

مجلس الإدارة

- أ. د/ ممدوح محمد علي مبروك رئيس مجلس الإدارة
- أ. د/ محمود عبد الرحمن محمد صديق عميد كلية الشريعة والقانون بأسسيوط
- أ. د/ شفيقة الشهاوي رضوان عميدة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات
- أ. د/ السيد أحمد محمد مرجان عميد كلية الشريعة والقانون بدمنهور
- أ. د/ نزيه عبد المقصود محمد مبروك عميد كلية الشريعة والقانون بطنطا

هيئة التحرير

السادة مقرر اللجنة العلمية الدائمة

أ. د/ نصر فريد واصل مقرر اللجنة العلمية الدائمة للفقهاء

أ. د/ محمد إبراهيم الخضاري مقرر اللجنة العلمية الدائمة لأصول الفقه

أ. د/ رشاد حسني خليل مقرر اللجنة العلمية الدائمة للفقهاء المقارن

أ. د/ أحمد حسني طه مقرر اللجنة العلمية الدائمة للقانون العام

أ. د/ إسماعيل عبد النبي شاهين مقرر اللجنة العلمية الدائمة للقانون الخاص

مدى مشروعية العملات
الافتراضية وأثرها في
عقود التبرعات في الفقه
الإسلامي

الدكتور/ أحمد عبد الجيد حُسَيْنِي

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة
قسم الفقه - جامعة الأزهر

المقدمة

الحمدُ لله الذي أحلَّ البيعَ وحرَمَ الربا، والصلاة والسلامُ على نبيِّنا محمدٍ الذي نهى عن الغررِ والضررِ ودلنا على معالمِ النورِ والهدى، وعلى آله وصحبهِ أولي الفضلِ والعدلِ والحجا.

أما بعد

فإن الشريعةَ الإسلاميةَ جعلت حفظَ المالِ من مقاصدها الكلية، ومن ثمَّ ضبطت معاملاتِ الناسِ ومنعت كلَّ ما من شأنه أن يؤديَ إلى ضياعِ المالِ أو المخاطرةِ به أو النزاعِ حوله.

وتعتبرُ مسائلُ المعاملاتِ الماليةِ من أدقِّ وأجَلِّ مسائلِ الفقهِ إذ إنها تتعلقُ بحياةِ الناسِ، وبديهي أن أخلاقُ الناسِ يغلبُ عليها المشاحَّةُ والحرصُ، هذا معَ كثرةِ المعاملاتِ وتنوعِها، وتجددِ مسائلِها.

وقد أسهمت ثورةُ المعلوماتِ وانتشارُ الاتصالاتِ في إيجادِ شكلٍ جديدٍ للحياةِ والتعاملاتِ الاقتصاديةِ، وذلك من خلالِ التجارةِ الإلكترونيةِ التي تنامت بشكلٍ كبيرٍ جدًّا خلالَ السنواتِ الأخيرةِ الماضيةِ، وما زالت التجارةُ الإلكترونيةُ في تطوُّرٍ، ومن مظاهرِ ذلك ابتكارُ وسائلِ دفعٍ جديدةٍ، حيثُ يتمُّ تداولُ عدةِ ملايينٍ من الأموالِ يوميًّا لا تنتمي إلى أيِّ دولةٍ، ولا يدعمُها أو ينظُمُها أو يطبُعُها أيُّ بنكٍ مركزيٍّ في العالمِ، ولا تخضعُ لسياساتِ الدولِ، كما أنها غيرُ مضمونةٍ من أيِّ جهةٍ رسميةٍ، ولا تخضعُ لقوانينِ دولةٍ معينةٍ وتسيرُ وفقًا لقانونِ الثقةِ بينَ المتعاملين أو سمعةِ المتعاملين.

وفي هذا الإطارِ ظهرَ ما يعرفُ بالعملاتِ الافتراضيةِ أو النقودِ الرقميةِ الإلكترونيةِ، وتعدُّ العملةُ الافتراضيةُ البيتكوين (Bitcoin) من أكثرِ النقودِ

الافتراضية انتشارًا وقبولًا، بينَ مستخدمي تلكِ النقودِ، وهي نوعٌ جديدٌ من أنواعِ العملاتِ النقديةِ.

وتعدُّ العملاتُ الرقميةُ اليومَ مرحلةً جديدةً وخطيرةً من مراحلِ تطورِ النقودِ حيثُ إنه قد تطورتُ أشكالها وصورها عبرَ العصورِ المختلفةِ، خصوصًا في ظلِّ الانتشارِ المتزايدِ لهذهِ العملاتِ، والذي شكَّلَ مصدرًا للقلقِ والتساؤلِ حولَ حقيقةِ هذهِ العملاتِ وأثرها على اقتصادياتِ الدولِ والأفرادِ، كما زاد الانقسامُ الدائرُ حولها بينَ مؤيدٍ ومعارضٍ الإشكالِ الدائرِ حولها مما جعلَ دراسةَ هذا الموضوعِ من المسائلِ الملحةِ.

وفي هذا البحثِ أحاولُ بيانَ حقيقةِ العملاتِ الافتراضيةِ والفرقِ بينها وبينَ النقودِ الورقيةِ، ومن ثمَّ بيانَ الحكمِ الشرعيِّ في استخدامها في عقودِ التبرعاتِ في الفقه الإسلامي.

أهمية البحث:

تتجلى أهميةُ البحثِ فيما يلي:

- ١- حدَاثةُ الموضوعِ، حيثُ يعدُّ من النوازلِ والمستجداتِ الفقهيةِ.
- ٢- ازديادُ انتشارِ العملاتِ الافتراضيةِ وزيادةُ حاجةِ الناسِ لمعرفةِ الأحكامِ الفقهيةِ المتعلقةِ بها.

٣- إن هذا الموضوعَ أصبحَ واقعًا في الاقتصادِ ويتطورُ معَ الوقتِ، ويَتَوَقَّعُ أن يحلَّ محلَّ العملاتِ الورقيةِ. وأصبحَ معرفةُ الحكمِ الشرعيِّ فيها من الواجباتِ الكفائيةِ، حيثُ إنَّ بظهورِ النقودِ الافتراضيةِ الرقميةِ وتعاملِ بعضِ الناسِ بها صارَ من الضروريِّ معرفةُ الحكمِ الشرعيِّ فيها، فما من حادثةٍ إلا وللهِ فيها

حكم^(١). وظهور هذه العملات من المستجدات والنوازل وهي قضية متشابكة لن تحسم من قبل باحث واحد أو دراسة واحدة، بل ربما تحتاج إلى اجتهاد جماعي من المجامع الفقهية، ولعل في هذا البحث إسهامًا وتمهيدًا، أقدم فيها بعض الرؤى والتأملات التي يمكن أن تساعد في بيان الحكم الشرعي.

إشكالية البحث:

تتمثل مشكلة البحث في كون هذه المسألة من النوازل الفقهية والتي تحتاج إلى توصيف فقهي من حيث التعامل بها بدلًا من النقود المتداولة أو بالتوازي معها والناس في حاجة إلى إزالة الغموض والإشكالات التي تكتنفها.

وتسعى الدراسة للإجابة عن الأسئلة الآتية:

- ١- ما حقيقة العملات الافتراضية وما تكييفها الشرعي.
- ٢- ما أنواع العملات الافتراضية وما علاقتها بالنقود الرقمية.
- ٣- هل توجد ضوابط فقهية يمكن من خلالها إصدار العملات الافتراضية دون الوقوع في المحذور.
- ٤- في حال أصبحت العملات الافتراضية واقعًا، كيف يمكن للمؤسسات المالية الإسلامية تكييفها والتعامل معها؟
- ٥- وفي حالة وجود عملات افتراضية لا تنطبق عليها الشروط الفقهية، هل تصلح أن تتم من خلالها عقود التبرعات؟

(١) ينظر لتخريج القاعدة: الرسالة للشافعي (ص ٢٠) وأدب القاضي للماوردي (٥٦٥/١)؛ العدة لأبي يعلى (١٣٢٧/٤)، (١٤١٧/٤)؛ الإبهاج للسبكي (٢٥٧/٣). التجريد للقدوري (٢٣٤/١)؛ البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني (٢/ ٤٨٥)؛ وغيث الأمم في التيات الظلم، له أيضا، ص(٤٣٠ - ٤٣١)، إحكام الفصول للباجي ص(٢٦٥).

أهداف البحث:

يسعى البحث إلى الكشف عن حقيقة العملات الافتراضية، وكيفية إصدارها وبيان حكمها الفقهي، وبيان حكم إصدار النقود دون إذن الحاكم أو من ينيئها، وبيان حكم إجراء عقود التبرعات باستخدام العملات الافتراضية.

ويهدف -أيضاً- إلى محاولة جمع الأقوال الفقهية المتعلقة بحكم هذا الموضوع المهمّ والجديد.

ويهدف إلى محاولة معرفة طبيعة العلاقة بين النقود التي ذكرها الفقهاء المتقدمين والعملات الافتراضية.

ويهدف إلى محاولة إيجاد إجابات عن تساؤلات الدراسة.

الدراسات السابقة:

١- نظراً لحدثة موضوع النقود الافتراضية، فإن أغلب الدراسات والأبحاث الموجودة على الساحة تتناول النقود الإلكترونية وتبين آثارها بشكل عام، وأغلب من يتناول موضوع النقود الافتراضية هي مواقع إلكترونية بعضها متخصص، والآخر عام في كل ما يتعلق بالبورصات والأسواق المالية، ومن أبرز الدراسات العلمية المتعلقة بالموضوع باختصار ما يأتي:

دراسة محمد إبراهيم الشافعي: التي تهدف لبحث المشكلات المرتبطة باستخدام النقود الإلكترونية، والآثار المختلفة لهذه النقود، مع وضع تصور لأهم الضوابط التي ينبغي لأي تنظيم قانوني للنقود الإلكترونية أن يتضمنها، وقد قسمت الدراسة إلى ستة فصول؛ تناولت تعريف وخصائص النقود الإلكترونية، ثم آثار النقود الإلكترونية على السياسة النقدية، وآثارها الاقتصادية والمالية، والضوابط التي

تراها الدراسة لإصدار النقود الإلكترونية، في حين حُصص الفصل الأخير لبحث وضع النقود الإلكترونية في مصر^(١).

٢- دراسة جلاسر وآخرين ٢٠١٤م: قد أشارت إلى أن العملات الافتراضية هي على النقيض من العملات الرقمية التي ترتبط مع المؤسسات المركزية، كما أن العملات الافتراضية ظاهرة انتشرت على مستوى العالم سواءً على مستوى الأفراد أو أصحاب رؤوس الأموال، وقد كان تساؤل الدراسة الرئيس عن أهداف المستخدمين من تحويلهم العملة المحلية إلى العملات الافتراضية، وتوصلت إلى أن غالبية المستخدمين الجدد ليسوا مهتمين بآلية عمل هذه العملات، ولكنهم في المقام الأول يستخدمونها كأداة استثمارية للاستفادة من الأرباح الناتجة عن التقلبات في أسعارها.^(٢)

٣- دراسة عبد الفتاح محمد صالح: البيتكوين عملة إلكترونية مشفرة قد تسبب أزمة اقتصادية عالمية جديدة، عبد الفتاح محمد صالح، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية / العدد ٣٣، (شباط ٢٠١٥م). ومن عنوان الدراسة يتضح أن محورها الرئيس يدور حول مخاطر البيتكوين.

٤- بحث بعنوان البيتكوين وأخواتها تنافس النظام النقدي العالمي، للدكتور سامر مظهر قنطجبي - مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية الإلكترونية العدد: ٦٧ بتاريخ ديسمبر ٢٠١٧ م. وخلصتها: بيان موقف الدول تجاه هذه العملات ومدى تقبل وإزدياد عدد الدول المتقبلة لها وأثر سلسلة البلوكتشين على الثقة بها.

(١) الآثار الاقتصادية والمالية للنقود الإلكترونية محمد إبراهيم الشافعي، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، دبي، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م
(٢) ينظر: جلاسر، فلوريان، وآخرون. الكشف عن نوايا المستخدمين المخفية. Glaser، Florian، et al. "Bitcoin-Asset or Currency? Revealing Users' Hidden Intentions." .Revealing Users' Hidden Intentions، ECIS 2014

٥- بحث بعنوان: بتكوين والعملات الرقمية النشأة الاستخدامات الآثار، عبد الرحمن عبد العزيز الفرهود، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مجلد ٢٦ عدد ١ الناشر: الأكاديمية العربية للعلوم المصرفية والمالية. تركز الدراسة، على النواحي النظرية، وهي نشأتها واستخداماتها وآثارها، ولم تنطرق إلى الجوانب الشرعية كتكليفها أو حكمها الشرعي.

٦- بحثٌ حكم البيتكوين والعملات الرقمية، مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، أبريل سنة ٢٠١٨م. للمؤلف غسان محمد الشيخ، الناشر جامعة الأزهر، أبريل ٢٠١٨م. وقد تطرق إلى تاريخ النقود ومفهومها وأنواعها والتكليف الفقهي للنقود الورقية ثم حقيقة عملة البيتكوين والحكم الشرعي لها مع ذكر الأدلة والمناقشة، ومن نتائج الدراسة الحكم بالتحريم لها.

٧- بحث بعنوان: حكم التعامل بالبيتكوين هل هو مغامرة أم متاجرة، د. منصور بن عبد الرحمن بن محمد الغامدي. ركز البحث على عملة البيتكوين من حيث تكليفها الفقهي، هل هي عملة أم من باب المتاجرة بالمؤشرات، ثم بين حكمها الشرعي، وهو عدم جواز المضاربة بها مع جواز استخدامها في شراء السلع والخدمات.

٨- بحثٌ بعنوان: النقود الافتراضية مفهومها وأنواعها وآثارها الاقتصادية، بحث من إعداد د. عبد الله سليمان بن عبد العزيز الباحث، الناشر المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة كلية التجارة جامعة عين شمس، العدد (١) يناير ٢٠١٧م، وهذه الدراسة ركزت على بيان حقيقة النقود الافتراضية وأنواعها وخصائصها، مع بيان آثارها على الاقتصاد العالمي دون التطرق للناحية الشرعية.

٩- بحث عبد الله العقيل، بعنوان: «الأحكام الفقهية المتعلقة بالعملات الإلكترونية»، وحدة البحوث والدراسات العلمية، ٢٠١٧م، بحث رقم (٣٢)، المدينة

المنورة، الجامعة الإسلامية، تناولت هذه الدراسة مفهوم العملات الإلكترونية ومخاطرها، ومميزاتها، وطرق استعمالها المعاصرة، وتاريخها، ثم وضحت التكليف الفقهي لتلك العملات وذكرت بعض الأحكام المتعلقة بها، إلا أن تناول الدراسة لموضوع الزكاة كان بشكل مقتضب، سيما ما يتعلق بمالية العملات الافتراضية، ولم يتطرق إلى العديد من تفاصيل أحكام الزكاة فيها.

١٠- دراسة إبراهيم يحيى، النقد الافتراضي بيتكوين أنموذجاً، ورقة بحث مقدمة إلى مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤ أغسطس ٢٠١٨م، وتناولت تعريف العملات الرقمية، كما ذكرت طرق الحصول على البيتكوين، وذكرت طرق التشفير والتعدين، وسلسلة البلوكات وطريقة نشأة بتكوين وتاريخها، وبينت موقف مؤسسة النقد السعودية والبنوك المركزية من بتكوين والعملات الافتراضية، وبينت آراء علماء الاقتصاد حول البيتكوين هل هي فقاعة وليست أصلاً مالياً، أم أنها عملة وأصل مالي، وذكرت بعض الأحكام الفقهية لبتكوين ومنها أصل الثمنية ومسألة صفة القبض، وخيار المجلس فيه، ومجلس العقد في تداول بتكوين، وجهالة العاقدين، كما ذكرت حكم التعدين وتوصيفه، وحالات زكاة البيتكوين، وجريان الربا فيه.

خطة البحث:

ينتظم سيرُ البحثِ وفقَ الخطةِ التالية:

فيشتملُ البحثُ على مقدمةٍ وأربعةٍ مباحثٍ وخاتمةٍ وفهارس.

المقدمة وفيها أهمية البحث، ومشكلة الدراسة وأهداف البحث، والدراسات السابقة، وخطة البحث ومنهجه.

المبحث الأول: مفهوم النقود الورقية والافتراضية وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم النقود الورقية (العملات النقدية). وتاريخها، والتكليف الفقهي لها، وفيه ثلاثة فروع: الفرع الأول: مفهوم النقود الورقية. الفرع الثاني: تاريخ النقود الورقية. الفرع الثالث: التكليف الفقهي للنقود الورقية.

