا قصد ولا حاجة بالمشتري إلى السلعة بدليل بيعها ثانية، وإنما قصده هو القرض بفائدة، وقد أظهر ذلك في صورة عمليات بيع وشراء توافرت شروطها وكان قصد الفاعل فيها مناقضاً لقصد الشارع.

3- مخالفة قصد الشارع بالعمل الموافق صورة

وقد عقد الشاطبي مسألة خاصة بحكم من قصد بالعمل الموافق في الصورة غير ما قصده الشارع به، فعلاً كان ذلك العمل أو تركاً، وذكر أن مخالفة المكلف لقصد الشارع في العمل الموافق في الظاهر؛ أي التورق مكتمل الصورة والأركان والشروط، معصية وغير صحيح جملة، لمخالفة قصد الشارع، وذكر لذلك أمثلة فقال:

"فاعل الفعل أو تاركه إما أن يكون فعله أو تركه موافقاً أو مخالفاً. وعلى كلا التقديرين إما أن يكون قصده موافقة الشارع أو مخالفته. فالجميع أربعة أقسام، وبعد أن عدد هذه الأقسام قال:

(والرابع) أن يكون الفعل أو الترك موافقاً إلا أنه عالم بالموافقة، ومع ذلك فقصده المخالفة. ومثاله أن يصلي رياء لينال دنيا أو تعظيماً عند الناس، أو ليدراً عن نفسه القتل وما أشبه ذلك. فهذا القسم أشد من الذي قبله (أي الذي لا يعلم فيه الفاعل بموافقة الفعل الذي خالف به قصد الشارع). وحاصله أن هذا العامل قد جعل الموضوعات الشرعية التي جعلت مقاصد، وسائل لأمر أخرى لم يقصد الشارع جعلها لها، فيدخل تحتها النفاق والرياء والحيل على أحكام الله تعالى، وذلك كله باطل، لأن القصد مخالف لقصد الشارع عيناً فلا يصح جملة، وقد قال الله تعالى: ((إن المنافقين في الدرك الأسفل من النار))

4-أمثلة مخالفة قصد الشارع في العمل الموافق صورة:

ضرب الشاطبي بعض الأمثلة لمخالفة قصد الشارع في العمل الموافق في الصورة فقال
:

فنحن نعلم أن النطق بالشهادتين والصلاة وغيرهما من العبادات إنما شرعت للتقرب بها إلى الله، والرجوع إليه، وإفراده بالتعظيم والإجلال، ومطابقة القلب للجوارح في الطاعة والانقياد؛ فإذا عمل بذلك على قصد نيل حظ من حظوظ الدنيا من دفع أو نفع، كالناطق بالشهادتين قاصداً لإحراز دمه وماله لا لغير ذلك، أو المصلي رياء الناس ليحمد على ذلك أو ينال به رتبة في الدنيا، فهذا العمل ليس من المشروع في شيء؛ لأن المصلحة التي شرع لأجلها لم تحصل، بل المقصود به ضد تلك المصلحة.

وعلى هذا نقول في الزكاة مثلاً: أن المقصود بمشروعيتها رفع رذيلة الشح ومصلحة إرفاق المساكين، وإحياء النفوس المعرّضة للتلف؛ فمن وهب في آخر الحول ماله هروباً من وجوب الزكاة عليه، ثم إذا كان في حول آخر أو قبل ذلك استوهبه، فهذا العمل تقوية لوصف الشح وإمداد له، ورفع لمصلحة إرفاق المساكين. فمعلوم أن صورة هذه الهبة قد اكتملت إلا أنها بالقصد المناقض ليست هي الهبة التي ندب الشرع إليها؛ لأن الهبة إرفاق وإحسان للموهوب له، وتوسيع عليه غنياً كان أو فقيراً، وجلب لمودته ومآلفته، وهذه الهبة على الضد من ذلك. ولو كانت على المشروع من التملك الحقيقي لكان ذلك موافقاً لمصلحة الإرفاق والتوسعة، ورفعاً لرذيلة الشح، فلم يكن هروباً عن أداء الزكاة. فتأمل كيف كان القصد المشروع في العمل لا يهدم قصداً شرعياً، والقصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي !

ومثله أن الفدية شرعت للزوجة هرباً من أن لا يقيما حدود الله في زوجيتهما، فأبيح للمرأة أن تشتري عصمتها من الزوج عن طيب نفس منها، خوفاً من الوقوع في المحذور. فهذه بذلت ما لها طلباً لصلاح الحال بينها وبين زوجها، وهو التسريح بإحسان، وهو مقصد شرعي مطابق للمصلحة، لا فساد فيه حالاً ولا مآلاً؛ فإذا أضرّ بها لتقتدي منه فقد عمل هو بغير المشروع حين أضرّ بها لغير موجب، مع القدرة على الوصول إلى الفراق من غير إضرار، فلم يكن التسريح إذا طلبته بالفداء تسريحاً بإحسان، ولا خوفاً من أن لا يقيما حدود الله؛ لأنه فداء مضطر وإن كان جائزاً لها من جهة الاضطرار والخروج من الإضرار، وصار غير جائز له إذ وضع على غير المشروع".

وكذلك نقول: إن أحكام الشريعة تشتمل على مصلحة كلية في الجملة، وعلى مصلحة جزئية في كل مسألة على الخصوص. أما الجزئية فما يعرب عنها كل دليل لحكم في خاصته. وأما الكلية فهي أن يكون كل مكلف تحت قانون معين من تكاليف الشرع في جميع حركاته وأقواله واعتقاداته، فلا يكون كالبهيمة المسيية تعمل بهواها، حتى يرتاض بلجام الشرع. وقد مر بيان هذا فيما تقدم. فصار المكلف في كل مسألة عننت له يتبع

رُحِّص المذاهب، وكل قول وافق فيها هواه فقد خلع ربيقة التقوى وتمادى في متابعة الهوى ونقض ما أبرمه الشارع وأخر ما قدمه:

ويمكن تطبيق ذلك على المعاملات والمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية على الوجه التالي:

عقد البيع شرع لمصلحة قصدها الشارع من شرعه، هي حاجة البائع إلى الثمن وحاجة المشتري إلى السلعة لاستهلاك أو اتجار، فإذا توافرت أركان هذا البيع واكتملت شروطه، ثم ثبت أن العاقدين لم يقصدا بعقدتهما ما قصده الشارع من تلبية حاجة كل منهما، بل قصدا به أخذ أحدهما عشرة نقدا مقابل خمسة عشرة مؤجلة، كان عقد البيع الذي اكتملت أركانه وتوافرت شروطه حراما وباطلا لا يترتب عليه أثر، وهذا القصد يثبت من بيع السلعة بعشرة نقدا ثم شرائها بخمسة عشر مؤجلة، فقد عادت السلعة إلى بائعها الأول مما يقطع بأنه لم يكن بحاجة إلى الثمن، وهذا يسمى بيع العينة وقد حرمه جميع المجتهدين وإن اختلفوا في أدلة إثبات القصد المحرم، فالشافعي يرى أن هذا القصد يثبت من التصريح به في صيغة العقد أي الإيجاب والقبول حتى يحكم ببطلان العقد وانعدام آثاره وإلا ثبتت الحرمة عنده إذا كان الله يعلم منه ذلك، وأما غير الشافعي فيرى أن القصد المحرم يثبت من القرائن التي تحف بالمعاملة مثل البيع بالنقد ثم الشراء بالأجل لنفس السلعة.

الفصل الأول

عرض المقاصد الشرعية وتطبيقاتها في المؤسسات المالية الإسلامية

نعرض في هذا الفصل للمقصد الأصلي، وهو اعتبار المآل ثم للمقاصد المتفرعة عن هذا المقصد، وأخيرا للمقاصد التابعة له.

المبحث الأول المقصد اعتبار مآلات الأفعال

أولاً: مضمون هذا الأصل:

يقول الشاطبي في مضمون هذا الأصل: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود للشارع، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة من المكلفين بالإقدام أو الإحجام، أي بالحل أو التحريم وبالصحة أو بالبطلان إلا بعد نظره إلى ما يتول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو مفسدة تُدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد منه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية، ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب مذاق، محبوب الغب جار على مقاصد الشرعية". (الموافقات 4/195)

ثانياً: أمثلة على هذا الأصل:

1- جاء النص الشرعي بالإذن بالبيع لما يترتب عليه من المصالح، لأن الشارع لا يشرع الأحكام عبثاً، وهذه المصلحة هي حاجة البائع إلى الثمن وحاجة المشتري إلى السلعة، فإذا باع شخص سلعة بعشرة إلى أجل ثم اشتراها من مشتريها قبل الأجل بخمسة نقداً، فإن مآل هذا البيع يحقق مفسدة هي الإقراض بالربا، ولم يحقق مصالح البيع، وفي هذا يقول الشاطبي: "لأن المصالح التي لأجلها شرع البيع لم يوجد منها شيء".

2- ومن ذلك التورق المصرفي المنظم، وهو شراء السلعة بالأجل من البنك ثم توكيل البنك في بيعها بنقد أقل منه لطرف ثالث غير الذي اشتراها من البنك، والشراء والبيع عمل ظاهر الجواز كما يترتب عليه من المصالح التي قصدها الشارع، ولكن له مآل على خلاف ما قصد الشارع منه، وهو حصول المتعامل مع البنك على نقد عاجل في نقد آجل أكثر منه مقابل الأجل، وهي مفسدة شرعية، تفوق مصلحة شراء المتعامل للسلعة بالأجل وإعادة بيعها بنقد أقل منه، بل إن المصلحة التي قصدها الشارع من شرع عقد البيع لم تتحقق منها شيء، إذ أن المشتري ليس في حاجة إلى السلعة لاستهلاكها أو استعمالها أو للاتجار بها بقصد الربح، بدليل بيعها نقداً بثمن أقل مما اشتراها به.

3- الهبة عقد مشروع لمصالح قصدها الشارع منه، هي الإحسان إلى الموهوب له والتوسيع عليه غنياً أو فقيراً، وجلب مودته، ودفع رذيلة البخل عن الواهب، فإذا وهب شخص جزءاً من ماله في آخر الحول هرباً من الزكاة ثم إذا كان في حول آخر استوهبه، فإن المصالح التي لأجلها شرع الله الهبة ليست موجودة، بل الهبة في هذه الحالة آلت أي أدت إلى نقيض تلك المصالح، فالعقد في الأصل مشروع لمصلحة ولكن له مآل بخلاف ما قصد منه، فمآل هذه الهبة منع الزكاة وهو مفسدة أوفوات مصلحة تزيد على المصلحة التي قصدها الشارع من شرع الهبة، هذا إذا فرضنا أن هناك مصلحة في هبة قصد الواهب فيها منع حقوق الفقراء مما يذكي رذيلة الشح والبخل في نفسه، وقد علم هذا القصد من قرينة الهبة قبيل الحول، ثم قبول الهبة من الموهوب له بعد ذلك.

4- جاءت النصوص الشرعية بوجوب طلب الحلال وتحري طريقه، فإذا تبين لمكلف أن النكاح يلزمه طلب قوت العيال ونفقة الزوجة مع ضيق طرق الحلال واتساع أوجه الحرام، وأنه قد يلجأ إلى الدخول في التكسب لهم بما لا يجوز، فإن إطلاق النصوص وعموم الأدلة يقتضي المنع من الزواج لما يلزمه من المفاصد المتوقعة، ولكن المنع من الزواج يؤول إلى فوات مصالح أهم أو حدوث مفاصد أكبر، ذلك أن

الزواج يحصل مصالح ضرورية هي حفظ النسل فضلاً عن أن التحرز من مفسدة التكسب الحرام قد يؤدي إلى الوقوع في مفسدة أشد هي الزنا، فاغتر الله الأول خشية الوقوع في هذا المآل.

ثالثاً: أدلة اعتبار الشارع لهذا الأصل:

أقام الشاطبي الأدلة القاطعة على أن اعتبار المآل مقصود للشارع في تفسير النصوص والحكم على أفعال المكلفين، واستتباط ما لا نص فيه بعينه من الوقائع والنوازل، وذلك عن طريق استقراء عدة نصوص وجملة أدلة تفيد القطع سنعرض لبعضها عند الحديث عن طرق الاجتهاد المبنية على أصل اعتبار المآل وهي المقاصد المتفرعة على أصل اعتبار المآل أو الراجع إليه، وهي المقاصد التابعة لهذا الأصل.

المبحث الثاني

المقاصد الفرعية

نعرض في هذا المبحث المقاصد الشرعية المتفرعة عن أصل اعتبار المآل، فأعرف المقصد الفرعي، وأعرض أدلة اعتباره مقصوداً، وحجيته في الاستدلال، ودوره في تفسير النصوص وفي الحكم على تصرفات المكلف وعقوده، ودوره في استتباط ما لا نص فيه من الوقائع والنوازل التي ليس فيها نص حكم للشارع، وأضرب له الأمثلة التطبيقية لكل مقصد منها في أبواب الفقه الإسلامي عموماً وفي فقه المؤسسات المالية الإسلامية على وجه الخصوص.

المقصد الأول

سد الذريعة وفتحها

أولاً: تعريف سد الذريعة وفتحها:

سد الذريعة يعني المنع من الأمر الجائز، في الأصل، في الحالات التي يؤدي فيها إلى ما لا يجوز، فإذا كان الفعل الجائز، لما فيه من المصلحة، يؤدي غالباً إلى مفسدة تساوي مصلحة هذا الفعل أو تزيد فإن الشارع يمنع من هذا الفعل سداً للذريعة المفسدة.

فتح الذريعة يعني الإذن في الأمر الممنوع في الأصل؛ لما يترتب عليه من فوات مصالح أو جلب مفسد، في الحالات التي يؤدي فيها المنع منه إلى فوات مصلحة أهم أو حدوث مفسدة أشد.

ثانياً: شروط سد الذريعة وفتحها:

ولسد الذريعة شروط ثلاثة:

(1) أن يؤدي الفعل المأذون فيه إلى مفسدة.

الفعل المأذون فيه يتضمن مصلحة في الأصل، ومن ثم فلا يجوز المنع من هذا الفعل طالما أنه يحقق تلك المصلحة ولا يؤدي إلى مفسدة تجب هذه المصلحة، أما إذا كان هذا الفعل ذريعة إلى المفسدة فإن الشرع يمنع منه بالشرطين الآتيين:

(2) أن تكون هذه المفسدة مساوية أو راجحة على مصلحة هذا الفعل،

فإذا أربت مصلحة الفعل المشروع على المفسدة التي يؤدي إليها فإن الفعل لا يمنع، وفي هذا يقول القرافي: "قد تكون وسيلة المحرم غير محرمة، إذا أفضت إلى مصلحة راجحة، كالتوسل إلى فداء الأسرى بدفع المال للكفار الذي هو محرم عليهم الانتفاع به.

فدفع المال للغير جائز في الأصل، إلا أنه حرم في حالة دفعه للكفار، فكان مقتضى مقصد سد الذريعة يقتضي المنع منه فالدفع هنا وسلية إلى المعصية بأكل المال، ومع ذلك فهو مأمور به لرجحان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة. وكالمنع من تلقي الركبان، فإن منعه في الأصل ممنوع، إذ هو من باب منع الارتفاق وأصله ضروري أو حاجي، ولكن المنع من التلقي جاز رعاية لمصلحة أهل السوق، ومنع بيع الحاضر للبادي، لأنه في الأصل منع من النصيحة، إلا أن هذا المنع جاز رعاية لمصلحة الحضر، حتى يلتقي العرض بالطلب في السوق فيحدد السعر العادل، وينعدم الاحتكار.

(3) أن يكون أداء الفعل المأذون فيه إلى المفسدة كثيراً.

قاعدة الذرائع لا تعني أن كل ذريعة إلى ممنوع تمنع، بل إن في المسألة بعض التفصيل:

فالتقاضي يقسم الذرائع إلى أقسام ثلاثة: قسم أجمعت الأمة على سده، كحفر الآبار في طرق المسلمين، فإنه وسيلة إلى هلاكهم به. وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر. وقسم مختلف فيه بين الأئمة كبيع الأجال وضرب له الأمثلة التالية فقال:

1- كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر، فمالك يقول إنه أخرج من يده خمسة الآن وأخذ عشرة آخر الشهر، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل توسلاً بإظهار صورة البيع لذلك، والشافعي يقول: ينظر إلى صورة البيع الذي استكمل أركانه وتوافرت شروطه لا إلى نية العاقدين والقرائن المحيطة بها ويحمل الأمر

على ظاهره فيصح العقد، ما لم ينص العاقدان على الشرط المبطل فيبطل العقد عندئذ بالشرط الباطل، فالخلاف إذن في دليل إثبات القصد المحرم المؤدي لإبطال العقد لا في أصل حرمة القصد.

وهذه البيوع يقال إنها تصل إلى ألف مسألة، اختص بها مالك فأبطلها بالقرائن التي تدل على قصد العاقدين، وفشو هذا القصد في الناس، وخالفه فيها الشافعي، الذي لا يبطل العقود بنية العاقدين التي لم تظهر في صيغة العقد، وإن قامت عليها القرائن أو فشا القصد المحرم والباعث غير المشروع بين الناس فالشافعي يترك أمر نية العاقدين لله تعالى، ويبطل العقد ديانة إذا لم تظهر هذه النية وقضاء إذا أظهر العاقدان القصد المحرم والباعث غير المشروع في العقد بأن صرح به العاقدان في صيغة العقد فإن العقد يبطل عنده أي في هذه الحالة ديانة وقضاء، ولقد نص الشافعي على حجية مقصد سد الذرائع رأيه في عبارات قاطعة بعد شرحه الحديث لا يمنع أحدكم فضل الماء ليمنع به الكلاً، فقال بعد ذلك الحديث فهذا يدل على أنه ما كان وسيلة إلى الحرام يأخذ حكم الحرام، وما كان وسيلة إلى الحلال يأخذ حكم الحلال فالشافعي أو من قال بسد الذرائع وطبقه تطبيقاً علمياً صحيحاً، فإذا قصد المكلف بالعمل الجائز في الظاهر قصداً محرماً يناقض قصد الشارع في تشريع ذلك العمل، أو فشا ذلك وشاع بين الناس في التعامل فإن الشافعي يحكم بحرمة هذا القصد في جميع الحالات؛ لأن سد الذرائع يعني إعطاء العمل المتدرج به، أي الوسيلة، حكم ما تتول أي ما تؤدي إليه هذه الوسيلة، فالعمل الذي قصد به الحرام حرام أما صحة العمل، عقداً أو تصرفاً، أو بطلانه، فمسألة أخرى لا دخل لقاعدة الذرائع بها والمحكم فيها هو صيغة العقد، فإن ذكر في العقد القصد المحرم أو الباعث غير المشروع بطل العقد عند الشافعي ولم يترتب عليه أثر، أما إذا لم يذكره بل دلت عليه قرائن، فإن الشافعي لا يأخذ بدلالة القرائن، فهي مسألة إثبات، لا شأن لها بموضوع الحكم، وسند الشافعي هو أن الفقيه لا يحكم على النيات والمقاصد ويبطل بها العقود، ويترك ذلك لحساب الآخرة.

2- وكذلك اختلف في تضمين الصناع، لأنهم يؤثرون في السلع بصنعتهم فتتغير السلع فلا يعرفها ربها إذا بيعت ولأن أرباب السلع يغيبون عنها فيعذر عليهم إثبات تعدي الصانع أو تقصيره فيضمنون سداً لذريعة الأخذ ويقوي هذا أنهم تسلموا السلع، وعلى اليد ما أخذت حتى تروه، أم لا يضمنون لأنهم أجراء والأصل في الأجير الأمانة؟ ونحن قلنا بسد هذه الذرائع ولم يقل بها الشافعي بناء على مذهبه من أن الفعل صحيح والتصرف ينفذ في الظاهر إذا لم يشترط فيه العاقدان ما لو ظهر لأبطل، أما مالك فيبطل ذلك بالقرائن والعرف إذا فشا وظهر ذلك في الناس.

فليس سد الذرائع خاصاً بمالك رحمه الله، بل قال بها هو أكثر من غيره. فأصل سدها مجمع عليه. فالذي أجمعت عليه الأمة ما كان أداؤه للمفسدة قطعاً أو ظناً راجحاً وذلك بحسب مجاري العادات بين الناس. والذي أجمعت الأمة على عدم سده هو ما كان أداء الذريعة فيه إلى النتيجة الممنوعة نادراً.

ثالثاً: المعيار الموضوعي لسد الذرائع وفتحها:

ليس المقصود بالظن والعلم فيما تقدم ظن أو علم المتذرع بالفعل المباح إلى المفسدة، وليس المقصود القطع والندرة والغلبة والكثرة في نظر المتذرع بالفعل المباح إلى المفسدة، بل إن المقصود ما يعده الشخص العادي علماً أو ظناً والغلبة والكثرة والندرة في الواقع ونفس الأمر؛ فإذا ثبت أن حافر البئر لا يعلم ولا يظن أن هذا العمل يؤدي إلى وقوع أحد فيه، وكان هذا العمل في نظر الشخص العادي مؤدياً إلى ذلك، فإن هذا العمل يعد غير مأذون فيه، ويسأل الحافر عن جميع النتائج المترتبة على فعله من ضمان الأنفس والأموال، أما العلم الشخصي فأمره إلى الله الذي يعلم السرائر ويحاسب على المقاصد. فالمعيار في الذرائع خلافاً لمنع التحيل على إبطال الأحكام الشرعية، معيار موضوعي لا شخصي ينظر فيه إلى الواقع ومآل الفعل وفقاً للعادات الجارية ولا دخل فيه لنية

الفاعل وقصده وعلمه وظنه، لأنه تعاطى السبب الذي من شأنه أن يوصل إلى النتيجة، فليس شرطاً في بطلان بيع العينة، أو التورق المصرفي المنظم علم أطراف العقد بما يتول إليه من بيع نقد عاجل بنقد أجل أكثر منه مقابل الأجل، بل إن العبرة بأن هذه العقود بالطريقة التي تمت بها تتول إلى ذلك.

والشافعي لم يخالف في أن القصد المحرم أو الباعث غير المشروع يبطل العقود والتصرفات، ولا في منع التذرع بالعمل المباح إلى النتيجة المحرمة، ولكنه يشترط أن يظهر القصد المحرم أو الباعث غير المشروع في صلب العقد حتى تتحقق المفسدة عنده، ولا تبطل العقود والتصرفات في نظره بالعلم أو الظن المفترض، وإن ظهرت قرائن تدل عليه أو فشا في تصرفات الناس، فهذا لا يصلح عنده لإبطال العقود والتصرفات في الدنيا وإن كان يصلح للمسئولية عنها في الآخرة، وهذا ما يعبر عنه بالحكم ديانة والحكم قضاء، فالبطلان قضاء لا يكون إلا في حالة ذكر القصد الباطل أو الباعث غير المشروع في صلب العقد، أما إذا خلت الصيغة من ذلك فإن العقد يصح ويترتب عليه آثاره في الدنيا، وغاية الأمر أن هذا العقد قد يبطل ديانة عند علام الغيوب.

رابعاً: أدلة اعتبار مقصد سد الذرائع وفتحها

أقام الشاطبي الأدلة على قصد الشارع لهذا الأصل، وقرر أنه قد أخذ من استقراء نصوص الشريعة استقراء يفيد القطع، وأن الشارع يمنع من الفعل الجائز إذا كان ذريعة إلى مفسدة تساوي مصلحته أو تزيده، ثم قرر أن هذا المعنى المستقراً من نصوص الشريعة يقوم مقام العموم المستفاد من الصيغة، فيفسر به النص، ويحكم به على أفعال المكلفين، ويطبق على الوقائع غير المنصوص عليها، دون حاجة إلى دليل خاص من قياس وغيره.

ومن النصوص التي تدل على قصد الشارع لهذا الأصل ما يلي:

1- قول النبي صلى الله عليه وسلم حين أشير عليه بقتل من ظهر نفاقه: "أخاف أن يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه" (متفق عليه) فموجب القتل موجود، وهو الكفر بعد الإيمان، والسعي في إفساد المسلمين كافة، فكان قتله مشروعاً لما فيه من دفع مفسدة، ولكن لما كان هذا الفعل ذريعة إلى هذه التهمة، وهي أن محمداً يقتل أصحابه، منع لأنها مفسدة تزيد على مصلحة القتل بكثير.

2- قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها: "لولا أن قومك حديثوا عهد بكفر لأست البيت على قواعد إبراهيم" (أخرجه مسلم) لأن رد البيت إلى قواعده التي أمر الله أن يبني عليها وإن كان مصلحة إلا أنه ذريعة إلى مفسدة أكبر من هذه المصلحة بكثير وهي ارتداد الداخلين في الإسلام.

3- حرم صلى الله عليه وسلم الخلوة بالمرأة الأجنبية وأن تسافر مع غير ذي محرم، وعن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، وقال إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم.

4- وفي جانب المعاملات نهى عن البيع والسلف، وعن هدية المدين وعن ميراث القاتل، إلى غير ذلك مما هو ذريعة، وفي القصد إلى الإضرار والمفسدة فيه كثرة وليس بغالب، والشريعة بنيت على الاحتياط والتحرز عما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة.

5- وفي جانب الجنايات نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تقطع الأيدي في الغزو لئلا يكون ذلك ذريعة إلى لحاق المحدود بالكفار.

6- وفي جانب الاقتصاد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء لئلا يكون ذريعة إلى منع الكلاء، فمن كان له بئر في أرض مملوكة فإن له بحكم الملك أن يمنع غيره من أخذ الماء من هذا البئر والدخول في أرضه، ولكن لما كان هذا المنع وإن حقق مصلحة لمالك البئر إلا أنه يضر بالغير الذي يحتاج إلى فضل الماء، أي الماء الذي يزيد في البئر عن حاجة مالكه، لشربه أو سقي أنعامه.

كل هذه النصوص الشرعية اجتمعت على معنى واحد، وأفادت فيه القطع، وهو أن الفعل إذا كان مأذوناً فيه لما يترتب عليه من جلب مصلحة أو دفع مفسدة، ولكنه في نفس الوقت وفي بعض الظروف والأحوال ذريعة إلى تفويت مصلحة أهم أو حدوث ضرر أكبر فإن الشارع يقصد إلى المنع من هذا الفعل تحصيلاً لأرجح المصلحتين، ودفعاً لأشد الضررين.

خامساً: تطبيقات سد الذريعة وفتحها

1- قبول الهدية فعل مأذون فيه، لما يترتب عليه من مصلحة التآلف والتحاب بين المسلمين، ولكن الحاكم والقاضي وكل من يلي وظيفة عامة يمنع من قبول الهدية، لأنه ذريعة إلى قضاء حاجة المهدي ولو لم يكن صاحب حق فيما يطلب الحكم أو القضاء له به.

2- شهادة العدل على غيره هي في الأصل جائزة، لما يترتب عليها من الوصول إلى الحقوق وإثبات الدعاوى، ولكن شهادته على عدوه تمنع لئلا يتدرع بهذه الشهادة للنيل من عدوه وإلحاق الضرر به بالباطل.

3- تقديم أحد الخصمين على الآخر في مجلس القضاء أمر لا مفسدة فيه لذاته، ولكنه لما كان ذريعة إلى كسر قلب الخصم الآخر، وضعفه عن إقامة حجته، واعتقاده أن محاولة إثبات صحة ما يدعيه لا فائدة لها، مادام القاضي يميل إلى خصمه ويقدمه عليه، لما كان ذلك ذريعة إلى هذه المفاصد منع منه.

4- ويدخل تحت ذلك منع القاضي من الحكم بعلمه وشراء الطعام لاحتكاره، وبيع السلاح في الفتنة وللکفار والبلغاة، وإجارة داره أو حانوته لمن يرتكب فيها معصية وكذلك عصر العنب لمن يتخذه خمراً.

كل هذه عقود الأصل فيها الإذن لما يترتب عليها من المصالح، ولكن لما كانت في ظل الظروف وبالطريقة التي تمت بها ذريعة إلى المفسدة حرمت، لأن درء المفساد مقدم على جلب المصالح.

5- ويدخل تحت ذلك أيضاً منع عمر بعض الصحابة من التزوج باليهوديات، لأن ذلك ذريعة إلى التزوج بالمومسات، لأن غالب اليهود لا يرون حرجاً في اتخاذ الدعارة حرفة إذا كان في ذلك مصلحة لبني جلدتهم، ولئلا يتخذ ذريعة إلى الزواج من اليهوديات لجمالهن والعزوف عن الزواج بالمسلمات.

6- ويدخل تحت ذلك ما كتبه عمر إلى أمراء الأقاليم ينهاهم أن يكون غير المسلمين صيارفة في الأسواق وأن يقاموا منها، معللاً ذلك بأن الله أغنى المسلمين عنهم، وذلك منعاً لذريعة اعتقاد صحة التعامل بالربا.

7- ويمكن التمثيل لهذا النوع من الذرائع بمنع الدولة ذبح إناث الأنعام، وكذا بيع اللحوم في أيام خاصة، وذلك إذا كان ذبح الإناث يؤدي إلى قلة الانتاج، وكان بيع اللحم في كل يوم يؤدي إلى عدم كفاية المعروض من اللحوم عن حاجة الاستهلاك وارتفاع الأسعار.

فهذه أفعال وعقود وتصرفات مشروعة في الأصل، لما يترتب عليها من تحصيل مصالح ودفع مفساد قصدها الشارع من شرعها، ولكنها لما تمت في ظروف وبطريقة يترتب عليها منها فوات مصالح أهم أو حدوث مفساد أشد منع الشارع منها، لأن هذه الخيرة ليست هي المقصودة للشارع.

المقصد الثاني

المنع من التحيل على إبطال الأحكام الشرعية:

أولاً: تعريف التحيل على إبطال الأحكام الشرعية:

التحيل هو تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل في الحيل هو خرم قواعد الشريعة في الواقع، كالواهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزكاة، ويمكن التمثيل لذلك بالتورق المصرفي المنظم فإن شراء المتعامل سلعة من البنك بثمن مؤجل ثم بيعها لطرف ثالث، بتوكيل أو مساعدة البنك في البيع، بثمن حال أقل منه أمر مشروع في ذاته، وحصول المتعامل على نقد حال مقابل نقد مؤجل أكثر منه مقابل الأجل أمر محرم، لأنه قرض جر نفعاً، فإذا جمع المتعامل مع البنك بينهما على هذا القصد صار مآل الشراء والبيع قرضاً جر نفعاً، وهو مفسدة. والواقع أن المتعامل يعلن عن هذا القصد ويؤكد للبنك أنه يريد النقد العاجل مقابل النقد الآجل مع زيادة مقابل الأجل، فيكون ذلك أكد في الحرمة وأقوى في البطلان من القصد الذي تدل عليه القرائن.

وعلى هذا فالتحيل هو فعل سبب أو اتخاذ وسيلة صحيحة في الظاهر لقلب الأحكام الثابتة شرعاً وبيان ذلك أن الله أوجب أشياء وحرّم أخرى إما مطلقة من غير قيد ولا ترتيب على سبب، كإيجاب الصلاة والحج والصوم وحرمة الزنا والربا والقتل وأكل مال الغير، أو كان ذلك الإيجاب أو تلك الحرمة مرتبة على سبب ومتوقفة على شرط، وذلك

كإيجاب الزكاة والكفارات والشفعة للشريك، فإذا قدم المكلف فعلاً مشروعاً في الظاهر
قاصداً من ذلك الفعل التوسل به إلى إسقاط ذلك الوجوب عن نفسه، أو في إباحة ذلك
المحرم عليه، بحيث يصير ذلك الواجب غير واجب في الظاهر والمحرم حلالاً في
الظاهر، فإن هذا التوسل يعتبر تحيلاً وحيلة.

فالشارع حرم الربا، فإذا توسل المحتال إلى تحليل هذا المحرم في الظاهر، وذلك بتقديم
عمل ظاهر الجواز، كأن يكون قصده بيع عشرة نقداً بعشرين إلى أجل، فجعل العشرة
ثمناً لسلعة، ثم باعها من البائع الأول بعشرين إلى أجل فإن هذا العمل يسمى حيلة
وتحياً، لأنه قدم عملاً ظاهر الجواز هو عقد البيع، بقصد التوسل به إلى إبطال حكم
شرعي، وهو إظهار الحرام في صورة الحلال.

وإذا توافر النصاب في حق شخص معين فأراد أن يتهرب من وجوب الزكاة أو ينقصها
فوهب المال أو جمع بين متفرقه، أو فرق بين مجتمعه بهذا القصد فإنه بهذه الهبة أو
الجمع أو التفريق، وهو فعل ظاهر الجواز في الأصل، يعد متحياً بإسقاط الواجب أو
إنقاصه وهو إبطال لحكم شرعي، وهدم لمقصد قطعي وتقويت لمصلحة معتبرة، ولا يلزم
أن يعلن المكلف عن هذا القصد، بل يكفي أن تدل عليه القرائن والعرف السائد وإيقاع
الفعل، عقداً أو تصرفاً، على صورة خاصة، تشعر بذلك القصد.

وعلى الجملة فإن التحيل يتحقق في حالة ما إذا كان المحتال يهدف إلى غاية محرمة،
ويرمي إلى مقصد يناقض قصد الشارع، مثل إبطال حق أو إسقاط واجب، أو تحليل
محرم، أو تحريم حلال، ولكنه لم يتخذ الوسائل التي وضعت مؤدية في العادة لهذا
المحرم، ولكن توسل إلى قصده المحرم وغايته غير المشروعة، بفعل مشروع في الأصل
لتحقيق مصلحة خاصة قصدها الشارع لم تكن هي قصد المتحيل، وإنما كان قصده ما
يناقض قصد الشارع، فالبيع شرع لأنه يحقق مصلحة العاقدين ويلبي حاجة البائع إلى
التمن وحاجة المشتري إلى السلعة لاستهلاك أو استعمال أو تجارة بغية الربح، فإذا تم

هذا البيع بصيغة جائزة في الظاهر، لكنه نفذ على نحو يعد قرينة قوية على أنه قصد به الربا، كان بيع السلعة بعشرة نقدا ثم يشتريها من مشتريها الأول بخمسة عشر إلى أجل، كان بيعه تحيلا على الربا، وقد يعبر عن هذا بان العبرة في النقود بالقصود والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

ثانياً: أدلة منع التحيل على إبطال الأحكام الشرعية

لقد أسس الشاطبي بطلان التحيل علي جملة من الأصول الكلية والقواعد القطعية ثم قام بعمل استقراء تام من نصوص الشريعة يفيد أن التحيل بالفعل المشروع في الظاهر إلى إبطال الأحكام الشرعية باطل شرعا . وهذه الأسس هي:

(أ) مخالفة قصد المتحيل لقصد الشارع:

أسس الشاطبي بطلان التحيل على أن المحتال قصد ما ينافي قصد الشارع فبطل عمله. ذلك أن قصد المكلف في العمل يجب أن يكون موافقا لقصد الشارع في التشريع. وأن من ابتغي في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة. وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل. وقد أقام الأدلة على أن مخالفة قصد الشارع مبطله للعمل. (الموافقات 2/231)

(ب) مآل الفعل المتحيل به مفسدة:

أقام الشاطبي الأدلة القاطعة على أن النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود للشارع. ومضمون هذا الأصل، كما تقدم، أن المجتهد لا يحكم على فعل بالإذن أو المنع إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل. وإعمال هذا الأصل يؤدي إلى أن الفعل المشروع، لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ، يمنع منه، إذا أدى استجلاب تلك المصلحة ودرء تلك المفسدة إلي فوات مصلحة أهم أو حدوث مفسدة أكبر. وبالمثل فإن الفعل غير المشروع لمفسدة تنشأ عنه أو لمصلحة تقوت به يشرع، إذا

أدى استفاد المفسدة أو جلب المصلحة إلى مفسدة تساوي أو تزيد. وهذا الأصل ينطبق على التحيل.

ت) عدم إسقاط حكم السبب بفعل شرط أو تركه:

إذا كان إعمال السبب يتوقف على فعل شرط أو تركه: فإن قام المكلف بفعل ما يحقق ذلك الشرط أو يفوته تحصيلًا لمصلحة شرعية. فإن فعل الشرط أو تركه يترتب عليه أثره. وأما إذا فعل المكلف هذا الشرط أو تركه من حيث كونه شرطًا دون قصد إلى تحصيل مصلحة شرعية. وإنما يقصد إسقاط حكم الاقتضاء في السبب ألا يترتب عليه أثره، فهذا عمل غير مشروع. وسعي باطل. فإذا توافر النصاب كان سببًا لوجوب الزكاة. ولكن يتوقف هذا الوجوب على بقاء النصاب حتى يحول الحول، فإذا ما أنفق المكلف النصاب قبل الحول للحاجة إلى إنفاقه أو أبقاه للحاجة إلى إبقائه فإن الأحكام التي تترتب على الأسباب تتبني على وجود الشرط أو فقده. أما إذا أنفقه من حيث إنه شرط لوجوب الزكاة. قاصدا عدم ترتب آثار السبب عليه فإن هذا العمل غير صحيح.

ولقد أقام الشاطبي الأدلة التي تفيد القطع في جملتها بأن فعل ما يحقق الشرط أو يعدمه بقصد إبطال حكم السبب فعل غير صحيح وسعي باطل. ثم قال: فإن هذا العمل يصير ما انعقد سببًا لحكم، جلبًا لمصلحة أو دفعًا لمفسدة، عبثًا لا حكمة له ولا منفعة فيه. وهذا مناقض لما ثبت في قاعدة المصالح

وأنها معتبرة في الأحكام. وأيضا فإنه مضاد لقصد الشارع من جهة أن السبب لما انعقد سببًا وحصل في الوجود صار مقتضيا شرعا لمسببه، ولكنه توقف على

حصول الشرط، وهو تكميل للسبب فصار هذا الفاعل أو التارك بقصد دفع حكم السبب قاصدا لمضادة الشارع في وضعه سببا. وقد تبين أن مضادة قصد الشارع باطلة. فهذا العمل باطل. (الموافقات 2/278)

ث) انعدام الإرادة في العقد المتحيل به:

إن ركن العقد هو الرضا، ولما كان الرضا أمرا باطنا لا يطلع أحد عليه، جعل الشارع مظنة الرضا، وهي الصيغة، قائمة مقام الرضا، علي أنه إذا ثبت أن العاقد الذي أتى بالصيغة قد قصد بها غير ما وضعت له، فإن الرضا بالعقد يكون منعذما: إذ الصيغة لا تتعد سببا لترتب آثار العقد عليه إلا إذا قصدها العاقد غير مرید بها معني يناقض موجبها ومعناها الشرعي.

فعاقد الهبة بقصد التهرب من الزكاة لم يتوافر بالنسبة له الرضا بالعقد الذي أبرمه، ذلك أنه قصد بالصيغة ما يناقض المعني الذي وضعت له. فلفظ الهبة إنما وضع لإرادة تمليك الواهب للموهوب له على سبيل الإرفاق والإحسان، والواهب للنصاب لم يقصد باللفظ معناه الموضوع له شرعا، وإنما قصد به الهروب من دفع الزكاة، ولم يضع الشرع لفظ الهبة للهروب من دفع الزكاة، فكانت الهبة باطلة لاستعمال لفظها فيما لم توضع له.

ج) بطلان التحيل علي أساس الشرط المنافي:

اتفق الفقهاء على أن العاقدین إذا شرطا ما ينافي مقتضي العقد، أو ما لا يحل شرعا، فإن الشرط حرام والعقد يبطل. وقد وقف الشافعية والحنفية عند هذا الحد، ولكن المالكية والحنابلة ساروا خطوة أبعد، فقالوا إن المتعاقدين إذا تواطأ على هذا الشرط واتفقا علي ما لو أظهره في العقد لبطل، فإن العقد يحكم ببطلانه إذا أظهر ذلك القصد واتضحت تلك النية بطريق من طرق الإثبات الشرعية، في حين أن

الفريق الأول وهم الشافعية والحنفية لم يجوزوا إبطال العقد قضاء حتى إذا ثبتت النية غير المشروعة، وظهر الاتفاق على الشرط المنافي للعقد ما لم يظهر ذلك في العقد وتتضمنه صيغته، وذلك اعتمادا على الظاهر، وكل ذلك اجتهاد على أساس المقاصد الشرعية.

أ) دليل المنع من التحيل بالاستقراء :

هناك نصوص شرعية يقطع مجموعها بالمنع من التحيل في الشريعة. ونحن نورد بعض هذه النصوص جملة: إذ لا يسعنا أن نأتي علي جميعها. ومن أراد المزيد فليرجع إلى كتابنا. نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي (ص 284).

1- ما جاء في القرآن الكريم من آيات خاصة بالمنافقين والمرائين. فقد ذم الله هذين الفريقين وتوعدهم بالعقوبة وشنع عليهم. ويتمثل النفاق والرياء في أنهم أتوا أقوالا أو أعمالا للشارع منها قصد معين وهم يقصدون منها ما يناقض هذا القصد. فالمنافق ينطق بكلمة الشهادة لا يقصد بها الخضوع في الباطن لله عز وجل. وإنما يقصد بها صيانة ماله وحقق دمه. والمنافق يأتي بالعبادة لا يقصد بها التوجه إلى الله الواحد المعبود. ولا نيل الثواب في الآخرة. وإنما قصده النيل من أوساخ الخلق أو من تعظيمهم، أو غير ذلك من حظوظ الدنيا.

2- ما جاء في القرآن الكريم خاصا بأصحاب الجنة الذين أقسموا أن يصرموا جنتهم مصبحين أي بليل حتى يمنعوا الفقير حقه، وكان شرعهم يجعل للفقراء حقا إذا حضروا الجذاذ. وقد عاقبهم الله في الدنيا بإهلاك المال وعقوبة الآخرة أشد وأنكى، والتحيل ومخالفة قصد الشارع في عملهم ظاهر: وإنما انحصر قصدهم في حرمان الفقراء حقوقهم، ودلت القرائن على هذا القصد، إذ أنهم ليست لهم مصلحة ظاهرة في جذاذ الليل، وإن كان الجذاذ ليلا في الظاهر جائز .

3- ما جاء في القرآن الكريم في شأن أصحاب السبت الذين حرم عليهم الصيد في يوم السبت فحفروا حياضا تصلها قنوات بالبحر حتى تدخلها الحيتان يوم السبت ثم يحبسونها ويصيّدونها في بقية أيام الأسبوع، فالعمل في ظاهره جائز، ولكن ظروف الحالة والزمان والمكان تدل على أن هذا الصنيع كان بقصد الإعتداء في السبت وتحليل ما حرم الله أي إظهاره بمظهر الحلال.

4- ما جاء في القرآن الكريم من النهي عن إمساك المرأة برجعتها قصدا إلى الإضرار بها، فقد كان الزوج يطلق المرأة ويتركها حتى تشارف انقضاء العدة ثم يرتجعها ثم يطلقها حتى تشارف العدة ثم يرتجعها وهكذا. ولا قصد له سوي الإضرار بها.

5- ما جاء في القرآن الكريم من اشتراط أن تكون الوصية بغير قصد الإضرار بالورثة.

6- وقد جاءت نصوص السنة مؤكدة لذلك، فقد نهت عن جمع المتفرق وتفريق المجتمع خشية الصدقة، وحذرت المسلمين من فعل اليهود الذين استحلوا محارم الله بأدنى الحيل، فقد حرم الله عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا أثمانها.

7- وما جاء في السنة من لعن الراشي والمرتشي، وحرمة بيع العينة وهدية المديان وغلول الأمراء، والبيع والسلف، ومخالفة قصد الشارع في هذه واضحة والتحليل ظاهر.

المقصد الثالث

الاستحسان

أولاً: تعريف الاستحسان

تقديم المصلحة على عموم النصوص واضطراد القياس.

عرف المالكية الاستحسان بأنه استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي، فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس (الاعتصام 139/2) ويرى الشاطبي ان الاستحسان المالكي معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس، ويعرفه ابن رشد بأنه ما يكون طرحاً لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعني يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع. (الموافقات 1 / 40).

خلاصة التعريفات:

وخلاصة هذه التعريفات هي: أن الاستحسان لا يرجع إلى دليل العقل وحده، ويؤكد ذلك ما قاله ابن العربي من أن ترك الدليل إنما يكون لدليل معارض أقوى، هذا الدليل المعارض قد يكون الإجماع أو العرف أو المصلحة المرسلة. أو قاعدة رفع الحرج والمشقة. وقول الشاطبي إن الاستحسان أخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي، ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس، صريح في أن الاستحسان هو استدلال بالمصلحة المرسلة التي شهدت النصوص الشرعية لجنسها، وذلك في مقابلة القياس بمعنى القاعدة العامة أو الأصل الكلي، لا بمعنى القياس الجزئي، فإذا كان القياس بمعنى القاعدة أو الأصل – يقتضي المنع من الغرر في المعاملات جملة،

فإن المصلحة المرسله تقضي بأن الغرر اليسير في البيع لا يؤثر. وذلك لأن في إبطال البيع مع الغرر كثيره وقليله سداً لباب البيع جملة، وهو ضروري، وفي المنع منه مشقة شديدة، والشريعة شاهدة بمنع الحرج والمشقة من جهة، ومن جهة أخرى فإن أصل البيع ضروري أو حاجي، ومنع الغرر مكمل لهذا الضروري أو الحاجي، وقد شهدت نصوص الشريعة بأن المصلحة التكميلية إذا عادت علي الأصل بالبطلان أهملت، فهذا يقضي بتزك القياس أو العموم لما يؤدي إليه من الحرج في بعض مقتضياته.

وبالجملة فإن القول بالمنع من الغرر جملة يؤدي إلى عدم تحصيل المصلحة المقصودة من هذا النص نفسه، إذ منع الغرر جملة يسد باب البيع وهو المصلحة الأصلية، وإذا فانت المصلحة الأصلية فانت المصلحة المكمله لها قطعاً: لأنها مع المصلحة الأصلية كالصفة مع الموصوف.

ثانياً: أنواع الاستحسان

أقسام الاستحسان عند ابن العربي:

بعض المالكية كابن العربي يجعل للاستحسان معني واسعاً بحيث يدخل تحته العمل بأي دليل يعارض عموم النص أو اطراد القياس، ولذلك يقسمه إلى استحسان بالعرف وبالإجماع، وبأصل مصلحة مرسله وبقاعدة نفي الحرج والمشقة.

1- أما ترك العموم للعرف فقد مثل له برد الإيمان إلى العرف، فلو حلف لا يدخل بيتا فإنه لا يحنت بدخول المسجد، وإن كان قياس اللفظ لغة الحنت، لأن المسجد يسمي بيتا. فمالك يستحسن تخصيص العموم المستفاد من اللغة بالعرف والعادة في الاستعمال، فقال بعدم الحنت بدخول المسجد، لأنه لا يسمي بيتا في عرف التخاطب. وهذا يطبق في جميع العقود والتصرفات فالمرجع فيها هو عرف الاستعمال لا دلالة اللغة.

2- وأما ترك الدليل للمصلحة فقد مثل له بتضمين الأجير المشترك، فإن الأصل في الأجير المشترك أنه أمين والأمين لا يضمن إلا إذا ثبت عليه التعدي، إلا أن مالكا استحسنت ترك هذا الأصل لما فسدت الذمم وغلب على الأجراء التعدي والخيانة، وكان هذا الغالب هو الذي جعل مالكا يضع الأجير في مركز المدعى الذي لا تقبل دعواه الهلاك دون بينة، مع أن الأصل، عندما كان الدين مسيطرا على النفوس، أن الأجير مدعى عليه، لأن الظاهر كان يشهد له، وكان يقبل قوله في التلف دون بينة، وبذلك يكون مالك بتضمينه الأجير المشترك قد استثنى هذه الصورة من القاعدة العامة أو الأصل، بالمصلحة.

3- وأما ترك الدليل للإجماع فقد مثلوا له بإيجاب القيمة كاملة على من أحدث بالمال تلفاً جزئياً يمنع من استعمال هذا المال فيما قصد منه، مثل قطع ذنب بغلة القاضي، فإن هذا الحكم يعد استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن يغرم المعتدي قيمة ما ينقص باعتدائه من قيمة العين المعتدي عليها. ووجه الاستحسان الذي كان سنده الإجماع أن بغلة القاضي تتخذ عادة للركوب لا لغرض آخر، فقطع الذنب يفوت مصلحتها كلها بالنظر إلى هذا الوجه من وجوه الاستعمال الخاص، فهي كالعدم بالنسبة للقاضي، فكأنه فوتها عليه، ولما كان التعويض هو جبر الضرر الذي أصاب القاضي من قطع ذنب بغلته، وهو ما يكفي لشراء دابة أخرى، ضمن القاطع قيمة الدابة كلها، ويمكن للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية أن تطبق هذا الحكم على المضارب أو الشريك المدير أو الوكيل في الاستثمار إذا تعدى على مال من أموال المضاربة، أو المشاركة أو الوكالة بما يذهب منفعة المال كله، ولو كان التلف أو العيب الذي أحدثه بالمال جزئياً، كأن يكون ترسا في ماكينة أو طائرة أو محطة كهرباء، ترتب عليه تعطيل ذلك عن العمل، فيكون التعويض بقدر الضرر الفعلي.

4- وأما ترك الدليل لقاعدة رفع الحرج والمشقة فقد مثل له بترك مقتضي الدليل في التافه اليسير، وذلك رفعا للمشقة وإيثارا للتوسعة على الخلق، كإجازة المالكية دخول الحمام

من غير تقدير أجر، ولا تقدير مدة اللبث ولا تقدير الماء المستعمل. والأصل في كل هذا هو المنع، ولكنهم قالوا: إن هذه الأشياء إن لم تكن مقدرة بالعرف فإنها تسقط بالضرورة، وهناك قاعدة فقهية، وهي أن نفي الغرر جملة في العقود لا يقدر عليه، وهو يضيق أبواب المعاملات، وهو إنما يطلب تكميلاً لمصلحة الرضا في المعاوضات رفعاً لما عسي أن يقع من النزاع، فهو إذن من المكملات، والمكملات إذا أدي اعتبارها إلى إبطال أصل المصالح سقطت جملة، تحصيلاً للمهم، فوجب أن يسامح في بعض أنواع الغرر التي لا ينفك عنها البيع غالباً: إذ لو طلب من المكلف الانفكاك عنها لشق عليه ذلك، ويمكن التمثيل لذلك بتحديد أجرة العين بمؤشر معين كالليبور تحدد الأجرة على أساسه في بداية كل فترة إيجارية شريطة أن يكون له حد أعلى وحد أدنى، فمقتضى الأدلة الشرعية وجوب تحديد الأجرة بمبلغ معين أو نسبة معلومة من مبلغ معين ولكن كل هذا التحديد يسبب مشقة وحرماً شديداً في عقد الإجارة، رأى فقهاء العصر التغاضي عن الغرر العليل للتوسعة ورفع الحرج ودفع المشقة، ويمكن التمثيل لذلك أيضاً بإعطاء المستأجر وعدا للمؤجر لشراء العين المؤجرة في خلال مدة الإجارة أو في نهايتها بسعر السوق، أو بما يحدده خبير أو أكثر تحكيماً، مع أن الأصل أن سعر السوق غير معلوم ويحف به غرر تبطل العقود بمثله، ولكن فقهاء العصر رأوا جوازه رفعاً للحرج ودفعاً للمشقة وتيسيراً للتعامل والعرف الغالب.

وقد أمعن مالك في هذا الباب وبالغ فيه، فجاز أن يستأجر الأجير بطعامه وإن كان غير مقدر، لأن الغرر فيه يسير يتسامح في مثله، ولا يؤدي إلى النزاع غالباً، وفرق بين تطرق يسير الغرر إلى الأجل فأجازه في السلم وغيره، وبين تطرقه للثمن فمنعه، فقال بجواز شراء السلعة إلى الحصاد، ولو باع بما يقارب الدرهم لا يصح، لأن الأثمان لا يتسامح فيها، ولا يترك تقديرها إلى العرف في الغالب، بخلاف الأجل فإن الدائن قد يتسامح في الأجل لأيام، ولا يسامح في الثمن.

ففي هذه الفروع نرى أن معنا فرعا كان يمكن إرجاعه إلى القواعد الكلية التي اقتضتها الأدلة في الظاهر، وكان يمكن أن يحكم فيه بمثل ما حكم به في نظائره مما يدخل تحت هذه القواعد، ولكن لما كان إرجاعه إلى هذه العموميات وإدخاله تحت تلك القواعد والحكم عليه بمقتضاها يفوت مصلحة شهدت لها النصوص في الجملة، أو يخالف قاعدة رفع الحرج والمشقة. وهو مقصود للشارع، أو على خلاف إجماع أو عرف، عدل به عن إدخاله تحت عموم الدليل، وأعطي حكما يحقق قصد الشارع في تحقيق المصلحة ورفع الحرج. أو يتفق مع العرف والإجماع، ويدخل تحت ذلك تأخير قبض رأس مال السلم إلى ثلاثة أيام، مع ان مقتضى القواعد والدلة الكلية توجب قبضه في مجلس العقد، وذلك رفعا للحرج.

أقسام الاستحسان عند الشاطبي:

وبعض المالكية يقصر الاستحسان على نوع واحد، وهو ترك مقتضى الدليل للمصلحة أو تقديم الاستدلال المرسل على القياس بمعني القاعدة، وذلك كما فعل الشاطبي نفسه وما حكاه عن بعض المالكية من أن الاستحسان هو استعمال مصلحة جزئية في مقابل القاعدة أو القياس الكلي، وبذلك يخرج الاستحسان بالإجماع والعرف وقاعدة رفع الحرج. ولكن قاعدة رفع الحرج والمشقة راجعة إلى مصلحة مرسله شهدت لها النصوص الشرعية في الجملة. كما أن العرف يمكن إرجاعه إلى المصلحة من حيث إن عدم اعتبار عرف الناس وعاداتهم في المعاملات يؤدي إلى حرج ومشقة شديدة، وأما الإجماع في المثال المذكور فظاهر أن سنده المصلحة أيضاً.

أنواع الاستحسان عند القرافي:

وأما تفسير القرافي للاستحسان بأنه طرح قياسي يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضوع، فإنه
يحتمل أن يقصد بذلك المعنى الذي طرح القياس لأجله، المصلحة المرسله خاصة، كما
يحتمل أن يقصد به العرف أو الإجماع أو دفع الحرج والمشقة كذلك. فإذا كان القياس يقضي بمنع الغرر جملة، فإن إجراء هذا القياس إلى نهايته يؤدي إلى القول بالمنع من بيع كثير مما جاز بيعه وشراؤه، كبيع الجوز واللوز في قشرهما، وكذلك بيع المغيبات في الأرض كلها، بل يمنع بيع كل ما فيه شيء مغيب كالديار المغيبة، وما أشبه ذلك مما لا يحصى ولم يأت فيه نص بالجواز، ومثل هذا لا يصح فيه القول بالمنع أصلاً، لأنه يؤدي إلى التضيق والحرج والمشقة الشديدة، فهنا يقال: إن القول بالمنع من الغرر جملة يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه، ومن ثم نحكم بأن القياس لا يطرد بالنسبة للغرر اليسير الذي يتسامح فيه الناس غالباً ولا يؤدي إلى النزاع، والمعنى الذي طرح أو ترك لأجله هذا القياس، والذي يختص بهذا الموضوع، هو رفع الحرج والمشقة والتوسعة على الخلق، بترك مقتضى الدليل في اليسير، وهو مقصود الشارع.

فالمجتهد يجد أمامه عموم نص أو قياس، ويجد أن العموم إذا استمر والقياس إذا اضطرد فإن هذا يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه في بعض المواضع، ومعنى الغلو والمبالغة هو إلحاق الضرر والعنت والمشقة بالناس، وهي تنافي قصد الشارع. وعند ذلك يطرح المجتهد هذا القياس فلا يجريه في هذا الموضوع استثناء، دفعاً لهذا الحرج ومنعاً لهذه المشقة، وهو إعمال لقاعدة الحاجيات في الضروريات، ولذلك جاء عن مالك إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة (الاعتصام 138/2) أي القياس الجزئي، حيث يدخل الفرع تحت أصل شرعي ومقصود شرعي آخر هو مقصد رفع الحرج والمشقة، ويتحقق فيه مناطه، فالمقاصد قطعية تقدم على القياس الظني.

ثالثاً: الأدلة على حجية الاستحسان

لقد عرض الشاطبي الأدلة الشرعية التي تفيد في مجموعها القطع باعتبار الشارع لأصل الاستحسان، وأنه مقصود للشارع، فقال: "و له في الشرع أمثلة كثيرة، كالقرض مثلاً فإنه ربا في الأصل، لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل، ولكنه أبيح لما فيه من الرفق والتوسعة على المحتاجين، بحيث لو بقي على أصل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين، ومثله بيع العرية بخرصها تمرأ، فإنه بيع الرطب باليابس، لكنه أبيح لما فيه من الرفق ودفع الحرج بالنسبة إلى المعري والمعتري، ولو امتنع مطلقاً لكان وسيلة لمنع الإعراء. كما أن ربا النسئة لو امتنع في القرض لامتنع أصل الرفق من هذا الوجه، ومثله الجمع بين المغرب والعشاء للمشقة، وجمع المسافرين، وقصر الصلاة، وسائر الرخص التي على هذا السبيل، فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص، حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك، لأننا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة، فكان الواجب رعي هذا المآل إلى أقصاه، ومثله الاطلاع على العورات للتداوي، والقراض والمساقاة والسلم، وإن كان الدليل العام يقتضي المنع"، ثم قال: " هذا نمط من الأدلة على صحة القول بهذه القاعدة وعليها بنى مالك وأصحابه".

رابعاً: علاقة الاستحسان بالنص

1. الاستحسان يرجع إلى النصوص الشرعية من ناحيتين:

الأولى: أن قاعدة الاستحسان أخذت من عدة أدلة بطريق الاستقراء المفيد للقطع، كما تقدم، فكان مقصوداً للشارع، فالعمل بها عمل بهذه النصوص، وليس قولاً بالرأي ولا تشريعاً بالتشهي، والعام الاستقرائي كالعام صيغة كما تقدم.

والثانية: أن المجتهد في كل استحسان يرجع إلى دليل شرعي، إما الإجماع وإما العرف وإما رفع الحرج وإما اعتبار المصالح في الأحكام كما سبق.

2. معنى تخصيص النص وترك القياس بالمصلحة في عبارات المالكية:

يقرر فقهاء المالكية أن العموم إذا استمر والقياس إذا اطرده، فإن مالكاً يستحسن أن يخص بالمصلحة، وأن الاستحسان ترك مقتضى الدليل للمصلحة، والمصلحة التي يقصدها المالكية هي المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع، والمتفقه مع مقاصده، وأنها أصل كلي أخذ من عدة نصوص وجملة أدلة تفيد في مجموعها القطع، وبذلك يكون التخصيص للعموم بجملة النصوص الشاهدة لجنس المصلحة بالاعتبار والأدلة التي أخذت في استقراء الأصل الكلي القطعي، وليست هي المصلحة المجردة التي يراها العقل.

وقد رد الشاطبي على من زعموا أن الاستحسان هو ما يستحسنه المجتهد بعقله ويميل إليه بطبعه، وذكر أن ذلك لم يقع التعبد به لا بضرورة ولا بنظر، ولا بدليل من الشرع قاطع ولا مظنون، فلا يجوز إسناده لحكم الله، لأنه ابتداء تشريع من جهة العقل.

3. التوفيق بين قول المالكية بإلغاء المصلحة التي تخالف النص وقولهم إن الاستحسان ترك لمقتضى الدليل بالمصلحة:

لقد رمى بعض الكتاب المحدثين المالكية بالتناقض لأنهم يصرحون بأن المصلحة المصادمة للنص مصلحة ملغاة، ثم يعرفون الاستحسان بأنه ترك مقتضى الدليل للمصلحة، ويصرحون كذلك بأن العموم إذا استمر أي طبق على عمومه، فإن مالكاً يستحسن تخصيصه بالمصلحة، فكأن المالكية يعتبرون المصلحة في مقابلة العموم في باب الاستحسان، في حين أنهم ألغوا المصلحة المناقضة للنص في باب المصلحة، والواقع أنه لا تناقض في كلام المالكية لما يأتي:

-المصلحة التي تقدم على القياس والعموم هي المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع، ومعنى الملاءمة أنها لا تنافي أصلاً من أصوله، ولا تناقض دليلاً من أدلته، وهذا يدل على أنهم يقصدون بالعموم والقياس الذي يخص بالمصلحة في باب الاستحسان العموم والقياس بمعنى تحقيق المناط، لا بمعنى الدليل أو النص الشرعي نفسه. ففي تضمين الأجير المشترك، وهو مثال تخصيص العموم بالمصلحة، لا نجد نصاً يشمل بعمومه عدم التضمين، إذ أن مناط الضمان هو التعدي لقوله تعالى: "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم"، وهذا النص يقرر حكماً موضوعياً لا كلام فيه، وهو ان العدوان يوجب الضمان وإنما الكلام في إثبات هذا العدوان، وهنا نجد نصاً آخر في طرق الإثبات هو قوله صلى الله عليه وسلم: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، وقد كان تطبيق مناط هذا الدليل يقضي بعدم الضمان على الأجير المشترك إذا ادعى الهلاك، لأن الظاهر كان يشهد له في زمن كان للدين فيه سلطان قوي على النفوس، فهو إذن مدعى عليه، ولكننا تركنا هذا العموم محافظة على الأموال وقلنا إنه مدع، بعد أن غلب على الصناعات التعدي والكذب والخيانة والتقصير، إذ الظاهر، في ظل هذه الظروف، يشهد لرب السلعة في هذه الحالة فكان مدعى عليه والأجير مدع، فالكلام إذن في دليل تحقيق المناط وليس في نص شرعي قدم العمل بالمصلحة عليه.

وفي هذا يقول الشاطبي: (الاعتصام 161/2): "اعلم أن كل مسألة تقتضي نظرين: نظر في دليل الحكم ونظر في مناطه، فأما النظر في دليل الحكم فلا يمكن أن يكون إلا من الكتاب والسنة، أو ما يرجع إليهما من إجماع أو قياس أو غيرهما، وأما النظر في مناط الحكم، فإن المناط لا يلزم أن يكون ثابتاً بدليل شرعي فقط، بل يثبت بدليل شرعي أو بغير دليل".