المطلب الثاني: مفهوم العملات الافتراضية (البيتكوين نموذجًا)، وفيه خمسة فروع: الفرع الأول: تعريف العملات الافتراضية. الفرع الثاني: نشأة العملات الافتراضية وتطورها. الفرع الثالث: مزايا العملات الافتراضية، وعيوبها. الفرع الرابع: أشهر العملات الافتراضية. الفرع الخامس: مستقبل العملات الافتراضية. المبحث الثاني: مدى مشروعية إنتاج واستخدام العملات الافتراضية وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: توصيف العملات الافتراضية من خلال توصيف بتكوين.

المطلب الثاني: الأقوال الواردة في حكم العملات الافتراضية، أدلة القول الأول ومناقشتها، مناقشة أدلة المجيزين للتعامل بالعملات الافتراضية.

المطلب الثالث: مخاطر التعامل بالعملات الرقمية الافتراضية.

المطلب الرابع: حكم إصدار النقود دون إذن الحاكم أو من ينيبه.

المطلب الخامس: التصرف في المال الحرام، ومصير الأموال المتحصلة من التعامل بالعملات الافتراضية.

المبحث الثالث: دراسة لقاعدة: يُغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات وبيان مدى صلتها بالبحث.

المبحث الرابع: أثر استخدام العملات الافتراضية في عقود التبرعات، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: إخراج الزكاة والصدقات بالعملات الافتراضية.

المطلب الثاني: وقف العملات الافتراضية.

المطلب الثالث: هبة العملات الافتراضية والوصية بها. وفيه فرعان: الفرع الأول: هبة العملات الافتراضية، الفرع الثاني: الوصية بالعملات الافتراضية.

المطلب الرابع: قرض العملات الافتراضية.

الخاتمة: وفيها النتائج والتوصيات.

الفهارس: فهرس المصادر والمراجع، فهرس المحتويات.

منهج البحث:

تبعاً لطبيعة موضوع البحث وما تتسم به من حداثة، فقد اتبعت المنهج الاستقرائي لتتبع ظاهرة العملات الافتراضية وتطبيقاتها واستخداماتها، ثم قمتُ باستخدام المنهج التحليلي لمعرفة حقيقة العملات الافتراضية والآثار الاقتصادية المترتبة على انتشار هذا النوع من النقود، وبيان مفهومها وحقيقتها ووظائفها، والحكم الشرعي لها.

ثم قمتُ بتحليل عميق لهذه الأقوال والنصوص وفق قواعد ومعايير منهجية للوصول إلى نتائج موضوعية تتعلق بالعملات الافتراضية؛ ثم استخدمتُ المنهج المقارن في عرض أقوال العلماء القدامى والمعاصرين بخصوص العملات الافتراضية والمقارنة بينها؛ للوصول إلى بيان حكم التعامل بها في عقود التبرعات.

المبحث الأول: مفهوم النقود الورقية والافتراضية. وفيه مطلبان:

المطلب الأول^(١): مفهوم النقود الورقية (العملات النقدية) وتاريخها

والتكيف الفقهي لها^(٢).

بدأت فكرة التبادل بالنقود السلعية، ثم مرت بعدة مراحل منها النقود المعدنية، ثم النقود الورقية، ثم النقود المصرفية، ثم النقود الإلكترونية^(٣)، وصولاً إلى النقود الرقمية أو العملات الافتراضية الإلكترونية، وهذا بيان لمفهوم النقود عامةً والنقود الورقية خاصةً.

الفرع الأول: تعريف النقود.

تعريف النقود لغة:

(١) مستفاد من بحث لي بعنوان: تحرير سعر صرف النقود وأثره على أداء الحقوق والوفاء بالالتزامات. (٢) للمزيد حول تعريف النقود وتاريخ مراحل النقود ينظر بحوث في قضايا فقهية معاصرة - الشيخ محمد نقي العثماني (ص ١٤٨ - ١٥٤)، النقود الائتمانية - إبراهيم بن صالح العمر (ص ٣٨ - ٤٠)، مجلة البحوث الإسلامية، بحث بعنوان: حكم الأوراق النقدية - للجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، العدد الأول (ص ١٩٧ - ٢٢٢).

(٣) النقود الإلكترونية: هي نقود رقمية لعملة محددة، تصدر في صورة بيانات إلكترونية مخزنة على كارت ذكي أو قرص صلب، بحيث يستطيع صاحبها نقل ملكيتها إلى من يشاء دون الحاجة إلى امتلاك حساب بنكي، وبدأ استعمالها كبديل عن العملات النقدية الورقية في بعض الدول. وقد عرّفها البنك المركزي الأوروبي بأنها: «مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية يُستخدم للقيام بمدفوعات لمتعهدين غير من أصدرها، دون الحاجة إلى وجود حساب بنكي عند إجراء الصفقة، وتستخدم كأداة محمولة مدفوعة مقدماً». انتهى من «الأثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الإلكترونية» (١/١٣٣).

فالنقود الإلكترونية تختلف عن النقود الورقية بأنها قيمة نقدية مخزنة إلكترونياً، فهي عبارة عن بيانات مشفرة يتم وضعها على وسائل إلكترونية في شكل بطاقات بلاستيكية أو على ذاكرة الكمبيوتر الشخصي أو الهاتف.

والجديد الذي تتميز به هذه النقود الإلكترونية عن بطاقات الائتمان وغيرها: أن من يستخدمها لا يحتاج إلى وجود حساب بنكي. والمخزون في هذه البطاقات هو «وحدات نقدية لها قيمة مالية» يتم استخدامها في الشراء عبر الإنترنت أو في نقاط البيع والمتاجر التقليدية.

كلمة النقود هي جمع نقد، وهو في الأصل مصدر نقَدَ إذا ميَّر الدراهم الجياد من الزائفة، وكذلك يقال: نقَدَ الدراهم إذا أعطاها معجلة، فهو في الأصل مصدر وُصِفَ به، فقيل: درهمٌ نقد: أي جيد، ثم صار اسماً لواسطة التبادل وللاثمان، وتُوسِي أصلُ المصدريّة كما تُتوسِي أصلُ الوصفية، فأصبح مرادفاً للاثمان كالدرهم والدينار وما في معناهما.

وهذه المادة: «النون، والقاف، والدال أصل صحيح يدل على إبراز شيء وبروزه»^(١). والنقد يطلق في اللغة على معانٍ عديدةٍ منها ما يأتي:

الأول: «خلاف النسيئة»^(٢)، فنقدُ الثمنِ إعطاؤه نقداً معجلاً^(٣). ومنه قول جابرٍ رضي الله عنه في قصة بيعه الجمل لرسول الله ﷺ: «فنقدني ثمنه»^(٤).

الثاني: «تمييزُ الدراهم»^(٥)، وإخراجُ الزيف منها^(٦). فالنقدُ «أن يكشف عن حاله في جودته أو غير ذلك»^(٨). ومن هذا قولهم: «درهمٌ نقد: وزانٌ جيد، كأنه قد كشف عن حاله فعلم»^(٩).

(١) معجم المقاييس في اللغة، مادة (نقد)، ص (١٠٤٣-١٠٤٤).

(٢) لسان العرب، مادة (نقد) (٤٢٥/٣).

(٣) ينظر: لسان العرب، مادة (نقد) (٤٢٥/٣)، القاموس المحيط، مادة (نقد)، ص (٤١٢).

(٤) أخرجه البخاري، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، رقم (٢٧١٨)، ومسلم في كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، رقم (١٠٩، ٧١٥).

(٥) الدراهم: جمع درهم. وهو وحدة من وحدات السكة الإسلامية الفضية. ووزنه بالقرامات ٩٧.٢ غرام. ينظر: الموسوعة العربية الميسرة (٧٩١/١)، أبحاث وأعمال الندوة التاسعة لقضايا الزكاة ص (١٢٨).

(٦) الزيف: من وصف الدراهم، يقال: زافت عليه دراهمه، أي: صارت مردودة لغش فيها. ينظر: لسان العرب، مادة (زاف) (١٤٢/٩-١٤٣).

(٧) لسان العرب، مادة (نقد) (٤٢٥/٣).

(٨) معجم المقاييس في اللغة، مادة (نقد)، ص (١٠٤٤).

(٩) معجم المقاييس في اللغة، مادة (نقد)، ص (١٠٤٤).

الثالث: «العملة من الذهب أو الفضة وغيرهما مما يتعامل به»^(١). وهذا هو المعنى المراد بالنقد والنقود حين ورودها في هذا البحث.

تعريف النقود في الاصطلاح:

وهناك عدة اتجاهات للفقهاء في إطلاق كلمة النقد أو النقود واستعمالها:

أحدها: إطلاق النقود على الذهب والفضة، وعلى كل ما يقوم مقامهما في معاملات الناس ومبادلاتهم من أي نوع كان^(٢). قال الإمام مالك: «لو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى تكون لها سكة^(٣) وعين لكرهتها أن تباع بالذهب والورق نظرة»^(٤). وقال أيضاً: «لا يجوز فلس بفلسين، ولا تجوز الفلوس بالذهب والفضة ولا بالدنانير نظرة»^(٥). وقد بين شيخ الإسلام ابن تيمية أن كل ما سماه الناس درهماً وتعاملوا به تجري عليه أحكام الدرهم من وجوب الزكاة فيما يبلغ مائتين منه والقطع بسرقة ثلاثة دراهم منه إلى غير ذلك من الأحكام، قل ما فيه من الفضة أو كثر^(٦).

وطائفة من الفقهاء رأوا إطلاق النقود على المضروب من الذهب والفضة دون غيرهما من الأثمان^(٧).

(١) المعجم الوسيط، مادة (نقد)، ص (٩٤٤).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥٩/٦)، تهذيب الفروق (٢٥٣/٣)، البرهان للجويني (٧٠٠/٢)، مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام (٢٥٠/١٩-٢٥١، ٢٩/٤٦٨)، المحلى (٤٧٧/٨).

(٣) السكة: هي حديدة منقوش عليها كتابات أو رسوم، ويضرب عليها الدراهم والدنانير، ثم نقل هذا الاسم إلى أثرها فتسمى الدراهم والدنانير المضروبة سكة. ينظر: المخصص لابن سيده (٢٨/١٢)، مقدمة ابن خلدون ص (٧٠١/٢).

(٤) المدونة الكبرى (٣/٣٩٦).

(٥) المدونة الكبرى (٣/٣٩٦).

(٦) الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية (٥/٣٧٢).

(٧) ينظر: حاشية رد المحتار (٣/١٢٤)، حاشية الدسوقي (٣/٢٨)، فتح العزيز (٥/١٨٨)، تحرير

ألفاظ التنبيه للنووي ص (١١٤).

وظائفة رأوا إطلاق النقود على الذهب والفضة سواءً كانا مسكوكين عملة^(١) أو غير مسكوكين^(٢). وقد عرّف طائفة من الفقهاء النقود من خلال ذكر وظائفها الأساسية فقيل: إنها أثمان المبيعات وقيم المتلفات والديات ووسيط بين السلع وحاكم عليها، وإنها من ملكها فكأنما ملك كل شيء، حيث التوسل من خلالها إلى سائر الأشياء، وإن نسبتها إلى سائر الأموال نسبة واحدة^(٣).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «فإن المقصود من الأثمان أن تكون معياراً للأموال يتوسل بها إلى معرفة مقادير الأموال ولا يقصد الانتفاع بعينها»^(٤).

وبالنظر إلى ما تقدم من نظر الفقهاء واستعمالهم للفظ النقود يتبين أن الاتجاه الأول وهو: (إطلاق النقود على الذهب والفضة، وعلى كل ما يقوم مقامهما في معاملات الناس ومبادلاتهم من أي نوع كان) هو المستعمل في الدراسات والاستعمالات المعاصرة لكلمة النقد والنقود^(٥).

والنقد في استعمال الفقهاء هو: كل ما نال ثقة الناس في التعامل به، وأصبح ثمناً ومعياراً للأموال^(٦). وبعبارة أخرى هو: كل شيء يقبل قبولاً عاماً كوسيط

(١) يمكن تعريف قيمة العملة بأنها «مقدار الأشياء عامة التي يمكن مبادلتها بوحدة النقود». فن إدارة الأزمات الاقتصادية، فهد خليل زايد. ص ٣٢.

(٢) ينظر: تبين الحقائق (٢٨٨/١)، منح الجليل (٤٩٣/٤)، نهاية المحتاج (٨٣/٣)، الفتاوى الفقهية الكبرى (١٤٢/٢)، معونة أولي النهى (٦٨٤/٢).

(٣) بداية المجتهد: (١٣٠/٢) وإحياء علوم الدين: (٨٨/٤) وإعلام الموقعين: (١٥٦/٢).

(٤) مجموع الفتاوى: (٤٧٢-٤٧١/٢٩).

(٥) ينظر: الورق النقدي لابن منيع ص (١٣)، النقود واستبدال العملات ص (٢١)، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة (٢٨٤/١)، النقود ووظائفها الأساسية وأحكامها الشرعية ص (١٠٢)، الاقتصاد الإسلامي مصادره وأسسها للشاذلي ص (٢٢٤).

(٦) قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي ص (١٤٧). وينظر: قرارات في الاقتصاد الإسلامي ص (٢١٨-٢٢٢)، النقود ووظائفها الأساسية وأحكامها الشرعية ص (١٠٢).

للتبادل مهما كان ذلك الشيء وعلى أي حال يكون^(١). وقيل: «ما اتخذهُ الناسُ وسيطاً للتبادل ومخزناً للقيم ومقياساً للأسعار»^(٢).

وبهذا التعريف للنقد يتبين أن اصطلاح الفقهاء متوافق مع اصطلاح الاقتصاديين^(٣) الذين يعرفون النقود بأنها «أية وسيلة أو واسطة متداولة للتبادل مقبولة على نطاق واسع كمعيار أو مقياس لقيمة الأشياء»^(٤).

و قد جاء في معجم لاروس (أكبر وأشهر قاموس للغة الفرنسية) في تعريف أوراق (بنكنوت) ما ترجمته: «ورقة البنك عملة قابلة لدفع قيمتها عيناً لدى الاطلاع لحاملها، وهي يتعامل بها كما يتعامل بالعملة المعدنية نفسها، غير أنه ينبغي أن تكون مضمونة ليثق الناس بالتعامل بها»^(٥).

الفرع الثاني: تاريخ الأوراق النقدية^(٦):

مرت الأوراق النقدية بمراحل عبر التاريخ، وقيل: إن أول من استخدمها أهل الصين^(٧). وقد ساعد على ظهورها مؤخرًا عدم الاستقرار والاضطراب اللذان سادا

(١) الورق النقدي لابن منيع ص (١٣).

(٢) ينظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، لمجموعة من الباحثين: د. عمر الأشقر، د. محمد الأشقر، د. شبير، د. أبو ربيعة ص (١/٢٦٧).

(٣) ينظر: النقود والمصارف في النظام الإسلامي ص (٣)، قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي ص (١٤٧)، توضيح وجه اختلاف الأقوال ص (٩٧)، الإسلام والنقود ص (٩٥).

(٤) معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال ص (٣٦٠). وينظر: ص (٨٩)، موسوعة المصطلحات الاقتصادية والإحصائية ص (٥٧٣)، النقود والبنوك والعلاقات الاقتصادية الدولية ص (٢١)، اقتصاديات النقود والبنوك ص (٥).

(٥) نقلاً من بلوغ الأمان شرح الفتح الرباني (٨ / ٢٤٨).

(٦) يقول فضيلة الشيخ محمد الشنقيطي صاحب أضواء البيان (٨ / ٢٩٢): «من المعلوم أن التعامل بالورق بدلاً عن الذهب والفضة أمر قد حدث بعد عصور الأئمة الأربعة، وعصور تدوين الفقه الإسلامي، وما انتشرت إلا في القرن الثامن عشر ميلادياً، ولهذا لم يكن لأحد الأئمة رحمهم الله رأي فيها، ومنذ أن وجدت وعلماء المسلمين مختلفون في تقييمها، وفي تحقيق ماهيتها، ما بين كونها سندات عن ذهب أو فضة، أو عروض تجارة، أو نقدًا بذاتها».

(٧) وقد ذكر ابن بطوطة في رحلته ط المطبعة الخيرية الأولى: ص ١٩٦ أن أهل الصين كانوا يستعملون النقود الورقية.