ويقال مثل ذلك في ترك الدليل في التافه اليسير، لرفع الحرج، فإننا لا نقصد بالدليل النص الذي أفاد الحكم الشرعي، فالحديث ورد بالنهي عن الغرر مطلقاً، فاحتاج مالك إلى استنباط مناط هذا الحديث، ثم تحقيق أي تعميم هذا المناط في الوقائع التي ليس فيها نص حكم للشارع فقال (الموافقات 1: 89): "ليس المراد من الحديث نفي كل ما يطلق عليه غرر لغة، لأنه قد ثبت عن الشارع جواز بيع الجوز واللوز والدور المغيبة الجدران، وفي كل هذا ضرب من الغرر، وإنما المقصود من الغرر في الحديث؛ الغرر الذي يؤدي إلى التنازع ولا يتسامح فيه غالباً، وبذلك أجاز الغرر اليسير الذي لا يؤدي إلى التنازع ويتسامح فيه غالباً، وللأصوليين قاعدة مضمونها أن المعنى المناسب إذا كان جلياً سابقاً للفهم عند ذكر النص صح تحكيمه في النص بالإخراج منه والزيادة عليه"، وقد نص الإمام الغزالي على أن قوله تعالى: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم" يكفي وحده في إثبات وجوب عدالة الشهود، ولو لم يشترط الشارع عدالة الشهود في قوله تعالى "وأشهدوا ذوي عدل منكم" وعلل رأيه هذا بقوله: إن مقصود الشارع من الشهادة هو حفظ الحقوق وصيانتها، ولا تحفظ الحقوق ولا تصان بفاسق، وهذا هو منهج تفسير النص وتخصيصه وتقييده والزيادة عليه بالمعنى المتبادر منه.

وبالمثل فإن إيجاب الغرم على من قطع ذنب بغلة القاضي ليس عملاً بالإجماع أو المصلحة المخالفة للنص الشرعي؛ إذ النص الشرعي كما سبق هو قوله تعالى: "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم" وهو يقضي بأن على المعتدي جزاء اعتدائه، وهذا يفيد أن على المعتدي أن يعرض المعتدى عليه عن الضرر الذي أصابه في ماله نتيجة اعتدائه، فإذا فاتت العين بالكلية فلمالكها طلب كامل القيمة اتفاقاً، أما إذا أدى الاعتداء إلى نقص يسير فيها فليس له طلب القيمة كلها، بل ما يقابل النقص، ثم اختلفوا فيما إذا كان الاعتداء مفوتاً لمنافع العين المقصودة، فمالك يلحق حالة ما إذا ذهب جل منفعة العين، كقطع ذنب بغلة القاضي، بما إذا ذهبت العين بالكلية، لأنه يرى أن مناط الضمان هو الضرر الذي أصاب المالك شخصياً وذلك بحسب الاستعمال

المعدة له العين المعتدى عليها، وهذا استثناء من القاعدة عنده، وهو أن الشخص لا يلزم إلا بقيمة التالف في حد ذاته لا بالنظر إلى مستعمله، فهذا لا يرجع إلى ترك نص شرعي، ويمكن التمثيل لذلك بما إذا امتنع المضارب أو الشريك أو الوكيل في استثمار المال عبر رد رأس مال المضاربة أو حصة الشريك أو المال الموكل في استثماره، في نهاية مدة المضاربة أو الوكالة أو المشاركة، فإنه يعد غاصبا وتقلب يده من يد أمانة إلى يد ضمان، وعلى الغاصب في هذه الحالة رد المال وربح مثله، لأن هذا هو الضرر الفعلي الذي لحق برب المال والشريك والموكل، ويقوي ذلك أن من غصب دارا فلم يسكنها أو أرضا فلم يزرعها غرم أجرة مثلها تعويضا لمالك الدار والأرض عن الضرر الفعلي الذي لحق به؛ لأن المال مخصص لغرض خاص هو التجارة والاستثمار في نظر مالك المال، فيراعى هذا الجانب الشخصي في تقدير التعويض.

والخلاصة أن النص قد دل على قاعدة مضمونها أن المعتدي يلزم بضمان ما أتلّفه، وعند تطبيق هذه القاعدة على حالة ما إذا أدى الاعتداء إلى ذهاب جل منفعة العين كقطع ذنب الدابة التي يركبها القاضي مثلاً نرى الفقهاء يختلفون، فيرى المالكية أنه يضمن الجميع نظرا للفرض الخاص الذي خصص له المال، ويقول الشافعي وأحمد ليس له إلا ما نقص لأنه لا عبرة بالفرض الخاص في تقدير التعويض، ويقول أبو حنيفة في الثوب كقول المالكية في الأكثر، فإذا ذهب النصف أو الأقل باعتبار المنفعة عامة فليس له إلا ما نقص.

وهذا الخلاف لا يرجع إلى الحكم الشرعي الذي دلت عليه النصوص، وإنما إلى تطبيق مناط هذا الحكم في بعض الوقائع والنوازل، ففي قطع ذنب بغلة القاضي، يرى المالكية أن الجاني ملزم بتعويض القاضي عن الدابة كلها، لأن قيمة الدابة كلها قد فاتت، لأن الغرض منها الركوب وقد فات هذا الغرض، ويرى غيره أن الدابة لم تفت كلها، لأنه لم يمكن الانتفاع بها بحسب الغرض العام لا بحسب الاستعمال الخاص.

فالكل متفق على أن الجاني يضمن قيمة ما فات على صاحب العين ثم يختلفون في الفئات في هذه الحالة، فمالك يحكم الاستعمال الخاص، وغيره يحكم الاستعمال العام، فبالنظر إلى القاعدة العامة التي توجب الضمان على المعتدي في حدود النقص فقط سمى المالكية الاستثناء الذي يوجب الضمان لجميع القيمة في هذه المسألة استحساناً، ويمكن التمثيل لذلك بحجم دراسة الجدوى ودورها في الإثبات في عقود الاستثمار الإسلامي مثل المضاربة والمشاركة والوكالة في الاستثمار؛ فالمتعامل، مضارباً أو شريكاً أو وكيلًا يقدم دراسة يحدد فيها نوع النشاط والعائد المتوقع حسب دراسة السوق التي أجراها والخبرات التي ادعاها، واعتماداً على هذه الدراسة يدخل المصرف الإسلامي معه في مضاربة أو مشاركة أو وكالة، ثم يدعي المتعامل الخسارة أو نقص الربح عن الربح الذي أظهرته دراسة الجدوى، فإنه يمكن الحكم بضمان هؤلاء برد رأس المال والربح المتوقع حتى يقوموا بإثبات أن ظرف ما حدث بعد الدخول في المعاملة مع البنك لا يد لهم فيها ولا قدرة لهم على توقعها، أوتلافي آثارها، وذلك لمصلحة حفظ المال، ويقوي ذلك ما قاله مالك في ضمان ما يغاب عليه من الأموال، فقد رأى أن الإثبات على أخذ المال رفعا للخرج والمشقة إذا طلب من صاحب المال أن يقيم هو الدليل على تعدي المضارب أو الشريك أو الوكيل كما يقويه أحد على اليد ما أخذت حتى

المقصد الرابع:

بقاء الحالة على ما وقعت عليه:

مضمون المقصد:

الأصل أن الفعل المخالف للشرع، والذي يعد اعتداء على مصلحة شرعية معتبرة، يمنع منه الفاعل متى أمكن ذلك المنع قبل وصول المخالف إلى غايته، حتى لا تفوت المصلحة بالكلية أو لا تتحقق المفسدة كاملة، والأصل كذلك أنه إذا تم الفعل المخالف،

فإنه يقع باطلاً لا يترتب عليه أي أثر من الآثار التي تترتب على الفعل الموافق للشرع، إلا أنه إذا كان المنع من هذا الفعل المخالف قبل تمامه يسبب للفاعل ضرراً أشد، ويفوت عليه مصلحة أهم من المصلحة التي قصد بالمنع من الفعل المخالف المحافظة عليها؛ فإن المجتهد يفتي بعدم المنع من استمرار الفعل، وحديث البائل في المسجد تنبيه على هذا المعنى، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتركه حتى يتم بوله، لأنه لو قطع بوله لنجست ثيابه ولحدث من ذلك داء في بدنه، فترجح تركه على ما فعل من المنهي عنه على قطعه بما يدخل عليه من الضرر، وبأنه ينجس موضعين، وإذا ترك فالذي ينجسه موضع واحد، وهذه الواقعة تمثل منهجا اجتهاديا تميزت به هذه الشريعة يطبق على ما لا ينحصر من الوقائع والنوازل، في المؤسسات المالية الإسلامية وغيرها.

وكذلك فإن الفقيه يرتب على الفعل الذي وقع مخالفاً بعض الآثار، إذا كان في عدم ترتيب هذه الآثار فوات مصالح أهم أو حدوث أضرار ومفاسد أكبر، وقد وقع التنبيه على ذلك في حديث ترك تأسيس البيت على قواعد إبراهيم، فإن الرسول صلى الله عليه وسلم امتنع عن هدمه وبنائه على قواعد إبراهيم، جاعلاً جميع الأحكام مترتبة على أن هذا هو البيت مع أنه مؤسس على غير قواعد، لأن في هدمه، أو الحكم بعدم جواز التوجه إليه ضرراً أشد ومفسدة أكبر.

وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "أيا امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل باطل باطل"، ثم قوله صلى الله عليه وسلم: "فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من بضعها" وهذا صحيح للمنهي عنه من وجه، ولذلك يقع فيه الميراث ويثبت النسب وتحرم به المصاهرة.

تقرير المقصد:

وفي تقرير هذا الأصل يقول الشاطبي: "ومن واقع منهياً عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغي بحكم التبعية، أي الآثار والنتائج التابعة، لا بحكم

الأصالة، أو مؤد إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي، فيتترك وما فعل من ذلك، أو نجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل، نظراً لأن ذلك الواقع أي من المفسدة واقع أي صادف المكلف فيه دليلاً على الجملة، وإن كان مرجوحاً فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه، لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي، فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليلاً أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن به من القرائن المرجحة، وهذا كله نظراً إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد. (الموافقات 4/205)، وقد طبق ذلك المجتهدون في بعض العقود التي تفقد بعض شروطها، فإنهم يحكمون بتحويلها إلى عقود أخرى صحيحة إعمالاً لقاعدة إعمال إرادة العاقدين خير من إهدارها، فإذا قال رب المال لآخر خذ هذا المال مضاربة وعليك ضمانه ولك كامل ربحه، فهو مضاربة باطلة، ولكن بعض المجتهدين يصححه على أساس أنه عقد قرض، وفي هذا قاعدة مشهورة (العبرة في العقود بالعقود والمباني وليست بالألفاظ والمباني) ومثل ذلك كثير منتشر في أبواب المضاربة والمشاركة والوكالة وبقية عقود المعاملات.

تطبيقات هذا:

1- عدم وقوع الفرقة بعد الدخول في النكاح الفاسد بسبب يرجع إلى الصداق :
الأصل في النكاح الفاسد بسبب يرجع إلى الصداق أن تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه قبل الدخول، غير أن تطبيق هذا المقصد يقضي بالألا تقع الفرقة بعد الدخول، مراعاة لما يقترن بالدخول من الأمور التي ترجح جانب التصحيح. وهناك حالات بطلان لعقد الزواج يفرق فيها بعد الدخول وقبل إنجاب الأولاد، فإن تم الإنجاب فلا تفريق، ولهذا تطبيقات في فقه مالك المبني على أصل اعتبار المقاصد، وعند الحنفية عقد القرض بفائدة فاسد يجب نسخه، فإن أسقط

المقرض الفائدة صح، بل إن لديهم قاعدة عامة في العقود الفاسدة لخلل في وصف العقد لا في أصله فإنها تمضي بعد تنفيذها.

2- التصرف في ملك الغير دون إذنه باطل عند مالك وغيره، رعاية لمصلحة المالك ولكنه يصح إذا أسقط ذلك الغير حقه مع أن الأصل أن الإنسان غير مسلط على التصرف في ملك الغير دون إذن صاحب الحق، لأن إذنه يعني أن له مصلحة في العقد، فالقول بالبطلان مع إذن صاحب الحق تقويت لمصلحته.

3- تنفيذ تصرفات البغاة وأئمة الجور، مع أن الأصل في تصرفاتهم البطلان لعدم الولاية، قطعاً أو ظناً. وهذا حكم يترتب الآثار على التصرف بعد وقوعه، وإن وجب الحكم ببطلان ذلك ابتداءً، وذلك لما في عدم إمضاء هذه التصرفات من المفاسد الراجعة.

4- نفوذ قضاء من تولى القضاء من غير الإمام الشرعي إذا حكم بمقتضى الشرع، وفي هذا يقول العز بن عبد السلام: (القواعد الكبرى 73/1) "ولو استولى الكفار على إقليم عظيم فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة، فالذي يظهر انفاذ ذلك كله، جلباً للمصالح العامة، ودفعاً للمفاسد الشاملة"، فهنا نجد الفقيه يحكم بنفاذ القضاء بعد وقوعه، مع حكمه ببطلان تولية الكفار القضاء لمسلم ابتداءً".

في كل هذه الأفعال نجد أن العمل مخالف، وكان الأصل ألا تترتب عليه آثاره، ولكن لما كان في عدم ترتب هذه الآثار ضرر أشد ومفسدة أعظم حكم الشارع بترتب بعض الآثار نظراً إلى الواقع، ولذا يقول العز بن عبد السلام: (القواعد الكبرى 91/1) " والذي أراه في ذلك أننا نصح تصرفهم-الولاية الفسقة- الموافق للحق مع عدم ولايتهم لضرورة الرعية، كما نصح تصرفات إمام البغاة مع عدم إمامته، لأن ما ثبت للضرورة يقدر بقدرها، والضرورة في خصوص تصرفاته، فلا نحكم بصحة الولاية فيما عدا ذلك، بخلاف الإمام العادل فإن ولايته قائمة في كل ما هو مفوض إلى الأئمة". ويمكن أن نطلق على هذا فقه الواقع المستنبط وفق مقاصد الشريعة.

المقصد الخامس

تقييد الشخص في استعمال حقه

عرض المقصد:

خلاصة هذا المقصد أن المجتهد ينظر إلى مآل استعمال الشخص لحقه الذي قرره له الشارع، فإذا تبين أن الشخص لم يستعمل حقه إلا للإضرار بغيره، وذلك كما إذا كان يستطيع أن يستعمل حقه بطريقة لا تضر أحداً، ولكنه اختار هذه الطريقة بقصد الإضرار بغيره، فإن المجتهد يحكم بالمنع من هذا الفعل عملاً بقاعدة أو أصل اعتبار المآل. أما إذا لم ينحصر استعمال الحق في قصد الإضرار بالغير كأن كان الشخص قاصداً نفعه من الفعل وصحب هذا القصد الإضرار بالغير فإن على الفقيه أن يجري موازنة بين الحقين، وذلك على أساس قوة المصالح التي تستعمل هذه الحقوق لحمايتها، فيقدم مصلحة الجماعة في دفع الأضرار العامة على مصلحة الشخص في استعمال حقه، ويقدم الحق الذي يستعمل محافظة على النفس على الحق الذي يستعمل محافظة على المال، والمصلحة الحاجية على التحسينية، وهكذا كما تقدم في قاعدة الذرائع.

المقصد السادس

الإقدام على المصالح الضرورية أو الحاجية وإن اعترض طريقها بعض المنكرات

عرض المقصد والتمثيل له:

يمكن التمثيل لهذا المقصد بتعاطي البيع والشراء والتعامل مع الناس والإقدام على الزواج مع تعرض المسلم في كل هذه المعاملات لبعض المفسدات والمنكرات، ووقوعه في الشبهات، وذلك لما في ترك هذه المصالح الضرورية والحاجية من الفساد والضرر الذي يربو كثيراً على مصلحة التحرز من المنكرات واتقاء الشبهات، وليعمل المكلف جهده في

تحري وجه الكسب الحلال، أما أن يترك البيع والشراء والزواج والمعاملات حذراً من الوقوع في بعض المناكر التي عمت في الأسواق، وبعداً عن بعض الشبهات في طرق الكسب، فذلك لا يجوز، لأنه ترك لمصلحة أصلية تشوفاً لمصلحة كمالية، والمكمل إذا عاد على أصله بالبطلان لا يلتفت إليه، وفي ذلك يقول الشاطبي: (الموافقات 2/348) " إن الأمور الضرورية أو غيرها من الحاجية والتكميلية إذا اكتفتها من خارج أمور لا ترضي شرعاً، فإن الإقدام على جلب المصالح صحيح على شرط التحفظ بحسب الاستطاعة من غير حرج، كالنكاح الذي يلزمه طلب قوت العيال مع ضيق طرق الحلال واتساع أوجه الحرام والشبهات، وكثيراً ما يلجأ إلى الدخول في الاكتساب لهم بما لا يجوز، ولكنه غير مانع، لما يؤول إليه التحرز من المفسدة أي الزائدة على توقع مفسدة التعرض، ولو اعتبر مثل هذا في النكاح في مثل زماننا لأدى إلى إبطال أصله، وذلك غير صحيح، وكذلك طلب العلم إذا كان في طريقه مناكر يسمعها طالب العلم وإقامة الوظائف الشرعية، إذا لم يقدر على إقامتها إلا بمشاهدة ما لا يرتضي، فلا يخرج هذا العارض تلك الأمور عن أصولها، لأنها أصول الدين وقواعد المصالح، وهو المفهوم من مقاصد الشرع. وهذا هو فقه الواقع المؤسس على نظرية المقاصد الشرعية.

المقصد السابع

أصل تحقيق المناط الخاص

معنى هذا الأصل أن الشارع حكم على أفعال المكلفين مطلقة ومقيدة، وعلى المجتهد إذا عرضت عليه واقعة أن يطبق الحكم الشرعي الوارد فيها عن الشارع مع ملاحظة القيود والملابسات الخاصة بهذه الواقعة، بحيث لا يحكم حكماً واحداً في جميع الظروف والأحوال على هذه الواقعة، وقد مثل الشاطبي لذلك بالزواج، فإن الشارع قد حكم بأنه مطلوب في الجملة، فإذا سئل المجتهد عن حكم الزواج قال: إنه مطلوب طلب الندب، ولكن إذا ابتغاه شخص معين فإنه ينظر إلى ظروفه الخاصة، فإذا تبين له أن هذا

الشخص يتحقق من الوقوع في الزنا إذا لم يتزوج أفتاه بأن الزواج واجب عليه، وإذا تبين له أنه لا يخشى الوقوع في الزنا وهو غير قادر على نفقات الزواج أفتاه بالمنع منه، وهكذا أصل الحكم واحد، وهو أن الزواج مطلوب طلب الندب، ولكن يختلف تحقيق مناطه الخاص في الأفراد بحسب الظروف والملابسات التي تحيط بكل مكلف على حدة، وفي بيان هذه القاعدة يقول الشاطبي: (الموافقات 4/198) "وعلى الجملة فتحقيق المناط نظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية، فهو أي المجتهد يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها، بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف فكأنه يخص عموم التكاليف والمكلفين بهذا التحقيق".

المبحث الثالث

المقاصد التابعة

المقاصد التابعة أصول شرعية أخذت من عدة نصوص وجملة أدلة تفيد في مجموعها ظناً راجحاً قريباً من القطع يكفي مثله في التكليف بمقتضاه، ونطاق تطبيق هذه المقاصد الجزئية قاصر على بعض المجالات التي يتحقق فيها مناطها، فليس لها صفة القطعية والكلية التي تتمتع بها المقاصد الأصلية، وإن كانت المقاصد التابعة تفسر على أساسها بعض النصوص الشرعية ويحكم بها على تصرفات المكلفين في حدود المجال الذي تعمل فيه هذه المقاصد، ويستدل بها على حكم بعض الوقائع والنوازل التي يتحقق فيها مناطها.

وهذه المقاصد في الواقع قريبة من القواعد الفقهية وإن كانت القواعد الفقهية تؤخذ من استقراء الأحكام الفقهية وليست من الأدلة الشرعية، أما المقاصد التابعة فإنه يستدل عليها بعدة نصوص شرعية تفيد نوعاً من العموم والكلية محدوداً بما ينطبق عليه المقصد التابع بطريق غلبة الظن، ولذا كان تفسيرها للنصوص وحكمها على تصرفات

المكلفين محدوداً، وتطبيقها على ما يدخل تحتها ويتحقق فيه مناطها من الفروع والنوازل محل اجتهاد وخلاف بين المجتهدين، وقد اعتمدت في دراسة المقاصد التابعة وتطبيقاتها الفقهية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل أساساً، وإن شاركه غيره من بقية المذاهب في كثير منها، وذلك لما أولاه ابن تيمية مجدد المذهب الحنبلي وتلميذه ابن القيم، من عناية فائقة بفقهاء المقاصد والمصالح الشرعية، واستنباطه لكثير من المسائل بناء عليها مما يمكن وصفه بفقهاء الواقع.

المقصد الأول

التصرف في حق الغير دون إذنه لمصلحته

مضمون المقصد:

إذا دعت الحاجة إلى التصرف في مال الغير أو حقه، وتعذر استئذانه جاز هذا التصرف إذا كان لمصلحة ذلك الغير. وهذا المقصود الشرعي لم يشهد له نص معين، ولكنه ملائم لتصرفات الشرع، ومأخوذ معناه من أدلته. وعلى هذا فهو صحيح يبني عليه ويرجع إليه في تفسير النصوص والحكم على تصرفات المكلفين، ويجري في قوة الاستدلال به مجرى العام المستفاد من الصيغة، فهو يطبق على كل واقعة يتحقق فيها مناطه، دون حاجة إلى دليل خاص من نص أو قياس.

دليل هذا المقصد:

ومن النصوص التي أخذ منها هذا الأصل، حديث عروة بن الجعد البارقى، حيث أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم ديناراً يشتري به شاة، فاشتري شاتين بدينار، فباع إحداهما بدينار، وجاء بالدينار والشاة الأخرى، فباع وأقبض وقبض بغير إذن النبي صلى الله عليه وسلم لتعذر حصوله على هذا الإذن، وظهور الحاجة إلى هذا التصرف لما فيه من المصلحة الراجحة، وقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم تصرفاته هذه، فكان

ذلك الحديث دليلاً على أن كل من تصرف في مال غيره لمصلحة رب المال، وعدم القدرة على استئذانه فتصرفه ماض صحيح، ولا يعد متعدياً بهذا التصرف، ومعيار أو ضابط تعذر الإذن وظهور المصلحة معيار موضوعي لا شخصي، يرجع فيه إلى الشخص العادي في مثل الظروف التي تم فيها التصرف ونوع التصرف وحجمه، ولا يرجع فيه إلى شخص المتصرف وظنه وتقديره الشخصي.

التمثيل لهذا المقصد:

من المصالح الجزئية التي تدخل تحت هذا الأصل، ويتحقق فيها مناطه، ويعد الاستدلال به على حكمها استدلالاً بمقصد شرعي، ما يأتي:

1- لو رأى شاة غيره تموت فذبحها حفظاً لماليتها عليه، كان ذلك تصرفاً جائزاً مشروعاً، ولا يعد متعدياً بالذبح، لأن ذلك أولى من تركها تموت، فإن قيل إن إطلاق النصوص وعموم الأدلة يمنع من ذلك، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه، قيل إن التصرف في ملك الغير دون إذنه إنما حرمه الله لما فيه من الإضرار به، وترك التصرف هنا هو الإضرار، فهذا تفسير للنص في ضوء مقاصد الشريعة وتخصيص له بها، ويطلق بعض الفقهاء على ذلك الاستدلال المصلحة المرسلة، أو الاستحسان بالمصلحة، وهو تطبيق لأصل اعتبار المآل أيضاً، ولهذا تطبيقات في البنوك الإسلامية في تصحيح بعض تصرفات العملاء دون سابق إذن من البنك.

2- لو رأى السيل يمر بدار جاره فبادر ونقب حائطه، وأخرج متاعه فحفظه عليه وحول السيل إلى مكان آخر وتكبد في ذلك نفقة، جاز ذلك، ولم يضمن ثقب الحائط ولزمت الجار النفقة.

3- إذا قصد العدو مال جاره فصالحه ببعضه دفعاً عن بقيته جاز له، ولم يضمن ما دفعه إليه، ولزم الصلح والعتق الجار، وهي نيابة بحكم الشرع أي دون رضا المنوب عنه، بل ولو دون علمه.

4- إذا شبت النار في دار جاره فهدم جانباً منها على النار لئلا تسري إلى بقيتها لم يضمن.

5- ففي كل هذه الفروع نجد أن المصلحة لم يشهد لها نص معين ولا دليل خاص، بل قد يشهد ظاهر النص والدليل على خلافها، وإنما تدخل تحت مقصد شرعي اعتبره الشارع في الجملة بغير نص معين.

المقارنة بين هذا المقصد والفضالة في القانون الوضعي:

وهذا الأصل هو الذي يعبر عنه رجال القانون بالفضالة، والتي عرفتها المادة 188 من القانون المدني المصري بقولها: الفضالة هي أن يتولى شخص، عن قصد، القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك، ثم بينت المادة 195 أثر قيام الشخص بهذا العمل بقولها: "يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل، متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية النافعة التي سوغتها الظروف، ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته".

والشريعة الإسلامية تجعل التضامن بين المكلفين وحماية أرواحهم وأعراضهم وأموالهم فريضة تدخل تحت قوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾، فحماية نفس الغير وعرضه وماله إذا احتاج الغير إلى هذه الحماية واجب ديانةً بل وقضاءً، يحاسب تاركه مدنياً بل وجنائياً، وليس فقط أمراً جائزاً يعفى من الضمان، يقول الشيخ خليل المالكي في باب الصيد: "وضمن ما (أي بصيد أصابه

غيره وبه حياة مستقرة)، أمكنته زكاته فترك (التذكية) كضمان من نفس أو مال"، وهذا يعني المسؤولية المدنية والجنائية عن ترك واجب التعاون على البر والتقوى وحماية مصالح الغير، وقد مثل المالكية لذلك بمن وجد جريحا ينزف فلم يسعفه ولم يحمله إلى أقرب مستشفى أو لم يبلغ عنه، فإنه يغرم دية، وهي دية مغلظة على التارك إذا علم أنه بينه وبين الجريح عداوة، بل أوجب بعضهم القصاص على من ترك حماية نفس الغير مع قدرته على هذه الحماية وتسمى هذه الجريمة "الجريمة بالترك".

المقصد الثاني

جبر الشخص على فعل ما ينفع الغير ولا يضره

مضمون المقصد:

كل فعل لا ضرر فيه على فاعله، وفي المنع منه ضرر بآخر، يجبر عليه الفاعل إذا امتنع منه. وهذا مقصود شرعي لم يشهد له بعينه نص خاص ولا دليل معين، ولكنه ملائم لتصرفات الشرع، ومأخوذ معناه من مجموع أدلته، وعلى هذا فهو صحيح تفسر النصوص على أساسه ويحكم به على فعل المكلف، ويرجع إليه في حكم النوازل والوقائع التي لم يرد فيها بعينها نص حكم من الشارع، وكل مصلحة جزئية تدخل تحته تكون ملائمة لشهادة ذلك الأصل لها، فهي نوع من المصالح، وهذا الأصل جنس لها، وهو جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين، وذلك بإيراد الفروع على وفقه، والالتفات إليه في التشريع.

أدلة اعتبار هذا المقصد والتمثيل له:

ومن الفروع التي أوردها الشارع على وفق هذا القصد، واعتبرت شاهدة له بالاعتبار ما يلي:

1. حكم الشارع بالشفعة للشريك، فإنه لما كان البيع للشريك لا ضرر فيه على المالك، وفي الامتناع عنه بالشريك أجبر عليه المالك. وفي هذا يقول ابن القيم: "فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ إضرار عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي، ويزول عنه ضرر الشركة، ولا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن، وكان هذا من أعظم العدل، وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد" (أعلام الموقعين 2/120).

ويقول: "إنما كان الأصل عدم انتزاع ملك الإنسان منه إلا برضاه، لما فيه من الظلم له والإضرار به، فأما ما لا يتضمن ظلماً ولا إضراراً، بل مصلحة له بإعطائه الثمن، فلشريكه دفع ضرر الشركة عنه. فليس الأصل عدمه، بل هو مقتضى أصول الشريعة، فإن أصول الشريعة توجب المعاوضة للحاجة والمصلحة الراجحة وإن لم يرض صاحب المال".

2. ومن الفروع التي أوردها الشارع على وفق هذا المقصد أيضاً، واعتبرت شاهدة له بالاعتبار نهى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل من أن يمنع جاره من وضع خشبة على جداره، فإن وضع الخشبة هنا ليس فيه ضرر على صاحب الجدار، وفي المنع منه ضرر على الجار، فأجبر الجار عليه.

3. إجبار مالك الأرض على إمرار الماء فيها لجاره، مادام ذلك لا يضره والمنع منه يضر بالجار، وبذلك أفتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فالفتوى بإمرار الماء في أرض الجار، فتوى على أساس مقصود الشارع الذي لم يشهد له نص معين ولم يدل عليه بذاته دليل خاص، ولكنه ملائم لتصرفات الشارع، وداخل تحت جنس اعتبرته النصوص في الجملة.

المقصد الثالث

الجبر على المعاوضة رفعا للضرر

مضمون المقصد وأمثله:

مضمون هذا المقصد هو جواز الإيجار على المعاوضة لدفع ظلم أو منع ضرر، وتطبيقا لهذا المقصد أفتى الحنابلة، وتابعهم غيرهم في ذلك، بأنه إذا تهدم الحائط المشترك، فالمذهب إيجار الممتنع من الشريكين على البناء مع الآخر. وأنه إذا انهدم السقف الذي بين سفلى أحدهما وعلو الآخر فنذكر الأصحاب في الإيجار روايتين، والمنصوص ها هنا أنه إن انكسر خشبه فيه فبناؤه بينهما، لأن المنفعة لهما جميعا، و**ظاهرة الإيجار**، وأن القناة المشتركة إذا انهدمت فقد نص أحمد على الإيجار على العمارة، وأن ما يقبل القسمة من الأعيان إذا طلب أحد الشريكين قسمته أجبر الآخر عليها، وعلى التزام كلفها ومؤونها لتكميل نفع الشريك، فأما ما لا يقبل القسمة، فإنه يجبر أحدهما على بيعه إذا طلب الآخر بيعه، نص أحمد على ذلك، وكذا نقل حنبل عن أحمد أنه قال: " كل قسمة منها ضرر لا أرى أن يقسم؛ مثل أرض أو دار في قسمتها ضرر، ويقال لصاحبها إما أن تشتري، وإما أن تترك إذا كان هذا ضررا.

في كل هذه الفروع نجد أن المالك يجبر على المعاوضة، وذلك دفعا لضرر الشريك، والشارع يقصد رفع الضرر، فالشريك الذي يتضرر من انهدام القناة أو الجدار، ويتعذر عليه الانتفاع بملكه، يستطيع أن يجبر الشريك على أن يعاوض، ومعني هذا أن الشريك يدفع أجرة الإصلاحات اللازمة، أو أجرة إعادة بناء الحائط أو حفر القناة، فهو إذن مجبر على الالتزام بأن يتعاقد مع صانع على أن يصلح الجدار أو يعيد بناء البئر، وإذا لم يفعل فالشريك الآخر أن يجري المعاوضة ويمنعه من استعمال حقه حتى يدفع نصيبه من النفقات، وكذلك يجبر المالك على بيع ملكه الذي لا يمكن قسمته دون ضرر عليه، دفعا للضرر عن شريكه، فإن امتنع أجبره الحاكم.

دليل هذا المقصد:

النوازل السابقة غير منصوص على حكمها، والمصلحة فيها غير مشهود لعينها بالاعتبار، ولكنها مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع، وذلك لأنها داخلة تحت جنس

اعتبره الشارع في الجملة، فهي راجعة إلى مقصد أو أصل شرعي، أخذ معناه من أدلة الشرع، واستقرئ من مجموع نصوصه، ذلك الأصل هو أن الإيجاب على المعاوضات لإزالة الضرر مقصود شرعا. فقد أجبر الشارع المالك على البيع للجار أو للشريك الطالب للشفعة، وهو إجبار على المعاوضة لإزالة الضرر، وطلب من صاحب النخلة التي كانت في ملك آخر أن يبيعها منه أو يهبها إياه، فلما امتنع قال له النبي صلى الله عليه وسلم أنت مضار، وأجاز لصاحب الأرض أن يقلع النخلة.

فهذه النصوص شاهدة لأصل كلي مقصود للشارع، أو عام استقرائي، مفاده أن الإيجاب على المعاوضة جائز لدفع ظلم أو منع ضرر، أو بعبارة أخرى جائز للحاجة أو الضرورة، وإن كان الأصل أن ملك الشخص لا ينتقل عنه إلا برضاه، ولكن المقصد الشرعي قد فسر النصوص الدالة على ذلك الأصل.

الفتاوى الصادرة على أساس هذا المقصد:

ومن الفتاوى التي ترجع إلى هذا الأصل الشرعي ما يلي:

أولاً: بذل المنافع بأجرة المثل:

نسب لأتباع أحمد رحمه الله، أنه يجوز إجبار المالك على أن يسكن في ملكه من لا مأوى له، إذا كان فيه فراغ يتسع له. قال ابن القيم: "فإذا قدر أن قوما اضطروا إلى السكنى في بيت إنسان لا يجدون سواه، أو النزول في خان مملوك... وجب على صاحبه بذله بلا نزاع، لكن هل له أن يأخذ عليه أجرا؟ فيه قولان للعلماء، وهما وجهان لأصحاب أحمد، ومن جوز له أخذ الأجرة حرم عليه أن يطلب زيادة على أجرة المثل." (الطرق الحكمية ص 239) وهذا ما يحدث في أوقات الكوارث والنكبات كالفيضانات والزلازل والأوبئة.

و قد قرر ابن القيم أن هذه الفتوى سندها قصد الشارع أو المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع، وبين الأصل الكلي الذي تدخل هذه المصلحة الجزئية تحته، ثم ذكر الشاهد بالاعتبار لهذا الأصل الكلي فقال:

"و قد ثبت في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم منع من الزيادة على ثمن المثل في عتق الحصة من العبد المشترك، فقال: من أعتق شركا له في عبد، وكان له من المال ما يبلغ ثمن العبد، قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط، فأعطى شركاؤه حصصهم، وعتق عليه العبد... وصار هذا الحديث أصلا في جواز إخراج الشيء من ملك صاحبه قهرا بثمنه للمصلحة الراجحة، كما في الشفعة." (الطرق الحكمية ص 238)

ثانياً : تكليف أصحاب المهن والحرف بأجر المثل

و من الفتاوى التي ترجع إلى هذا المقصود الشرعي، ما ذكره ابن القيم من أن الناس إذا احتاجوا إلى صناعة طائفة كالفلاحة والنساجة والبناء وغير ذلك، فلولي الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة مثلهم، يقول ابن القيم: " فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك." (الطرق الحكمية ص 226) ويقول: " فالمقصود أن الناس إذا احتاجوا إلى أرباب الصناعات كالفلاحين وغيرهم، أجبروا على ذلك بأجرة المثل، وهذا من التسعير الواجب، فهذا التسعير في الأعمال." (الطرق الحكمية ص 232)

ثم يبين ابن القيم وجه رجوع هذه المصلحة إلى مقصود شرعي مأخوذ من نصوص الشريعة فيقول: " وفي السنن أن رجلا كانت له شجرة في أرض غيره، وكان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة، فشكا ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فأمره أن يقبل بدلها أو يتبرع له بها، فلم يفعل، فأذن لصاحب الأرض أن يقلعها، وقال لصاحب الشجرة إنما أنت مضار... وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها أن يقلعها لما في ذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأذيه بدخول صاحب

الشجرة، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة، وإن كان عليه في ذلك ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما. فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه، والمقصود أن هذا دليل على وجوب البيع لحاجة المشتري، وأين حاجة هذا في حاجة عموم الناس إلى الطعام وغيره، والحكم في المعاوضة على المنافع إذا احتاج الناس إليها، كمنافع الدور والطحن والخبز وغير ذلك حكم المعاوضة على الأعيان. (الطرق الحكيمة 243).

فإجبار المالك على أن يسكن في ملكه من تدعو الحاجة إلى سكنه، مع أخذ الأجرة العادلة دون استغلال حاجة المحتاج، وإجبار أرباب المهن الذين يحتاج الناس إليهم، مع تحديد أجرة عادلة، مقصود للشارع ومصلحة ملائمة لتصرفات الشرع، وراجعة إلى أصل شرعي لم يشهد له نص معين، ولكنه مأخوذ باستقراء نصوص من الشريعة وتتبع أحكامها. فجواز إخراج الشيء من ملك صاحبه للمصلحة العامة الراجعة، وكذلك القول بإلزام صاحب الصنعة على بذل عمله لمن يحتاج إليه بأجرة عادلة، ويجمعهما الإجماع على المعاوضة لإزالة الضرر، أو لتحصيل المصلحة الراجعة مقصود للشارع، وهو أصل شرعي لم يشهد له نص معين، ولكنه ملائم لتصرفات الشرع، ومأخوذ معناه من أدلته، وعلى ذلك فهو صحيح يبني عليه ويرجع إليه، ويجري في قوة الاحتجاج به، والتفريع على وفقه مجري العموم المستفاد من الصيغة، وبذلك يطبق على كل واقعة غير منصوص على حكمها، إذا تحقق فيها مناط هذا المقصود الشرعي أو الأصل الكلي، أو كانت فرداً من أفراد هذا العام الاستقرائي، دون حاجة إلى نص خاص يدل على حكمها لفظاً، أو يؤخذ من معقوله بطريق القياس الذي يفترض أن يساوي فيه الفرع الأصل في عين الحكم والعلة.

ثالثاً: جواز التسعير

ومن المصالح الجزئية الراجعة إلى هذه المصلحة الكلية أو المقصد الشرعي جواز التسعير إذا تعدى التجار ثمن المثل واستغلوا حاجة الناس إلى ما بأيديهم من السلع، فإنهم يجبرون على المعاوضة للمصلحة الراجعة، أو لرفع الضرر العام، وأما إذا كان التجار يبيعون بأسعار عادلة أملتها ظروف العرض والطلب، ولم تكن نتيجة تدخل منهم بقصد الاستغلال والحصول على الربح المحرم، فإنه ليست هناك حاجة إلى التسعير، لأن التسعير في هذه الحالة لا يرفع ظملاً عن طائفة المستهلكين، وإنما يوقع الظلم على التجار، والشارع لا يريد ظلم طائفة على حساب طائفة أخرى، وبذلك لا يتحقق فيه مناط مقصود الشارع أو المصلحة الكلية، لأن مضمون هذا المقصود أو هذه المصلحة هو أن الإجبار على المعاوضة يجوز للمصلحة الراجعة، أو لدفع الظلم، أو لمنع الضرر الأكبر، وكل هذا لا يتحقق إذا كان التجار يبيعون بالأسعار العادلة دون تعد أو جشع.

يقول ابن القيم: (الطرق الحكمية ص 223) وأما التسعير فمنه ما هو ظلم محرم، ومنه ما هو عدل جائز، فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز بل واجب.

فأما القسم الأول: فمثل ما روى أنس قال: غلا السعر على عهد النبي صلى الله عليه وسلم، فقالوا يا رسول الله لو سعرت لنا، فقال: ((إن الله هو القابض الرازق الباسط المسعر، وإنني لأرجو أن ألقى الله ولا يطالبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال)). رواه أبو داود والترمذي وصححه. فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم، وقد ارتفع السعر إما لقلّة الشيء المعروض، وإما لكثرة الخلق، فهذا إلى الله، فالإزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق. وأما الثاني، فمثل أن يمتنع

أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، والتسعير هنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به. (الطرق الحكمية ص 224)

ولقد تكلم ابن القيم بعد ذلك عن بعض أحكام التسعير، وذكر مواضع الخلاف والاتفاق بين الأئمة فيه، ثم خرج من ذلك بأن الخلاف بين الفقهاء إنما هو في غير حالة الضرورة. والحاجة العامة منزلة منزلة الضرورة. إذ أن الكل متفق على جوازه في تلك الحالة الأخيرة (الطرق الحكمية 223).

رابعاً: المنافسة غير المشروعة

ومن تطبيقات هذا المقصد أو الأصل منع المنافسة غير المشروعة، فقد أفتى الحنابلة أيضاً بالمنع من كل صور المنافسة غير المشروعة، والتي تؤدي إلى التحكم في أقوات الناس، وتمنع من المنافسة الحرة في التجارة. ومن ذلك:

1. شرط منع المنافسة في عقد الإيجار

يقول ابن القيم: (الطرق الحكمية ص224)" ومن أقبح الظلم إيجار الحانوت على الطريق أو في القرية بأجرة معينة، على أن لا يبيع أحد غيره. فهذا ظلم حرام على المؤجر والمستأجر، وهذا نوع من أخذ أموال الناس قهراً، وأكلها بالباطل، وفاعله قد تحجر واسعاً، فيخاف عليه أن يحجر الله عليه رحمته، كما حجر على الناس فضله ورزقه".

2. حق البيع الحصري

ومن ذلك أن يلزم الناس ألا يبيع الطعام أو غيره من الأصناف إلا أناس معروفون، فلا تباع تلك السلع إلا لهم، ثم يبيعونها هم بما يريدون، فلو باع غيرهم ذلك منع وعوقب،

فهذا من البغي في الأرض والفساد والظلم، وهؤلاء يجب التسعير عليهم، وألا يبيعوا إلا بقيمة المثل، ولا يشتروا إلا بقيمة المثل، بلا تردد في ذلك عند أحد من العلماء".

3. احتكار الخدمات

ومن هنا منع غير واحد من العلماء كأبي حنيفة وأصحابه القاسمين الذين يقسمون العقار وغيره بالأجرة أن يشتركوا، فإنهم إذا اشتركوا والناس يحتاجون إليهم أغلوا عليهم الأجرة، قلت: وكذلك ينبغي لوالي الحسبة أن يمنع مغسلي الموتى والحمالين من الاشتراك لما في ذلك من إغلاء الأجرة عليهم، وكذلك اشترك كل طائفة يحتاج الناس إلى منافعهم كالدالين وغيرهم... والمقصود أنه إذا منع القاسمون ونحوهم من الشركة لما فيه من التواطؤ على إغلاء الأجرة فمنع البائعين الذين تواطؤوا على ألا يبيعوا إلا بثمن مقدر أولى وأحرى.

4. احتكار المنتجين والمستوردين

إذا كانت الطائفة التي تشتري نوعاً من السلع أو تتبعها قد تواطأوا على أن يهضموا ما يشترونه، بحيث يشترونه بدون ثمن المثل، وبيعونه بأكثر من ثمن المثل، ويقتسموا ما يشتركون فيه من الزيادة كان إقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان... ولا ريب أن هذا أعظم عدواناً من تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي.

فهذه صور ثلاث تقتضي المصلحة المنع منها، الصورة الأولى، اشتراط عدم المنافسة في عقد الإيجار أو البيع، فذلك شرط باطل وفعل محرم، ويعاقب من يلجأ إلى هذه الطريقة من تقييد حرية التجارة والمنافسة الشريفة.

والصورة الثانية: الاتفاق بين طائفة معينة على احتكار خدمة من الخدمات، وتناضي أجر معين في مقابل الخدمة التي يؤديها كل فرد من هذه الطائفة، وذلك على حساب من يحتاجون إلى خدمات هذه الطائفة، فلو أن أطباء العيون اتفقوا فيما بينهم على أن

يتقاضى الطبيب عشرين ديناراً نظيراً للكشف على مريضه، فإن هذا الاتفاق باطل، ومعصية فيها عقوبة تعزيرية. وكذلك الحال في كل طائفة يحتاج الناس إلى خدماتها.

والصورة الثالثة: اتفاق منتجي سلعة معينة، أو من يتعاملون فيها بالبيع والشراء، على البيع أو الشراء بثمن معين، إضراراً بمن يتعاملون معهم، وهذا فعل غير مشروع، لما فيه من الإضرار بالعامّة، فيجب أن يمنع منه ولي الأمر، وأن يفرض العقوبة جزاء لكل من يحاول أن يلجأ إليه لاستغلال حاجة المسلمين، بل إن بعض الفقهاء كأبي حنيفة يمنع الذريعة إلى هذا التواطؤ، ويقيم مظنة الاتفاق مقام الاتفاق، وذلك بالمنع من الشركة بين أفراد الطائفة الواحدة، وذلك لأن هذا الاشتراك وإن لم يكن قاطعاً في الدلالة على التواطؤ، إلا أنه غالباً ما يقصد به ذلك.

وهذه هي صور المنافسة غير المشروعة والاحتكار الممنوع الذي نصت القوانين الحديثة على منعها، والعقوبة عليها، وبذلك يكون الفقه الإسلامي قد وضع أساس نظام تجاري واقتصادي يضارع أحدث النظم التي لجأت إلى تجريم مثل هذه الأفعال.

المقصد الرابع

منع التعسف في استعمال الحقوق

يذكر ابن رجب الحنبلي عدة فتاوى في الفقه الحنبلي استنبطت من مقاصد الشريعة، وكان مبناها مصالح ملائمة لجنس تصرفات الشرع، وإن لم يوجد نص يشهد لعين كل فتوى منها بالاعتبار، والمقصد الذي ترجع إليه هذه الفتاوى هو ما ثبت في الشرع، ودلت عليه تصرفاته، من أن الشخص مقيد في استعمال حقه بعدم الإضرار بالغير، فإذا ترتب على استعمال حقه الجائز له بمقتضى الشرع، إلحاق ضرر بالغير، فإنه يمنع من استعمال حقه أو على الأقل يلزم بتعويض الغير عما أصابه من ضرر نتيجة استعماله لحقه، وذلك أن كل من له حق مقرر بمقتضى الشرع، فإنه يقيد في استعماله برعاية

مصالح الغير، فعليه أن يستعمل هذا الحق بالطريقة، وفي الظروف التي لا يلحق الغير منها ضرر، وإليك ما يقوله ابن رجب الحنبلي في تقرير هذا المقصود الشرعي أو الأصل الكلي الذي تدخل هذه الفتاوى تحته. يقول: (القواعد لابن رجب ص111) "التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد، لم يجز، ولم ينفذ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه".

فأنت تراه يطبق أصل منع الشخص من إساءة استعمال حقه على حق أحد المتعاقدين في فسخ العقد الجائز، ويرى أنه وإن كان للعاقِد الحق في أن يفسخ العقد، إلا أنه ليس له أن يفسخه متى شاء، وكيف شاء، ولو ترتب على هذا الفسخ فوات مصلحة للعاقِد الآخر، أو لشخص ثالث يؤدي الفسخ إلى الإضرار بمصالحه، وذلك لأن استقراء نصوص الشريعة يفيد أن الشارع يقصد المنع من الأمر الجائز إذا كان يؤدي إلى الحرام، والإضرار بالمسلم حرام، ويجب التنبية إلى أن صاحب الحق كان يمكنه أن يستعمله بطريقة لا تضر العاقِد الآخر، ولكنه اختار الطريقة التي تضر غيره، فكأنه قصد الإضرار، أو على الأقل قصر في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الإضرار بالغير.

وهذه المصلحة الكلية، أو المقصد الشرعي، مأخوذ من نصوص الشريعة، وقد عهد من الشارع الالتفات إليه، والتفريع عليه، فكان على الفقيه أن يسلك مسلك الشارع، وأن يفرع على هذا الأصل كل ما يجد من الوقائع التي لا يمكن معرفة حكمها من النص لفظاً، أو من معقوله قياساً، وهو إذ يفعل ذلك فإنما يحقق مقصداً شرعياً لم يعرف من نص واحد، ولم يؤخذ من أصل معين، وإنما عرف من مجموع نصوص، وجملة أدلة، ويمكن تطبيق هذا المقصد في معاملات البنوك الإسلامية وخصوصاً في عقود الوكالات والمشاركات والمضاربات، حيث إن هذه العقود مما يجوز لأحد عاقدتها أن يفسخها، فيطبق هذا المقصود الشرعي في فسخ هذه العقود.

وفي بيان أن هذا الأصل ملائم لتصرفات الشارع. يقول ابن رجب: (القواعد لابن رجب ص112)

هذا، أي منع التعسف في استعمال الحق، هو الأليق بمذهبنا، وإنه لا يحل لأحد المتعاقدين في الشركة والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه، لأنه ذريعة إلى غاية الإضرار، وهو تعطيل المال عن الفوائد والأرباح، ولذلك لا يملك عندنا فسخها ورأس المال قد صار عروضاً، وحاصله هو أنه لا يجوز للمضارب الفسخ حتى ينض رأس المال أو يحوله إلى نقود، ويعلم به ربه، لئلا يتضرر بتعطيل ماله عن الربح، كما ذكر أنه في الفضولي أن المالك لا يملك الفسخ إذا توجه المال إلى الربح، ولا يسقط به حق العامل، وهو حسن جار على قواعد المذهب في اعتبار المقاصد وسد الذرائع.

ولقد طبق ابن رجب هذه المصلحة الكلية أو المقصود الشرعي على بعض العقود التي يجوز لأحد العاقدين أن يفسخها، مقررًا أن الفسخ لا ينفذ في حق العاقد الآخر، أو الأجنبي الذي يتأثر بالفسخ، ومن هذه العقود الوكالة في بيع الرهن، ففي وجه لا يجوز عزل الوكيل لأن فيه تغريباً للمرتهن، فإذا عزله لم ينعزل، وعقد الجعالة إذا فسخته انفسخ واستحق العامل أجره المثل، وطبق ذلك على فسخ عقد المساقاة، والمزارعة، والمضاربة، والشركة، والوكالة، بل وقد طبق ذلك على حق الرد المقرر لمصلحة الموصى له.

ففي كل نازلة من هذه النوازل يكون سند الفتوى هو المقصد الشرعي أو المصلحة المرسلة، ولكنها كما قلنا، مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع فإذا لم يشهد النص لعينها، فقد شهد لها مقصد شرعي وأصل كلي، والأصل الكلي إذا صار قطعياً قد يساوي الأصل المعين، وقد يربى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه، كما قرر ذلك فقهاء المالكية، وعلى رأسهم الشاطبي رضي الله عنه.

المقصد الخامس

وجوب بذل الأعيان والمنافع دون عوض:

مضمون المقصد:

مضمون هذا المقصد هو أن كل ما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به، من الأعيان ولا ضرر في بذله لتيسره، وكثرة وجوده، أو من المنافع المحتاج إليها يجب بذله مجاناً بغير عوض. وهذا المقصد الشرعي شهدت له النصوص في الجملة فجاز الاحتجاج به والتفريع على أساسه وإعطاء الأحكام بناء عليه، فهو إذاً جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين، وكل واقعة جزئية لا نص فيها بعينها، وتحقق فيها مناط هذا المقصد، حكم فيها بحكم هذا المقصد، وكانت المصلحة فيها مصلحة ملائمة لهذا المقصد.

شواهد المقصد والتفريع عليه:

أما شواهد هذا المقصد فهي:

ما ثبت في صحيح مسلم من النهي عن بيع الهر. وما روي عنه صلى الله عليه وسلم النهي عن منع الجار جاره من وضع الخشبة على جداره، وما روي من النهي عن منع فضل الماء ليمنع به الكلاً.

ومن الفروع التي أخذ فيها الحنابلة بهذا المقصد على ما يقوله ابن رجب: "إعارة الحلي، فظاهر كلام أحمد وجماعة من الأصحاب وجوبه، واختار بعضهم وجوب بذل الماعون، وإعارة الفحل للضراب.. وضيافة المجتازين، فإن المذهب وجوبها". (القواعد لابن رجب

(288

فالحكم في هذه الوقائع وغيرها كثير كان على أساس تحقيق مقاصد الشارع، وكان لمصلحة لم يشهد لها نص معين، ولكنها داخلة تحت جنس اعتباره الشارع في الجملة.

المقصد السادس

المعاملة بنقيض المقصود

مضمون المقصد:

مضمون هذا المقصد هو أنه إذا قصد المكلف بالسبب الممنوع ما يتبعه من المصلحة عوقب بنقيض قصده: وقد أفتى الأئمة بالفتاوى الآتية بناء على هذا المقصد الشرعي:

1. الفارّ من الزكاة قبل تمام الحول بتتقيص النصاب، أو إخراجه عن ملكه، تجب عليه الزكاة.
2. المطلق في مرضه لا يقطع طلاقه حق الزوجة من إرثها منه، إلا أن تنتفي التهم بسؤال الزوجة ونحوه.
3. قتل الموصى له الموصى بعد الوصية يبطل الوصية، عند بعض الفقهاء.
4. السكران بشرب الخمر عمدا يجعل كالصاحي في أقواله وأفعاله فيما عليه من حقوق.
5. تخليل الخمر لا يفيد حله، ولا طهارته على المذهب الصحيح عند الحنابلة.
6. الغال في الغنيمة يحرم أسهمه منها على إحدى الروايتين عند الحنابلة.
7. من تزوج امرأة في عدتها حرمت عليه على التأبید، على رواية عند الحنابلة.
8. من اصطاد صيدا قبل أن يحل من إحرامه لم يحل له، وإن تحلل، حتى يرسله ويطلقه.

9. إذا قتل الغريم غريمه فإنه لا يحل دينه عليه بخلاف ما لو مات، وهو وجه مخرج عند الحنابلة.

هذه فتاوى كان سند الفتوى فيها المصلحة المقصودة للشارع، ذلك أن المصلحة في هذه الفروع لم يشهد لها نص معين حتى يمكن القياس عليه. ولكن شهدت لجنسها نصوص الشريعة في الجملة، فهذه الفروع وإن لم يعتبرها النص المعين، فقد شهد لها أصل كلي يعبر عنه ابن رجب بقوله: "من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجب على وجه محرم، وكان مما تدعو النفوس إليه ألغى ذلك السبب، وصار وجوده كالعدم، ويترتب عليه أحكامه". (القواعد لابن رجب ص229) وليس هناك نص يشهد لعين هذه المصلحة، وإنما أخذت هذه المصلحة الكلية أو المقصد الشرعي من مصادر الشريعة ومواردها.

وأهم النصوص التي تشهد لهذا المقصد أو المصلحة هو منع الشارع القاتل من الميراث، فإن القتل سبب يفيد الملك للقاتل بالميراث، وهو مما تدعو إليه النفوس، وقد كان قتل الوارث مورثه فعلا محرما، فلم يترتب على هذا السبب أثره، وبعبارة أخرى، فإن الموت وإن كان سببا للميراث، فإنه لما وقع هذا السبب على وجه محرم، كان كالعدم ولم يترتب عليه أثره. وبذلك يكون الشارع قد اعتبر هذا المقصد بإيراده هذا الفرع على وفقه، فمنع القاتل الميراث دليل على اعتبار الشارع أن السبب تبطل سببيته إذا أتى المكلف به على وجه محرم، ويمكن تطبيق هذا على بيع العينة وعقود التورق المصرفي المنظم، فهذه العقود أسباب شرعية لنقل الملك من البائع إلى المشتري، ولكن لما خالف قصد المكلف فيها (البائع والمشتري) فيها قصد الشارع في شرعها كانت محرمة بهذا القصد، لأن مخالفة قصد الشارع حرام و لم تغد الملك لبطانها وذلك مع حرمتها.

المقصد السابع

اعتبار السبب الباعث على التصرف في الحكم على صحته

اعتبار الأسباب في عقود التمليكات، كاعتبارها في الأيمان، مقصود للشارع. ومعنى هذا المقصد الشرعي أن السبب الباعث على العقد الذي يفيد الملك يعتبر في الحكم على صحة العقد وبطلانه، وتحديد نطاقه، فالسبب الذي دعا المتعاقد إلى العقد، والذي يظهر من ظروف العقد والقرائن المحققة به هو المحكم، كما هو الحال بالنسبة إلى الأيمان وغيرها من الأعمال والتصرفات.

وهذا مقصد شرعي لم يشهد له نص معين، ولكن أخذ معناه من مجموع أدلة الشريعة، بحيث أعطت هذه الأدلة معنى القطع فيه. ولقد أفتى الحنابلة وغيرهم في بعض النوازل التي عريت عن النص الشرعي الذي يدل على حكم الواقعة بلفظه، أو بمعناه عن طريق القياس، بمضمون هذا المقصد، بناء على أن الحكم في هذه النوازل يحقق قصد الشارع ومصلحة لم يشهد لها نص معين، ولكنها داخلة تحت هذا المعنى الذي اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين.

يقول ابن رجب: " ويخرج على هذا (المقصد) مسائل متعددة: منها مسائل العينة، ومنها هدية المقترض قبل الأداء، فإنه لا يجوز قبولها ممن لم يجز له منه عادة، ومنها هدية المشركين لأمير الجيش، فإنه لا يختص بها على المذهب بل هي غنيمة أو فيء على اختلاف الأصحاب، ومنها هدايا العمال. أي موظفي الدولة قال أحمد في الهدايا التي تهدي للأمير فيعطى منها الرجل: " هذا هو الغلول، ومنع الأصحاب من قبول القاضي هدية من لم تجر له العادة بهديته له قبل ولايته، ومنها هبة المرأة زوجها صداقها إذا سألتها ذلك، فإن سببها طلب استدامة النكاح، فإن طلقها فلها الرجوع فيما نص عليه أحمد، ومنها الهدية لمن يشفع له بشفاعته عند السلطان ونحوه فلا يجوز، لأنها كالأجرة، والشفاعة من المصالح العامة، فلا يجوز أخذ الأجرة عليها."

فسند الفتوى في كل هذه الفروع هو مقصد شرعي أو مصلحة مرسله، أي مصلحة لم يشهد النص لعينها حتى تكون ثابتة بطريق القياس، وإنما هي مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع، وراجعة إلى أصل اعتبره الشارع في الجملة. ذلك المقصود هو أن التصرف يفسر، وتجري أحكامه بناء على السبب الباعث الذي دفع العاقد إلى التعاقد، فإذا كان الباعث حراما كقصد الربا، فإن أعمال هذا الباعث يقضي ببطلان بيع العينة والتورق المصرفي المنظم وهدية المقترض للمقرض، وإذا كان السبب الباعث للمشركين على إهداء الأمير أنه أمير الجيش، وليس شخصا عاديا، كان ما أخذه جزءا من الغنائم، وإذا كان الباعث الدافع لصاحب الحاجة إلى أن يهدي القاضي أو العامل هو قضاء حاجته أو الحكم لصالحه، فإن هذا السبب الدافع يقضي بحرمة هذه الهدية، وهكذا فهنا نحكم الباعث الدافع إلى الفعل دائما، ولا ننظر فقط إلى الظاهر، والمهم أن هذا السبب لا بد أن يظهر، إما من القرائن المحيطة كالهديّة من المدين للدائن الذي لم تجر عادة المدين بالإهداء إليه، وكالإهداء لأمر الجيش، أو يثبت بغير ذلك من القرائن والأدلة.

وفي بيان قيمة السبب الباعث أو القصد في العقود يقول ابن القيم: " القصد روح العقد ومصحه ومبطله، فاعتبار المقصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تتراد لأجلها." (إعلام الموقعين 3/ 106)

ويقول: " وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها، أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما، وصحيا أو فاسدا، وطاعة أو معصية، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة، صحيحة أو فاسدة، ودلائل هذه القاعدة تفوق الحصر." (إعلام الموقعين 3 / 108).

دليل المقصد:

وإنما كان هذا الأصل مقصوداً للشارع لأن الشارع أورد الفروع على وفقه، والتفت إليه في التفريع وتشريع الأحكام: فقد ورد النهي عن بيع العينة، وعن هدية المدين، وذلك التفاتا إلى السبب الباعث، فكان الالتفات إليه في جميع الأبواب كذلك، وهذا هو شأن المقاصد الشرعية والمصالح الكلية، فإنه لما أقام الشارع الخلوة بالأجنبية مقام الزنا في الحرمة، ومقام الوطء في إيجاب نصف الصداق، وأقام الإيلاج مقام الإنزال في أحكام كثيرة، وجعل حافر البئر في محل العدوان كالمردى فيها، حكمنا بإقامة المظنة مقام المظنون أصلا كليا وقاعدة مطردة، وحكمنا بإقامة مظنة القذف وهو الشرب مقام القذف، فأعطيناه حكم القذف وهو الجلد ثمانين للشارب.

ولما رأينا الشارع في تصرفاته يقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، في المنع من تلقي الركبان، ومن بيع الحاضر للبادي، وفي الحدود والقصاص، ووجوب الجهاد، وغير ذلك مما فيه تقوية مصلحة خاصة لحفظ مصلحة عامة، قلنا بذلك أصلا كليا أو مقصداً شرعياً، وقاعدة مطردة، فضمننا الصانع، وإن أمكن عدم خيانة البعض تقديمًا لمصلحة عامة لأرباب السلع، وأجزنا إتلاف ما حصلت به الجريمة من الأموال، تحصيلًا للمصلحة العامة أيضا.

ولما وجدنا الشارع يقدم المصلحة الأصلية على المصلحة المكملة عند التعارض قدمنا مصلحة إقامة الإمام على مصلحة توافر الاجتهاد فيه إذا خلا الزمان عن مجتهد، وهكذا فالمقصد الشرعي أو المصلحة العامة تعني أصلا كليا اعتبره الشارع، بأن أورد الفروع على وفقه، وشهدت له نصوصه في الجملة.

المقصد الثامن

عدم نفاذ تبرعات من عليه حق إضرارا بصاحب الحق

مضمون الأصل ودليله:

الأصل أن الإفلاس يترتب عليه حكمه إذا حكم به القاضي بناء على زيادة ديون المفلس على حقوقه وثبت الحكم، غير أن بعض الحنابلة أفتى بأن التبرعات المالية كالوقف والصدقة والهبة، إذا تصرف بها الشخص وعليه دين ولم يكن قد حجر عليه، وإنما تقدم الغرماء مطالبين بديونهم، فإن هذه التصرفات لا تنفذ في حق الدائنين، ما دامت قد وقعت بعد المطالبة، أي بعد رفع دعوى الحجر وقبل صدور الحكم به، وتسمى هذه الفترة بفترة الريبة في القانون التجاري، ويطبق على هذه الحالة " الإفلاس الفعلي " .