أوروبا إبانَ الحروبِ مما ألجأ الأغنياءَ أن يودعوا نقودَهم الذهبيةَ عندَ التجارِ الصيارفةِ الأمناءِ القادرينَ على حفظِ الأموالِ في خزائنهم الحديديةِ، وكانوا يعطونَ بدورهم سنداتِ إيصالٍ؛ فتكونت على أثرِ ذلك فئَةٌ من التجارِ الصيارفةِ اعتنوا بالصيرفةِ فقط وحفظِ الأماناتِ وأخذِ الفوائدِ عليها، وأصبحوا وسطاءَ في تبادلِ النقودِ بحيثُ إذا أرادَ رجالُ الأعمالِ الذين يتعاملون معهم إبرامَ عمليةِ تبادلٍ معينةٍ أو تسديدِ ما عليهم من ديونٍ إلى غيرهم كان على أحدهم أن يقدم إلى الصرافِ الذي يتعاملُ معه ما يحمله من إيصالاتٍ، ويسترجعُ منه سبائكه، ثم يرسلُها إلى دارِ سكِّ النقودِ حيثُ يتمُّ تحويلها إلى عملاتٍ ذهبيةٍ، يستخدمُها التاجرُ في عملياتِ الشراءِ وتسديدِ الديون^(١).

ثم تطورتِ الصيرفةُ بحيثُ إذا وَقَّعَ الشخصُ على ظهرِ الإيصالِ وأعطاه لآخرٍ أصبحَ خاصًّا بحامله، ومن هنا أعطى بدلَ السبيكةِ الذهبيةِ نفسها، ويجري بيعِ النقودِ ويتداولُ مع بقاءِ السبيكةِ عندَ الصرافِ.

ومن ثَمَّ انتقلتِ الفكرةُ إلى الحكوماتِ، وتبنتها وأعطتها الثقةَ وقامتِ الحكوماتُ بحفظِ السبائكِ، ثم أصدرتُ في مقابلها الأوراقَ النقديةَ المطلوبةَ، وسارتِ الحكوماتُ على تلكِ الطريقةِ، فكانت لا تطبعُ أوراقَ النقدِ إلا بشرطِ توفرِ غطاءٍ كافٍ من السبائكِ، ثم خُفِّفَ الغطاءُ ليصلَ إلى النصفِ ٥٠ ٪ فقط، ووجدتِ عدةُ أنظمةٍ منها ما يعتمدُ على نظامِ النقدِ الواحدِ أو على غيره إلى أن أنشئ في عام ١٩٤٥م صندوقُ النقدِ الدولي، وأصبحت معظم الأنظمةِ النقديةِ الحديثةِ تعتمدُ على النقودِ الورقيةِ والمصرفيةِ كوسيلةٍ للدفع، وذلك بسببِ المشاكلِ الاقتصاديةِ وعدمِ قدرةِ الدولِ على توفيرِ الغطاءِ الكافي، ومن هنا فإن حجمَ المعروضِ من

(١) ينظر: تذبذب قيمة النقود الورقية، وأثره على الحقوق والالتزامات، على ضوء قواعد الفقه الإسلامي، على محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥/ ١٣٥٧).

النقد لا يتوقف الآن على إمكانية الحصول على المعادن النقدية، وإنما يتوقف على قرارات السلطات النقدية من البنك المركزي ووزارة المالية، وبالرغم من عدم وجود غطاء ذهبي للأوراق النقدية، فإن هناك بلا شك عدة عوامل لها تأثيرها الكبير على النقود الورقية، من حيث معدلات الإنتاج ونوعية الاقتصاد القائم ودرجة نموه وما حققه من تقدم أو ما يعانیه من تخلف في جميع المجالات وما يصيب الدولة من أزمات ومشاكل وحروب وغيرها^(١).

الفرع الثالث: التكيف الفقهي للنقود.

يتبين مما تقدم أن النقود هي ما تعارف الناس على استعماله واسطة للتبادل وثنماً للسلع، وليس لقيمتها الذاتية أثر في ذلك حيث إنها لا قيمة لها غالباً. وقد كان الفقهاء قديماً يطلقون النقود بالمعنى الاصطلاحي على الفلوس؛ لأنها المستعملة في زمانهم لا يعرف غيرها^(٢).

وقد اختلفت أنظار الفقهاء المعاصرين إلى التكيف الفقهي للنقود على النحو التالي:

ف قيل: إن الأوراق النقدية إسنادٌ بدينٍ على جهة إصدارها، وهي مؤسسة النقد، أو البنك المركزي^(٣).

(١) ينظر: النقود والبنوك ط الدار الجامعية، مصطفى رشدي شيحة، ص ٣١، والنقود والصيرفة ط الدار الجامعية، عبد النعيم مبارك، ص ١٩.

(٢) ينظر: المبسوط (١٣٧/١٢، ١٨٤)، البحر الرائق (١٤٢/٦)، المغني (١١٠/٥)، الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية (٣٩٢/٥).

(٣) قال في أضواء البيان (٨/ ٢٩٢): «الذي يظهر أنها وثائق ضمان من السلطان». وينظر: أحكام الأوراق النقدية - ستر الجعيد (ص ١٧٦)، بحث اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، مجلة البحوث الإسلامية، ع ١. وضوابط الثمن وتطبيقاته في عقد البيع - سمير عبد النور (ص ١٢٥). وتكملة فتح الملهم بشرح مسلم (١/ ٣٢٨). وجاء في الفتح الرباني مع شرحه بلوغ الأمانى شرح مسند الإمام أحمد (٨/ ٢٥٠): «الأوراق المالية البخاري بها التعامل الآن في القطر المصري معتبرة كمستندات ديون على شخص معنوي، كما هو الظاهر من التعهد المرقوم عليها».

(٣) تكملة فتح الملهم بشرح صحيح الإمام مسلم (١/ ٣٢٨).

وقيل: إن الأوراق النقدية كالفلوس^(١) فتأخذُ أحكامها^(٢).

وقيل: إن الأوراق النقدية مستندٌ ودائع^(٣).

وقيل: الأوراقُ النقديةُ سندٌ بدين^(٤).

وقيل: إن الأوراقَ النقديةَ من عروضِ التجارة^(٥).

وقيل: إن الأوراقَ النقديةَ نقدٌ خاص^(٦)، ولا تأخذُ أحكامَ الذهبِ والفضةِ من كلِّ

-
- (١) الفلوس: جمع كثرة للفلس الذي يتعامل به. وهو عملة يتعامل بها مضرورية من غير الذهب والفضة. ينظر: المصباح المنير، مادة (فلس)، ص (٢٤٩)، المعجم الوسيط، مادة (فلس)، ص (٧٠٠)، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، مادة (فلس)، ص (٢٧٠).
- (٢) ينظر: الربا والمعاملات المصرفية ص (٣٢٨)، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص (١٧٤).
- (٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٩/١/٩٣١)، مجلة البحوث الإسلامية، ع (٨)، ص (٦٤)، أحكام الأوراق النقدية والتجارية ص (٢٢٢).
- (٤) ينظر: أحكام الأوراق النقدية والتجارية ص (٢١٩).
- (٥) ينظر: فتح العلي المالك (١١٦٤)، وتهذيب الفروق (٣/٢٥١)، والحاوي على الصاوي حاشية الشرح الصغير (٤/٤٢ - ٨٦). وانظر ضوابط الثمن سمير جاب الله (ص ١٢٤). والفتاوى السعدية ص (٣١٥)، وأحكام الأوراق النقدية والتجارية ص (١٨٨)، وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة (١/٢٨٠). التضخم النقدي - الشيخ خالد المصلح (ص ٧٠)، أحكام الأوراق النقدية والتجارية - ستر الجعيد (ص ٢١٤).
- (٦) ينظر: قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي ص (١٨٧، ٢٠٢).

وجه ولا أحكام الفلوس^(١) في كلِّ حال^(٢)، بل لها أحكامها التي تناسبها^(٣).

وقيل: إن الأوراق النقدية بدلٌ عن الذهب والفضة^(٤).

وذهب أكثر أهل العلم المعاصرين إلى أن الأوراق النقدية نقدٌ قائمٌ بذاته^(٥)،

يجري عليه من الأحكام ما يجري على الذهب والفضة. وصدرت بذلك قراراتٌ

(١) وقد وضح المقريري أن الفلوس لم يجعلها الله سبحانه نقداً في قديم الدهر وحديثه حتى راجت في أيام الناصر فرج بن برقوق ٨٠٨ هـ، فإن الفضة هي النقد الشرعي، أما الفلوس فهي أشبه شيء بلا شيء فيصير المضاف مضافاً إليه. إلى أن قال: «ولا يعلم في خبر صحيح ولا سقيم عن أمة من الأمم اتخذوا نقداً غير الذهب والفضة، أما السفاسف والمحقرات والتوافه فقد احتاج الناس لشرائها بأقل من الدرهم وأجزائه، فكانت الفلوس وسيلة هذه المبادلات ولكنها لم تكن نقداً البتة ولم يوجد منها إلا اليسير، ولم تقم في إقليم ما بمنزلة النقدين». النقود العربية وعلم النُميات للكرملي البغدادي (ص ٦٧) - المطبعة العصرية - القاهرة ١٩٣٩م، ويراجع (أوراق النقود ونصاب الورق النقدي)، للشيخ محمد بن علي بن حسين الحريري، بحث منشور في مجلة البحوث الإسلامية، ع ٣٩، (ص ٢٣٩ - ٣٤٣).

(٢) يقول ابن عثيمين في الشرح الممتع (٨/ ٤٠٥) «اختار شيخنا عبد الرحمن بن سعدي رحمه الله أيضاً أنه يجوز بيع الفلوس بعضها ببعض، ولو متفاضلاً، ولو تأخر القبض، لكن بشرط ألا يكون مؤجلاً، بأن أقول: بعت عليك مائة دولار بأربعة آلاف ريال إلى سنة، فهذا لا يجوز عنده، لكن إذا قال: بعت عليك مائة دولار بأربعة آلاف ريال، ولم نتقاض هذا صحيح عنده، لكن فيه نظر؛ لأنه مبني على أن هذا كالفلوس، والفلوس على المذهب ليس فيها ربا نسيئة، ولا ربا فضل، وفي المسألة قول آخر في الفلوس أنه يجري فيها ربا النسيئة دون الفضل، وهذا هو الأقرب؛ لأن الفلوس في الحقيقة قيمتها قيمة رسمية فقط، فالأوراق النقدية مثل الفلوس، وهذا قول وسط. . .».

(٣) ينظر: أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي ص (٢٢٣-٢٣٢)، والنقود وظائفها الأساسية وأحكامها الشرعية ص (٣٧٥)، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور شبير ص (١٨٧).

(٤) ينظر الورق النقدي لابن منيع (ص ٩٦)، أحكام الأوراق النقدية والتجارية - ستر الجعيد (ص ٢١٤)، التضخم النقدي في الفقه الإسلامي - خالد المصلح (ص ٧٠)، مجلة المنار لرشيد رضا (٩٠٩/ ١٢).

(٥) ينظر: النقود وظائفها الأساسية وأحكامها الشرعية ص (٣٧٥)، الربا والمعاملات المصرفية ص (٣٣٦)، أحكام الأوراق النقدية والتجارية ص (٢٢٣)، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور شبير ص (١٩٠-١٩١)، التضخم النقدي في الفقه الإسلامي (ص ٨٦)، أسهل المدارك للكشراوي (١/ ٣٧٠).

من المجامع الفقهية، مثل: قرار مجلس المجمع الفقهي بمكة المكرمة^(١)، وقرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي بجدة^(٢)، وبالرغم من أن الأوراق النقدية تفارقهما في وجوه كثيرة^(٣).

(١) ينظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد (٨)، ص (٣٣٤). المجمع الفقهي الإسلامي: هو مجمع علمي، يضم مجموعة من العلماء والفقهاء والمحققين من مختلف أنحاء العالم الإسلامي؛ لدراسة الشؤون الإسلامية الطارئة، وحل المشكلات التي يواجهها المسلمون في أمور حياتهم، وهو منبثق عن الأمانة العامة لرابطة العالم الإسلامي. ينظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي ص (٨-٩).

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٣/٣/١٦٥٠).

(٣) ينظر: الربا والمعاملات المصرفية ص (٣٣٧)، أحكام الأوراق النقدية والتجارية ص (٢٢٦-٢٢٧)، قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي ص (١٨٧-١٩٥)، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة للزرقا ص (١٥٣)، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة (١/٢٨٨).

المطلب الثاني مفهوم العملات الافتراضية:

ويتضح مفهوم العملات الافتراضية من خلال التعريف بها وذكر موجزٍ عن نشأتها وتطورها وأنواعها ومزاياها وعيوبها في الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف العملات الافتراضية:

العملة في اللغة هي - بضم العين - رزق العامل وأجر العمل. وتُطلق العملة على النقود، وجمعها عملات، لأنها تُعطى أجرة على العمل^(١).

العملات اصطلاحًا:

العملة في اصطلاح الاقتصاديين هي وحدة التبادل التجاري التي توجدُها الدولُ قبولاً عامًا للدفع في السلع والخدمات.^(٢) والعملة في الاصطلاح الفقهي هي النقد، وقد تقدم تعريف النقود لغةً واصطلاحًا في المطلب السابق.

تعريف الافتراضية: الافتراض في اللغة التقدير، وافتراضي: ظني، تخميني. وافتراضي: اسم منسوب إلى افتراض: وهو ما يعتمد على الفرض أو النظرية بدلاً من التجربة أو الخبرة.

والواقع الافتراضي: الواقع التقريبي، والافتراضيّة: اسم مؤنث منسوب إلى افتراض: يقال مسألة، معركة افتراضيّة^(٣).

ويمكن أن يقال إن مصطلح الافتراضي والافتراضية يعبر به عن كل ما ليس له صورة حقيقية محسوسة في الواقع.

(١) ينظر: لسان العرب (٤ / ١١)، القاموس المحيط (ص ١٠٣٦) والقاموس الفقهي لغة واصطلاحاً (ص: ٢٦٢)، معجم اللغة العربية المعاصرة (١٥٥٥).

(٢) ينظر: مقدمة في النقود والبنوك د. محمد زكي شافعي (ص ٢٠).

(٣) معجم اللغة العربية المعاصرة (٣٧٣٦) - مادة: ف ر ض. وتكملة المعاجم العربية (٨ / ٤٧).

تعريف العملات الافتراضية:

العملات الافتراضية: هي وحدات التبادل التجاري التي لا توجد إلا بالهيئة الإلكترونية، وليس لها وجودٌ فيزيائي ملموس، وهي مُشفرة غير مركزية تعمل بنظام (الند للند) يتم إدارتها بالكامل من قبل مستخدميها بدون أي سلطة مركزية أو وسطاء عبر الوسائط الإلكترونية فقط مثل أجهزة الحاسوب ونحوه من الأجهزة الذكية لشراء سلع عينية أو منافع مختلفة (١).

الفرق بين العملة الإلكترونية والعملية الافتراضية:

تعدّ العملة الإلكترونية بمثابة وسيلة للتبادل النقدي، الذي يتم بواسطة الأجهزة والوسائل الإلكترونية. ومن صورها المنتشرة تحويل الأموال من حساب مصرفي إلى آخر، يكون ذلك باستخدام الأموال الإلكترونية. وكذلك الدفع في المتاجر والهيئات عن طريق التحويل الإلكتروني، ويشمل ذلك كل عملية دفع أو إرسال أموال دون تبادل عملات مادية أو أوراق نقدية، فإن الشخص المعني يكون بصدد استخدام العملة الإلكترونية. وتجرى جُلّ المبادلات المالية في جميع أنحاء العالم بالعملات الإلكترونية، لأن الأموال النقدية لا تمثل سوى ٨٪ من الأموال المتداولة.

والعملات الرقمية كما عرّفها البنك المركزي الأوروبي: «مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية يُستخدم للقيام بمدفوعات لمتعهدين غير من أصدرها، دون الحاجة إلى وجود حساب بنكي عند إجراء الصفقة، وتستخدم كأداة محمولة مدفوعة مقدماً» (٢).

(١) ينظر: www.techopedia.com/definition/6702/digital-currency

(٢) ينظر: الآثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الإلكترونية، محمد إبراهيم الشافعي (١٣٣/١).

أما العملات الافتراضية فهي نوعٌ من الأموال الرقمية الإلكترونية المشفرة أو المعمّاة غير المنظمة، وعادةً ما يسيطر عليها المطورون ويتم استخدامها وقبولها بين أعضاء مجتمع افتراضيّ معين.

ويطلق عليها عدة إطلاقات: العملات الإلكترونية الافتراضية أو العملات الإلكترونية المعمّاة أو العملات الإلكترونية المشفرة. أو النقود الرقمية الافتراضية أو النقود الرقمية المشفرة.