وهذه الفتوى لا سند لها من نص معين يدل عليها بلفظه، ولا يشهد لوجه المصلحة فيها نص معين، يمكن قياسها عليه، ولكنها مصلحة راجعة إلى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير نص معين. ودليل هذا الاعتبار ما نص عليه أحمد رحمه الله تعالى في رواية حنبل، فيمن تبرع بماله بوقف أو صدقة وأبواه محتاجان أن لهما رده، واحتج بالحديث المروي في ذلك، كما أنه نص على أن من أوصى لأجنب وله أقارب محتاجون، فإن الوصية ترد عليهم، فتخرج من ذلك أن من تبرع وعليه نفقة واجبة لو ارث أو دين ليس له وفاء أن يرد... ونقل ابن منصور عن أحمد فيمن تصدق عند موته بماله كله، قال: " هذا مردود، لو كان في حياته لم أجوز له إذا كان له ولد. " (القواعد لابن رجب ص14)

فعدم نفاذ التبرع الصادر من المدين بعد رفع الدعوى بطلب الحجر، وقبل صدور الحكم بالتقليص مقصود شرعي أو مصلحة لم يشهد لها نص معين، حتى يمكن القياس عليه، ولكنها مصلحة ملائمة لجنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين، فالحديث الذي جعل التبرع مع حاجة الوالدين إلى المال المتبرع به مردودا وغير نافذ، قد شهد بأن كل من وجب عليه حق لا يجوز له أن يتبرع بما يضر صاحب هذا الحق، فالوالدان لهما على الولد حق النفقة، فإذا تبرع الولد وهما في حاجة إلى ما تبرع به، رد تبرعه ولم ينفذ في حقهما؛ لأن فيه إضرارا بهما. فكذاك الحال بالنسبة لكل حق، فإن الدين أصبح

واجب الأداء بعد مطالبة الغرماء، فالتبرع بعد ذلك إضرار بالدائن، وتقديم للنفل على الواجب فلا ينفذ في حق الدائنين.

فأحمد رحمه الله أخذ النص في التبرع مع حاجة الوالدين وعمم الحكم والعلة فيه، فجعله شاملاً لكل تبرع يضر بشخص له على المتبرع حق واجب.

وقد التزم الشافعي ذلك المنهج في الاستدلال فقرر في حديث منع فضل الماء ليمنع به الكأ، فإن الحديث وإن جاء في واقعة خاصة هي منع الماء، فإن الشافعي قد عممه، فقال: "والنهي عن منع الماء ليمنع به الكأ الذي هو من رحمة الله عام يحتمل معنيين: أحدهما أن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل، وكذلك ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله". قال الشافعي: "فإن كان هذا هكذا ففي هذا ما يثبت أن الذرائع إلى الحلال والحرام تشبه معاني الحلال والحرام". (الأم 3 / 272)

فإن نص الحديث إنما ورد في المنع من الماء ليمنع به الكأ، فعمم الشافعي حكم هذا الحديث، وجعل كل ذريعة إلى محرم حراماً، فمنع الكأ حرام لأنه منع لفضل الله الذي جعله للناس عامة، والمنع من فضل الماء ذريعة إلى منع هذا الحلال، أو حصول هذا الحرام، فمنع منه، ثم قلنا بأن كل ذريعة إلى الحلال أو الحرام، فهي في معني الحلال أو الحرام، وكذلك فعل أحمد في الحديث الذي رواه في التبرع مع حاجة الوالدين، عممه في كل من تبرع وعليه واجب، فإن تبرعه لا ينفذ في حق صاحب الحق إذا كان يتضرر به، وبعد ذلك طبق هذا الأصل على كل نازلة جديدة يراد معرفة حكمها.

وواضح أن هذه الواقعة لا تشارك الواقعة التي حكم النص فيها في عين العلة، وليس المراد أن ينقل إليها عين الحكم الذي في الواقعة المنصوصة، وإنما هما يدخلان تحت مقصد شرعي واحد، ويشتركان في جنس المصلحة، وجنس الحكم، فالمصلحة في الواقعة الجديدة، والواقعة المنصوص عليها، متغايران، ولكنهما من جنس واحد، والحكم في الواقعة الجديدة والواقعة المنصوصة متغايرتان، ولكن يجمعهما جنس واحد، ففي

الواقعة المنصوصة، لم ينفذ التصرف في حق الوالدين، وفي الواقعة الجديدة لم ينفذ في حق الدائنين، والمصلحة هي حماية حق الوالدين في الأولى، وحق الدائنين في الثانية، ويمكن أن يطبق في علاقة البنك الإسلامي بعملائه المتعسرين في دفع ديونهم، ثم يوجهون أموالهم في غير سداد هذه الديون في أمور لا تلزمهم.

المقصد التاسع

رجوع من أدى واجبا عن الغير إذا تعذر إذن الغير

عرض المقصد والتمثيل له:

من أدى واجبا عن غيره دون إذنه فله الرجوع بما أنفق إذا تعذر ذلك الإذن. وهذا مقصد شرعي أخذ معناه من عدة نصوص وجملته أدلة، وقد تصرف الشارع على وفقه وفرع الأحكام بناء عليه، فكان محكما في كل نازلة أو واقعة جديدة ليس لها فيها بعينها نص حكم للشارع.

ومن المصالح الجزئية التي تدخل تحت هذا المقصود الشرعي ما يأتي:

1. إذا قضى عنه ديناً واجبا بغير إذنه فله الرجوع... وهو المذهب، عند الحنابلة.
2. ومنها لو اشترى أسيراً مسلماً حرّاً من أهل دار الحرب ثم أطلقه أو أخرجه إلى دار الإسلام فله الرجوع عليه بما اشتراه به سواء أذن له أم لم يأذن، لأن الأسير عليه افتداء نفسه ليتخلص من الأسر، فإذا فداه غيره فقد أدى عنه واجباً ورجع به عليه.
3. ومنها نفقة الزوجات والأقارب والبهائم إذا امتنع من يجب عليه النفقة فأنفق عليهم غيره.
4. ومنها نفقة اللقطة حيواناً كان أو غيره مما يحتاج في حفظه إلى مؤنة وإصلاح.
5. ومنها إنفاق أحد الشريكين على المال المشترك مع غيبة الآخر أو امتناعه، ومنها لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت فإنه يرجع على بقية الورثة كل بقدر نصيبه.

وهكذا نجد أن الحنابلة اعتبروا هذا الأصل الكلي، وحكموا في كل ما تحقق فيه
مناطه من الفروع غير المنصوص عليها حكماً يحقق هذه المصلحة، ويلبي تلك
الحاجة.

دليل المقصد :

حديث "الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً
..... وفي هذا يقول ابن القيم بعد ذكر هذا الحديث: (إعلام الموقعين 392/3
).

((إنه إذا أنفق المرتهن على الرهن صارت النفقة ديناً على الراهن، لأنه واجب أداه عنه،
ويتعسر عليه الإشهاد على ذلك كل وقت واستئذان الحاكم. فأجاز له الشارع استيفاء
دينه من ظهر الرهن ودره، وهذه مصلحة محضة لهما)).

وبذلك يكون الفقه الإسلامي قد سبق القوانين الوضعية في التوصل إلى نظرية الإثراء
دون سبب التي ظهرت في الفقه الغربي واضحة المعالم في أواخر القرن التاسع عشر
عندما قرره محكمة النقض الفرنسية (وذلك في حكمها الصادرين في 15 يونية سنة
1892، 6 مارس 1915)، وأصبح قانوناً بعد ذلك.

ومضمون نظرية الإثراء دون سبب كما قرره المادتان 179، 180 من القانون المدني
المصري أن "كل شخص، ولو غير مميز، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص
آخر، يلتزم في حدود ما أثرى به، بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة".

والمقصود بالإثراء كل منفعة مادية أو أدبية تقوم بالمال يحصل عليها المثري، سواء
أكان ذلك في صورة مال يكسبه أم في صورة خسارة يتجنبها، فوفاء الدين إثراء لأنه
أنقص من الجانب السلبي لذمة المدين، وإنقاذ الأسير من الأسر فائدة معنوية رجعت
إليه.

ويجب أن يكون هناك افتقار من جانب الشخص الذي يطالب بالتعويض، وذلك بأن يكون قد دفع مالا أو أدى خدمة كانت هي السبب في إثراء أو نفع الطرف الآخر، فأما إذا لم يخسر شيئا، فلا يرجع بشيء؛ فالنظريتان إذن متحدتان في الجملة، وإن كانت هناك بعض اختلافات في تحقيق مناط هذه النظرية في الفقه الإسلامي عنها في الفقه الوضعي، ولهذا المقصود الشرعي دور هام في المؤسسات المالية الإسلامية حيث يمكن المؤسسات المالية من مطالبة المتعاملين معها بالتعويض إذا أثروا على حسابها ولم يمكن إرجاع هذه المطالبة إلى نص خاص.

المقصد العاشر

النيابة الشرعية في أداء الواجبات

مضمون المقصد ودليله:

أخذ الحنابلة من حديث صاحب النخلة التي امتنع من بيعها أو هبتها لصاحب الأرض الذي تضرر من دخوله أرضه، وإذن النبي صلى الله عليه وسلم لصاحب الأرض بقلع الشجرة، وقوله له إنما أنت مضار مقصدا شرعيا مضمونه أن كل من وجب عليه بذل شيء فامتنع منه فإن إذنه يسقط أو يجبره الحاكم على هذا الإذن، وبذلك صار هذا أصلاً كلياً ومصلحة شرعية شهد لها الشارع بالاعتبار. وإذا كان الأمر كذلك فإن كل مصلحة جزئية تعتبر فرداً من أفراد هذه المصلحة الكلية يحكم عليها بها، وتفرع الأحكام على أساسها.

تطبيقات هذا المقصد:

ومن ذلك: وضع الجار الخشب على جدار جاره، إذا لم يضر به، وقد نص أحمد على عدم اعتبار إذنه في ذلك. ومنها حج الزوجة الفرض، ونص أحمد على أنها لا تحج إلا بإذنه، وأنه ليس له منعها، فعلى هذا يجبر على الإذن لها، ومنها أخذ فاضل الكلاء والماء من أرضه، هل يقف جواز الدخول إلى الأرض على إذنه أم يجوز بدون إذنه، وإذا استأذن فلم يأذن سقط إذنه. ومنها بذل الضيافة الواجبة إذا امتنع منها جاز الأخذ من ماله، ولا يعتبر إذنه. ومنها إذا طلب منه القسمة التي تلزمه الإجابة إليها، يجبر على ذلك. ومنها إذا امتنع من الإنفاق على بهائمه فإنه يجبر على الإنفاق أو البيع. ومنها الموصى بعقده إذا امتنع الوارث عن عقده أعتقه الحاكم. ومنها إذا أتاه الغريم بدينه الذي يجب عليه قبضه فأبى أن يقبضه، قال يقبضه الحاكم، وتبرأ ذمة الغريم، (انظر القواعد لابن رجب ص 32)

فهذه فروع ونوازل لا يؤخذ حكمها من نص لفظاً، ولا من معقول نص بطريق القياس، ولكن هذا الحكم موافق لقصد الشارع، وقد أملتة مصلحة ملائمة لجنس تصرف الشارع. وهي داخلة تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين.

الفصل الثاني

مقاصد الشريعة في المجال الاقتصادي وفي عمل المؤسسات المالية
الإسلامية

المبحث الأول: في المجال الاقتصادي

تعود هذه التطبيقات إلى حفظ المال باعتباره أحد المقاصد الشرعية الكلية، وحفظ المال قد يكون من جهة الوجود، وقد يكون من جهة العدم. وهذه التطبيقات تعد مقاصد تابعة ترجع إلى المقصد الكلي وهو حفظ المال، ويدخل تحتها في نفس الوقت وقائع وجزئيات

لا تتحصر. وسوف أكتفي بذكر نماذج لهذه المقاصد التابعة مع بيان منهج استنباطها وطريقة الاستدلال بها على ما لا نص فيه بعينه من الوقائع والنوازل.

المقصد الأول

وجوب العمل والإنتاج

من مقاصد الشريعة وجوب العمل والإنتاج، وهذا الوجوب لم يؤخذ من نص واحد، ولا من دليل معين، بل أخذ معناه من عدة نصوص وجملة أدلة تفيد في مجموعها القطع، فقد أمر الله سبحانه عباده بالمشي في مناكب الأرض، وجعله سبباً للأكل من الرزق. فقال سبحانه: " فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه " (الملك 15). وأمرهم سبحانه بالانتشار في الأرض لابتغاء الفضل. فقال سبحانه: " فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله " (الجمعة 10). وفي الحديث "ما أكل أحد طعاماً قط خيراً من أن يأكل من عمل يده. وإن نبي الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده" (أخرجه البخاري) . وفي الحديث " لأن يأخذ أحدكم حبله فيأتي بحزمة الحطب على ظهره فيبيعها خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه". وفي الحديث " إن الصدقة لا تحل لغني ولا لذي مرة سوي" (أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه). وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لا يقعد أحدكم عن طلب الرزق وهو يقول اللهم ارزقني، وقد علم أن السماء لا تمطر ذهباً ولا فضة. وفي الحديث: "ما من مسلم يزرع زرعاً أو يغرس غرساً فيأكل منه إنسان أو بهيمة أو طير إلا كان له به صدقة" (متفق عليه).

فهذه الأدلة وغيرها كثير تدل بمجموعها على وجوب العمل وكسب الرزق، وأنه طاعة وعبادة، والقعود عن الكسب معصية.

وفوق ذلك فإن العمل والكسب ضروري لحفظ المال من جانب الوجود: إذ بدون العمل لا يكون هناك مال، وحفظ المال من جانب الوجود مقصود للشارع كحفظه من جانب العدم.

ومما يحقق قصد الشارع في وجوب العمل وحفز العاملين عليه أنه جعل للعامل ثمرة جهده وناتج عمله، بحيث يكون حرمانه من ذلك بغير حق مخالفاً لقصد الشارع.

وحق الملكية يدخل تحت هذا المقصد، فقد منح الشارع المالك حق الاختصاص الحاجز لملكه، بمعنى أن للمالك دون غيره أن يستمتع بملكه بالتصرف والانتفاع والاستغلال، طالما كانت أسباب الملك مشروعة وكان استخدام المالك لحقه موافقاً لمقاصد الشريعة، وأدى الحقوق الواجبة عليه في ملكه، وقد منع الشارع حرمان المالك من ملكه بسرقة أو غصب أو إتلاف أو غير ذلك.

والحماية المقررة لحق الملكية تشمل ملك عناصر الملك الثلاثة، ملك الرقبة أي العين وملك اليد، أي الحياة وملك المنفعة. فلا يجوز حرمان المالك من عين ملكه، ولا من حيازته وإدارته بنفسه، ولا من الانتفاع به. فهذه كلها مناقضة لقصد الشارع في حماية الملك الناتج عن العمل، أو غيره من أسباب الملك المشروعة، ولذلك عدت التصرفات التالية مناقضة لهذا المقصد إذا تمت خارج الحدود التي قررتها الشريعة.

1. التأميم:

التأميم هو قيام الدولة بنزع ملكية المشروعات الخاصة ونقلها إلى ملكية الدولة أو المجتمع، مع تعويض صاحب المشروع أو عدم تعويضه، وهو يناقض قصد الشارع في أصل حماية الملكية الخاصة، فلا يجوز إلا في الحالات التي تدخل تحت مقصود شرعي آخر، أي مصلحة شرعية راجحة وفقاً لنظرية الترجيح بين المصالح الشرعية. ويمكن إجراء الاستدلال بمقصد الشارع في حفظ المال على منع التأميم، بأن يقال أن

حفظ المال وما يترتب عليه من حق العامل في ناتج عمله، وهو الملك مقصد شرعي، وعام استقرائي فيجري في الاحتجاج به مجرى العموم اللفظي، غير أن العموم اللفظي يفيد الظن عند بعض الأصوليين، أما العموم الاستقرائي فإنه يفيد القطع عند جميعهم، وإذا كان الأمر كذلك، فلا يعارض هذا المقصد دليل ظني، بل لا بد من دخول التأميم، إذا تقرر في بعض الوقائع، تحت مقصود شرعي آخر أعلى درجة من هذا المقصود، ويجب التنبيه إلى أن المقصد الشرعي، كحفظ المال وإن كان كلياً قطعياً فإن تطبيقه على بعض النوازل والوقائع مثل التأميم يكون جزئياً ظنياً محل اجتهاد.

2. نزع الملك للمنفعة العامة:

نزع الملكية مناقض في الأصل لقصد الشارع في حفظ المال وحماية حق المالك في ملكه، وهو مقصد قطعي كما تقدم. أما إذا كان نزع الملك داخلياً تحت مقصد شرعي آخر، كنزعه للمنفعة العامة، كبناء مسجد أو توسعة طريق، أو بناء مصنع تشتد الحاجة إلى إنتاجه، جاز ذلك لأن المقاصد الشرعية مراتب يوازن بينها ويتم الترجيح عند التعارض بناء على قواعد الترجيح بين المقاصد الشرعية.

3. الحراسة والتحفظ:

إن مقصد الشارع في حفظ المال من جهة العدم، وحماية حق المالك في ملكه لا يقتضي منع الاعتداء على عين المال أو منفعته فقط، وهو ما يتمثل في السرقة أو الغصب أو التأميم ونزع الملك، بل يقتضي منع فرض الحراسة والتحفظ: لأنها تحرم المالك من حقه في حيازة ماله، ووضع يده عليه وإدارته واستثماره بنفسه. ذلك أن حق الملكية الذي قصد الشارع حمايته يشمل ملك الرقبة أي العين ذاتها، وملك المنفعة وملك اليد، أي الحيازة بقصد إدارة المال كما ذكرنا.

وقد أفتى علماء الأصول بجواز تضمين الصناع ما يتلف بأيديهم من السلع، ولو لم يثبت صاحب السلعة التعدي أو التقصير في حقهم، تطبيقاً لمقصد حفظ المال. ومنع الحراسة والتحفيز يدخل تحت مقاصد حفظ المال من باب أولى.

وقد يمنع المالك من التصرف في ملكه لمصلحة شرعية تدخل تحت مقصود الشارع، وذلك كمنع المدين المفلس من التصرف في ماله، حماية لمصلحة الدائنين، ومنع الصغير من التصرف لمصلحة نفسه، والحجر على السفه لفظ المال من هذا القبيل، فقد قال تعالى: " ولا توتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفاً " (النساء: 5) .

وهذه كلها تطبيقات للمقاصد الشرعية والموازنة والترجيح بين المصالح المتعارضة وهي محل اجتهاد. وقد منع أبو حنيفة من الحجر على السفه، حماية لحرية في التصرف في ملكه، باعتبار هذه الحرية راجعة إلى حفظ النفس وحفظ النفس مقدم على حفظ المال، فامتنع الحجر عنده، وخالفه غيره في ذلك لأن حفظ ماله مصلحة ضرورية محققة في حين أن مساس الحجر بحرية السفه مصلحة كمالية غير محققة.

4. الضمان:

لقد قرر الشاطبي أن حفظ المال على قسمين: حفظه من جانب الوجود: وذلك بشرع الأحكام التي توجب العمل والاستثمار والتنمية. لأنها توجد المال وتنميته، وحفظه من جانب العدم، أي بشرع الأحكام التي تمنع إتلافه وتقويته على صاحبه وحرمانه من ممارسة سلطات المالك على ملكه، وذلك كالسرقة والإتلاف والغصب.

وقد شرع الله للسرقة حد القطع. زيادة على ضمان المال المسروق عند الجمهور. لما تتضمنه السرقة زيادة على سلب المال، من هتك الحرز، أي دخول المكان المسروق منه، والاطلاع على العورات، ولأن السرقة تتم خفية فيشق على مالك المال حماية ماله

وطلب الغوث. أما الغصب فليس فيه حد مقرر، بل عقوبة تعزيرية يقدرها الإمام أو يطبقها القضاء، وذلك لأنه يتم في العلن وأمام الناس. فلا هتك فيه للحرز، ولا اطلاع على العورات، ولأنه يمكن فيه النجدة وإنقاذ المال.

والمقصود بوجوب الضمان أن الغاصب يصير مسئولاً عن ضمان المال المغصوب منذ لحظة غصبه، أي وضع يده عليه دون إذن الشرع أو رضا مالكة، فيجب عليه رده ديانة وقضاء، فإذا تلف أو هلك، ولو كان بسبب لا يد له فيه، فهو ضامن لقيمته.

ولقد شاع في عبارات الفقهاء أن يد الغاصب يد ضمان، بمعنى أنه يضمن هلاك المال المغصوب وتلفه، ولو لم يتعد عليه، ولم يقصر في حفظه، وذلك في مقابلة يد الأمانة، وهي يد الشخص الذي يحوز مال غيره بإذن الشرع أو موافقة المالك، فإنه لا يضمن هذا المال إلا إذا كان هلاكه وتلفه بسبب تعديه أو خيانتة أو تقصيره في الحفظ، وعلى مالك المال أن يقدم الإثبات على هذا التعدي أو التقصير. ومثال يد الأمانة: يد المودع لديه والمستأجر، والمضارب والشريك والمرتهن والوكيل في الاستثمار، وبالجملة كل من حاز مالاً لغيره بإذن الشرع أو رضا صاحب المال. وذلك أن الرضا معتبر في التنازل عن أحد عناصر الملك أو كلها، فله أن يتنازل للغير عن ملك العين، أو عن ملك المنفعة، أو عن ملك اليد، وهو وضع اليد على المال لحفظه والانتفاع به واستثماره لحين رده إلى صاحبه.

ولقد طبق جمهور الفقهاء هذا الأصل على ضمان إتلاف المنافع، وهي نازلة جديدة ليس فيها نص حكم للشارع بخصوصها، فمن غصب داراً ولو لم يسكنها أو أرضاً ولو لم يزرعها غرم أجرتها لمالكها. إذ الضمان يشمل الأعيان والمنافع عند جمهور الفقهاء.

وتطبيقاً لهذا الأصل أفتى فقهاء الشريعة بأن يد الأمانة قد تصير يد ضمان إذا امتنع الأمين عن رد العين إلى المالك بعد انتهاء الإذن. فالمستأجر أو الوديع أو المضارب أو الشريك إذا امتنع عن رد العين بعد انتهاء عقد الإجارة أو المضاربة أو الشراكة أو بعد

طلب المالك صارت يده بعد الامتناع يد ضمان بعد أن كانت يد أمانة، ويضمن العين والمنافع إذا هلكت أو تلفت بدون فعله تطبيقاً لأصل حفظ المال.

ولقد أفتى بعض متأخري الحنابلة بأن الغاصب لرأس مال التجارة، أي المال الذي خصه مالكه للتجارة كأموال البنوك الإسلامية، لا يضمن رأس المال فقط، وإنما يضمن العائد الذي حققه من استثماره لهذا المال، ويظهر أنه يضمن أيضاً ما فوته من عوائد وأرباح على صاحبه، إذا أمسكه ولم يستثمره، قياساً على من غصب أرضاً فلم يزرعها، أو داراً فلم يسكنها، فإنه يضمن قيمة المنافع المفوتة، بجامع أن هذه كلها أصول مخصصة للاستثمار، وليست للاستعمال والتقنية، ويمكن الرجوع إلى عائد المثل أو ربح المثل في البنك المضروب أو في النظام المصرفي الإسلامي كله، أي متوسط عوائد الاستثمار في البنوك الإسلامية وذلك عند تقدير قيمة التعويض، في حالة تقويت المنافع على صاحب رأس المال.

ويمكن تطبيق هذا الأصل على المضاربة، إذا كانت محددة المدة أو كانت لصفقة واحدة، ولم يرد المضارب رأس المال وحصه رب المال من الربح بعد انتهاء المدة أو تصفية الصفقة. ومضى الوقت اللازم للتضيض؛ أي تحويل أعيان المضاربة إلى نقود. أو كانت المضاربة غير محددة المدة وطلب رب المال فسخها، وتضيض أصولها فلم يفعل المضارب دون عذر. وأبقى رأس المال والأرباح المحققة عنده. ففي هذه الحالات تتحول يد المضارب إلى يد ضمان، بعد أن كانت يد أمانة، ويصير في حكم الغاصب: لأنه يضع يده على مال الغير بدون إذن الشرع، أو رضا المالك، فيضمن الأصل: أي ما كان يجب عليه رده لرب المال، من رأس مال وحصته في الربح المحقق، أي أنه يضمن الأرباح والعوائد التي حققها أو التي كان يمكن أن يحققها، لو أنه استثمر المال واستمر في المضاربة، فهذا يحقق قصد الشارع في حفظ المال، وحماية الملك، وليس داخلاً في الربا: لأن ضمان منافع الأعيان ليست رباً، ولا أكلاً لمال الغير بالباطل.

ومما يدخل تحت ذلك تضمين المضارب والشريك والوكيل في الاستثمار رأس المال المستثمر وأرباحه التي أظهرتها دراسة الجدوى التي قدمها المضارب والشريك والوكيل في الاستثمار، ما لم يثبت كل منهم أن خسارة رأس المال أو عدم تحقق الربح المتوقع كانت لظروف جدد بعد تقديم دراسة الجدوى والدخول في العقد الذي تسلم رأس المال على أساسه، وأنه لم يكن له يد في هذه الظروف الحادثة ولم تكن له القدرة على توقعها أو تلافي آثارها.

فالحكم الأصلي أن هؤلاء من طائفة الأمانة، والأمين لا يضمن ما هلك أو تلف تحت يده إلا إذا أثبت مالك المال تعدي الأمين أو خطأه أو تقصيره أو مخالفته لشروط عقد المضاربة أو المشاركة أو الوكالة، إلا أنه تطبيقاً لمقصد حفظ المال كان عبء الإثبات على الأمين، أي أن عليه هو أنه يثبت القوة القاهرة أو السبب الأجنبي وإلا تحمل الضمان لرأس المال والربح المتوقع، من باب ما قاله علي رضي الله عنه: (لا يصلح الناس إلا ذلك).

المقصد الثاني

الخراج بالضمان والغرم بالغرم

هذا مقصد شرعي، وأصل كلي أخذ معناه من عدة نصوص وجملة أدلة تفيد في مجموعها القطع. وقد سارت أحكام الشريعة على وفقه، وفرع الفقهاء على أساسه الأحكام، فهو إذن أصل صحيح، يبنى عليه، ويرجع إليه في استنباط أحكام ما لم يرد فيه بعينه حكم من الوقائع الحادثة والنوازل الجديدة.

فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض وعن ربح ما لم يضمن، ونهى عن بيع الطعام قبل قبضه. وقال لمن سأله عن حكم بيع الإبل قبل شرائها: "لا تبع ما ليس عندك" (أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه)، وأحل الشارع البيع وحرّم الربا،

لأن من يشتري ويبيع يتحمل مخاطر تجارته أي الهلاك والتلف والخسارة، والمقرض بفائدة لا ضمان عليه، بل تقع تبعة الهلاك والتلف والخسارة وانخفاض الأسعار على المقرض.

وتطبيق هذا الأصل يقتضي أن العائد أو الربح على رأس المال أي الغنم لا يحل إلا إذا كان صاحب رأس المال قد عرضه للمخاطرة، أي عرضه للغرم. فإذا كان رأس المال مضمونا على من أخذه. كما في حالة القرض، (فإن المقرض يجب عليه رد مبلغ القرض في جميع الأحوال. ويتحمل وحده تبعة هلاكه وتلفه ونقصه وخسارته، ولو كان ذلك بسبب لا يد له فيه،) فإن رب المال المقرض يستحق رأسماله فقط دون زيادة، وكل عائد أو ربح، أي غنم تحقق، فهو لمن حاز المال واستثمره، لأنه يتحمل تبعة هلاكه وخسارته، أي كان عليه غرمه، فيجب أن يكون له غنمه.

وأصل الخراج بالضمان واضح في هذا المعنى، فالخراج هو العائد أو الربح أو الغلة أو الربح، والضمان هو التعرض للمخاطر أي تحمل تبعة الهلاك والتلف والخسارة، وقد ربط الشارع بينهما، أي أن الخراج لا يحل إلا في مقابل تحمل الضمان، والمقصود بالضمان هو احتمال الضمان، وليس حقيقة. فالتجارة، أي الشراء بقصد البيع تطبيق لهذا الأصل، لأن المشتري يضمن ما اشتراه، وعليه وحده تقع تبعة هلاكه وخسارته، لأن المال يهلك أو يخسر على ملك صاحبه، وقد لا يهلك المال في الواقع ولا تتحقق خسارته، ولكن طبيعة المعاملة أي البيع والشراء وصفتها الشرعية تقتضي التعرض لمخاطر الهلاك والخسارة، ولذلك جاز له أن يبيع بربح.

وفي عقود الربا، يتحمل المقرض وحده الضمان والغرم. فهو يلتزم برد رأس المال إلى المقرض، بل وزيادة محددة مضمونة أيضا، بصرف النظر عن هلاك المال، أو تلفه وخسارته، أي بصرف النظر عن نتائج المشروع الذي استثمر فيه رأس المال. ولذلك كان اشتراطه للغنم وإن قل غير جائز، فليس له حق في أية زيادة على رأس المال، لئلا

يجتمع له الخراج مع عدم الضمان. وهما لا يجتمعان، فإما أن يختار الضمان فيعطي المال قرضاً حسناً دون فائدة، وإما أن يختار الخراج، فيعطيه مضاربة مثلاً، فيستحق الحصة المتفق عليها من الربح، ويتحمل ضمان ماله، أي تبعة هلاكه وخسارته التي تحدث دون تعدي المضارب أو خطئه أو تقصيره، فاستحقاق الخراج وتحمل الضمان لا يفترقان في المعاملة الواحدة، و العبرة بطبيعة العقد.

والعبرة في تطبيق هذا الأصل بالمقاصد والمعاني، لا بالصيغ والصور ولا بالألفاظ والمباني، فإذا سمي المقرض عقد القرض مضاربة واشترط عائداً زائداً على رأس المال، سواء كان هذا العائد مبلغاً معيناً، أو نسبة من رأس المال أو حتى من الربح، واشترط مع ذلك على صاحب المشروع الذي أعطاه المال مضاربة ضمان رأس المال أو العائد المشترك أو هما معاً، دخل في باب الربا، وكان مناقضاً لقصد الشارع في أن الخراج لا يكون إلا في مقابل الضمان، وأن الغنم لا يحل إلا في مقابل الغرم. وعلى ذلك فعقد المضاربة لا يصح إلا إذا كان الغرم والضمان على رب المال، أي يتحمل مخاطر الاستثمار في حدود ما قدمه من رأس مال. ولا يصح ذلك اشتراط حصة من الربح لرب المال.

وبالمثل لو اشترط رب المال الضمان على نفسه، أو على الأقل لم يشترط الضمان على المضارب، ولكنه اشترط لنفسه مبلغاً محدداً أو نسبة من رأس المال، لا من الربح، أو نسبة من الربح مضمونة على المضارب، أو غير محددة عند التعاقد، بأن ترك تحديدها لرب المال، أو حتى للمضارب أو غيرهما بعد التعاقد، أو نسبة محددة عند التعاقد، ولكن المضارب لا يفتح حسابات مستقلة للمضاربة، ولا يعلن ميزانية حقيقية للأرباح والخسائر، وحصة رب المال من الأرباح، فإن المضاربة تبطل في هذه الصور كلها، لمنقضتها لقصد الشارع في وجوب العلم بمحل التعاقد، واشتراك رب المال والمضارب في الربح، ولا يعلم حدوث الربح، ولا مقداره ولا حصة رب المال فيه، إلا بإمسك

حسابات مستقلة وإعلان ميزانية أرباح وخسائر في فترات دورية متفق عليها في عقد المضاربة.

وعلم المتعاقدين بمحل التعاقد عند العقد مقصود شرعي وأصل كلي لضمان الرضا الذي هو أساس صحة العقود. قال تعالى: " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " (البقرة: 188). وقال صلى الله عليه وسلم: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " (أخرجه أحمد). والرضا بغير المعلوم لا يتصور.