وقد عرفت النقود الافتراضية بتعريفاتٍ عدة؛ منها^(١):

قيل هي: تمثيلٌ رقميٌّ للقيمة، يصدرُ بواسطة مطورين خاصين باعتباره وحدة حساب، ويمكن الحصول عليه وتخزينه والوصول إليه والتعامل به إلكترونياً ويستخدمُ لمجموعةٍ متنوعةٍ من الأغراض عند اتفاق طرفين على استعماله^(٢).

وعرفت بأنها: تمثيلٌ رقميٌّ لقيمة نقدية ليست صادرةً عن بنكٍ مركزيٍّ أو عن سلطةٍ عامة، وليست مرتبطةً بالضرورة بالعملية الورقية، ولكنها مقبولة لدى أشخاصٍ طبيعيين أو اعتباريين كوسيلةٍ للدفع، ويمكن نقلها وتخزينها أو تداولها إلكترونياً.

وعرفت بأنها: وسيطٌ تبادلٍ تعملُ مثلَ العملة في بعض البيئات، ولكنها لا تملكُ كلَّ صفاتِ العملة الحقيقية، كما تمَّ تعريفها بأنها: أحدُ أنواعِ النقدِ الرقميِّ

(١) ينظر: النقود الافتراضية مفهومها وأنواعها وآثارها الاقتصادية بحث من إعداد د. عبد الله بن سليمان بن عبد العزيز الباحث قسم الاقتصاد - كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة كلية التجارة، جامعة عين شمس القاهرة، العدد (١) يناير، ٢٠١٧م ص ٢٠.

(٢) العملات الافتراضية وما بعدها: الاعتبارات الأولية، Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations، International Monetary Fund، January 2016، p7

غير المنظم، يصدر عن مطورين يسيطرون عليه في العادة، ويستخدم ويكُون مقبولاً بين أعضاء مجتمع افتراضيّ محدد. وقيل هي: عملة افتراضية تعمل خارج نظام النقد الرسمي، فهي تمثيلاً رقمياً للقيمة النقدية صادر عن غير البنك المركزي والمؤسسات الائتمانية، تستمد قيمتها من الثقة الكائنة في القبول الطوعي لها. وقيل هي: تسجيل لقيمة العملة الموثقة والمقيدة في شكل إلكتروني، وتحتوي وحدة النقود الافتراضية على رقم مرجعي، وهو رقم لا يتكرر، ويميز العملة الرقمية الافتراضية، كما هو شأن الرقم المتسلسل بالنسبة لورقة النقد، وسميت نقوداً رقمية لأنها تقوم بوظائف النقود، وتظهر في صورة رقمية، وتتداول بشكل إلكتروني، وهي آليات للدفع مخزنة القيمة أو سابقة الدفع التي تمكن من إجراء مدفوعات من خلال استخدام الإنترنت، والمتعارف عليها باسم نقود الشبكة أو النقود السائلة الرقمية.

ويمكن أن يقال إن النقود الافتراضية تعبير يستخدم في الأساس لوصف مجموعة متنوعة من آليات الدفع محدودة القيمة، وأهم ما يميزها هو أن قيمتها مسددة مسبقاً أو أن قيمتها مخزنة في داخلها. حيث إن النقود الافتراضية هي: عملة رقمية افتراضية ليس لها كيان مادي ملموس أو وجود فيزيائي وهي منتجة بواسطة برامج حاسوبية ولا تخضع للسيطرة أو التحكم فيها من جانب بنك مركزي أو أي إدارة رسمية دولية، يتم استخدامها عن طريق الإنترنت في عمليات الشراء والبيع أو تحويلها إلى عملات أخرى، وتلقى قبولاً اختياريّاً لدى المتعاملين بها^(١).

(١) ينظر: النقود الافتراضية مفهومها وأنواعها وأثارها الاقتصادية بحث من إعداد د. عبد الله بن سليمان بن عبد العزيز الباحث قسم الاقتصاد - كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة كلية التجارة، جامعة عين شمس القاهرة، العدد (١) يناير، ٢٠١٧م ص ٢٢، / <https://bitchain.com>، www.techopedia.com/definition/6702/digital-currency، March The Wall Street Journal،

الفرع الثاني: نشأة العملات الافتراضية وتطورها:

ظهرت العملات الافتراضية وقصدَ مخترعوها لأهدافٍ، أهمها هو استخدامها في الدفع الإلكتروني على الإنترنت والمعاملات التجارية، وكذلك لنقل الأموال وتحويلها بسرعة من أي بلدٍ لآخر بدون حدودٍ ودون معيقاتٍ ودون أي حدٍ للتحويل اليومي والآنّي ودون التعرف على شخصية المحول أو المحوّل له.

ومع ظهور هذه العملات أصبحت عملية تحويل مليارات الدولارات سهلةً للغاية وتتم في دقائق مع خصوصية عالية حيث لا يتم الكشف عن أطراف الصفقة، وهذا غير ممكن في الواقع، حيث إن البنوك المركزية عادةً ما تضع حدودًا للسيولة المالية التي ستخرج من البلاد وتعمل على الرفع من السيولة الواردة إليها.

ويبدو تحديد تاريخ محدد للبدء في محاولة إنتاج هذه العملات صعبًا حيث إن هذا المجال يكتنفه الغموض والتخفي، وليس هو وليد الأمس أو منذ سنواتٍ قليلة.

يحدد بعض المهتمين بتاريخ العملات الافتراضية عودة أول عملة رقمية إلى العام ١٩٩٠م وسميت Dot-com bubble. وقد كانت e-gold أول عملة رقمية على الإنترنت مستعملة على نطاقٍ واسعٍ أطلقت في العام 1996 قبل وقفها عن العمل من قِبَل حكومة الولايات المتحدة الأمريكية عام 2008^(١).

لكن بالعودة إلى عام ١٩٧٧م يتبين ظهور خوارزمية (RSA) وهي من اختراع الثلاثي ليونارد أدلمان وأدي شامير ورونالد ريفست في معهد ماساتشوستس للتقنية والتي أعلن عنها حينها، وتمّ نشر ورقة اختراعها، وهي في اختصارها تتكون من ٣ أحرف هي الأحرف الأولى لأسمائهم.

(١) ينظر: -2، Digital currency، Wikipidia، www. wikipidia. com،

الفائدة من هذه الخوارزمية التي شكلت النواة الأولى لهذه العملات هي أنها تسمح بتلقي الإيرادات والأموال عن طريقها.

بعدها بسنواتٍ طويلةٍ وبالضبط عام ١٩٩٣ اخترع عالم الرياضيات ديفيد تشوم (ecash)، ويقال بأنها أول عملة مشفرة إلكترونية وهي التي اعتمدت على التشفير.

وبعدها عمل ديفيد تشوم على جمع الأموال لتمويل فكرته، ونجح في إنشاء شركة DigiCash التي تدير هذه العملة الرقمية المركزية، وعمل على التعاقد مع التجار والشركات من أجل قبول عملته واستخدامها في التعامل الإلكتروني، إلا أنه وبسبب تأخر التجارة الإلكترونية وعدم تناميها كثيرًا في ذلك الوقت فشل المشروع ولم يتمكن من إقناع الشركات والتجار باستخدام عملته.

وفي عام ١٩٩٦ تم إطلاق الذهب الإلكتروني E-gold وهو عبارة عن أول موقع لتبادل الذهب وتداوله، وهو الذي يتطلب فتح حسابٍ عليه واستخدامه في شراء الذهب وبيعه، وتم إغلاق الموقع بعد شبهاتٍ من أنه استخدم في غسيل الأموال، ورغم أنه وصل عدد المشتركين فيه إلى أكثر من ٣.٥ مليون مشتركٍ إلا أنه أغلق في النهاية.

في نفس الفترة وتحديدًا خلال ١٩٩٧ اخترع آدم باك نظامًا للحد من البريد الإلكتروني المزعج، ويدعى Hashcash وهو الذي تم دمجها أيضًا في خوارزمية وشفرة العملات الرقمية مع تطويره.

بعدها بعامٍ واحدٍ تمكن خريج علوم الكمبيوتر «وي داي» من إنشاء مخططٍ للعملة الإلكترونية شاركها عبر قائمته البريدية وهي التي شكلت النواة الأولى للعملات الرقمية الموجودة حاليًا.

بعدها بعامين وبالضبط خلال ١٩٩٩ تمَّ إطلاق أول بنك إلكترونيٍّ والمراد (باي بال) الذي يساعد في تحويل الأموال عبر الإنترنت وقد عززَّ نجاحه وإقبال الناس عليه في التأكيد على ضرورة إطلاق عملاتٍ رقميةٍ وإلكترونيةٍ تستخدم في تحويل الأموال.

وفي عام ٢٠٠٣م ظهر متصفح تور Tor الذي يوفرُ تصفحَ المواقع بإخفاء الهوية، وكذلك تصفحَ المواقع المحجوبة والممنوعِ الدخولِ إليها عبر المتصفحات العادية، وشكل هذا دعمًا غير مباشرٍ للعملاتِ المشفرةِ والتشفيرِ وخصوصيةِ التحويلاتِ الماليةِ والصفقاتِ التجارية.

وفي أكتوبر ٢٠٠٨م وفي ظلِّ الأزمة العالمية المالية نشرَ شخصٌ مجهولٌ يدعى ساتوتشي ناكاموتو^(١) Nakamoto Satoshi ورقةً يتحدثُ فيها عن طرقِ تحويلِ الأموالِ بدونِ مراقبةِ الحكوماتِ والسلطاتِ الماليةِ.

وفي نفسِ العامِ تمَّ إنشاءُ البلوك تشين من طرفِ الشخصِ المجهولِ والذي يقالُ أيضًا إنه يمكنُ أن يكونَ اسماً مستعارًا لمجموعةٍ من الأشخاصِ عملوا على

(١) كشف رجل الأعمال الأسترالي (كريغ ستيفين رايت) عن كونه مخترع عملة بتكوين، وأنه قد تخفى بمسمى مستعار وهو (ساتوشي ناكاموتو)، وجاء اعتراف (رايت) لينتهي سنوات من التكهات بشأن صاحب الفكرة الأصلية من الأدلة التي تثبت ما زعمه، ومنها كمية للعملة الافتراضية القائمة على نظام الدفع النقدي الرقمي. وقد عددا من العملات المعروفة بأنها كانت مملوكة لمخترع البتكوين، ومنها: مفاتيح التشفير التي استخدمت لإرسال ١٠ بتكوين إلى خبير التشفير (هال فيني) في يناير ٢٠٠٩م كأول معاملة بعملة بتكوين، ووقع رسائل إلكترونية خلال لقاء مع بي بي سي، مستخدمًا مفاتيح تشفير ابتكرت خلال الأيام الأولى من عملية تطوير عملة البتكوين، وأضاف: «كنت الجزء الرئيسي في العملية، لكن أنا سأأخرين ساعدوني»، وأضاف أنه يعترف بالكشف عن معلومات تسمح لأخرين بالتأكد من خلال استخدام أنظمة التشفير أنه هو نفسه (ناكاموتو). كما أكد أعضاء بارزون في مجموعة بتكوين وفريق التطوير الرئيس مزاعم (رايت)، وكشف (رايت) عن هويته لثلاث مؤسسات إعلامية هي: مؤسسة بي بي سي، ومجلة الإيكونوميست البريطانية، ومجلة جي كيو. انظر: - <http://www.bbc.com/arabic/scienceandtech> 2 Satoshi Nakamoto، Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System، October 31، 2008: www.cryptovest.co.uk - <https://bitcoin.org>

هذه التقنية التي أثارت أنظارَ البنوكِ والمؤسساتِ الماليةِ وهناك انفتاحٌ عليها في قطاعاتٍ كثيرةٍ منها الطبُّ والعقودُ الذكيةُ والتجارةُ والتدريسُ وهي عبارةٌ عن سجلٍ للمعاملاتِ في العملةِ الافتراضيةِ بيتكوين.

وفي عام ٢٠٠٩ وبالضبط خلالَ شهرِ ينايرِ تمكنَ ذلك الشخصُ الذي يقفُ وراءَ بيتكوين من تعدينِ ٥٠ وحدةٍ منها، وبعدها بأيامٍ تمت أولُ صفقةٍ للعملةِ بينَ ناكاموتو وهال فيني. وتمَّ طرحُ فكرةِ هذه النقودِ من طرفِ ساتوشي ناكاموتو Nakamoto Satoshi، وقدمها في بحثٍ نشره في عام ٢٠٠٨م، وذكر أنها نظامٌ نقديٌّ جديدٌ للدفعِ الإلكتروني، وبأن التعاملَ بها وتحويلها يكونُ مباشرًا بطريقِ الندِ للندِ بين المستخدمين، وتبنى على نظامٍ مجهوليةِ المعاملاتِ الإلكترونية، وذلك بهدفِ الابتعادِ عن مركزيةِ البنوكِ الكبرى، فهي لا تراقبُ من قبلِ البنوكِ بأنواعها المختلفةِ والهيئاتِ ولا تخضعُ لقوانينِ البنوكِ.

ويتمُّ إنتاجُ «البيتكوين» عن عمليةٍ تسمى «التعدين» أو mining. وتحتاجُ تلك العمليةُ إلى وقتٍ طويلٍ وجهازٍ كمبيوترٍ قويٍّ وبرنامجٍ مخصصٍ بالتعدينِ يتمُّ تحميلُهُ من شبكةِ الإنترنت.

ويقومُ البرنامجُ بمعالجةِ خوارزمياتٍ معقدةٍ تعتمدُ على التشفيرِ القويِّ cryptocurrencies وعلى ألغورتمياتِ التشفيرِ cryptographic algorithms، وبعد خطواتٍ متعددةٍ تتمُّ فيها عملياتٌ حاسوبيةٌ يتمُّ إصدارُ العملةِ، ونجاحُ العمليةِ يتوقفُ على مدى سرعةِ الجهازِ وقوته، ويتمُّ تداولُ العملةِ بينَ شخصٍ وآخر من خلالِ مفتاحِ تشفيرٍ. فيكونُ أطرافُ التعاملِ فيها كلُّهم مسؤولين عن أمانِ التعاملِ فيها بدءًا من المتعاملين إلى المبرمجين المنقبين إلى مواقع تحويلِ وحداتِ البيتكوين إلى عملاتٍ أخرى.

وتُبنى العملة الرقمية على البلوك شين والتي هي قاعدة بيانات غير مركزية، والتي تبين من يملك ماذا، والتي تعمل في بعض الأحيان على آلاف من الكمبيوترات^(١).

ويحصل المستخدم على عملة رقمية من خلال فتح حساب لدى صراف عملة رقمية وشراء عملة رقمية لقاء عملة حقيقية^(٢).

ويتم تداول البيتكوين عبر الشبكة المركزية (Network Decentralized) تتكون من مجموعة كبيرة من العقد (Nodes) والروابط الموجهة، وتمثل هذه العقد مجموعة المستخدمين المشتركين في شبكة البيتكوين^(٣).

الفرع الثالث: مزايا العملات الافتراضية وعيوبها^(٤):

وللزيادة في بيان حقيقة العملات الافتراضية نذكر أهم المزايا والعيوب

(١) - ينظر: Lauren Chadwick، What is Facebook's new digital currency Libra? what-is-/18/06/| Euronews explains، <https://www.euronews.com/2019/facebook-s-new-digital-currency-libra-euronews-explains>، last updated 2019/06/19.

(٢) - ينظر: Paola Fico، Virtual currencies and blockchains: potential impacts on financial market infrastructures and on corporate ownership، https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2736035، p 4، 5.

(٣) ينظر: النقود الافتراضية «البيتكوين»، الاقتصادية، ٧ / ١١ / ١٤٣٤هـ، (٩/١٣ / ٢٠١٣م)، ع (٧٢٧٧) على الموقع الإلكتروني: http://www.aleqt.com/2013/article_785346.html - <https://bitcoin.org>، <https://www.quandl.com/data/BCHAIN/TOTBC-Total-Bitcoins>.