المقصد الثالث

وجوب استثمار المال وتنميته

استثمار المال وتنميته مقصود للشارع بأدلة تفوق الحصر، فهو مقصد شرعي وأصل كلي وعام استقرائي أخذ معناه من عدة نصوص وجملة أدلة تفيد في مجموعها القطع، ولذا فإنه يرجع إليه في الاجتهاد، وتستنبط الأحكام في الوقائع الحادثة على وفقه، ولذلك اتفق علماء المقاصد على أن الإنتاج عبادة والتنمية فريضة والاستثمار واجب على الفرد والجماعة، ولقد كان منهج الشارع في تأكيد هذا الأصل معجزاً، فإن الأحكام التي شرعها تقود بجملتهما إلى عملية تنمية شاملة تحقق الرفاهية والغنى للأمة. وذلك على النحو التالي:

أ- رأينا أن العمل واجب شرعاً، لتحقيق مقاصد الشارع في حفظ المال، وهو حفظ من جانب الوجود، والعمل يدر دخلاً للعامل، لأنه ثمرة جهده وناتج عمله.

ب- للمالك صاحب الدخل، بمقتضى الملك، حق الانتفاع بملكه وإنفاق دخله، ولكن في حدود أحكام الشريعة التي توجب الاقتصاد في الإنفاق، وتمنع الإسراف والتبذير في الحلال، وتسد باب الإنفاق كلية في الحرام، فالمكلف مهما عظم دخله

فهو مأمور بالإففاق في حدود سد الحاجات المشروعة، دون ما زاد عليها، وهذا يقود بدوره إلى الادخار لما زاد عن سد الحاجات المشروعة.

ج- إذا توافر لدى المكلف سيولة تزيد عن حد الإففاق المشروع، فليس له حبسها عن الاستثمار، لأن حبسها يعد اكتنازاً، وهو ممنوع بنص القرآن والسنة، وهو أيضاً مناف لقصد الشارع في وجوب التنمية لزيادة الإنتاج، وزيادة الإنتاج تحقق قصد الشارع في إعداد القوة اللازمة لتمكين الأمة من الوقوف في وجه الأعداء، كما قال تعالى: "وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة" (الأنفال 60)، وقوة الاقتصاد هي أساس كل قوة.

د- وإذا لم يجز كرز المدخرات فإن المكلف لا محالة يوجهها للاستثمار، ويسهم في مشاريع التنمية، فالادخار يعني في عرف الشرع الاستثمار، وزيادة على ذلك فإن المال المكتنز تؤدي زكاته كالمال المستثمر سواء بسواء، فيلزم المالك 2.5% من رأس المال، إذ الزكاة ليست ضريبة أرباح، بل ضريبة أرباح ورأس مال استثمار أم لم يستثمر. ولذلك فإن المال الذي لا يستثمر تأكله الصدقة، وهذا وازع قوي للمدخرين لاستثمار مدخراتهم.

هـ- والزكاة واجبة على عروض التجارة، وتشمل المشروعات التجارية والزراعية والصناعية والتعدينية وغيرها، مما قصد منه الاتجار والربح بتخصيص رأس مال لشراء الأصول الثابتة للمشروع، واستخدام الباقي كرأس مال عامل على تفصيل في طريقة المحاسبة ووعاء الزكاة والمقدار الواجب وتقدر الزكاة بنسبة 2.5% على رأس المال والربح الناتج عنه، وبالتالي فإن أرباب المال عليهم أن يستثمروا أموالهم أفضل استثمار وذلك في المشروعات التي تدر ربحاً يزيد عن 2.5% من رأس مالهم مضافاً إليه أرباح العام، ولذا كانت دراسات الجدوى من مكملات مصلحة حفظ المال، حتى يستثمر المال فيما يدر أعلى عائد بأقل درجة من المخاطر.

وهكذا يظهر من مجموع هذه الأحكام أن الاستثمار والتنمية مقصود للشارع راعاه في تشريعه وفرع على وفقه الأحكام.

المقصد الرابع

تحمل المالك مخاطر الملك

من مقاصد الشريعة العامة تحمل المالك لمخاطر ملكه في مقابل تمتعه بمغانم هذا الملك ويظهر ذلك بوجه خاص في المضاربة، وذلك على النحو التالي:

1- أن مالك المال الزائد عن حاجاته المشروعة، إذا كان قادراً ومؤهلاً، أي لديه الخبرة في العمل بنفسه في ماله واستثماره لحسابه وجب عليه العمل فيه. ويكون العائد كله له، لأنه نماء ملكه من جهة، وناتج عمله من جهة أخرى، وفقاً لمقاصد الشريعة في أن نماء المال يكون لمالك المال، إذا لم يكن للغير فيه حق، وإن للعامل ثمرة عمله " من عمل صالحاً فلنفسه" (فصلت 46) ، "لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت" (البقرة 286).

ويتحمل رب المال وحده المخاطر في هذا الاستثمار في حدود رأس ماله، فإذا هلك ماله أو تلف أو لحق به خسارة، فإنه يتحمل وحده تبعه الهلاك والتلف والخسارة، لأن مالك المال له غنمه وعليه غرمه وفقاً للقصد الشرعي، وهو أن المال يهلك ويتلف ويخسر على ملك صاحبه، ما لم يكن هناك شخص آخر مسؤول عن هذا الهلاك أو التلف أو تلك الخسارة، وكذلك يتحمل العامل مخاطر عمله عند عدم الربح.

2- إذا كان صاحب المال غير قادر، أو غير راغب، في العمل فيه واستثماره بنفسه لأي سبب من الأسباب، إما لنقص خبرته، أو لانشغاله بعمل أهم، وجب عليه أن يعطيه لغيره لاستثماره أو أن يمكن غيره من العمل فيه. وهذا مقصد من مقاصد الشريعة. وذلك يكون على ثلاثة أوجه:

أ- أن ينشئ، أو يقيم مشروعه الاستثماري بنفسه من ماله، ويطلب من غيره أن يدير المشروع مقابل أجر محدود، وهي الإدارة المأجورة، فالمشروع مملوك له، ونماؤه وزيادته وربحه له، وخسارته وتلفه وهلاكه عليه، وفقاً لقصد الشارع في أن نماء الملك لصاحبه، وخسارته وتلفه وهلاكه عليه، وكذلك الحال بالنسبة للربح، أي النماء والغلة والزيادة المتصلة والمنفصلة فهي له، لأنها نماء ملكه، وعليه أن يدفع للأجير أو المدير مقابل الإدارة.

ومقابل الإدارة هنا هو مبلغ مقطوع أو نسبة محددة من رأس مال المشروع معلومة عند التعاقد. أي عند إبرام عقد العمل، ويستحقه العامل أو الأجير أو المدير في جميع الأحوال بصرف النظر عن نتيجة الاستثمار، أي خسارة أو ربح المشروع، ومن هنا فإن الأجر يتميز بميزتين: إحداهما، أن صاحب المشروع يلتزم بدفعه للمدير في جميع الأحوال، بصرف النظر عن نتيجة الاستثمار في المشروع ربحاً أو خسارة، فهو ليس حصة أو نسبة من الربح، بل هو كما يقول الفقهاء دين مضمون في ذمة مالك المشروع، والثانية أنه معلوم للعاقدين عند التعاقد، أي عند إبرام عقد العمل.

ب- أن يعطي ماله لغيره مضاربة على أساس اقتسام الربح الفعلي المتحقق من هذا المال بنسبة معلومة، أو بعبارة أخرى على أن يكون للمضارب حصة من ربح المشروع أو النشاط. وفي هذه الصيغة توجد عناصر أو خصائص ثلاثة:

1- رأس المال، قبل بداية المشروع، والمشروع بعد قيامه وتحول النقود إلى أصول، مملوك لرب المال، وليس للمضارب، أي المدير المفوض، حق ملكية فيه إلا بمقدار ما قد يكون قد ساهم فيه بنفسه، بصفته مضارباً مأذوناً له في خلط ماله الخاص برأسمال المضاربة، وبمقدار حصته في الربح المتحقق، وهو القدر الزائد على رأس المال.

2- بمقتضى عقد المضاربة يتولى المضارب إدارة المشروع واتخاذ القرارات الاستثمارية بنفسه دون مشاركة رب المال، أي مالك المشروع، وهذا حكم أساسي من أحكام عقد

المضاربة، بل هو مقتضى العقد، فاشتراط غير ذلك يبطل عقد المضاربة، كاشتراط مشاركة رب المال في اتخاذ القرارات فإنه يبطل عقد المضاربة.

وهذا هو الفرق بين الحالة الأولى، حالة الإدارة المأجورة، وحالة الإدارة المخاطرة بحصة من الربح، ففي الأولى المدير تابع لمالك المشروع، ويعمل بناءً على توجيهاته، ويتخذ القرارات الاستثمارية نيابة عنه، وللمالك اتخاذ هذه القرارات بنفسه، وليس للمدير إلا ما فوضه إليه المالك، وفي الثانية المدير المضارب يستقل باتخاذ القرارات الاستثمارية ويتحمل مخاطرها في حدود حصته من الربح.

3- المال أو المشروع يعد أمانة في يد المدير المفوض، أي المضارب، ويده عليه يد أمانة، ويقصد الفقهاء بيد الأمانة الحيابة المأذون بها من الشارع أو المالك، فحائز المال بسبب مشروع لا يضمن للمالك في حالة الهلاك والتلف والخسارة، إلا إذا أثبت المالك تعدي حائز المال أو خيانتة، أو تقصيره في الحفظ، أو خطأه البين في اتخاذ القرار، أما لو ثبت شيء من ذلك فهو ضامن، أي مسئول عن تعويض الضرر الناتج عن الهلاك والتلف والخسارة، ويشترك مع المضارب في هذا الحكم كل من وضع يده على مال مملوك لغيره بسبب شرعي، أو بإذن الشارع، سواء كان ذلك لمصلحة المالك أو لمصلحة حائز المال، وذلك كالمستأجر والمودع لديه والمستعير، والمرتهن على رأي الجمهور، وعامل المزارعة والمغارسة، فهؤلاء يحوزون المال بإذن صاحبه بطريق شرعي، فلا يضمنون إلا إذا ثبت عليهم التعدي، أي الخيانة، أو التقصير على النحو السابق، ذلك أن مالك المال قد اختارهم وارتضاهم ليكونوا أمناء على ماله على مسؤوليته، وكان عليه أن يجتهد في اختيار الأمين للتعامل معه، فان قصر في الاختيار وادعى أن هلاك ماله كان نتيجة خيانة أو تقصير الأمين فعليه هو أن يثبت ذلك، لأنه خلاف الأصل الذي أقر به هو نفسه عندما تعامل مع الأمين فأودع لديه أو أجره ماله، أو إرتهنه عنده أو ضاربه عليه. هذا وقصد الشارع أن الأصل في الناس الأمانة، والخيانة خلاف الأصل، وقد قواه تعامل المالك معه، ومن شهد له الأصل كان مدعي عليه، ومن جاءت دعواه

على خلاف الأصل فهو مدع تلزمه البينة، وقد تقدم أن نقل عبء الإثبات على الأمين في دعوى الهلاك والتلف في حالات خاصة، موافقة لمقاصد الشريعة في حفظ المال، وخصوصا ما يغاب عليه من الأموال كما يقول المالكية، وذلك بعد فشو الكذب والخيانة وضعف سلطان الدين على الفتوى فكان هؤلاء بذلك مدعون، عليهم البينة، لا مدعى عليهم حتى يقال إنه لا يلزمهم غير اليمين، فهنا تعارض مقصدان فترجح دخول النازلة تحت احدهما اجتهادا ، لأن تحقيق مناط المقاصد وتطبيقها على الجزئيات ظني يحتمل الاجتهاد والاختلاف.

وحتى الأحناف الذين قالوا بان المرتهن يضمن هلاك المال المرهون، فيسقط من دينه بمقدار ما هلك من الرهن، لم يؤسسوا ذلك على قاعدة يد الأمانة ويد الضمان، فلم يقولوا بأن يد المرتهن يد ضمان كالغاصب مثلا، وإنما أسسوه على أن الرهن استيفاء حكمي للدين المرهون فيه موقوف على شرط فاسخ، وهو قيام المدين بوفاء الدين، فينفسخ الاستيفاء السابق، وإن لم يوف المدين الدين وبيع المال المرهون استوفى الدائن منه، فان هلك المال المرهون قبل ذلك فقد استوفى الدائن دينه بمقدار ما هلك من هذا المال بصفة نهائية.

ويقابل يد الأمانة يد الضمان، وتتحقق يد الضمان في كل شخص يضع يده أو يستولي على مال مملوك للغير بدون سبب أو مبرر شرعي كالغاصب، ويتحقق الغصب في حالين:

أولهما: أن يضع يده على المال المملوك للغير بدون سبب شرعي، من أول الأمر، فتكون يده عليه يد ضمان منذ لحظة استيلائه عليه، وتستمر يده كذلك يد ضمان حتى يرد المال إلى صاحبه، فإن هلك أو تلف عنده ضمنه لصاحبه ولو كان هلاكه أو تلفه بسبب لا يد له فيه.

وثانيهما: أن تكون يده يد أمانة ثم تتحول إلى يد ضمان برفضه إرجاع المال لصاحبه بعد انتهاء مدة العقد فيصير ضامنا بعد أن كان أميناً.

والغصب حرام بإجماع المجتهدين، والغاصب ملتزم برد المال المغصوب إلى مالكه، فإن لم يفعل اختياراً أُجبر على ذلك قضاءً، ونفذ حكم القضاء بالقوة، فإن تلف المال أو هلك بيده ضمن للمالك مثله أو قيمته، والتالف أمران: إما العين نفسها، كهدم الدار وموت الفرس أو احتراق السيارة، وهنا يجب ضمان العين، أي دفع قيمة المثل.

وإما المنفعة: كمن غصب أرضاً زراعية أو داراً للسكنى، فإنه يضمن عند جمهور الفقهاء قيمة ما فوته على المالك من منافع بقيمتها أي أجره المثل، وسواء استعمل الغاصب المال المغصوب أو لم يستعمله، كمن غصب داراً فلم يسكنها أو أرضاً فلم يزرعها أو دابة فلم يركبها فإنه يضمن، أي يغرم قيمة ما فوته على المالك من منافع، وذلك على أساس أجره المثل.

وهذا كله يدخل تحت قصد الشارع في حفظ المال، فهي مقاصد تابعة للمقصد الأصلي ومتفرعة عليه، والقصد التابع هو ما يتحقق به القصد الأصلي، أو ما لا يتحقق القصد الأصلي إلا به، أو كان مكماً للقصد الأصلي، أي مكماً ومساعداً على تحقيق القصد الأصلي، ويسمى مصلحة تكميلية أو حاجية، فالحفظ للمال يحتاج لهذه الأحكام، وإن لم تبلغ الحاجة إليها مبلغ الضرورة بحيث يفوت قصد الشارع، ويضيع المال تماماً بعدم اتباع هذا الحكم.

وهناك تطبيق حديث في حال غصب رهوس الأموال المخصصة للتجارة والاستثمار، فالأصل أن غصب النقود يوجب رد المثل دون زيادة، حتى لا تدخل في دائرة الربا، ولذلك كانت فوائد التأخير منافية أو مناقضة لقصد الشارع، ولكن بعض متأخري الحنابلة أفتوا باعتبار غاصب رأس المال المخصص للاستثمار أو التجارة غاصباً بحسب قصد الشارع، ويلزمه رد رأس المال، ورد ما فوته على المالك من أرباح متوقعة،

أي أرباح المثل، وبالتالي فإن انتهت مدة المضاربة، أو صفيت الصفقة، أو كانت غير محددة بمدة، وتم تنضيضها وتصفيتها، وجب على المضارب رد المال لمالكه، وإلا ضمن المبلغ وضمن ربح المثل بالنسبة المتعارف عليها، إما لدى رب المال نفسه كأن كان بنكا إسلاميا، وإما متوسط ما تحققه مجموعة البنوك الإسلامية من ربح، والأفضل أن يحال ذلك إلى التحكيم ليحكم فيه بمقتضى الشرع.

المقصد الخامس

تحمل رب المال مخاطر الاستثمار

يقتضي عقد المضاربة استحقاق المضارب (المدير المفوض) حصته من الربح، أي نسبة من الربح، هذه النسبة يجب أن تكون محددة معلومة للعاقدين، رب المال والمضارب عند التعاقد، فإذا لم يتحقق ربح فلا يستحق المضارب شيئا، وإذا تحققت خسارة يتحملها رب المال، لأن المشروع مملوك له، وخسارة المال وتلفه على مالكه وفقا لقصد الشارع، فهذه الحالة والحالة السابقة تشتركان في هذا الحكم، وهو أن المشروع يهلك ويتلف على ملك المالك، فضمامه عليه وخراجه له وفقا لقصد الشارع، وإنما استحق المضارب حصته من الربح بالعقد مقابل عمله وجهده، أي مقابل الإدارة واتخاذ القرارات الاستثمارية، والعقد هو الذي يميز بين هذه الحالة والحالة السابقة.

وحق الإدارة، وفقا لمقاصد الشريعة في عقد المضاربة للمضارب وحده، فهو الذي يتولى المضارب الإدارة بنفسه أي بواسطة أجهزته فردا كان أو شركة، وهذا فوق أنه حق للمضارب رتبه الشارع على عقد المضاربة فإنه واجب كذلك، بمعنى أن الاتفاق على ما يخالفه ينافي قصد الشارع، لأنه ينافي مقتضى العقد، فلو شرط رب المال على المضارب أن يشارك رب المال في الإدارة أو أن يستقل بإصدار بعض القرارات الاستثمارية أو توقف نفاذ بعض القرارات على إجازته، كان الشرط باطلا كذلك والعقد باطلا لمخالفته لقصد الشارع المعبر عنه أحيانا بمقتضى العقد.

كيف يحافظ رب المال على مصالحه

وتحقيقاً لقصد الشارع في المحافظة على حقوق رب المال، صاحب المشروع في علاقته بالمضارب، فقد أعطى الشارع هذا الأخير حق وضع الشروط التي تحقق مصالحه وتلبي حاجاته، وتحفظ ماله في عقد المضاربة، وكذلك الشروط التي تكفي لتقليل مخاطره واستثماره في نشاط يدر أعلى عائد بأقل مخاطرة، وذلك بالنسبة لتحديد المشروع المعين أو النشاط الخاص أو مجموعة من الأنشطة، التي يمول برأس المال، ولرب المال أن يحدد مكان النشاط وطريقة الدفع مثلاً وغير ذلك من الشروط التي يراها محققة لمصالحه، وليس له بعد ذلك أن يتدخل في الإدارة اليومية، ولا تتحقق مسئولية المضارب إلا إذا خان أو قصر في المحافظة على رأس المال أو قصر في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنه أو خالف شرطاً من شروط المضاربة.

المبحث الثاني

في مجال العمل المصرفي

عقد المضاربة:

يقوم تطبيق عقد المضاربة في الشريعة الإسلامية في معظم جوانبه على رعاية مقاصد الشريعة الإسلامية، وليس على الأدلة الجزئية في كل جانب من جوانب هذا التطبيق لعدم وجود مثل هذه الأدلة الجزئية. وإليك بعض النماذج:

1- العلم برأس مال المضاربة:

العلم بمحل التعاقد شرط في صحة العقد، ولا يخرج عقد المضاربة عن هذا المبدأ، وهذا العلم يجب أن يتحقق عند الدخول في العقد لا بعده، ومحل عقد المضاربة هو رأس المال. وفي حسابات الاستثمار أو الادخار غير محددة المدة، لا يكون رأس مال

المضاربة معلوما عند التعاقد، لأن المودع يؤذن له في السحب والإضافة بشروط معينة، من هذه الحسابات خلال الفترة الاستثمارية ؛ شهرا أو ثلاثة أشهر أو سنة، ولا يعرف رأس مال المضاربة إلا في نهاية الفترة الاستثمارية عند حساب وتوزيع الربح بين البنك المضارب ورب المال المودع. ودليل جواز هذا هو المصلحة التي تتفق مع مقاصد الشريعة في حفظ المال وتنميته وتيسير التعامل وتشجيعا لجمع المدخرات وتوجيهها للاستثمار بطرق شرعية تخلصا من الربا المحرم الذي تقوم عليه وتمارسه البنوك التقليدية، وهي مصلحة ضرورية يغتفر معها المحافظة على مصلحة العلم برأس مال المضاربة عند التعاقد، أى الدخول في عقد المضاربة. فهذه الجهالة أو الغرر عد يسيرا غير مؤثر لأنه يؤول إلى العلم في نهاية المضاربة فلا يؤدي إلى النزاع.

2- دخول وخروج مودعين في وعاء المضاربة

يجري العمل في البنوك الإسلامية على دخول وخروج أرباب المال في المضاربة التي يتعدد فيها رب المال، دون تنضيض، فعلي أو حكمي.

والأصل في المضاربة بين رب المال، واحدا أو أكثر، والمضارب أن تبدأ في نفس الوقت وأن تستمر إلى نهاية مدتها دون دخول رب مال جديد أو خروج رب مال قديم حتى يتم التنضيض والمحاسبة وتوزيع الربح، أي الزائد على رأس المال، وإذا أراد المضارب أن يضارب لرب مال جديد، وأن يخطط رأس مال رب المال الجديد مع رأس مال رب المال القديم، وجب عليه أن يقوم بتنضيض المضاربة الأولى حتى يعلم ما سلم من رأس مالها، والربح القابل للتوزيع منها، إن كان هناك ربح، ثم يدخل رأس مال المضاربة الجديد على هذا الأساس، وهذا هو ما استقر عليه فقه الشريعة بكل مدارسها الفقهية. فقد اتفق الجميع على وجوب التنضيض عند خروج أو دخول رب مال إلى عقد المضاربة حتى يعلم رأس مال كل رب مال و يتم توزيع الربح والخسارة على أساسه بين أرباب المال.

وقد بررت الضرورات العملية الخروج على هذا الحكم في مضاربة البنوك الإسلامية وذلك بقبول ودائع استثمارية جديدة تدخل وودائع قديمة تخرج من الوعاء الاستثماري (وعاء المضاربة) المشترك في كل لحظة من لحظات عمل البنك الإسلامي دون تنضيض فعلي أو حكمي، وبالتالي فإن كل مودع، وهو رب مال، يدخل ويخلط وديعته بودائع من سبقه دون علم بقيمة هذه الودائع عند الدخول وعند الخروج، فقد يكون في المضاربة في الودائع السابقة ربح أو خسارة، وقد أجاز فقهاء العصر ذلك الخلط دون تنضيض، ولم يستندوا في هذا الجواز إلى نص معين أو دليل خاص، بل استندوا إلى مقاصد الشريعة العامة وقواعدها أو أصولها الكلية الراجعة إلى حفظ المال من جانب الوجود، وقرروا أن الخروج من الربا الذي تمارسه البنوك التقليدية أمر واجب، ولا يمكن الخروج من هذا الربا إلا بقيام بنوك إسلامية تعمل على هذا الأساس، ولجأوا إلى أصل شرعي هو أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وإلى قاعدة عامة مفادها وجوب دفع المفسدة بارتكاب مفسدة أقل منها، وغير ذلك من الأصول والقواعد التي تدخل تحت مقاصد الشريعة العامة والخاصة.

3- توزيع ربح المضاربة المشتركة بين أرباب مال متعددين حسب أوزان الودائع:

الأصل في المضاربة التي يتعدد فيها رب المال أن يوزع الربح بين رب المال، واحدا أو أكثر، والمضارب حسب الاتفاق، ثم توزع حصة رب المال بين أرباب المال حسب المبالغ التي شارك بها كل منهم من وقت الدخول في المضاربة حتى نهايتها بالتنضيض والقسمة.

وقد أملت الضرورة العملية على البنوك الإسلامية أن تقبل ودائع من مودعين متعددين، في أوقات مختلفة، وبمبالغ مختلفة، ولمدد مختلفة، ثم توزع عليهم الربح كل فترة استثمارية محددة، شهر أو ثلاثة أشهر أو سنة مثلا، وقد يوزع الربح على بعضهم في

نهاية مدة الوديعة التي تزيد عن الفترة الاستثمارية التي يتم التتضيض الحكمي وتوزيع الربح في نهايتها.

ولما لم تكن الحاجة ماسة إلى مثل هذا النوع من المضاربة، ولم تكن هناك مؤسسات مالية تقبل رأس المال (الودائع) على هذا النحو فإن الفقهاء لم يتعرضوا لحكم هذا النوع من المضاربة ولم يشغلوا أنفسهم به على هذا النحو من التحديد والتفصيل، وبيان الأدلة الجزئية لكل حكم أو حالة من هذه الحالات.

ولقد أجاز فقهاء العصر هذا النوع من المضاربة، وإن لم يكن لديهم نص خاص أو دليل معين على حكم كل حالة من حالاتها المذكورة، وذلك اعتماداً على مقاصد الشريعة العامة ومصالحها الكلية، وتدرجوا من الاستدلال بمقصد حفظ المال من جانب الوجود، وهو مقصد كلي، إلى مقاصد تابعة تعود إلى هذا الأصل، فقالوا إن جمع المدخرات واستثمارها بالطرق الشرعية وصولاً إلى التنمية وزيادة الإنتاج يحقق القوة التي أمر الله بها في قوله تعالى " وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة " (الأنفال 60) وفي مقدمتها ومن أهمها القوة الاقتصادية، فكان جمع المدخرات واستثمارها على هذا النحو ولهذا الغرض مقصوداً للشارع، ولما كانت الأوضاع في البلاد الإسلامية لا تسمح بجمع المدخرات وقبول الودائع لأي فرد أو شركة أو مؤسسة إلا أن تكون بنكا يخضع لقانون البنك المركزي في الدولة، كان لا بد من إنشاء بنك يقبل الودائع على النحو المتقدم، وقد نظم فقهاء العصر طريقة استثمار هذه الودائع وتوزيع أرباح المضاربة في الفترة الاستثمارية المعينة بين البنك المضارب وبين المودعين الذين تختلف مبالغ ودائعهم ومدة إيداع هذه المبالغ ووقت توزيع الربح على كل منها فأفتوا بضرب مبلغ كل وديعة في مدتها، ثم أعطوا لكل وديعة وزناً معيناً من حيث مبلغها، ومدة إيداعها، ووقت الحصول على ربحها، وفعلوا مثل ذلك بحقوق المساهمين في البنك باعتباره مضارباً، مأذون له في خلط ماله بمال المضاربة ثم أخذوا حاصل ذلك كله ووزعوا الأرباح بناء عليه، باعتبار ذلك محددًا لمساهمة كل وديعة في تحقيق الربح الموزع، وقد ترتب على ذلك أن

صاحب وديعة المليون يأخذ وزناً أعلى، وبالتالي نسبة أعلى من الربح من صاحب وديعة الألف وإن تساويا في مدة الإيداع ووقت الحصول على الربح، ومن أودع لمدة سنة يأخذ ربحاً يزيد عن ربح المودع لمدة ثلاثة أشهر وإن تساويا في مبلغ الوديعة ووقت الحصول على الربح، ومن رغب في الحصول على ربحه في نهاية مدة وديعته وليس في نهاية كل فترة توزيع، فإن ربحه يزيد عن يقبض ربحه في نهاية كل فترة استثمارية وإن تساويا في مبلغ الوديعة ومدة الإيداع، وطبقوا نفس المعيار على مال البنك المضارب الذي يخطه بأموال المضاربة ويستثمره معه في وعاء استثماري مشترك.

وظاهر أن هذه الحلول والأحكام لا يدل عليها نص معين ولا دليل خاص يمكن إرجاعها إليه بطريق مباشر أي يدل عليها بلفظه، ولا حتى بطريق غير مباشر، أي يدل عليها بطريق القياس على أصل معين، وإنما تجد سندها في مقاصد الشريعة العامة ومصالحها الكلية وما تفرع منها أو بني عليها من مقاصد ومصالح جزئية ترجع كلها إلى حفظ المال من جانب الوجود بجمعه واستثماره والمساهمة به في تمويل خطط التنمية بهدف زيادة الانتاج الذي هو مقصود للشارع بأدلة لا تنحصر، وساعدهم في ذلك أنه ليس في هذه النوازل والحلول المقدمة لها دليل مانع من نص أو قياس.

4- غرامات التأخير:

الأصل أن المدين يجب عليه دفع مبلغ الدين عند حلول أجله، والدين إما أن يكون ديناً نقدياً كثمن المبيع وأجرة العين المؤجرة، ومبلغ القرض، وإما أن يكون ديناً سلعيّاً كدين السلم . وقد نص الفقهاء على بعض الإجراءات التي يمكن للدائن اتخاذها لإجبار المدين على الوفاء بالدين عند محله، ولكنهم لا يجيزون للدائن أن يتفق مع المدين على تأخير الدين مقابل زيادته ويعدون ذلك من قبيل الربا المحرم، كما أنهم لا يجيزون للدائن

أن يطلب من القضاء أن يحكم للدائن على المدين بالتعويض عن التأخير في وفاء الدين.

وقد أجاز بعض مجتهدي العصر للدائن أن يطلب من المدين عند الدخول في العقد الذي ينشئ الدين أن يتعهد بالتبرع بمبلغ محدد أو نسبة معينة من الدين في حالة التأخير في سداده، ويحسب هذا المبلغ على أساس يومي ويسمون ذلك أحيانا " التزام التبرع " ويسميه البعض " غرامة تأخير " .

ويرى جمهور فقهاء العصر وجوب توجيه هذا التبرع إلى جهات البر ولا يجيزون للدائن أن يأخذ منه شيئا. وترى قلة منهم جواز تعويض الدائن من هذا المبلغ عن المصروفات والأضرار الفعلية التي لحقت به من جراء تأخير المدين في الوفاء بالدين بالإضافة إلى المصاريف والنفقات التي أنفقها في سبيل المطالبة به، ويتم التبرع بالباقي منه فقط. وقد اختلفت الممارسة في البنوك الإسلامية في ذلك.

والذي أراه هو أن مقاصد الشريعة في حفظ المال من جانب عدم توجب على المدين أن يعرض دائنه عن الضرر الفعلي الذي يلحقه من جراء تأخير المدين الملئ في الوفاء بدينه دون عذر مقبول، وكذلك المصروفات الفعلية التي أنفقها في سبيل المطالبة بالدين على أن يحكم بذلك القضاء أو التحكيم إذا لم يتفق الدائن والمدين على مقدار التعويض بعد وقوع الضرر الناتج عن التأخير في السداد لا قبله، وذلك استدلالا بمقصد حفظ المال، ذلك أن مظل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته، والعقوبة تجوز بالمال، كما يجوز دفع مبلغ العقوبة للمضرور، كما في قصة غلمان حاطب بن أبي بلتعة الذين نحروا ناقة المزني وأكلوها بعد أن أجاعهم حاطب، فحكم عليه عمر بأن يغرم، مع قيمة الناقة مثلها، غرامة توجع حاطب وأعطى القيمة والغرامة للمزني مالك الناقة.

والأمر الذي لا يجوز هو الاتفاق بين الدائن والمدين في العقد الذي أنشأ الدين على التزام المدين في غير حالة الصانع، بدفع زيادة على الدين مقابل التأخير في سداده،

ويسمى هذا التعويض عن الضرر المقدر مقدما، (liquidated damage) والذي يدفعه المدين سواء أثبت الدائن وقوع ضرر أو خسارة أم لم يثبت، وبصرف النظر عن مقدار الضرر الفعلي، بل ويدفع هذا التعويض وإن ترتب على عدم وفاء المدين بدينه وإخلاله بالتزاماته كسب للدائن، كأن يترتب على إخلال المدين فسخ عقد شرائه وعودة العين إلى البائع وقد تضاعفت قيمتها السوقية، فإن للدائن مطالبته بعد ذلك بالتعويض المقدر، وهو حرام قطعاً.

ومقاصد الشريعة في حفظ المال تؤكد التزام المدين بتعويض الدائن عن مقدار الضرر الفعلي الذي يترتب على تأخره في سداد دينه مع قدرته على وفائه عند الأجل، ذلك أن مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته، غير أن هذا التعويض يخضع لحكم القاضي أو التحكيم كما ذكرنا، ولا يعطى للدائن من التعويض إلا بمقدار ما ثبت من ضرر فعلي، ويقوي هذا المقصد الشرعي دور المقاصد الشرعية في استنباط هذه الأحكام، إذ الظاهر أنه ليس في كل واقعة أو نازلة نص معين يدل على حكمها.

5- فسخ عقد الإجارة التمويلية:

صدر المعيار الشرعي للإجارة التمويلية أو المنتهية بالتملك، وتتكون الأجرة في هذه الإجارة من عنصرين: أحدهما ثابت، ويمثل جزءاً من تكلفة هذا الأصل المؤجر، وثانيهما متغير، ويمثل نسبة من مبلغ التكلفة أو الرصيد الباقي منها أو مؤشر معين (كالليور). ويترتب على ذلك أن المستأجر يدفع أجرة تزيد على أجرة المثل، وقد قرر المعيار أن للمؤجر الحق في فسخ هذه الإجارة في حالة تخلف المستأجر عن الوفاء بدين الأجرة، وفي هذه الحالة فإن للمؤجر بصفته مالكا أن يسترد العين ويتصرف فيها بتأجيرها لطرف ثالث أو بيعها أو باستعمالها لنفسه، ويحتفظ بكل ما قبضه من الأجرة الثابتة ولو بلغت معظم قيمة الأصل المؤجر، مع أنه من الواضح أن أقساط الأجرة الثابتة تعد جزءاً من قيمة العين أي تكلفتها، بدليل أن الأجرة المتغيرة تحسب على أساس

رصيد الأجرة الثابتة، وليس هناك نص شرعي خاص يدل على هذا الحكم، بل دعت إليه المصلحة المقصودة للشارع. وهذه الإجارة هي في نظر المجيزين لها من فقهاء العصر، بديل شرعي لما يسمى في القانون الوضعي بالبيع التأجيري أو الإيجاري، وفيه يبيع المالك العين بيعاً موقوفاً أو مضافاً أو معلقاً على وفاء المشتري بأقساط محددة خلال فترة سميت بفترة الإجارة، والشريعة لا تجيز هذا النوع من البيع، لأن البيع الشرعي تترتب عليه آثاره فور انعقاده، ولا يقبل الإضافة إلى زمن مستقبل ولا التعليق على شرط، وهناك أحكام للإجارة المنتهية بالتمليك لا تدل عليها بعينها نصوص شرعية بل كان سندها قصد الشارع في الجملة منها:

وعد المؤجر ببيع العين المؤجرة بثمن رمزي أو بهبتها إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة إذا هو وفى بالتزاماته في عقد الإجارة، ويمكن أن يهب المؤجر العين إلى المستأجر هبة مشروطة بوفائه بالتزاماته المترتبة على عقد الإجارة، ودليله هو مقاصد الشريعة الكلية أو الجزئية، وليس في هذه الوقائع والأحكام التي أعطيت لها نص حكم للشارع، وإنما هو مجرد اجتهاد مبني على مقاصد الشريعة العامة ومصالحها الكلية.

6- إجارة العين لبائعها إجارة منتهية بالتمليك مع وعد المستأجر بشراء هذه العين في نهاية مدة الإجارة بمثل الثمن الذي باعها به.

لقد ثار جدل بين فقهاء العصر حول حكم هذه المعاملة ونوقشت في عدة مؤتمرات وندوات وحلقات عمل، وعرضت على الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، ورأى البعض حرمة هذه المعاملة وبطلانها.

وقد شبه هذا البعض هذه المعاملة بالقرض مع زيادة مقابل الأجل، فالبنك الإسلامي (المشتري/ المؤجر للعين) في رأي هؤلاء، قد أقرض مبلغ الثمن لمدة محددة هي مدة الإجارة وتعهد المقرض (البائع / المستأجر للعين) برد هذا المبلغ نفسه مع زيادة (هي مقدار الأجرة طوال مدة الإجارة) وأما عقدي البيع الأول والثاني والإجارة والوعد

بالشراء، فهي عقود صورية غير مقصودة للمتعاقدين والمقصود هو عقد القرض بفائدة، واستدل هؤلاء على هذا الرأي بأن طريقة إجراء المعاملة والقرائن التي تحف بها، دالة على أن المقصود هو القرض بفائدة وهو يناقض قصد الشارع في تشريع عقد البيع والإجارة.

وصوره بعض هؤلاء بأنه بيع عينة، أي بيعتين في بيعة، إحداهما بثمن حال، والثانية بثمن مؤجل أكثر منه، أما الأولى فهي بيعة المتعامل للبنك بثمن حال يدفعه البنك للبائع عند توقيع عقد البيع، وأما الثانية فهي بثمن مؤجل يدفعه المتعامل للبنك في نهاية مدة الإجارة عند توقيع عقد البيع الثاني، وأما الزيادة في هذا الثمن عن الثمن الأول فتمثل في مبلغ الأجرة التي يدفعها المستأجر .

وهذا استدلال خاطئ بمقاصد الشريعة في شقيه، فمخالفة قصد المكلف لقصد الشارع في هذه المعاملة وكذلك البيعتان في بيعة المكونة لبيع العينة ليست ثابتة وذلك للأسباب التالية:

أ - أن كلا من عقدي البيع الأول والثاني تترتب عليه آثاره وأحكامه الشرعية، من نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري وما يترتب على ذلك من انتقال مخاطر الملكية، أي تبعة الهلاك والتلف إليه، فإذا هلك المبيع في البيعة الأولى كان هلاكه على البنك المشتري، وبالتالي تنتفي البيعة الثانية لهلاك محلها، فلا يسترد البنك ثمن البيعة الثانية، لأنه ليس هناك بيعة ثانية في هذه الحالة.

ب - إذا قيل بأن الثمن الذي دفعه البنك يعد قرضاً للمتعامل وليس ثمناً، فإن هذا يعني أن البنك قد جمع بين العوضين، ملكية المبيع من جهة والتمن من جهة أخرى إذا اعتبر الثمن قرضاً واجب السداد في نهاية مدة الإجارة .

ج - ليس هناك بيعة ثانية بالمرّة فالمتعامل الذي باع العين ثم استأجرها، لم يشتر العين، لأن الشراء عقد يحتاج إلى إيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر بل وعد بشرائها، وقد لا يتم هذا الشراء لأسباب عدة، منها هلاك العين قبل نهاية مدة الإجارة، ومنها عدم رغبة البنك في الاستفادة من هذا الوعد، لأن الوعد يلزم الواعد وحده.

د - وحتى في حالة رغبة البنك في الشراء فقد يرفض المتعامل الواعد تنفيذ وعده، وعند ذلك لا يستحق البنك إلا التعويض، وهو الفرق بين ثمن بيع العين في السوق والتمن الموعود الشراء به، فالذي معنا إذن بيعة واحدة والوعد ليس ببيعة ولا بعض بيعة، لأنه لا يرقى حتى إلى إيجاب من الواعد.

هـ - إذا قيل بأن الثمن الذي اشترى به البنك العين من المتعامل يعد قرضاً على المتعامل وأن الأجرة تعد زيادة على مبلغ القرض مقابل تأجيله إلى نهاية مدة الإجارة، فإن هذا القول يناقض الأصول الشرعية نفسها، ومنها أصل الغنم بالغرم، والخراج بالضمان، ذلك أن هذا الفرض الباطل يقود إلى القول بأن البنك باعتباره مالكا للعين التي اشتراها يتحمل مخاطر هلاكها وتلفها، ولكنه لا يستحق الأجرة، فنكون أمام حالة يتحمل فيها البنك ضمان العين أو غرمها دون أن يستحق خراجها وغنمها، وهو ينافي مقاصد الشريعة.

ومن هنا كان الاستدلال بمقاصد الشريعة العامة ومصالحها الكلية يحتاج إلى عمق في الفهم وخبرة واسعة بمقاصد الشريعة ومعانيها، ودقة متناهية في تحقيق مناط هذه المقاصد في الحوادث والنوازل التي ليس فيها نص حكم للشارع.

والذي أراه هو أن هذه المعاملة لا تخرج عن مقاصد الشريعة العامة، إذا ما أحسن تطبيقها وترتب على هذا البيع والإجارة الأحكام التي رتبها الشارع عليها، أما إذا لم تترتب هذه الأحكام كانت المعاملة حيلة باطلة، قصد منها تقديم عمل جائز في الظاهر بقصد التوصل به إلى ما لا يجوز، ولعل رأي القائلين بتحريم هذه المعاملة يعتمد على

ما يجري عليه العمل من تطبيق خاطئ، فإذا كان هلاك العين أو تكاليف صيانتها الأساسية أو ضرائبها أو أقساط تأمينها على المستأجر، أو كان الوعد بالشراء من جانب المستأجر يقابله وعد آخر من جانب البنك المؤجر بالبيع، كانت المعاملة مخالفة لقصد الشارع وكانت باطلة ومحرمة، والمرجع في هذه المسألة كما نرى ليس تعارض نصوص شرعية تدل على حكم هذه الواقعة أو المعاملة بلفظها بطريق مباشر أو بمفهومها بطريق القياس بل كان المحكم في ذلك هو المقاصد الشرعية.

7 - التصرف في بضاعة السلم قبل قبضها:

اختلف المجتهدون في حكم بيع بضاعة السلم وهي دين سلعي في ذمة البائع، قبل قبض المشتري لهذه البضاعة.

فذهب بعض المالكية و الإمام أحمد في رواية رجحها ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى جواز بيع بضاعة السلم إذا لم تكن طعاما إلى المدين بها، أي البائع، قبل قبضها، ثم اختلفوا في تحديد الثمن، فالمالكية يشترطون عدم زيادة ثمن البيع على ثمن الشراء، وابن تيمية وابن القيم، وهو رواية عن أحمد يشترطان عدم زيادة ثمن البيع عن ثمن المثل، أي سعر السوق.

وخالف جمهور الفقهاء المالكية ومن معهم في هذا الحكم وقالوا بحرمة بيع بضاعة السلم إلى المسلم إليه قبل القبض مطلقا، وقدموا بديلا هو السلم الموازي، الذي يبقى فيه البائع للسلم الموازي ملتزما بتسليم بضاعة السلم الموازي إلى مشتريها منه، حتى في حالة ما إذا أخذ المسلم إليه (البائع) في السلم الأول بالتزامه للمشتري منه في السلم الأول، أي البائع في السلم الموازي.

وكما اختلف المجتهدون في بيع بضاعة السلم من المسلم إليه قبل قبضها، اختلفوا كذلك في حكم التصرف في بضاعة السلم قبل قبض المشتري لها، وذلك مثل الحوالة عليه أي

حوالة المشتري دائنه على البائع سلما ليستوفي منه بضاعة السلم سدادا لدينه السلعي، والحوالة به مثل أن يحيل البائع سلما المسلم أي المشتري سلما على مدين البائع بدين سلعي، ليستوفي المشتري بضاعة السلم منه.

ومثل ذلك الاعتياض عن بضاعة السلم قبل قبضها، بأن يستبدل بها بضاعة أخرى فذهب بعض المانعين لبيع بضاعة السلم إلى المسلم إليه قبل قبضها إلى جواز الحوالة به وعليه والاعتياض عنه في حالات خاصة وبشروط معينة.

أما بيع بضاعة السلم إلى غير المسلم إليه أي إلى طرف ثالث أجنبي عن العقد، فقد توسع فيه المالكية وبعض الفقهاء فأجازوه بلا شروط تخص تحديد الثمن، فيجوز عندهم بيع بضاعة السلم وهي دين سلعي في ذمة المسلم إليه، إلى طرف ثالث بثمن يساوي أو يزيد أو ينقص عن ثمن الشراء أو ثمن المثل أي سعر السوق.

وبعض الذين منعوا بيع بضاعة السلم قبل قبضها مطلقا، أي للمسلم إليه أو لغيره، أجازوا بيعها للضامن (أي ضامن المسلم إليه في تسليم بضاعة السلم في مواعيد استحقاقها) دون قيود على مقدار الثمن على أساس أن هذا دين ضمان وليس دين سلم.

وقد استدل كل مجتهد من هؤلاء المجتهدين جميعا بأدلة جزئية من نص أو قياس على نص، وفرق بعضهم بين الدين النقدي فلم يجز بيعه قبل قبضه، وبين الدين السلعي مثل بضاعة السلم فأجاز بيعه قبل قبضه بشروط معينة على النحو المتقدم، ولم يفرق البعض الآخر بينهما فمنع بيع الدين على الإطلاق والعموم، وسوى بعض المجتهدين في المنع بين البيع للمسلم إليه والبيع للغير، وفرق البعض كالمالكية بين البيع للمسلم إليه فأجازوه بشروط تتعلق بتحديد الثمن، وبين البيع لطرف ثالث فأجازوه مطلقا، أي بدون هذه الشروط، وسوى بعض المجتهدين بين بيع بضاعة السلم قبل قبضها وبين الحوالة به وعليه والاعتياض عنه، في الحكم، وفرق البعض الآخر، ومن تتبع طرق الاجتهاد ومسالكه في هذه المسألة يجد ميلا واضحا إلى الاستعانة بمقاصد الشريعة

الكلية والفرعية والتابعة التي يعبر عنها أحيانا بالمصالح الشرعية، فمن يبيع دين السلم من غير الطعام، من المسلم إليه قبل القبض يميل إلى أصل التيسير ورفع الحرج في معاملات الناس، وهو مقصد شرعي ثبت كونه مقصودا للشارع بعدة نصوص وجملة أدلة، ويرى أن واقعة بيع دين السلم إلى المسلم إليه قبل قبضه ليس فيها بعينها نص حكم للشارع، بل إن النص وارد في الطعام فقط فبقي ما عداه على الجواز، إذ الأصل في العقود الصحة والجواز إلا ما ورد نص خاص بمنعه، أي أن النصوص الواردة فيها لا تدل على حكم هذه الواقعة بعينها، فكان قصد الشارع هو الملاذ في مثل هذه الحالات . فقصد الشارع هنا يفسر النصوص ويحدد نطاق تطبيقها ومجال أعمالها في ضوء المقاصد أو المصالح التي جاءت هذه النصوص لحمايتها، ويرجح معنى مستفاد من نص دلالاته ظنية على نص آخر مثله.

وفي معاملة حديثة مولت بصيغة السلم الشرعية، اشترت البنوك المشاركة في التمويل بضاعة موصوفة في الذمة سلما بمبلغ يقرب من مليار دولار، على أن تسلم البضاعة بكميات معينة في مواعيد محددة، واقتضت شروط الصفقة التجارية أن يعد المسلم إليه أي البائع سلما، في حالة إخلاله بشروط العقد، بشراء بضاعة السلم قبل قبضها بثمن يتحدد بالأعلى من ثمن السوق (وهو مذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ورواية عن أحمد) وسعر شراء البضاعة (وهو مذهب مالك رضي الله عنه) وهو تلفيق بين مذهبين في مجال المعاملات المصرفية الحديثة اقتضته الضرورة أو الحاجة العامة، فإذا كان ثمن المثل أي سعر السوق أعلى من ثمن شراء بضاعة السلم التزم المسلم إليه الواعد بالشراء بأن يشتري بسعر السوق وإن زاد عن ثمن الشراء، وإذا كان سعر السوق أقل من ثمن الشراء التزم المسلم إليه بالشراء بثمن يساوي ثمن الشراء.

وواضح أن شرط الشراء بالأعلى من ثمن المثل أو ثمن الشراء شرط لصالح المسلم أي المشتري وهو البنوك الإسلامية المشتريه سلما، والاستجابة لمثل هذا الشرط الذي اقتضته جدوى المعاملة من الناحية التجارية ييسر، بل قد يكون شرطا لتمويل هذه

المعاملة بصيغة السلم الشرعية، وعدم الاستجابة لذلك قد توجه هذا التمويل وجهة تقليدية ربوية، وهنا يلجأ المجتهدون في غيبة النص الذي يدل على حكم هذه المعاملة بلفظ دلالة مباشرة، أو يدل بمعناه ومفهومه بطريق القياس، أي دلالة غير مباشرة، إلى منهج الاستدلال بمقاصد الشريعة، ويوازنون بين مصلحة تمويل الصفقة بصيغة سلم شرعية، تم فيها مخالفة مذهب الجمهور واستبدل به رأي ضعيف أو شاذ لقلّة القائلين به من المجتهدين، والحكم بناء على هذا الرأي بجواز وعد السلم إليه بشراء بضاعة المسلم قبل قبضها بثمن هو الأعلى من ثمن الشراء (وهو مذهب المالكية) أو ثمن المثل أي سعر السوق (وهو رواية عن أحمد اختارها ابن تيمية وابن القيم) وهو جمع بين رأيين وتلفيق بينهما وصولاً إلى المحافظة على قصد الشارع في تمويل هذه الصفقة بصيغة شرعية، والتيسير ورفع الحرج وهو مقصد شرعي أيضاً، أو ارتكاب أخف المفسدتين وأهون الضررين تجنباً لأشدهما وهو التعامل بالربا، أي تمويل الصفقة بالقرض بفائدة لدى البنوك التجارية، أي أن على المجتهد أن يوازن بين تمويل الصفقة بالربا الصريح الواضح لدى البنوك الربوية وبين تمويلها بصيغة السلم الشرعية على رأي بعض المجتهدين، والتلفيق بين هذه الآراء على خلاف مذهب الجمهور، ومثل ذلك تبني القول بجواز بيع بضاعة السلم قبل قبضها للضامن أي الذي ضمن المسلم إليه، بناء على أن دين الضمان ليس دين سلم بل مثله . وكذلك الحوالة به وعليه، وقد قال به بعض المانعين لبيع بضاعة السلم قبل قبضها من المسلم إليه.

وهناك مسألة تحتاج إلى نظر واجتهاد في ضوء منهج الاستدلال بمقاصد الشريعة، وهي مسألة الاستبدال ببضاعة السلم، فقد منع جمهور الفقهاء هذا الاستبدال قبل القبض وأجازة المالكية بشروط أربعة لا يصح الاستبدال بدونها، ومن هذه الشروط أن يكون ما يأخذه المسلم، أي المشتري سلماً، بدلاً عن بضاعة السلم مما يجوز شراؤه برأس مال السلم، مثل أن يكون رأس مال السلم دراهم وبضاعة السلم نحاساً فيتم الاتفاق بين المسلم والمسلم إليه على قبول بترول بدلاً عن النحاس، ولا خلاف هنا في توافر هذا الشرط،

لأنه يجوز أن يشتري البترول سلماً منذ البداية بالدرهم، أي أن تسلم الدرهم في البترول، ولكن إذا تم هذا الاتفاق على قبول المسلم أي المشتري سلماً دنانير بدلاً من النحاس، فهنا يثور السؤال، لأنه لا يجوز إسلام الدنانير في الدرهم ابتداءً، لأنه صرف أجل فيه أحد البدلين، فتكون هذه المعاملة غير جائزة حتى عند المالكية القائلين بجواز الاستبدال لوجود شبهة القصد إلى إسلام الدرهم في الدنانير أي شراء الدنانير بالدرهم مع تأخير الدنانير لما يترتب عليه من الصرف مع تأجيل أحد البدلين. وقد رأى بعض متأخري المالكية جواز ذلك إذا انعدمت هذه الشبهة، بأن وجدت قرائن قوية على عدم وجود قصد العاقدين للصرف المؤجل بأن يكون مبلغ الدنانير المأخوذ بدلاً عن النحاس (وهو عادة سعر النحاس في السوق) كبيراً إلى الحد الذي لا يمكن معه القول أن مبلغ الدنانير هو ثمن الدرهم حسب سعر الصرف السائد بين العملتين، وذلك كأن يكون رأس مال السلم مائة درهم والدنانير المأخوذة بدلاً عن بضاعة السلم أي النحاس خمسون ديناراً، وسعر الصرف السائد بين الدرهم والدينار هو ثلاثة دراهم للدينار الواحد، ففي هذه الحالة تتعدم شبهة قصد الصرف المؤجل، لأن سعر الصرف هنا، على فرض قصده، يكون درهماً للدينار، أي أن المشتري المستبدل قد أخذ الدينار بدرهماً مع أن سعر الصرف في السوق أكبر من ذلك، ولو كان صرفاً لأخذ المستبدل 33 ديناراً فقط مقابل مبلغ 100 درهم فدللت هذه القرينة على أن سبب الزيادة هو ارتفاع سعر النحاس في السوق، وليس قصد الصرف المؤجل.

والسؤال هو هل يجوز للبنك أن يشتري بضاعة السلم بعملة معينة كالدولار ثم يحصل على وعد من البائع سلماً بأنه في حالة التخلف عن تسليم بضاعة السلم أو في حالة رغبة المشتري في عدم قبض هذه البضاعة، أن يبدله عنها مبلغاً محدداً بعملة أخرى كالدرهم إذا كان مبلغ الاستبدال يزيد كثيراً عن رأس مال السلم على أساس سعر الصرف السائد بحيث لا يتهم العاقدان على التحايل على الصرف المؤخر، بأن كانت البضاعة قد ارتفعت أو يتوقع ارتفاع أسعارها في السوق.

وزيادة على ذلك فإن هذه المعاملة إذا أجيّزت، بناءً على رأي بعض متأخري المالكية فإنها قد تستخدم للصرف المؤجل، عن طريق عقد السلم، بأن تكون هناك معاملة بين طرفين بعملة الدولار، ويريد أحد الطرفين أن يحصل عند السداد على عملة أخرى، وهو شبيه بصرف ما في الذمة، ولكن المعاملة هنا هي وعد من أحد الطرفين بهذا الصرف، وقد تستخدم في التحوط (swaps and hedging).

فهل تجوز هذه المعاملة بالقيود الذي ذكره بعض المالكية الذين قالوا بجواز استبدال بضاعة السلم كالبتروال الخام التي اشترت بعملة معينة كالدولار بعملة أخرى كالدرهم، وتثول هذه المعاملة في هذه الحالة إلى الصرف المؤجل، ويكون أصل اعتبار المال مانعاً من هذه المعاملة، أو ينظر إلى قرينة زيادة إحدى العملتين عن الأخرى زيادة تبررها ارتفاع قيمة بضاعة السلم مثلاً خلال هذه الفترة، ويبعد في هذه الحالة قصد التحايل بإظهار الصرف المؤجل، وهو أمر محرم، في صورة بيع سلم جائز بثمن هو عملة معينة، مع وعد البائع أو المشتري، بقبول استبدال عملة أخرى بالبضاعة محل عقد السلم؟

وقصدي من ذلك هو بيان منهج الاستدلال بمقاصد الشريعة، في حالة عدم وجود النص الذي يدل على حكم الواقعة بعينها بلفظه أو بمفهومه ومعناه بطريق القياس، وليس الغرض هو عرض رأيي في هذه المسائل بخصوصها.

8- هل يجوز تحميل المستأجر بتكاليف العين المؤجرة التي تجب على المؤجر بحكم الشريعة، مثل تكاليف الصيانة الأساسية وأقساط التأمين عليها والضرائب على العين المؤجرة أو على الدخل فيها؟

هذه التكاليف يتحملها المالك للعين المؤجرة ولا يجوز تحميلها للمستأجر باتفاق. وهل يجوز توكيل المستأجر في القيام بالصيانة الأساسية للعين المؤجرة ودفع الضرائب المستحقة على هذه العين أو على الأجرة منها وكذلك دفع أقساط التأمين عليها، وتكليف

المستأجر بصفته وكيلا أن يدفع تكاليف الصيانة وأقساط التأمين ومبلغ الضريبة نيابة عن المؤجر على سبيل القرض الحسن، مع خصمها من أول أجرة مستحقة للمؤجر أو حسب الاتفاق، مع إضافة هذه التكاليف إلى الأجرة باعتبارها أجرة تكميلية أو إضافية، حتى إذا ما حسم المستأجر النفقات والتكاليف التي دفعها نيابة عن المؤجر من الأجرة يكون الباقي من الأجرة هو الأجرة العادية أي أجرة المثل في حالة ما إذا قام المؤجر نفسه بصيانة العين المؤجرة ودفع أقساط التأمين ومبلغ الضرائب المستحقة عليه؟

عرضت هذه المسائل في وقت مبكر من عمل البنوك الإسلامية على بعض المؤتمرات والندوات والهيئات الشرعية للبنوك الإسلامية، وذلك أمام إصرار البنوك التقليدية على عدم تحمل المؤجر بأية مخاطر تجارية (commercial risks) ورغبة البنوك الإسلامية في أن تدخل في هذا المجال من تمويل المشاريع بصيغة الإجارة التمويلية حتى لا تتركه للبنوك التقليدية لتمويله بطريق القرض بفائدة، وكان ذلك في معاملات التمويل المشترك (syndication) ك شراء الطائرات والسفن والمصانع والعقارات، ولقد برر فقهاء العصر هذا الصنيع في أول الأمر على أنه تيسير للتعامل ورفع للحرص وإن لم يدل على كل حكم من هذه الأحكام نص شرعي معين، أي يدل على حكم الواقعة بعينها.

وقد أجمع فقهاء العصر على عدم جواز تحمل المستأجر بشئ من التكاليف السابقة، ثم اختلفوا في بقية المسائل، فأجاز بعضهم تعيين المستأجر وكيل خدمات وأن يدفع هذه التكاليف نيابة عن المؤجر، كما أجازوا للمؤجر والمستأجر حق تحديد الأجرة وأن يكون أحد عناصرها، هو تكاليف الصيانة وأقساط التأمين والضرائب، وهي غير معلومة عند التعاقد إذا أمكن العلم بها قبل بداية كل فترة إيجارية ثم يضاف إلى أجرة الفترة الإيجارية التالية، وقد عدوا ذلك من باب المخارج الشرعية التي تقتضيها المصلحة وليس من باب التحايل على إبطال الأحكام الشرعية، وأنه بذلك يكون موافقا لمقاصد الشريعة في الجملة، والذي قصدته من عرض مثل هذه الوقائع هو بيان منهج الاستدلال بالمقاصد

الشرعية عند غياب النص المعين أي الذي يدل على حكم الواقعة بعينها بطريق مباشر أي بالدلالة اللفظية أو بطريق غير مباشر أي بالقياس على واقعة تشترك فيها في العلة والحكم.

وأود التأكيد مرة أخرى على أن الاستدلال بمقاصد الشريعة عند عدم وجود النص الذي يدل على حكم الواقعة أو النازلة بلفظه أو بمفهومه ومعناه بطريق القياس، منهج تحفه المخاطر، ولا ينبغي أن يلجأ الفقيه مالم يثق من نفسه أنه قد بلغ رتبة هذا النوع من الاجتهاد، وهو ليس اجتهادا مطلقا، بل اجتهاد في تحقيق المناط، أي مناط المقاصد الشرعية، وهو اجتهاد يؤكد الشاطبي " أنه باق ومفتوح وميسر للفقهاء إلى قيام الساعة "، حتى على قول من أغلقوا باب الاجتهاد المطلق، أي الاجتهاد بالرجوع مباشرة إلى نصوص الشريعة كتابا وسنة، أو قالوا بتعذره من حيث الواقع فهذا النوع من الاجتهاد يحتاج إلى التعمق والتذوق لروح الشريعة وحكمها ومعانيها ومصالحها ومقاصد الشارع فيها، ولا يكتفي بحفظ نصوص الشريعة أو معرفة مدلولات ألفاظها، ولا آراء الفقهاء ويلزم هذا المجتهد أن يتأكد من الأمور التالية:

أ- أن الواقعة أو النازلة أو المعاملة المفروضة ليس فيها نص حكم بالمنع أو الجواز، وبالصحة أو البطلان، أي أنها واقعة جديدة عارية عن النص، وذلك بعد تحليل المعاملة أو مراجعة أبواب الفقه التي يظن تعرضها لها.

ب- أنه لا يمكن الاستدلال على حكم هذه المعاملة بلفظ نص شرعي معين أو بمفهومه وبمعناه بطريق القياس.

ت- ثم يختار المقصد الشرعي الذي يتحقق مناطه في هذه المعاملة ولا يعارضه مقصد شرعي أقوى منه في الحجية.

9- تحديد الأجرة بمؤشر معين:

الأصل في عقود المعاوضات، ومنها عقد الإجارة، أن يكون العوضان معلومين عند التعاقد لا بعده، وعلى هذا جرى فقه الأئمة، إلا في مسائل قليلة ذكروا جوازها مع الغرر لأن الغرر فيها قليل أو يسير لا يؤدي مثله إلى النزاع وهو حكمة المنع، مثل إجارة الأجير بطعامه ولباسه وسكنانه والبيع بسعر السوق أو ما نقطع به السعر، وهي مسائل تمثل استثناء من أصل منع الغرر في عقود المعاوضات، ويتحقق فيها مناط مقصد التيسير ورفع الحرج في المعاملات. وقد بدأت البنوك الإسلامية في استخدام عقد الإجارة باعتباره صيغة من صيغ التمويل الإسلامي في السفن والطائرات والمصانع والمباني، وكانت هذه الإجارة نوعين: أحدهما الإجارة التشغيلية وهي التي تعود فيها العين المؤجرة إلى المؤجر في نهاية مدة الإجارة، وثانيها الإجارة التمويلية وتسمى المنتهية بالتملك، وهي التي لا تعود فيها العين المؤجرة بعد نهاية مدة الإجارة إلى المؤجر، بل يملكها المستأجر في نهاية مدة الإجارة بأحد طريقتين أولهما: بدفع أقساط أجرة ثابتة تمثل تكلفة شراء العين المؤجرة أو تصنيعها مع الأجرة المتغيرة التي تحدد بنسبة من تكلفة العين أو بمؤشر معين، ويعد فيها المؤجر المستأجر ببيع العين المؤجرة في نهاية مدة الإجارة بثمن رمزي أو يعيده له دون عوض أو يهبها له هبة معلقة على شرط الوفاء بالأجرة طوال مدة الإجارة، وثانيهما: بدفع المستأجر أجرة عادية ويعد فيها المستأجر بشراء العين المؤجرة من المؤجر في نهاية مدة الإجارة بثمن يحدد عادة بتكلفة شراء المؤجر لهذه العين أو تكلفة صنعها، وتسمى القيمة الاسمية.