(٤) ينظر: وظائف وشروط النقود ومدى تحققها في العملات الافتراضية - دراسة فقهية، د. مراد رايق رشيد عودة، أستاذ الفقه المشارك بقسم الدراسات الإسلامية السعودية، بحث منشور ضمن كتاب وقائع المؤتمر الخامس عشر لكلية الشريعة بالشارقة ص ٢٠٢، العملات الافتراضية حقيقتها وأحكامها الفقهية، ياسر آل عبد السلام، دراسة فقهية مقارنة، (الرياض: دار الميمان، ط١، ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨) ص ٦٥ وما بعدها. وينظر: Central Bank Digital Currency، Benefits and drawbacks، www.pwc.ch، p 4، 5، 8، <https://www.cryptocoinsnews.com/1-6-cryptocurrency/> - <https://changelly.com/supported-currencies> 32 2

المتعلقة بها حيث إنها تتسم بعددٍ من المزايا التي منحها القبول لدى المتعاملين بها، كما أنها تشتمل على كثيرٍ من السلبيات أو المخاطر التي لا تتفكك عنها، وبيان ذلك فيما يلي:

١- فمن أهم ما يميز العملات المشفرة أنها ليس لها وجودٌ ماديٌّ (فيزيائي)، وليس لها أي قيمة ذاتية. وأنها عملةٌ غير نظامية؛ بمعنى أنها غير مدعومة من أي جهة رسمية أو مؤسسية، أو منظمة دولية. وأنها يتاح لجميع المتعاملين بها إمكانية تعدينها بحسب إمكاناتهم الفنية والتقنية. وأنها تستخدم من خلال الإنترنت فقط، وفي نطاق المؤسسات والشركات والهيئات والمواقع الإلكترونية التي تقبل التعامل بها، وتتم عمليات التبادل التجاري بواسطتها من شخص لآخر بصورة مباشرة، دون حاجة لتوسيط البنك، وإنما عن طريق آلية (الند للند)، ولا يوجد حدٌ معين أو سقفٌ محدد للإنفاق أو الشراء، كما في بطاقات الائتمان المختلفة. فهي تعتبر آلية ملائمة للشراء والبيع بطريقة سلسة وسريعة^(١). فكل ذلك سهل لها منافسة العملات الورقية.

٢- ومن المزايا أيضا السرعة والخصوصية والسرية، نظرا لطبيعة العملات الافتراضية الخاصة، فلا يمكن مراقبة عمليات البيع والشراء التي تتم بواسطتها ولا يمكن التدخل فيها، ولا يمكن تجميدها أو مصادرتها، ويمكن مبادلتها بالعملات الورقية مثل الدولار واليورو من خلال عمليات مشفرة عبر الإنترنت، كما أنها تقلل من سيطرة الحكومات والبنوك على العملة، حيث إنه يمكن نقلها في أي وقت وإلى أي مكان في العالم، وبخصوصية تامة ودون أن تمر على أي هيئة رقابية أو

(١) البنكوين: عملة افتراضية آمنة لغسل الأموال والأعمال المشبوهة، حسام الدين عطار، موقع ساسة بوست، ١٤ سبتمبر ٢٠١٥ على الرابط <http://www.sasapost.com/opinion/> ./alpetkoan-: virtual-currency

بنك، ومن جهةٍ أخرى، فإنه يمكنُ امتلاكُ العديدِ من حساباتٍ ومحافظِ البيتكوين (مثلاً) دونَ أن تكونَ متصلةً باسمٍ أو عنوانٍ أو أيِّ معلومةٍ عن ممتلكها^(١).

٣- وتُعدُّ العالميةُ من أهمِّ ما يميّزُ العملاتِ الافتراضيةَ فهي لا ترتبطُ بموقعٍ جغرافيٍّ معيّنٍ فيمكنُ التعاملُ معها وكأنها عملةٌ محليةٌ، لأنها متوافرةٌ على مستوى العالم، فهي لا تنتمي لدولةٍ معينة، ولا يقومُ بطباعتها بنكٌ مركزيٌّ معيّن، على خلافِ التعاملاتِ البنكيةِ الاعتياديةِ، فإن عملياتِ البيعِ والشراءِ تتسمُ بالسريةِ والأمانِ، ولا يمكنُ مراقبتها أو التدخلُ فيها.

ومما تمتازُ به العملاتُ الافتراضيةُ (الشفافيةُ): حيثُ يقومُ برنامجُ البيتكوين على سبيلِ المثالِ بتخزينِ أيِّ عمليةٍ تمَّ القيامُ بها، فإذا كان مستخدمٌ لعملةٍ ما (البيتكوين مثلاً) يمتلكُ محفظةً، فيمكنُ لأيِّ شخصٍ آخرٍ أن يعرفَ عددَ وحداتِ البيتكوين التي يمتلكها صاحبُ هذه المحفظةِ، وعددَ المعاملاتِ التي تمت من خلالها، حيثُ يشاهدُ الجميعُ وبشفافيةٍ تامةٍ حركةَ تنقلِ العملةِ بينَ المحافظِ، ولكن وفي الوقتِ نفسه لن يستطيعَ أحدٌ معرفةَ هويةِ مالكها، وهذا يعني اعترافَ جميعِ المتعاملين بوجودِ هذه النقودِ وانتقالِ ملكيتها.

ومن مزايا عملةِ البيتكوين أنها متماثلةٌ أي يمكنُ استبدالِ إحداها بأخرى، وأنها قابلةٌ للقسمَةِ إلى كسورٍ، ويُزعمُ أنها دائمةٌ ومستمرّةٌ دوامَ وجودِ شبكةِ المعلوماتِ، وهي غيرُ قابلةٌ للتزيفِ^(٢).

(١) مركز الأهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية. د إيمان مرعي العملات الافتراضية... إلى أين؟

رقم: ٣٧٧٥ بتاريخ: ٣٠ يناير ٢٠١٨، الموقع: www.acpss.ahram.org.eg.

(٢) - ينظر: Christiane Féral-Schuhl، Cyberdroit، Le droit à l'épreuve de

l'internet، Dalloz، 7ème edition، 2018، p 631.

عيوب العملات الافتراضية:

تمثل أهم مميزات العملات الافتراضية وخصائصها مكمّن الخطورة، وتشتمل في طياتها على سلبياتها! وبيان ذلك فيما يلي:

إن سرية العملة وتشفيرها كما أنها ميزة، ومع ذلك فإنها تنعكس ببعض السلبيات على العملة، لأنها تعطي بعض السهولة للعمليات المشبوهة وغير القانونية التي تتم من خلال شبكة الإنترنت، فالخصوصية التي توفرها هذه العملة جعلتها مقصدًا لعمليات يصعب تتبعها كغسل الأموال وبيع المنتجات المسروقة والممنوعة كالمخدرات^(١). وأيضًا جعلتها جاذبة للعناصر الإرهابية، وجماعات الجريمة المنظمة، ومنظمي بيع الأسلحة، حيث يصعب تعقب تلك المعاملات بغرض تحديد الأطراف، والجهات المتعاملة، فهي تتسم بغموض السلع والمنتجات المستخدمة في عملية التبادل^(٢).

وتعدّ الشكوك المصاحبة لعملية التعدين من السلبيات أيضًا، فلا أحد يعرف على وجه الدقة ما هي المعادلات التي تواجهها هذه العملة والتي يقوم الجهاز بلها، مما جعل بعض الناس يشك في وجود منظمة تعمل في الخفاء لحلّ معادلات قد تحتاج إلى مئات السنين في وقت قصير عن طريق تجزئة المعادلات على (الحواسيب الخادمة) السيرفرات. ومن الانتقادات الموجهة لتعدين العملات الافتراضية أيضًا، أنها قد تتعرض إلى قيام مستخدم ما باستعمال أو استهلاك

(١) ينظر: - <http://www.sasapost.com/opinion/alpetkoan-virtual-currency/>
- Rogojanu, Angela, and Liana Badea. "The issue of competing currencies. Case study-Bitcoin. " Theoretical and Applied Economics 21. 1, 2014, p . 110-109

(٢) مركز الأهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية. د إيمان مرعي العملات الافتراضية... إلى أين؟ رقم: ٣٧٧٥ بتاريخ: ٣٠ يناير ٢٠١٨، الموقع: www.acpss.ahram.org.eg

نفس البيتكوين مرتين لنفس العنوان، وتسمى تلك العملية باستهلاك العملة مرتين (Spending Double) ^(١). ومن عيوب العملات الافتراضية أيضا التذبذب الهائل لقيمتها وتقلب سعرها المتزايد^(٢).

وتواجه العملات المشفرة مجموعة من التحديات، أبرزها القرصنة؛ لأن الحماية التي تحتمى بها العملات المشفرة حماية إلكترونية، وهذا يجعلها عرضةً للسرقة من قرصنة البرامج الإلكترونية، وهذه السلبية تنسب بها جميع العملات الإلكترونية وليست محصورة في العملة المشفرة.

وقد وقعت عدة حوادث قرصنة لمحاظ مشفرة لم تكن محمية بشكل جيد على الأقراص الصلبة. وعند تعرض المستخدم للسرقة من حسابه لا يمكنه استعادة أمواله؛ لأن المجهولية سمة هذه الشبكة. مع عدم تمكن المتضررين من اتخاذ إجراءات قانونية لملاحقة السارقين أو استعادة الأموال^(٣).

الفرع الرابع: أشهر العملات الافتراضية:

تعددت وتنوعت العملات الافتراضية المشفرة، ومعظمها مبنية على مبدأ عملة البيتكوين ومستنسخة منها، والفروق بينها غالبًا يسيرة، بعضها متعلق بالوقت

(1) <https://en.bitcoin.it/wiki/Double-spending>.

(٢) - ينظر: Central Bank Digital Currency، Benefits and drawbacks، www.pwc.ch، p 4، 5، 8.

(٣) ينظر: حول النقود المشفرة، سامي السويلم ص ٣، ورقة عمل مقدمة إلى حلقة بحثية بعنوان: النقد الافتراضي، من تنظيم مركز التميز البحثي، والنقود الافتراضية، عبد الله الباحث، ص ٣٦، والنقد الافتراضي، إبراهيم بن أحمد يحيى ص ١٠، ورقة عمل مقدمة إلى حلقة بحثية بعنوان: النقد الافتراضي من تنظيم مركز التميز البحثي، العملات الرقمية والعولمة المالية، عبد الفتاح الجبالي، جريدة الأهرام الأربعاء ١٧ ربيع الأول ١٤٣٩ هـ / ٦ ديسمبر ٢٠١٧ م.

الذي تستغرقه عملية التداول، وبعضها متعلق بطريقة التعدين والتوزيع، وبعضها متعلق بالخوارزميات المسؤولة عن التشفير)، ويوجد عددٌ محدودٌ من هذه العملات يمكن وصفها بالرئيسية بناءً على عدد المتعاملين بها واتساع نطاق المواقع التي تقبلها وعدد الأماكن التي يمكن من خلالها استبدال العملة الافتراضية بالعملات الورقية، وبلغت العملات الرقمية أكثر من ١١٠٠ عملة رقمية حول العالم، ولكن هذه العملات ليست كلها سواءً في الأهمية، وسوف نذكر أشهر وأهم العملات الرقمية حول العالم، وأفضل العملات الرقمية للاستثمار، وهي بالترتيب:

١ - البيتكوين: (Bitcoin) أحد أهم وأشهر العملات الرقمية على الإطلاق، وهي أول عملة رقمية غير مركزية في العالم، رمز البيتكوين في منصات التداول هو BTC، وسعر وحدة البيتكوين اليوم يتحرك ما بين \$٩٠٠٠ إلى \$١٠٠٠٠، بينما وصلت القيمة السوقية للبيتكوين إلى مئات المليارات مقابلة بالدولار الأمريكي.

٢ - الإيثريوم (Ethereum): يعتبر الإيثريوم هو ثاني أشهر العملات الرقمية بعد البيتكوين، رمز عملة الإيثريوم في منصات تداول العملات هو ETH، وظهرت هذه العملة عام ٢٠١٥م.

٣ - البيتكوين كاش (Bitcoin Cash) تم إصدار عملة البيتكوين كاش في ١ أغسطس ٢٠١٧ وخلال ٤ شهور فقط، استطاعت هذه العملة تحقيق المركز الثالث من حيث القيمة السوقية للعملات الرقمية، حيث وصلت القيمة السوقية لها عشرات المليارات بالدولار الأمريكي. رمز عملة البيتكوين كاش في منصات التداول هو BCH.

٤ - الريبل (Ripple) تحتل عملة الريبل المركز الرابع من حيث القيمة السوقية، الرمز الخاص بعملة الريبل في سوق التداول هو XRP.

٥ - الليتكوين (Litecoin) ورمز العملة في منصات التداول هو LTC. الليتكوين مشابهة كثيرا للبيتكوين، إلا أنه يختلف عنه اختلافاً جوهرياً في وقت معالجة الكتلة أي تسجيل المعاملة المالية حيث إن الليتكوين يستغرق فقط ٢,٥ دقيقة، بينما في البيتكوين ١٠ دقائق.

وهذه العملات التي تليها في الشهرة:

٦- كاردانو (Cardano) ٧- أيوتا (IOTA) ٨- داش (Dash) ٩- نيم (Nem) ١٠- مونيرو (Monero) ١١- بيتكوين جولد (Bitcoin) ١٢- Gold كوتم (Qtum) ١٣- نيو (NEO) ١٤- ستاريل (Stellar) ١٥- الإيثريوم الكلاسيكي (Ethereum Classic) ١٦- ليسك (Lisk) ١٧- فيرج ١٨- عملة (Verge) BitConnect ١٩- إذا كاش (Zcash) (١).

الفرع الخامس: مستقبل العملات الافتراضية:

تختلف آراء خبراء الاقتصاد والتقانة حول مستقبل البيتكوين وأخواتها، حيث أثارت العملة الرقمية عاصفة من الجدل والخلاف حولها لدى العديد من خبراء الاقتصاد، ويتلخص هذا الجدل في ثلاثة آراء:

الرأي الأول: أن بتكوين فقاعة، وليست عملة ولا أصلاً مالياً: وهو أهم انتقاد وجهه عدد من خبراء الاقتصاد ورجال المال والأعمال لتكنولوجيا بتكوين؛ مستندين على أن قيمتها الأساسية «صفر»، ومن أبرز أصحاب هذا الرأي: جوزيف ستيجليتز، الاقتصادي الحائز على جائزة نوبل.

(١) ينظر: النقود الافتراضية، عبد الله البحوث، ص ٢٩، <https://www.feathercoin.com/>، <https://edinarcoin.com/ar/news-ar/> <https://z.cash/?page=about/> <https://en.bitcoin.it/wiki/Altcoin> <http://ar.newsbtc.com>

الرأي الثاني: بيتكوين قد تصبح عملةً أو أصلًا ماليًا وهو رأي متحفز بشأن بيتكوين، متفائل بمستقبلها، وأن القضية قضية وقت. ومن أبرز أنصار هذا الرأي رافي مينون، المدير الإداري لسلطة النقد السنغافورية، وجيفري كوري، الرئيس العالمي لأبحاث السلع في مجموعة جولد مان ساكس.

الرأي الثالث: يميل إلى العناية بها وتنظيمها والاستفادة منها في تحفيز الابتكار المالي: ويمثل هذا الرأي اتجاهًا معتدلاً تجاه عملة البيتكوين ومثيلاتها ويرى أنها بوضعها الحالي محفوفة بالمخاطر لكن ليس من الحكمة استبعادها وممن يرى هذا الرأي كريستين لاغارد، مديرة صندوق النقد الدولي.

ويوجد حاليًا نشر متزايد للعملات الرقمية على مختلف وسائل التواصل الاجتماعي من خلال قيام بعض المواقع بالتخطيط لإطلاق عملات رقمية خاصة بها.

ويمكن اعتبار العملات الرقمية القائمة على التشفير cryptography نوعًا من الأصول الرقمية التي تعتمد على التشفير لربط التوقيعات الإلكترونية لتحويل أصول من خلال اتصال (النند للنند peer-to-peer) على الشبكة المعلوماتية وبدون مركزية، وإن هذه التقنية القائمة على التشفير تسمح بأن تكون أنظمة الأموال الرقمية غير مركزية. وفي عام 2018م، أصبحت جزر مارشال أول دولة تصدر عملتها الرقمية الخاصة القائمة على التشفير وقد سميتها "sovereign"، وعلى سبيل المثال تختبر عدة دول ومنها البنوك المركزية في كندا وألمانيا وهولندا وكوريا الجنوبية عملات رقمية تصدرها بالاستناد إلى تقنية التشفير⁽¹⁾.