وعند تحديد الأجرة المتغيرة لكل فترة من الفترات، إذا كانت الإجارة لمدة محدودة مثل خمس سنوات واتفق المؤجر والمستأجر على أن تدفع كل فترة إيجارية محددة شهر أو ثلاثة أو سنة تحدد الأجرة بمؤشر معين مثل اللابور بدلا من مبلغ معين أو نسبة معلومة من مبلغ معين، ويترتب على ذلك جهالة الأجرة في جميع فترات الإجارة، وقد اختلف فقهاء العصر في تحديد الأجرة بهذا المؤشر بناء على أن هذا المؤشر غير معلوم للعاقدين عند توقيع عقد الإجارة، وإن كان معلوما في بداية كل فترة إيجارية من

فترات مدة الإجارة، فمنع بعضهم هذا التحديد، إعمالاً لمبدأ وجوب العلم بمحل التعاقد عند توقيع العقد و لا تخرج الإجارة عن ذلك، ورفض التخريج على جواز البيع بسعر السوق أو بما ينقطع به السعر، لأن المقصود بسعر السوق أو ما ينقطع به السعر، سعر السوق يوم توقيع العقد لا بعده بمدة طويلة، والمؤشر في الإجارة يكون في تاريخ أو تواريخ لاحقة، وليس في يوم الدخول في عقد الإجارة، والبعض الآخر أجازوا تحديد الأجرة بالمؤشر، ولكن على نحو لا يفضي إلى جهالة الأجرة عند توقيع عقد الإجارة، وقد اقترحوا أن تحدد الإجارة بمدة دفع الأجرة، بمعنى أن تكون مدة دفع الأجرة هي مدة الإجارة نفسها، ولتكن 6 أشهر مثلاً ثم يعد المستأجر بتجديد هذه المدة لمدد أخرى مساوية يكون مجموعها هو مدة الإجارة الكلية كخمس سنوات مثلاً، فإن أخل المستأجر بوعده ولم يجدد الإجارة لمدد متساوية لمدة الإجارة الكلية كان ذلك منه إخلالاً بالتزاماته المترتبة على عقد الإجارة، يعطي المؤجر الحق في فسخها أو طلب شراء المستأجر للعين إن كان المستأجر قد وعد المؤجر بشراء العين في حالة الإخلال بالتزاماته، وفي هذه الحالة يمكن أن يكون الوعد بأجرة تتحدد على أساس المؤشر، لأن تحديدها بالمؤشر يكون في بداية كل فترة إيجارية، والمؤشر في ذلك الوقت يكون معلوماً بالنسبة، فتكون الأجرة معلومة بالأرقام في بداية كل فترة إيجارية، فالفترة الإيجارية هي نفسها فترة دفع الأجرة.

ولقد تبني مجلس المعايير الشرعية اجتهاداً مفاده جواز تأجير العين لمدة معلومة، مثل خمس سنوات على أن تقسم مدة الإجارة إلى فترات إيجارية ولتكن كل منها ستة أشهر مثلاً، على أن تحدد أجرة كل فترة إيجارية منها كشهراً أو ستة أشهر أو سنة مثلاً بمؤشر معين، شريطة أن يكون هناك حد أعلى مثل 10% وحد أدنى مثل 5% أما أجرة الفترة الأولى فيجب أن تكون محددة بالأرقام، وخالصة ذلك أن الإجارة تكون لمدة محددة، وهي ملزمة للعاقدين لكامل هذه المدة، ولكن الأجرة تحدد على أساس المؤشر في بداية كل فترة دفع أجرة، وتدفع في نهاية هذه المدة، أما الفريق الآخر فإنه يسوي بين

مدة الإجارة ومدة تحديد ودفع الأجرة، مع وعد المستأجر بالتحديد، مما يعني أن الإجارة ملزمة للعاقدين لهذه المدة، ويلزم المستأجر وحده بالتجديد لفترات أخرى مساوية مجموعها هو مدة الإجارة الكلية.

وسند الفريق الأول ليس نصا شرعيا يدل بعينه على حكم هذه المعاملة بلفظه أو بطريق القياس، وإنما كان جل اعتمادهم على مقاصد الشريعة الكلية والفرعية والتابعة والذي قصدته من هذا العرض هو إثبات أن بعض الوقائع والنوازل والمعاملات قد لا تجد دليلا شرعيا خاصا يدل عليها بلفظه أو بمعناه ومفهومه بطريق القياس، فلا يكون أمام مجتهد العصر إلا مقاصد الشريعة العامة والفرعية والتابعة، ويحاولون تحقيق مناطها وتطبيقها على هذه المعاملات والنوازل على نفس منهج الشارع في الموازنة والترجيح بين المقاصد والمصالح، وهم لا شك واصلون مهتدون إلى طريق الحق الذي يرتبط بإفراغ الوسع ممن توافرت لديه شروط الاجتهاد وتيسرت له أدواته.

10- دور الوعد في هيكلية التمويل:

بدأ الوعد يلعب دورا محدودا في بداية عمل البنوك الإسلامية، واقتصر على وعد المتعامل بشراء بضاعة المرابحة إذا ما تملكها البنك وقبضها، ثم زاد دور الوعد واتسع نطاقه وتعددت صورته في بقية عقود التمويل وصيغ الاستثمار الإسلامية فظهر وعد المؤجر ببيع العين المؤجرة للمستأجر أثناء فترة الإجارة أو في نهايتها، وظهر وعد المستأجر بشراء العين المؤجرة من المؤجر في حالة إخلاله بالتزاماته المترتبة على عقد الإجارة أثناء مدتها، أو في نهاية مدة الإجارة إذا كانت تشغيلية وقد حددت المعايير الشرعية ثمن الشراء في هذا الوعد بسعر السوق أو الثمن الذي يتفق عليه المؤجر والمستأجر عند تنفيذ عقد الشراء، وهذا ما أقرته المؤتمرات والندوات الفقهية، وأيدته

الهيئات الشرعية، من الناحية النظرية، غير أن العمل والتطبيق جرى على خلاف هذا المعيار وجرى العمل على أن الوعد بالبيع والأمر بالشراء يكون بثمن محدد هو تكلفة شراء العين المؤجرة أو تصنيعها أو الرصيد المتبقي من هذه التكلفة، وهو ما يسمى بالقيمة الإسمية للعين، مع أن الوعد بالشراء بالقيمة الإسمية في نظر من اعتمدوا المعايير الشرعية يعد باطلاً وحراماً ويدخل تحت شبهة بيع العينة، أو ضمان المستأجر، وهو أمين، العين المؤجرة للمؤجر، وذلك عن طريق ضمان شرائها بقيمتها الإسمية، وإن قلت قيمتها السوقية عن ذلك عند تنفيذ الوعد بالشراء أو بالبيع.

واستعمال الوعد في هذه المعاملات، والبيع والشراء بسعر السوق أو ما يتفق عليه العاقدان، وهو ثمن مجهول عند صدور الوعد، وإن كان معلوماً عند تنفيذ البيع نفسه، وكذلك البيع بالقيمة الإسمية، كل ذلك لم يرد فيه بعينه نص حكم للشارع، ولكن المستند الذي يدور حوله الاجتهاد هو مقاصد الشريعة الكلية والفرعية والتابعة، مما قد يطلق عليه عبارة رعاية المصلحة.

هذا ويجب التنبيه دائماً إلى دقة الاستدلال بمقاصد الشريعة والذي يسميه الشاطبي أحياناً الاستدلال المرسل وأحياناً العموم الاستقرائي وأحياناً بالأصلي الكلي والمصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع، فلا ينبغي أن يقدم عليه إلا فحول العلماء الذين تمرسوا على هذا النوع من الاستدلال.

وقد استعملت البنوك الإسلامية الوعد الملزم في المضاربة والمشاركة والوكالة في الاستثمار فأجازت الهيئات الشرعية للمضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار أن يعد كل منهم بشراء موجودات المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار، بسعر السوق أو بما يتراضى عليه العاقدان، بل بالقيمة الإسمية، وهي ما يجري عليه العمل في التمويل المشترك وإصدار الصكوك، بل وفي المعاملات الفردية، والقيمة الإسمية هي رأس المال المضاربة والمشاركة أو الوكالة في الاستثمار أو الرصيد الباقي من هذه

القيمة إذا كان المضارب أو الشريك أو الوكيل قد سبق له شراء جزء من رأس المال قبل ذلك، وسمت البنوك الإسلامية ذلك بالإطفاء الكلي أو الجزئي. وقد تشدد بعض الفقهاء الذين أجازوا للمضارب أو الشريك أو الوكيل شراء موجودات المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في حالات خاصة، فأوجبوا أن يكون الوعد بالشراء بسعر السوق أو بما يتفق عليه العاقدان عند تنفيذ الوعد بالشراء، ولم يجيزوا الوعد بشراء هذه الموجودات بالقيمة الإسمية أي برأس المال أو الرصيد الباقي منه، وقد استدلوا على المنع من الشراء بالقيمة الإسمية بأن ذلك يدخل تحت ضمان الأمين (مضارباً أو شريكاً أو وكيلًا) للمال الذي يحوزه على سبيل الأمانة، لأن هذه العقود من عقود الأمانات التي لا يضمن فيها الأمين إلا بإثبات التعدي على المال أو التقصير في حفظه أو الخطأ في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنه أو مخالفة شروط عقد الأمانة أي عقود المضاربة والمشاركة والوكالة في الاستثمار أو التي يضمن فيها الأمين إذا عجز عن إثبات القوة القاهرة أو السبب الأجنبي على النحو الذي اخترناه كما تقدم.

ثم استخدمت بعض البنوك الإسلامية الوعد في منتجات التحوط (swaps and Hedging) وصيغ حماية رأس المال مع أو بدون حماية نسبة ربح محدد أو مرتبط بمؤشر أو أداء صندوق أو محفظه استثمار معينة بدعوى أن هذه المنتجات قد استوفت الشروط والضوابط الشرعية فصارت تحوطاً شرعياً، ولا زالت هذه الصيغ تحفها الشبهات من كل جانب وتحتاج إلى دقة متناهية في تحليلها وهيكلتها وشروطها حتى تطئن النفس إلى شرعيتها، لأن الأصل فيها الحرمة حتى يثبت الحل بدليل شرعي معتبر، ولمقاصد الشريعة دور عظيم في الاستدلال على هذه المنتجات إذ ليس فيها بعينها نص معين يدل على حكمها بلفظه أو بمعقوله بطريق القياس، وإن كانت الصيغ التقليدية للتحوط وحماية رأس المال وهامش الربح تفتقد بعض الشروط والضوابط الشرعية.

ونظرا لخطورة هذا المنهج من مناهج الاستدلال المرسل، أي الذي لا يعتمد على نص خاص أو دليل معين، فإنني أرى مرة ثانية وثالثة أن توضع له الضوابط الشرعية الدقيقة:

1- فلا يقبل هذا النوع من الاستدلال إلا من الفقهاء الثقات الذين جمعوا بين التعمق في فقه الشريعة نصاً وروحاً والخبرة والممارسة في استنباط الأحكام الشرعية من نصوصها وأدلتها الجزئية.

2- أن يحدد الفقيه المقصد الشرعي الذي يراد تطبيقه على النازلة أو المعاملة الجديدة، ثم يتأكد من أدلة اعتباره.

3- يبين وجه دخول الواقعة التي لا نص فيها تحت هذا المقصد ودليل تحقق مناطه فيها، كما هو صنيع المجتهدين من الصحابة والتابعين والأئمة أصحاب المذاهب، وإلا وجب انحصار الاستدلال بالمقاصد على الاجتهاد الجماعي دون الفردي، وأن يقتصر الفرد على الإفتاء بفقه الأئمة المستتبطين والموجود في موسوعات الفقه، وفيه بإذن الله كفاية .

11- توكيل المتعامل في شراء بضاعة المرابحة أو الأعيان المؤجرة

الأصل أن البنك الإسلامي هو الذي يشتري بضاعة المرابحة حتى يملكها ويحوزها، ويحل له بيعها إلى الواعد بشرائها مرابحة أو الواعد باستئجارها، غير أن المعايير الشرعية أجازت توكيل التعامل في شراء بضاعة المرابحة في حالات الضرورة أو الحاجة الملحة شريطة أن يحول البنك ثمن بضاعة المرابحة التي اشتراها الوكيل إلى البائع مباشرة، وقد أذنت بعض البنوك الإسلامية بموافقة هيئاتها الشرعية على تحويل ثمن شراء بضاعة المرابحة إلى حساب الوكيل الذي يقوم بدوره بدفعه للمورد، بل وقعت مخالفات عدة من بعض البنوك التي سلمت ثمن شراء الوكيل لبضاعة المرابحة إلى الوكيل قبل عملية الشراء، وأخيراً أجازت بعض الهيئات الشرعية توكيل طالب الشراء

مرابحة في شراء هذه البضاعة باسمه هو لا باسم البنك ودفع الثمن إليه دون المورد أو البائع .

والذي أراه أن يعاد النظر في صيغة المرابحة نفسها ووضع ضوابط جديدة لتنفيذها، بدلا من التوسع في هذه الصيغة حتى تصير قريبة من إقراض المتعامل ما يشتري به البضاعة بنفسه على أن يرد زيادة على مبلغ القرض، ولقد عانت الصناعة المالية الإسلامية، ولا زالت تعاني من النقد الموجه إلى صيغة المرابحة ليس من المتعاطفين مع النظام المالي الإسلامي والحريصين عليه فقط، بل ومن بعض غير المسلمين ممن يشتغلون بهذه الصناعة.

12 - جزاء الإخلال بالوعد:

من القضايا الهامة في البنوك الإسلامية، بعد اتساع مجال استخدام الوعد في المعاملات المصرفية، قضية جزاء إخلال الواعد بوعده، على القول بلزوم الوعد للواعد دون المستفيد من الوعد، من وجوب تعويض المستفيد من الوعد عن الضرر الذي يلحقه نتيجة إخلال الواعد بوعده، ومقدار هذا التعويض وعناصره ونوع الضرر وطريقة تحديد التعويض عنه:

أ- فالوعد عند جمهور فقهاء العصر وعليه عمل معظم البنوك الإسلامية يلزم الواعد وحده دون المستفيد من الوعد، وبعض فقهاء العصر، ومعهم بعض البنوك الإسلامية لا يرون الوعد ملزماً للواعد ولا للموعد له، فإذا نفذ اختياراً لزم.

ب- والوعد يجب أن يكون من طرف واحد ولا يجوز أن يصدر الوعد من طرفين، كأن يعد أحدهم بالبيع ويعد الآخر بالشراء إذا كان محل الوعد واحداً من جميع جوانبه، كالعين الموعد ببيعها والتمن ووقت تنفيذ الوعد وشروطه، فإن صدر الوعد من طرفين على ذات المحل كان مواعدة باطلة لا يترتب عليها أثر، لأنها تكون في حكم التصرف المعلق على شرط، أو المضاف إلى أجل، وهو لا يجوز في عقود المعاوضات.

ت- وإذا رفض الواعد تنفيذ وعده الملزم اختياراً، بأن رفض الواعد بالبيع توقيع عقد البيع، أو الواعد بالشراء توقيع عقد الشراء؛ فإنه لا يجوز إجباره على هذا التنفيذ قضاءً، أي التنفيذ العيني بحكم القاضي الذي ينفذه جبراً إذا كان عملاً مادياً، أو يقوم فيه حكم القاضي مقام العقد نفسه إذا كان موضوع الوعد إبرام عقد من العقود، وكل ما يملكه المستفيد من الوعد هو إلزام الواعد بتعويضه عن الضرر الفعلي الذي أصابه من جراء عدم تنفيذ الواعد لوعده، إذا أثبت المستفيد هذا الضرر ومقداره.

وهذا التعويض سببه التغير بالقول، واعتباره كالتغير بالفعل يوجب الضمان، ذلك أنه لم يقع من الواعد غير الوعد، ولم يقع منه تعد ولا تقصير ولا خطأ ولا مخالفة لشروط العقد، ويتمثل الضرر الذي أصاب الموعد له أو المستفيد من الوعد في أنه، اعتماداً على الوعد، دخل في عمل مادي أو تصرف قانوني رتب عليه مصروفات وتكاليف ما كان يمكن أن تترتب عليه لولا الوعد، أي اعتماده على الوعد، والمثال الشهير عند الفقهاء في هذا هو قول الواعد للموعد له تزوج هندا وعلي صدقها، ففعل الموعد له وتزوج هندا اعتماداً على هذا الوعد، فأدخل نفسه في تكاليف الزواج من صدق وإعداد منزل الزوجية وغير ذلك من تكاليف الزواج، اعتماداً على أن الواعد بحكم التزامه بأحكام

الشريعة؛ سوف يوفي بوعده ديانة، لأن مخلف الوعد منافق، ولا خلاف في وجوب الوفاء بالوعد ديانة، ولكن الاجتهاد الجديد في كونه ملزماً قضاءً كذلك، وقد اعتمد فقهاء العصر الذين قالوا بالزام الوعد، ووجوب الوفاء به قضاءً، وأن الموعد له يستحق التعويض في حالة الإخلال، على بعض النصوص الفقهية التي وجدت في بعض كتب المالكية فأسسوا عليها نظرية أو أصل الوعد الملزم، وكان أول من نبه إلى الوعد الملزم واقترح استخدامه في معاملة المرابحة في البنوك الإسلامية هو المرحوم الدكتور سامي حمود.

وقد اتسعت دائرة استخدام الوعد بعد ذلك حتى لا تكاد تجد عقداً إلا وهو مسبوق بوعد وظهرت للوعد صور متعددة، وقامت عليه منتجات حديثة دون أن يصاغ الوعد في نظرية عامة أو مبدأ كلي يحدد مضمونه وشروطه وقيود استخدامه ومجال أعماله ونطاق تطبيقه في المعاملات، وخصوصاً عند عدم وجود النصوص الشرعية التي تدل على حكم كل واقعة أو نازلة تتعلق بالوعد أو تبنى عليه، وفي غياب هذه النظرية لا يجد الباحث أمامه إلا مقاصد الشريعة العامة التي تحدد ضوابط الوعد، ونطاقه وما يترتب على الإخلال به من آثار. وعلى سبيل المثال فإن مقاصد الشريعة هي التي تجيب على الأسئلة التالية:

- 1- ما هي صيغة الوعد الملزم، وهل يقبل الوعد التعليق على الشرط، أو الإضافة إلى الأجل؟ وما هي الشروط التي يجوز اقترانه بها؟
- 2- هل يجري الوعد في التصرفات أو العقود الشرعية فقط، أم يجري كذلك في الأفعال أو التصرفات المادية؟ وما هو حكم الإخلال به في النوعين؟
- 3- ما هي العقود والتصرفات التي يجوز الوعد بها وتلك التي لا يجوز الوعد بها؟
- 4- ما هو ضابط الوعد من جانب واحد والمواعدة من الجانبين؟ وبعبارة أدق متى يكون موضوع الوعد واحداً، ومتى يكون متعدداً، مثال ذلك: وعد المؤجر ببيع العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة إذا التزم المستأجر بدفع أجرة كامل

المدة، ووعده المستأجر بشراء هذه العين المؤجرة ذاتها أثناء فترة الإجارة إذا أخل بالتزاماته في عقد الإجارة، ومنها دفع الأجرة، فهل يعد هذا وعدا من طرف واحد وهو المؤجر، ووعده آخرا من طرف واحد كذلك وهو المستأجر، لأن محل الوعدين هنا، وإن كان واحدا هو ذات العين المؤجرة، ولكن اختلف وقت تنفيذ كل من الوعدين، وشروطهما، وقد يختلف الثمن أو الظروف والأوضاع في كل من الوعدين، فتكون هذه وعود صحيحة كل منها من جانب واحد. أما وعد أحد الطرفين بشراء عين في وقت محدد وبثمن محدد وبشروط محدد، ووعده الآخر بشرائها في نفس الوقت وبنفس الثمن وبنفس الشروط كانت مواعده من الجانبين.

5- هل يطبق الوعد في عقود المعاوضات التي تقبل التعليق على الشرط، والإضافة إلى الأجل، وتلك التي لا تقبله؟ وهل يدخل الوعد في عقود التبرعات والمشاركات والمضاربات والوكالة في الاستثمار والتوثقات والإطلاقات؟

6- ما هو جزاء إخلال الواعد بوعده على التحديد، وما هو سنده الشرعي إذا كان محل الوعد عملا ماديا، كالوعد بتسليم مال أو بهدم جدار أو بنائه، أو عقدا شرعيا، كالوعد بالشراء والبيع والضمان والكفالة والرهن والتأجير والاستثمار والمضاربة والمشاركة وإسقاط الدين والوكالة، وهل يقوم القاضي بالزام الواعد بوعده بإبرام عقد معين، مقام الواعد في إبرام هذا العقد والرضا به بناء على المقصد الشرعي وهو قيام القاضي مقام من لزمه حق في تنفيذ هذا الحق، فبييع القاضي عليه ما وعد ببيعه، ويشترى ما وعد بشرائه نيابة عنه، كما يطلق زوجته في حالة الضرر، ويعتد بطلاقه شرعا؟ أم أن ذلك يعد عدوانا على مبدأ الرضا وسلطان الإدارة فلا يجوز؟

وإذا لم يكن الإجماع على العقود الموعود بها، بحيث يقوم حكم القاضي مقام العقد نفسه، جائزا شرعا فما هو جزاء إخلال الواعد بوعده وما هو دليل هذا الجزاء؟

يصرح فقهاء العصر وأعضاء الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية بأن جزاء الإخلال بالوعد يتمثل في تعويض الموعود له أو المستفيد عن الضرر الفعلي الذي أصابه من جراء إخلال الواعد بوعده، ثم طبقوا هذا على بعض الوعود فقالوا:

1- إذا أخل الواعد بشراء بضاعة المرابحة بوعده فلم يشتر البضاعة بعد تملك البنك وقبضه للبضاعة؛ فإن للبنك المستفيد من الوعد أن يبيع بضاعة المرابحة في السوق ويسترد الفرق بين ثمن البيع وتكلفة شراء البضاعة إن وجد دون الربح الموعود به، من مبلغ ضمان الجدية أو الضمان الذي يقدمه الواعد مع وعده إن وجد، وإلا طالب به الواعد، فإن لم يكن البنك قد اشترى البضاعة فإنه يستحق مطالبة الواعد بأية مصروفات يكون البنك قد تكبدها لشراء البضاعة، وهل يلزم البنك إنذار أو إعدار الواعد بالشراء أو رفع دعوى أم أن للبنك أن يتولى البيع ابتداء؟

وهل يلزم البنك لاستحقاق التعويض بيع بضاعة المرابحة التي رفض الواعد شراءها فعلا حتى يعلم مقدار الضرر الفعلي، أي الفرق بين ثمن البيع في السوق وثمان وتكاليف شراء البنك لها، أم يكفي معرفة سعر السوق ثم يطالب الواعد بالفرق إن وجد؟ ثم يتولى البنك بيع البضاعة فيما بعد أو يحتفظ بها لنفسه؟

وهل يتحدد الضرر الفعلي بمقدار الفرق بين ثمن بيع بضاعة المرابحة في السوق والثمن الذي اشتراها البنك به فقط، أم الفرق بين ثمن شراء البضاعة والثمن الموعود به، أي ثمن البيع، وهل يستحق البنك تعويضا إذا أثبت أن هناك أضرارا أخرى مباشرة أو غير مباشرة تكبدها البنك بسبب خلف الواعد لوعده؟ ونحن نعلم أن الضمان في الشريعة الإسلامية يكون بالمثل أو بالقيمة في حالات الهلاك والتلف للمال بسبب من جانب الضامن، والواعد لم يتلف مالا، كما أن نقص قيمة المال في السوق عن ثمن شرائه إن وجد، حدث والمال في ملك البنك، والمال يهلك ويتلف وتنقص قيمته على المالك، مالم يوجد شخص يسأل عن ذلك. والواعد لم يرتكب فعلا إيجابيا يقتضي الضمان، فما هو

الخطأ الذي يترتب عليه الضمان؟ هل هو مجرد الوعد بشرط الحلف، أم أن سبب الضمان هما معا.

2- إذا أخل الواعد باستتجار عين بوعدده ورفض استتجار العين بعد تملك المؤجر أو استتجاره لها فإنه يضمن الضرر الفعلي الذي وقع على البنك المستفيد من الوعد، ويتمثل مبلغ الضمان في الفرق بين ثمن شراء العين أو تكلفة صنعها، وبين ثمن بيعها في السوق بعد رفض الواعد استتجارها، أو الفرق بين أجرتها في السوق لنفس المدة وبذات الشروط، وبين الأجرة الموعود بها، وهل يجب على المؤجر أن يؤجرها أو يبيعها فعلا حتى يتحدد الفرق الذي يلزم الواعد دفعه أم يكفي معرفة سعر السوق أو أجرة المثل إذا كان للعين ثمن معلوم أو أجرة معلومة، وليس هناك نص شرعي يحدد حكم هذه الوقائع فتكون مقاصد الشريعة هي الملاذ في التعرف على الحكم.

3- وفي عقود الإجارة يعد المؤجر ببيع العين للمستأجر في نهاية مدة الإجارة أو بهبتها له، فما الحكم لو لم يوف المؤجر بوعدده؟ هل يشتري المستأجر العين من السوق، ويطالب المؤجر بالفرق بين ثمن شرائها من السوق والتمن الذي وعد المؤجر المستأجر ببيعها له به؟ وكيف تشتري هذه العين من السوق وهي معينة بالذات، وقد رفض المؤجر بيعها له، ولا توجد لها أمثال في السوق لأنها من القيميات لا المثليات؟ وعلى فرض أن لها مثلاً، فهل يشتري المستأجر مثلها، ويغرم المؤجر الواعد ببيع العين المؤجرة للمستأجر الفرق بين ثمن شرائها من السوق والتمن الذي وعد المؤجر المستأجر ببيعها به؟

4- وما هو مبلغ التعويض عن الضرر الفعلي الذي يلحق بالمؤجر في حالة نكوص المستأجر عن الوفاء بوعدده بشراء العين المستأجرة في حالة عدم قيامه بدفع الأجرة، هل هو الفرق بين ثمن بيع العين في السوق والتمن الذي وعد المستأجر المؤجر شرائها به؟ أم الفرق بين ثمن بيع العين في السوق وتكلفة العين على المؤجر، وهل يلزم البيع في

السوق فعلا في هذه الحالات أيضا للتحقق من الضرر الفعلي أم يكفي معرفة سعر السوق؟

إن كل هذا الاجتهاد لا يعتمد على نص معين ولا دليل خاص يدل على حكم كل حالة بعينها، ولذا كان لا بد من اللجوء إلى مقاصد الشريعة الكلية، ومقاصدها المتفرعة عنها أوالمكملة لها.

13 - الجمع بين العقود:

عرضت هذه المسألة في عدة مؤتمرات وندوات وتداولتها الهيئات الشرعية، وكتبت عدة بحوث وصدرت عدة توصيات أو قرارات بشأنها، وخلاصة ذلك كله أنه لا يجوز أن يكون انعقاد عقد معلق على انعقاد عقد آخر بحيث لا يوجد أحدهما دون الآخر، مثل قولك بعتك إن أجرتني، وما شابه ذلك من أدوات وصيغ التعليق.

وقد جدت معاملات كبيرة الحجم متعددة الجوانب تحتاج إلى عدة مليارات من الدولارات لتمويلها، ومشاركة أكثر من مؤسسة تمويل في هذا التمويل، وتعذر تمويل هذه المعاملة أو هيكلتها بناء على عقد واحد، كالمرابحة أو الاستصناع أو المشاركة، بل احتاجت إلى عدد من العقود والوعود تكون منظومة واحدة لا يتصور في العمل وجود بعضها دون بقيتها، وإن لم ينص في أي منها على هذا الترابط أوالتعليق، فكان لا بد من اللجوء إلى مقاصد الشريعة العامة ومصالحها الكلية، حيث لا تسعف النصوص الجزئية في ذلك.

وخذ مثلا لشخص لديه قطعة أرض يريد بناءها يحتاج إلى تمويل من البنك الإسلامي، وهو لا يرغب في الدخول في عقد استصناع لأن ثمن الاستصناع يتحدد عند توقيع العقد، ويسدده المستصنع على أقساط طويلة الأجل ويخشى أن تنخفض تكلفة التمويل خلال مدة سداد الأقساط، أو يخشى البنك ارتفاع هذه التكلفة، ويرغبان معا في تحديد عائد أو ربح البنك بمؤشر معين وهنا تتم هيكله المعاملة على الوجه وبالعقود التالية:

1- يمنح مالك الأرض البنك حق البناء عليها من مال البنك ولحسابه وعلى ملكه، وذلك بإجارة أو إعاره أو بإذن مجرد. وذلك إذا لم يرغب في بيعها له أو مشاركته بها.

2- وفي سبيل قيام البنك بالبناء لنفسه يتعاقد مع مالك قطعة الأرض بصفة الأخير صانعا والبنك مستصنعا، ويدفع له ثمن الاستصناع بناء على مراحل الإنجاز. إذا لم يتعاقد البنك مع صانع آخر.

3- ثم يوقع البنك في نفس الوقت عقد إجارة موصوفة في الذمة مع المتعامل يترتب عليه أثره من استحقاق الأجرة بعد اكتمال المبنى وتسليمه للبنك ثم تسليم البنك له ثانية إلى المتعامل بصفته مستأجرا تسليما حكما.

4- يمنح المؤجر وعدا للمستأجر بأن يبيعه العين المؤجرة في نهاية مدة الإجارة إذا ما وفي بجميع أقساط الأجرة، وذلك بثمن رمزي في الإجارة التمويلية التي تتكون فيها الأجرة من عنصر ثابت وعنصر متغير، أو يمنح المستأجر المؤجر وعدا بشراء العين المستأجرة في نهاية مدة الإجارة في الإجارة التشغيلية على أساس سعر السوق أو بما يتفق عليه العاقدان، أو حتى بالقيمة الإسمية، وقد يمنح المستأجر للمؤجر وعدا بشراء العين المؤجرة في حالة الإخلال بالتزاماته، وقد يمنح المؤجر المستأجر وعدا ببيع العين المؤجرة له جزئيا أو كليا إذا رغب في الشراء في أي وقت طوال مدة الإجارة أو مضي مدة محددة.

وعند توقيع عقد المساطحة، وعقد الاستصناع، وعقد الإجارة في الذمة، وما يلحق بهذا العقد من وعود، يدخل المؤجر مع المستأجر في عقد وكالة الخدمات، يتولى فيه المستأجر بصفته وكيل خدمات، صيانة العين المؤجرة، ودفع أقساط التأمين والضرائب المستحقة نيابة عن المؤجر، ثم يخصم مصروفات كل فترة إيجارية من إيجار الفترة التي تليها، ويراعي المؤجر ذلك عند تحديد الأجرة، وقد ينص على أن جميع التكاليف التي يدفعها وكيل الخدمات ويتحملها المؤجر تعد عنصرا مكملا من عناصر الأجرة.

فهذه المنظومة من العقود لا يتصور وقوع الصفقة تجاريا أو اقتصاديا بدونها، واتفق الأطراف مبني على هذا التصرف الذي لا يقبل الانفكاك، وإن لم ينص في أي من هذه العقود على هذا التعليق أو الارتباط.

وليس أمامنا إلا اللجوء إلى مقاصد الشريعة العامة ومصالحها الكلية التي لا تناقض نصوصا شرعية، واللجوء إلى النصوص الجزئية لا يسعف في مثل هذا الموضوع.

والخلاصة أن النظام الحالي الإسلامي ومؤسساته وصيغته وعقوده تحتاج إلى إلتزام منهج الإستدلال بمقاصد الشريعة الكلية والفرعية والتابعة إذا أريد لهذا النظام أن يحقق مصالح الأمة ويلبي حاجات الجماعة ويساير التطور ويلاحق التقدم حتى يصبح هو النظام المالي العالمي الجديد فيكون رحمة للعالمين.