كما أعلنت وسيلة التواصل الاجتماعي فيسبوك Facebook أنها ستطلق عملتها الرقمية ليبرا Libra، والتي ستعتمد ذات وسائل الأمان المطبقة في

(1) - ينظر: 6، 4، p 4، 6، Digital currency، Wikipedia، www. wikipedia. com،

عملة بيت كوين، ولكنها ستكون مدعومةً من قبل مؤسساتٍ ماليةٍ تقليديةٍ مثل بي بال Paypal وفيزا Visa وماستركارد Mastercard ولها شركاء كأوبر Uber و Lyft و Spotify وغيرهم، وستكون قيمتها بالاستناد إلى عملاتٍ تقليديةٍ بالدولار واليورو، مما يجعل قيمتها أكثر استقرارًا، وستسمح بتمين إعلاناتها من خلال جعل التعاملات والدفع على الشبكة أكثر سلاسةً، لاسيما بين أشخاص لا يملكون بطاقاتٍ مصرفيةٍ ولا حساباتٍ مصرفيةً. وسيُنشئ فيسبوك تطبيقًا أو برنامجًا لمحفظه لعملة ليبرا. ويمكن للأشخاص تحويل اللبيرا إلى العملات التقليدية⁽¹⁾. وستوضع هذه العملة بتصرف المستخدمين بدءًا من أوائل العام 2020، كما أعلنت فيسبوك أنها ستنشئ شركة فرعية لها كالبيرا calibra، والتي ستعرض محفظات رقمية لتمكين المستخدمين من صرف العملة الرقمية الجديدة، وستكون المحفظات digital wallets مربوطة بتطبيقات أخرى مثل ماسنجر Messenger وواتساب whatsapp⁽²⁾.

ولقد أطلق محرك البحث غوغل Google أدوات جديدة للبحث متعلقةً بالعملات الرقمية من خلال إظهار المعلومات المفيدة المتعلقة بها، كما أنه يجمع المعلومات الضخمة big data مع الخوارزميات البحث لجعل المعلومات عن "البلوك شين" كالبيت كوين متاحةً بشكلٍ علنيٍّ للجمهور⁽³⁾.

(١) - ينظر: <https://www.jatinverma.org>، Libra، Facebook's new digital currency،

(٢) - ينظر: <https://www.euronews.com/2019/06/19/what-is-18/06/|> Euronews explains،

(٣) - ينظر: <https://bigthink.com/technology-innovation/google-amazon-others-rebelltitem#%E=entering-blockchain?rebelltitem>، Reuben Jackson، Google، Facebook، and others are doubling 2019/6/down on crypto، 5

المبحث الثاني: مدى مشروعية إنتاج العملات الافتراضية واستخدامها:

العملات الافتراضية المشفرة هي نقود افتراضية لا وجود لها في الخارج ولا زال يكتنفها الغموض وتعوزها الرقابة الشرعية والقانونية، وقد اختلف في ماهيتها وطبيعتها الشرعية والقانونية؛ حيث إن لها شبهة بالعملية الورقية من وجه ولها شبهة بالعملية الإلكترونية من وجه.

وفي تحديد طبيعة هذه العملات سنتعرض لدراسة حقيقة عملة البيتكوين وحكمها الشرعي، وهو في الحقيقة دراسة لسائر العملات الإلكترونية الأخرى مثل إثيريوم (Ethereum)، ولايتكوين (Litecoin) وريبيل (Ripple) وغيرها من العملات الرقمية والتي بلغت أكثر من (1100) عملة حول العالم^(١)، لأنها في جوهرها واحدة غير مختلفة سوى في أمور فنية لا تؤثر في جوهر الحكم الشرعي. لذلك سوف يتم الاقتصار على دراسة البيتكوين، وفيما يلي بيان لحقيقتها وخصائصها ووظائفها.

المطلب الأول توصيف العملات الافتراضية من خلال توصيف بتكوين:

اختلف العلماء في توصيف بتكوين (وما مثلها من العملات الافتراضية): هل هي نقود أم لا، وفي ذلك أقوال:

القول الأول: أن بتكوين عملة أو نوع جديد من النقود، ومجموع ما استدلوا به يرجع إلى اعتبارات ثلاثة:

(١) بلغ مجموع العملات الافتراضية أكثر من ١١٠٠ عملة حول العالم، ينظر: النقود الافتراضية مفهومها وأنواعها، عبد الله بن سليمان الباحث، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، جامعة عين شمس، القاهرة، العدد (١) ٢٠١٧م، ص ٢٩ وما بعدها.

الأول استيفؤها مقوماتِ النقودِ من حيثِ الرواجِ واتخاذِ العديدِ من الناسِ لها ثمنًا.

الثاني: قيامها بوظائفِ النقودِ. والثالثُ خلُو المانعِ الشرعيِّ والاقتصاديِّ.

القول الثاني: أنها ليست ثمنًا أو عملةً أصلاً، وأنها مشتملةٌ على الغشِّ والعزْرِ والمخاطرةِ وأنها نوعٌ من القمارِ، ويستندُ هذا القولُ في نفيِ ثمنيتها على أنها لا تستوفي شروطَ ووظائفَ الأثمانِ، حيثُ إنها ليست راجئةً رواجِ النقودِ، ولا صالحةً لقياسِ القيمِ، ولا تصلحُ مخزناً للثروةِ، ولا تصلحُ وسيلةً للإبراءِ العامِّ وليست صادرةً عن سلطةٍ معينةٍ وليست لها جهةٌ ضامنةٌ.

القول الثالثُ: أنها نقودٌ خاصةٌ^(١): على عكسِ النقودِ القانونيةِ التي يتمُّ إصدارُها من قبلِ البنكِ المركزيِّ، فإن العملاتِ الرقميةِ الإلكترونيةِ يتمُّ إصدارُها عن طريقِ أشخاصٍ أو مؤسساتٍ وهي نقودٌ وأثمانٌ عندَ من رضيَ بالتعاملِ بها، لكنها تصيرُ محظورةً إذا حظرها السلطانُ للمصلحةِ العامة^(٢).

القول الرابعُ: أنها أداة ائتمانٍ. والقول الخامسُ: أنها سلعةٌ. والقول السادسُ:

إنها أداة تبادلٍ وليست أداة دفعٍ^(٣). ويعتبرُ بعضُ من الباحثين أن العملةَ الرقميةَ

(١) وقد أشار الجويني في نهاية المطالب في دراية المذهب (٧/ ٤٤٢) إلى النقود الخاصة، وقال: «ولم يسمح أحد من الأصحاب بإيراد القراض على الفلوس، وإن عمَّ جريانها في بعض الأقطار، وكذلك القول في الغطريفية فيما وراء النهر، والسبب فيه أن الفلوس لا يعم جريانها في البلاد الكبيرة، وإنما يتواطأ عليها أهل ناحية، ثم تكون عرضةً للكساد، ولو كسدت وركدت أسواقها، لتفاوتت تفاوتاً عظيماً». والغطريفية: أي الدراهم الغطريفية، منسوبة إلى غطريف أمير خراسان أيام الرشيد، وقد كانت من أعزّ النقود ببخارى، وواضح من السياق أنها كانت مغشوشة لا يجوز القراض فيها، وهذا ما قاله ياقوت، فقد ذكر أنها كانت «من حديد وُصفر وأُنك وغير ذلك من جواهر مختلفة، وقد ركبت فلا تجوز هذه الدراهم إلا في بخارى ونواحيها وحدها» ينظر: معجم البلدان: مادة بخارى، المبسوط للسرخسي: (١٩٤/٢)، التعريفات الفقهية للمفتي محمد عميم الإحسان البركتي - ضمن مجموع بعنوان: قواعد الفقه: ص ٤٠١.

(٢) ينظر النقود والبنوك الإلكترونية في ظل التقنيات الحديثة، مصطفى يوسف كافي ص ٦٩ وما بعدها.

(٣) ينظر: التوجيه الشرعي للتعامل بالعملات الافتراضية، منير ماهر أحمد، البيتكوين نموذجاً، مجلة

بيت المشورة ٢٠١٨م، ص ٢٥ وما بعدها.

ليست نقدًا حقيقيًا، بل هي نوعٌ من عملةٍ تكميليةٍ تكملُ العملاتِ الأصليةَ الصادرةَ عن الدول^(١).

المطلبُ الثاني: الأقوالُ الواردةُ في حكمِ العملاتِ الافتراضيةِ:

والذي يمكنُ تحصيلُهُ من أقوالِ العلماءِ المعاصرينَ الذين تكلموا عن الحكمِ الشرعيِّ للبتكوين أربعةَ أقوالٍ:

القولُ الأولُ: المنعُ من استخدامِ العملاتِ الافتراضيةِ وتحريمِ إصدارِها والتعاملِ بها. وعللوا الحكمَ بما يكتنفُها من العَرَرِ والجهالةِ، والترددِ بين الثمنيةِ والعرضيةِ، وعدمِ رواجِ النقودِ، وما يكتنفُها من الغموضِ وعدمِ الإفصاحِ، ولكونها خارجُ سيطرةِ الحكوماتِ، وليست لها جهةٌ ضامنةٌ لها في حالِ ذهبِ قيمتها.

القولُ الثاني: الجوازُ على أصلِ الإباحة^(٢).

وأهمُّ ما استدلوا به قياسُ العملاتِ الرقميةِ الافتراضيةِ على العملاتِ الورقيةِ، حيثُ إن كلا من العملاتِ الورقيةِ والعملاتِ الرقميةِ الافتراضيةِ لا تملكان قيمةً ذاتيةً في نفسيهما، أي لا تحملان قيمةً سلعيةً في حالِ بطلت نقديتهما، والتعاملُ بكلِّ منهما قائمٌ على الثقةِ والرواجِ. وهذا القولُ يختصُّ ببيانِ الرؤيةِ الشرعيةِ لمرحلةٍ ما بعدَ الإصدارِ (التداولِ والوفاءِ والادخارِ): حيثُ يعلنون الجوازَ بأنه قد بدأ تشكيلُ العرفِ العامِّ بقبولِ هذه العملةِ في الأسواقِ جميعًا وتحتَ مرأى من المشرعين، بل ووجدت أماكنُ صرفٍ للبتكوينِ مقابلَ العملاتِ الأخرى، وهذا سيدعمُ النظرَ إلى هذه العملةِ كباقي العملاتِ تمامًا من حيثُ أحكامِ الصرفِ والربا، وذلك بوجوبِ التماثلِ والتساويِ في حالِ اتحادِ الصنفِ، والتقابضِ الحكمي

(١) ينظر: Christiane Féral-Schuhl، Cyberdroit، Le droit à l'épreuve de - ، l'internet، Dalloz، 7ème edition، 2018، p 630.

(٢) ينظر: التوجيه الشرعي للتعامل بالعملات الافتراضية، منير ماهر أحمد، البيت كوين نموذجًا، مجلة بيت المشورة ٢٠١٨م، ص ١٩.

في حال اختلاف الصنف كعملة الدولار بالبيتكوين وعدم جواز إقراضها بفائدة ... إلخ أحكام النقود.

القول الثالث الإباحة بشروط^(١). وهذه الشروط غير متحققة في النقود الافتراضية في صورتها الموجودة الآن.

القول الرابع: التوقف انتظاراً لاجتهادٍ جماعيٍّ أو قرارٍ مجعبيٍّ^(٢).

أدلة المانعين للتعامل بالعملة الافتراضية:

استدل المحرمون للتعامل بالعملة الافتراضية بعدة أدلة منها: وجود الغرر وجهالة المصدر وجهالة مستقبل العملة وجهالة جهة الإصدار وجهالة أو انعدام الجهة الضامنة وانعدام جهات التنظيم والرقابة من قبل الحكومات وكثرة المضاربات وعدم الاستقرار في القيمة، وكثرة الاستعمالات المحرمة وغير القانونية، على النحو التالي:

١- وجود الغرر^(٣) من أدلة المحرمين للتعامل بالعملة الافتراضية، وهي مشتملة على الغرر من عدة أوجه؛ وذلك لكونها نوعاً من الاستثمار عالي

(١) ينظر فتاوى الشبكة الإسلامية/ رقم الفتوى: ٣٠٤٤٨٩.

(٢) ينظر، البيتكوين: هل يحرم التعامل بها؟ د. فهد بن سعد الماجد، صحيفة الرياض السبت ٢٦ ربيع الآخر ١٤٣٩ هـ - ١٣ يناير ٢٠١٨ م.

(٣) الغرر في اللغة هو الخطر. لسان العرب لابن منظور ١٣/٥، مختار الصحاح للرازي ص ٢٢٥، المصباح المنير للفيومي ص ٤٤٥. وفي اصطلاح الفقهاء الغرر هو: ما انطوت عنا عاقبته أو تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما. أو « ما شك في حصول أحد عوضيه، أو المقصود منه غالباً » وقيل: هو: « ما كان مستور العاقبة ». المبسوط (١٣/١٩٤). وهو التعريف الذي اختاره الدكتور الصديق الضيرير ورجحه في كتابه الغرر وأثره في العقود ص ٥٤ بقوله: « لأنه أجمع التعريفات للفروع الفقهية التي أدخلها الفقهاء تحت الغرر، مع قلة كلماته »، فهو يشمل الغرر بنوعيه: ما شك في حصوله وتردد بين الوجود والعدم، والمجهول. وقد عرفه ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٢٩/٢٢) بلفظ قريب منه أيضاً: « الغرر هو المجهول العاقبة ». فالغرر يجعل صاحبه يعتمد على أمر موهوم غير موثوق به، وسمي كذلك لأن ظاهره يغر العاقد ويورطه في نتيجة موهومة. ينظر: حاشية البجيرمي على الإقناع (٤/٣) شرح حدود ابن عرفة ص ٢٥٥.

المخاطر، حيث يُعاملُ فيها على أساسِ المضاربة التي تهدفُ لتحقيقِ أرباحٍ غيرِ عاديةٍ من خلالِ تداولها بيعًا أو شراءً، مما يجعلُ بيئتها تشهدُ تذبذباتٍ قويةً غيرَ مبررةٍ ارتفاعًا وانخفاضًا، فضلاً عن كونِ المواقع التي تمثلُ سجلاتِ قيدٍ أو دفاترِ حساباتٍ لحركةِ التعاملِ بهذه العملةِ بالبيعِ أو الشراءِ غيرَ آمنةٍ بعدُ؛ لتكرارِ سقوطها من قِبَلِ عملياتِ الاختراقِ وهجماتِ القرصنة التي تستغلُّ وجودَ نقاطٍ ضعفٍ عديدةٍ في عملياتِ تداولها أو في محافظها الرقمية، مما تسببُ في خسائرَ ماليةٍ كبيرةٍ^(١).

٢- التعاملُ بالعملاتِ الرقميةِ الافتراضيةِ فيه مخاطرةٌ بالمالِ على أملِ الربحِ السريعِ المرئعِ، وقد تكونُ الخسارةُ الماحقة، كما كان ويكونُ مثلُ ذلك في الأنشطةِ الإغرائيةِ، فغالبًا ما تكونُ سرابًا بقيعة، وفي ذلك محذورٌ شرعيٌّ بإضاعةِ المالِ الذي يفِيءُ اللهُ تعالى به على عباده ويمتنُّ عليهم به لينتفعوا به في معاشهم ومعادهم، وهو ما نهت عنه الشريعةُ الإسلاميةُ، كما في الحديثِ الصحيحِ عن النبيِّ صلى اللهُ عليه وسلم، قال: «إن الله حرم عليكم: عقوقِ الأمهات، ووَادِ البناتِ، ومنعًا وهات، وكره لكم قيلَ وقال، وكثرةُ السؤالِ، وإِضاعةُ المالِ^(٢)»، وفي الذكرِ الحكيمِ يقولُ الحقُّ سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]^(٣). وقد تصلُ نسبةُ المخاطرةِ إلى ضياعِ المالِ بالكليةِ^(٤).

(١) ينظر: موقع دار الإفتاء المصرية: <http://www.dar-alifta.org>.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب ما ينهى عن إضاعة المال، حديث رقم ٢٤٠٨.

(٣) ينظر: العملات الرقمية والأخطار المحدقة، د. أحمد عبد العزيز الحداد، مقال منشور في صحيفة الإمارات اليوم، بتاريخ ٢٠١٨/٢/٩.

(٤) ففي عام ٢٠١٣ حدث خطأ فني في التحويل بين إصدار ٧ وإصدار ٨ الخاصين ببرتocol تنقيب بت كوين، هذا بالإضافة لارتفاع نسبة القرصنة الإلكترونية بشكل ملحوظ بعد ٢٠١٣، وسرقة كثير من العُمَلات من بورصات مداولة بت كوين، والقائمة طويلة تحت هذا العنوان Theft and exchange shutdowns من هذا الرابط.

٣- والغرر في العقود مانع من الصحة^(١)، والغرر مفهومه واسع يشتمل على صور كثيرة؛ والأمثلة التي تذكر في كتب أهل العلم تكون المخاطرة في كثير من صورها أقل مما يكون في العملات الافتراضية، فقد ذكر الإمام النووي أن النهي عن بيع الغرر أصل عظيم من أصول كتاب البيوع، ويندرج تحته فروع كثيرة كبيع الأبق، والمعدوم، والمجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لم يملكه البائع، وبيع السمك في الماء، واللبن في الضرع، والحمل في البطن، وثوب من أثواب، وشاة من القطيع، وذكر بطلانه؛ لأنه غرر من غير حاجة^(٢).

٤- والجهالة في العقود عليه تفسد العقد، وهذه العملات ما زالت مجهولة من جوانب عدة، فهي مجهولة المصدر، وحقيقتها يكتنفها الغموض والمتحكم فيها مجهول، وملاكها والمتعاملين بها مجهولون، وهذه الجهالة تمنع من التعامل بها وتمنع صحة جعلها ثمنًا للسلع^(٣).

٥- التقلب والتذبذب الشديد^(٤)، فإن أسعار هذه العملات تتذبذب بشكل كبير جدًا في زمن قصير على فترات متقاربة^(٥).

(١) ينظر: التحبير شرح التحرير للمرداوي (٦/٢٨٩٢)، شرح الكوكب المنير لابن النجار ص ٤٥٠. وقال ابن عبد البر: «كثير الغرر لا يجوز بإجماع، وقليله متجاوز عنه» الاستتكار لابن عبد البر (٧/٤٠٩). وانظر: الفروق للقرافي (٣/٢٦٥)، بداية المجتهد لابن رشد (٢/١٥٥).

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/١٥٦، ١٥٧).

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٨٥، ٦/٨٥، ينظر كتاب وقائع المؤتمر الذي نظمته كلية الشريعة جامعة الشارقة يومي الثلاثاء والأربعاء ١٦ و١٧ أبريل ٢٠١٩م، ص ٧٧ وما بعدها.

(٤) ويرى المنظرون لبيتكوين أن عدد المستخدمين القليل لها هو السبب في التقلبات السعرية الحادة للعملة الجديدة، وما أن تنتشر ويتم نقب "استخراج" جميع وحدات العملة، فإنها سوف تستقر.

فكلما زاد عدد المتعاملين بها، القابلين لها، ازدادت قيمتها، وكلما خرجت الأخبار بتجريم التعامل بها في بلد من البلدان انخفضت قيمتها، فهي تتقلب مع العرض والطلب. ويلاحظ التقلبات السعرية الحادة للبت كوين، في فترات قصيرة، كما في إحصائيات موقع <https://coinmarketcap.com>:

(٥) ينظر: بتكوين والعملات الرقمية: النشأة، الاستخدامات، والآثار، لفرهود ص ١٨، العملات الإلكترونية الافتراضية البيتكوين وأثارها الاقتصادية ورقة بحث مقدمة للمؤتمر الدولي للاقتصاد الإسلامي، الدورة الثالثة عشر، تنظيم دار الرقابة الشرعية وغرفة تجارة وصناعة الكويت، ١٤-١٥ مارس ٢٠١٨م، ص ١٢.

٦ - ومن أدلة تحريم التعامل بهذه العملات الافتراضية المعمّاة أن الأصل في أموال الناس التحريم، ولا يجوز انتقال الأموال واستحلالها إلا بطريق مشروع، كما لا يجوز لمنتج هذه العملات استباحة السلع والمنافع التي بيد الناس، إلا بمقابلٍ حقيقيٍّ عادلٍ، وهل تمثلُ عمليةُ التعدين (وهو مشتركٌ لفظيٌّ أطلق على عملياتٍ احتماليةٍ ببرامجٍ إلكترونيةٍ يتمُّ من خلال توليد النقود، وهي تشترك مع عمليات التعدين الطبيعية واستخراج الموارد التي تمثلُ الثروة الحقيقية؟ بينما العملات الرقمية لا تتصفُ بخصائصِ الثروة الحقيقية، مما يعني أننا أمام مشتركٍ لفظيٍّ اتحد اللفظُ واختلفَ المعنى. وإذا كانت العملات الرقمية لا تمثلُ ثروةً من حيثُ المبدأ، ولكنها تنشأ من عملياتٍ برمجيةٍ احتماليةٍ، وتثري الأفراد عن طريق الحظّ) -أقول: هل تمثلُ تلك العمليةُ قيمةً حقيقيةً تمنحُ أصحاب الحظوظ أولئك ثرواتٍ المجتمع نتيجةَ حظوظهم في عملاتٍ لا تحملُ قيمةً سلعيةً ولا منفعةً حقيقيةً؟.

وللمحرمين أدلةٌ أخرى تتعلقُ بمدى تحققِ القبض، ويمكنُ تخريجُ تحققِ القبضِ على القبضِ الحكميِّ، والراجحُ جوازُ ذلك حيثُ لا يتصورُ أن يكونَ للعملاتِ المشفرةِ قبضٌ حقيقيٌّ؛ لأنها ليستُ عملاتٍ حقيقيةً، فهي افتراضيةٌ ويكونُ القبضُ في التعاملِ بها قبضاً حكمياً، وهو يحصلُ بتسجيلها في البلوكشين وانتقالها إلى محفظةِ المالكِ الجديد.

جاء في قراراتِ مجمعِ الفقهِ الإسلامي التابع لمنظمةِ المؤتمرِ الإسلامي: من صورِ القبضِ الحكميِّ المعتبرةِ شرعاً وعرفاً، القيدُ المصرفيُّ لمبلغٍ من المالِ في حسابِ العميلِ في الحالاتِ التالية:

- أ - إذا أودع في حسابِ العميلِ مبلغٌ من المالِ مباشرةً أو بحوالَةِ مصرفية.
- ب - إذا عقدَ العميلُ عقدَ صرفٍ ناجزٍ بينه وبين المصرفِ في حالِ شراءِ عملةٍ بعملةٍ أخرى لحسابِ العميل.

ج - إذا اقتطع المصرف - بأمر العميل - مبلغًا من حساب له إلى حسابٍ آخر بعملةٍ أخرى، في المصرف نفسه أو غيره، لصالح العميل أو لمستفيد آخر، وعلى المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية، ويغتنر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسلم الفعلي، للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل، على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدّة المغترة إلا بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسلم الفعلي^(١).

والشاهد أن القبض الحكمي يحل محل القبض الحقيقي في هذه العملات.

ومن إشكاليات التعامل بالعملات الافتراضية أيضًا التعاقد بين غائبين أو مجهولين، ولذلك تعلق بمدى دلالة الكتابة الحاسوبية على الرضا في العقود؟ فلو كان التعبير عن الإيجاب عن طريق الكتابة بأي شكل من أشكالها، أو كان التعبير عن القبول عن طريق الكتابة، فهل ينعقد البيع بالكتابة؟ في ذلك خلاف بين أهل العلم.

ف قيل: ينعقد البيع بالكتابة مطلقًا. وهو مذهب المالكية^(٢)، ووجه في مذهب

الشافعية^(٣).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦ / ٥٩٢)

(٢) ينظر: المدونة (٤ / ٣٢)، الشرح الكبير (٣ / ٣)، حاشية الدسوقي (٣ / ٣). وفي الشرح الصغير (٣ / ٥): «والثالث: الصيغة، أو ما يقوم مقامها مما يدل على الرضا، وإليه أشار بقوله: (وما دل على الرضا) من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما».

(٣) قال البجيرمي في حاشيته (٢ / ١٦٩): «والكتابة لا على ماء أو هواء كناية، فينعقد بها مع النية، ولو لحاضر كما رجحه السبكي وغيره». وانظر مغني المحتاج (٢ / ٥)، أسنى المطالب (٢ / ٤). واعتبروا الكتابة نوعًا من الكناية يشترط معها النية. وقال السيوطي في الأشباه والنظائر (ص ٣٠٨): «وحيث جوزنا انعقاد البيع ونحوه بالكتابة فذلك في حال الغيبة، فأما عند الحضور فخلافا مرتب، والأصح الانعقاد».

وقيل: لا ينعقد البيعُ بها مطلقاً، وهو أحدُ الوجهين في مذهبِ الشافعية، ورجَّحه الشيرازي^(١).

وقيل: ينعقدُ البيعُ بالكتابةِ بالنسبةِ للغائبِ فقط دونَ الحاضر، وهو ظاهرُ مذهبِ الحنفية^(٢)، ووجهٌ في مذهبِ الشافعية^(٣)، وظاهرُ مذهبِ الحنابلة^(٤).

وهذه القضيةُ من التبايعِ بينَ غائبينِ عبرَ شبكاتِ الاتصالِ لم يردْ فيها نصٌّ خاصٌّ كما لم ينقلْ رأيٌ صريحٌ فيها عن أئمةِ المذاهبِ، حيثُ إنها من مستجداتِ هذا العصرِ والفقهاءِ لم يواجهوا مسائلَ التعاقدِ بينَ الغائبينِ على شكلِها المعروفِ في الوقتِ الحاضرِ.

وإن مجلسَ مجمعِ الفقهِ الإسلامي المنعقدَ في دورةِ مؤتمره السادسِ بجدة في المملكةِ العربيةِ السعودية من ١٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ - الموافق ١٤ - ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م بعد اطلاعه على البحوثِ الواردةِ إلى المجمعِ بخصوصِ موضوعِ إجراءِ العقودِ بآلاتِ الاتصالِ الحديثة، ونظراً إلى التطورِ الكبيرِ الذي حصل في وسائلِ الاتصالِ وجريانِ العملِ بها في إبرامِ العقودِ، لسرعةِ إنجازِ المعاملاتِ الماليةِ والتصرفاتِ، وباستحضارِ ما تعرضَ له الفقهاءُ بشأنِ إبرامِ العقودِ بالخطابِ والكتابةِ وبالإشارةِ وبالرسولِ قرر ما يلي:

١ - إذا تمَّ التعاقدُ بينَ غائبينِ لا يجمعُهما مكانٌ واحدٌ، ولا يرى أحدهما الآخرَ

معاينةً، ولا يسمعُ كلامه، وكانت وسيلةُ الاتصالِ بينهما الكتابةَ أو الرسالةَ، أو

(١) قال الشيرازي في المهذب (٩ / ١٩٠): «وإن كتب رجل إلى رجل ببيع سلعة، ففيه وجهان: (أحدهما): ينعقد البيع؛ لأنه موضع ضرورة. (الثاني): لا ينعقد، وهو الصحيح فإنه قادر على النطق، فلا ينعقد البيع بغيره». = وجاء في المجموع (٩ / ٣١٥): «ولا يصح البيع بالكتابة، هذا ما نقله صاحب البيان، وهو ضعيف، بل الأصح صحة البيع بالكتابة». وانظر مغني المحتاج (٢ / ٥).

(٢) ينظر: البحر الرائق (٥ / ٢٩٠)، الهداية في شرح البداية (٣ / ٢١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢ / ١٤٤)، حاشية ابن عابدين (٤ / ٥١٢).

(٣) ينظر: مغني المحتاج (٢ / ٥)، روضة الطالبين (٣ / ٣٣٨، ٣٣٩)، المهذب (١ / ٣٠٣).

(٤) ينظر: كشاف القناع (٣ / ١٤٨).

السفارة (الرسول) وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس، وشاشات الحاسب الآلي (الكمبيوتر) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

٢ - إذا تمّ التعاقد بين طرفين في وقت واحد، وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة.

٣ - إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجاباً محدد المدة يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه.

٤ - إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

٥ - ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد للإثبات^(١).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/ ٢/ ص ١٢٦٧) هذا موقف أغلب الفقهاء في المجمع الفقهي، وأما القوانين العربية فقد كان موقفهم مختلفاً، حيث انقسموا إلى قسمين:
الأول: أخذ بنظرية إعلان القبول.

من ذلك القانون الأردني إذ نصت المادة (١٠١) مدني على أنه إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك».

ومثل القانون الأردني القانون اللبناني (م ١٨٤) والسوري (م ٩٨)، والمدونة التونسية (م ٢٨). الثاني:
أخذ بنظرية العلم بالقبول.

من ذلك القانون المدني المصري ففي المادة ٩٧ مدني:

١ - يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

٢ - ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول». وانظر (٩١) من القانون نفسه.

وقد نظرَ المحرمون للتعاملِ بالعملاتِ الافتراضيةِ لواقعها الحالي، ولكنهم لم يمنعوا أن يُنظرَ في مستجداتِ النقودِ الرقميةِ في كلِّ مرحلةٍ بحالها، ولا مانعَ مستقبلاً من جوازِ التعاملِ بها بشرطِ تحققِ المناطاتِ الشرعيةِ للنقدِ الشرعيِّ وانقضاءِ ما يعترئها الآنَ من الغررِ والخطرِ والجهالةِ.

أدلة المجيزين للتعاملِ بالعملاتِ الافتراضيةِ والرد عليها:

استدل المجيزون للتعاملِ بالعملاتِ الافتراضيةِ بالأدلة التالية:

الدليل الأول: قياس جوازِ التعاملِ بالعملاتِ الرقميةِ الافتراضيةِ على العملاتِ الورقيةِ بجامع انعدامِ القيمةِ الذاتيةِ في كلِّ.

وقد ردَّ القائلون بالتحريم بما يلي:

قياسُ العملاتِ الرقميةِ على العملاتِ الورقيةِ قياسٌ مع الفارقِ، والقياسُ مع الفارقِ باطلٌ^(١).

أولاً: توضيحُ معنى القياسِ مع الفارقِ:

القياسُ الشرعيُّ الذي هو حملُ معلومٍ على معلومٍ في إثباتِ حكمٍ لهما أو نفيه عنهما بأمرٍ جامعٍ بينهما، ولا يصحُّ ولا يتمُّ عندَ وجودِ فرقٍ بين الأصلِ والفرعِ في العلةِ الجامعةِ بينهما، وذلك لأن من شرطِ صحةِ القياسِ: ألا يوجدَ فرقٌ مؤثِّرٌ

ومثل القانون المصري القانون العراقي (م ٨٧)، والقانون المدني الجزائري (٦٧)، والقانون المدني الكويتي (م ٤٩). وقد تبني النظام الأنجلو الأمريكي نظرية تصدير القبول، وتبنى القانون الألماني (م ١٣٠) والنمسائي نظرية استلام القبول. ويقول الشيخ إبراهيم كافي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦/٢ ص ١٠١٦): «وبالرغم من أن حقوقيين القرن التاسع عشر كانوا منقسمين إلى فئتين رئيسيتين تفضل إحداها نظرية إعلان القبول، وتفضل الأخرى العلم بالقبول، فإن معظم الحقوقيين في وقتنا الحاضر وكذلك معظم التشريعات الحديثة في اتجاهين يميل إحداها إلى ترجيح نظرية تصدير القبول، والأخرى يميل إلى ترجيح نظرية استلام القبول».

(١) حاشية العطار على شرح جمع الجوامع للمحلي (٢/٢٤١).

بينَ الفرعِ والأصلِ، وعليه فإن انتقى الفارقُ صح القياسُ، وإن وجدَ هذا الفارقُ بطلَ القياسُ^(١).

ومن أمثلة القياسِ معَ الفارقِ قياسُ دمِ الاستحاضةِ على دمِ الحيضِ، في المنعِ من الصلاةِ، بجامعِ أنه دمٌ خارجٌ من قُبَلِ المرأةِ، فإنه لا يصحُّ هذا القياسُ، بل هو قياسٌ معَ الفارقِ؛ لأن العلةَ في دمِ الحيضِ أنه دمٌ جبلةٌ قد رتَّبَ الشارعُ عليه المنعَ من الصلاةِ وحرمةِ غشيانِ الرجلِ للمرأةِ فيه، ودمِ الاستحاضةِ دمٌ علةٌ، قد أباحَ الشارعُ فيه الصلاةَ ولم يجعله مانعًا من الجامع^(٢).

ثانيًا: بيانُ الفوارقِ المؤثرةِ بينَ العملاتِ الورقيةِ والنقودِ الرقميةِ:

١- المختارُ أن النقودَ ليس لها حدٌّ في الشرعِ، وإنما مرجعُ ذلك إلى العرفِ، كما وضَّحه ابنُ تيميةَ رحمه الله، والغرضُ منها أن تكونَ معيارًا لما يتعاملون به، والدرهمُ والدنانيرُ لا تقصدُ لنفسِها، بل هي وسيلةٌ إلى التعاملِ بها، ولهذا كانت أثمانًا للأشياء عكس باقي الأموالِ، فإن المقصودَ بها الانتفاعُ بها بنفسِها، والوسيلةُ المحضَةُ التي لا يتعلقُ بها غرضٌ، لا بمادتها، ولا بصورتها يتحقق بها المقصودُ على أي وجه كان^(٣).

أما في حالةِ النقودِ الرقميةِ الافتراضيةِ فلا وجودَ لها حقيقيًا لأنها يتمُّ استخراجُها بواسطةِ احتمالاتٍ مبرمجةٍ تقومُ على الحظِّ، ثم تُستحلُّ بها أموالُ المجتمعِ، ويرادُ أن يتمَّ استبدالها بأموالِ الناسِ، فيكونُ منتجُ هذه الأموالِ من العدمِ قد حصلَ على مدخراتِ الناسِ وموروثاتهم في مقابلِ عملياتِ حسابيةٍ مشفرةٍ، وهذا يختلفُ عن

(١) ينظر: البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ٦/٤ وتوير الحواك للسيوطي ٣٠/١.
(٢) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (٤٦/١)؛ وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٣٠٥/١)؛ وشرح مختصر خليل للخرشي (٤٩٦/٢).
(٣) مجموع الفتاوى (٢٥١/١٩-٢٥٢) بتصرف.

النقود السلعية كالذهب والفضة التي تحمل في نفسها قيمةً سلعيةً، وكذا يختلف عن العملات الورقية التي تحظى بالحماية القانونية من المصدر لها، وهي مضمونة على مصدرها.

٢- والنقود الورقية تمثل ديناً على السلطة النقدية، وهي السلطة المسؤولة عن إصدار النقد، مما يعني أن الدولة تسجل الإصدار النقدي ديناً عليها، بينما تصدر العملة الرقمية بواسطة القمار المحوسب، ولا ضامن لها.

٣- ومن الفروق أيضاً أن الجهة المصدرة للورقة النقدية معلومة، والورقة دين عليها، ففي حال تلف الورقة النقدية يمكن مراجعة الجهة المصدرة وتسليم الورقة التالفة، وأخذ ورقة صالحة محلها، خلافاً للعملة الرقمية فتلفها يعني ضياعها، ويترتب عليها هلاك المال.

٤- ومن الفروق أن النقود الورقية التي تصدرها الدول عملات لها تكون راجعة ومتداولة ولم يستقر العرف على كون العملة الرقمية نقوداً، فما زالت محل تردد، ومن شروط العمل بالعرف الاطراد، وشرط الاطراد غير متوفر، لا سيما مع منع العديد من الدول التداول بالعملات الرقمية في نظامها النقدي والمصرفي.

وإنتاج العملات الافتراضية تجعل أموال الناس واقتصاد الدول ألعوبة في يد ثلة من المتلاعبين الذين يجنون الثروات من خداع المتعاملين، والنقود الرقمية الافتراضية تزيد من حالة الفصام النكد بين دورة الإنتاج والنقود بسبب العشوائية في إصدارها، وعدم وجود جهة ذات سيادة تتحمل المسؤولية عن تداولها وما يمكن أن تؤدي إليه من آثار جانبية كالتضخم، بل ربما يحدث أبعد من ذلك إذا اختفى مصدرها أو تعطل برنامجها أو اكتشف تشفيرها.

٥- ومن الفروق أيضًا أن العملات الورقية تصدر من قبل المصرف المركزي ضمن ما يعرف بالعناصر المقابلة للإصدار، وهي احتياطات من الذهب والعملات الصعبة وغيرها، ويؤخذ بعين الاعتبار الناتج الوطني عند الإصدار، وأهمية التوازن بين المعروض النقدي من العملة المصدرة وبين السلع والخدمات، والحماية من التضخم، بينما لا يوجد شيء من ذلك عند مُصدر العملات الافتراضية ولا غرض له سوى حيازة أموال الناس مقابل رقم مشفر، بيد مُصدره مفتاحه السري. فالنقود الرقمية مجهولة المصدر، ولا يتحمل مصدرها مسؤولية تجاه هذه النقود، ولا يوجد أي ضمان للحماية من التضخم بسبب التعامل بها، وبينما تكون قيمتها الدفترية^(١) (الأصلية) صفرًا تتجاوز قيمتها في أسواق الوهم الآلاف من الدولارات، وتتذبذب في سوق التعاملات تذبذبًا حادًا لعدم وجود الضامن لها أو المسؤول عنها، ولا شك أنه إذا تعرض موقعها للقرصنة أن قيمتها يمكن أن تتلاشى دون تعويض من أي جهة^(٢).

الدليل الثاني: قالوا نستدل على جواز التعامل بها بأن الأصل في الأشياء الإباحة.

(١) القيمة الدفترية للأصول: هي القيمة المسجلة للأصل كما هو مبين في الميزانية، وهي القيمة التي يتم إدراجها ضمن الأصول الثابتة في قائمة المركز المالي ويتم احتسابها من خلال احتساب كلفة شراء الأصل مخصوم منه مجمع الاستهلاك.

وقيل القيمة الدفترية: قيمة السهم بعد خصم التزامات الشركة وقسمة أصولها على عدد الأسهم المصدرة أو قسمة حقوق الملكية (رأس المال المدفوع + الاحتياطات + الأرباح المحتجزة) على عدد الأسهم المصدرة. ينظر: نوازل الزكاة، عبد الله بن منصور الغفيلي (ص: ١٧٨).

(٢) ينظر: هل يجوز التعامل بالبيتكوين؟ تحقيق مناط النقد الشرعي على العملات الرقمية (البيتكوين نموذجًا)، د. وليد مصطفى شاويش، <https://www.walidshawish.com/>، مقدمة في النظرية الاقتصادية الكلية، أحمد محمد مندور الدار الجامعية، مصر، ٢٠٠٣، (ص: ٢٢٤) وما بعدها.

الرد:

يناقشُ هذا بأن المباح مقيدٌ بشرطِ السلامة من الضرر، فإن كان التصرفُ بشيءٍ من الأشياءِ المباحةِ يؤدي إلى ضررٍ، فإنه يكون حرامًا، وكل فردٍ من أفرادِ الأمرِ المباحِ إذا كان ضارًا أو مؤديًا إلى ضررٍ حُرِّمَ^(١). وقد تقدّم ما في إنتاجِ هذه العملاتِ من ضررٍ على الأفرادِ واقتصادِ الدول^(٢).

وقد يستدلُّ بقاعدةِ تحصيلِ المصالحِ، لكن تحصيلُ المصالحِ مقيدٌ بعدمِ جلبِ المفاسدِ، وقاعدةُ الإباحةِ الأصليةِ قد تقيّدُ بقاعدةِ سدِّ الذرائعِ؛ لأنه من خلالِ دراسةِ أثرِ العملاتِ الافتراضيةِ وما لها من آثارٍ وأخطارٍ اقتصاديةٍ على الأفرادِ والمجتمعاتِ، يتضحُ أن ما تمَّ من التحذيراتِ المتتاليةِ من المؤسساتِ والحكوماتِ هو من قبيلِ سدِّ هذه المفاسدِ التي تتجمُّ عن التعاملِ بهذه العملاتِ الوهمية، وإن كان بظاهاها الربحُ، لكن النظرةَ المتفحصةَ تبينُ ما يؤولُ إليه التعاملُ بها من مفسادٍ على الأفرادِ والمجتمعاتِ، وقد تقدّم بيانُ عدةِ مخالفاتٍ شرعيةٍ وقانونيةٍ فيها، والتي منها عدمُ وجودِ جهةٍ مسؤولةٍ في حالةِ ضياعِ أموالِ الناسِ بسببِ خطأٍ في استخدامِ البرنامجِ أو حدوثِ قرصنةٍ أو خطأٍ في التحويلِ، وقاعدةُ سدِّ الذرائعِ تقتضي منعَ التعاملِ بهذه العملاتِ الافتراضيةِ التي تتسمُ بجهالةِ المصدرِ والجهةِ الضامنةِ ولا تحققُ النقديةَ والثمنيةَ وتحتوي على العَرَرِ الفاحشِ فيها والمغامرةِ، فإذا انتفتت تلكِ المحظوراتُ ووجدتِ جهةٌ ضامنةٌ مسؤولةٌ عن إصدارها وما ينتجُ عن التعاملِ بها من أخطارٍ حينئذٍ تفتحُ الذريعةَ فيصحُّ التعاملُ فيها بلا مخاطرٍ على الأفرادِ والمجتمعاتِ، حيثُ إن الأصلَ في الأشياءِ الإباحةُ، لكنها إباحةٌ مشروطةٌ بعدمِ الإضرارِ بالناسِ مقيدةٌ بعدمِ أكلِ أموالِ الناسِ بالباطلِ^(٣).

-
- (١) ينظر: المبسوط للرخسي (٦٥/٩)، تبيين الحقائق للزليعي (٧/٣١١)، البحر الرائق (٨/٤١٠).
- (٢) ينظر كتاب وقائع المؤتمر الذي نظّمته كلية الشريعة جامعة الشارقة يومي الثلاثاء والأربعاء ١٦ و١٧ أبريل ٢٠١٩م، ص ٣٧، حول النقود المشفرة، سامي السويلم، ورقة عمل مقدمة إلى حلقة بحثية بعنوان: النقد الافتراضي، من تنظيم مركز التميز البحثي، ص ٣-٤.
- (٣) ينظر كتاب وقائع المؤتمر الذي نظّمته كلية الشريعة جامعة الشارقة يومي الثلاثاء والأربعاء ١٦ و١٧ أبريل ٢٠١٩م، ص ٣٩٢.

المطلب الثالث مخاطر التعامل بالعملة الرقمية الافتراضية:

تقدم في أثناء ذكر أدلة المانعين من العملات الافتراضية ذكر كثير من المخاطر المتعلقة بها لكن لما كان وصف المخاطرة من أشد الأوصاف لصوقاً بتلك العملات رأيتُ أن أفرد له هذا العنوان، فعلى الرغم من تزايد تداول العملات الافتراضية اليوم إلا أنه يوجد كثير من المخاطر حول التداول بتلك العملات والتي من بينها ما يلي:

- ١ - إن تلك العملات يتم اعتمادها من خلال الشبكة العنكبوتية وفي حالة أن انقطع الاتصال بالإنترنت أو تم تعطيله، فلن يتم التداول بها وسيقف التعامل بها.
- ٢ - العملات الافتراضية تتم من خلالها العمليات غير القانونية، حيث يلجأ لها كثير من المهربين في تنفيذ العمليات الخاصة بها، لذا فتلك العملات من الممكن من خلالها تنفيذ الكثير من العمليات غير المشروعة، مثل تمويل الإرهاب أو تهريب الأسلحة والأموال وغيرها من العمليات المجرمة.
- ٣ - نظراً لعدم وجود رقابة مركزية على تلك النوعية من العملات فهنا يُعرض حقوق المتعاملين بها إلى خطورة كبيرة والتي تتمثل في سرقة الحسابات الخاصة بهم من على الإنترنت أو التعرض إلى القرصنة أو في حالة نسيان الحساب الخاص بهم لن يتمكن من الحصول على تلك الأموال، فأى خطأ في التداول قد يؤدي إلى فقدان رأس المال بالكامل^(١).

وقد حذر تقرير لبنك التسويات الدولي (بي. آي. إس) في سويسرا من أن العملات الرقمية خطيرة وضارة وعديمة القيمة، وخصص التقرير السنوي للبنك المعروف -بأنه البنك المركزي العالمي للبنوك المركزية الوطنية- فصلاً

(١) تداعيات العملة الافتراضية على الأمن القومي، Joshua Baron ص: ٢٠.

كاملاً عن العملاتِ الرقميةِ وخطورتها على النظامِ الماليِّ العالمي، وعلى ثرواتِ الأفراد، وأوضح أن العملاتِ الرقميةَ تصبحُ بلا قيمةٍ من خلالِ عملياتِ الغشِّ أو القرصنة، وغالبًا ما يتمُّ التداولُ فيها عبرَ صناديقٍ وهميةٍ تؤدي بثروةِ المواطنين بعيدًا عن قواعدِ التعاملِ الرسمية.

وأشار ذلك التقريرُ إلى أنه باستثناءِ عددٍ قليلٍ من جهاتِ التعاملِ الرسمية، فإن الكثيرَ من بورصاتِ العملاتِ الرقمية، تبينَ أنها لا تعدو كونها عملياتِ نصبٍ منظمةٌ تستخدمُ التكنولوجيا لنهبِ ثرواتِ الأفراد.

كما ضرب التقريرُ أيضًا وهمَ سرعةِ التعاملِ بالعملاتِ الرقمية، بعيدًا عن الأنظمةِ الماليةِ الرسمية، مشيرًا إلى أن التدقيقَ في أيِّ معاملةٍ يأخذُ في التباطؤِ مع كلِّ عملية، فكلما ارتفعَ عددُ العملاتِ المتداولةِ كلما زاد الوقتُ المطلوبُ للتداولِ وصولًا إلى عدةِ ساعاتٍ.

كذلك فقد أشارت تقاريرُ عدةٌ، إلى بدءِ استخدامِ هذه العملاتِ في معاملاتٍ ماليةً، لأموالٍ غيرِ شرعيةٍ كالإتجارِ بالمخدراتِ والمقامرةِ والإرهابِ، وغيرها من المعاملاتِ المحظورةِ دوليًا.

وبالنظرِ إلى مميزاتها مقابلَ كمِّ المخاطرِ الناتجةِ عنها، فإنه يبقى من المستبعدِ تهديدُ العملاتِ الرقميةِ لنظيرتها الرسميةِ كالدولارِ أو اليورو في الوقتِ الحالي، غيرَ أن هذا لا يمنعُ ضرورةَ السعيِ لوضعِ تشريعاتٍ وقوانينٍ لتنظيمِ عملها وحمايةِ حقوقِ المتعاملين بها^(١).

وفي حالةِ الخطأِ في معالجةِ المعاملاتِ أو في حالةِ تنفيذِ مدفوعاتٍ بطريقِ الخطأِ، مثلِ الدفعِ إلى مستفيدٍ آخرَ، أو تحويلِ مبلغٍ غيرِ صحيحٍ، أو عدمِ إتمامِ

(١) ينظر: العملات الرقمية ... والتهديد «الافتراضي»: محمد عبد القادر: جريدة الأهرام بتاريخ: ١٥ صفر ١٤٤٠ هـ الموافق ل ٢٤ أكتوبر ٢٠١٨ م.

المعاملة في الوقت المناسب، بسبب خطأ منصة محفظة العملة أو غيرها من الأسباب الفنية، فإنه في معظم أنظمة العملات الرقمية لا يمكن عكس المعاملة الخطأ، ولا يكون للمتعامل حق الرجوع على الأطراف الأخرى، فلا تتوفر آلية تأمين لتعويض أصحاب المحافظ في حالة إخفاق المنصة الإلكترونية التي تنفذ عمليات المحفظة، أو في حال الأعطال التي لا يمكن معها الوصول إلى المحفظة.

وعلى الرغم من اتساع رقعة التعامل بالعملات الرقمية حول العالم، وقبولها كبديل للعملات التقليدية، فإنه في ضوء المخاطر المرتبطة بها، أصدرت وكالة الرقابة المصرفية الأوروبية تحذيراً رسمياً إلى المتعاملين الذين يستخدمون العملة الإلكترونية، إلى احتمالية حدوث خسائر بسبب التعامل بها، وأن مسؤولية خسارتهم المحتملة ستكون على عاتقهم.

وبالمثل حذرت بعض البنوك المركزية العربية من التعامل بالعملات الإلكترونية، فقد حذّر مصرف الإمارات المركزي من الاستثمارات الرقمية غير المرخصة، كما حذّر اتحاد البنوك في الكويت من مخاطر التعامل بالنقود الإلكترونية، وكذلك في المغرب^(١).

وقد حدثت عدة حوادث ترتب عليها ضياع الأموال ولم يمكن استردادها، ولا توجد إمكانية تمكن المتضررين من اتخاذ إجراءات قانونية لملاحقة السارقين.

ومن أمثلة تلك الحوادث ما يلي:

١- ما تم تداوله أن شركة الصرافة (إم تي جوكس Gox. Mt) أحد أكبر مواقع تداول «بتكوين» في العالم أعلنت إفلاسها في اليابان، مشيرة إلى

(١) ينظر: العملات الرقمية ... فوائد عظيمة وفوائد بالجملة، هاني أبو الفتوح، موقع: البورصة: www.alborsanews.com ٢٠١٩ /٩/٢٢

أنها فقدت ٨٥٠ ألف وحدة بتكوين تقدر قيمتها بنحو ٤٦٣ مليون دولار، بسبب اختراق الموقع وسرقة الموقع وسحب أرصدة العملة الافتراضية وذلك بتاريخ ٢٨ فبراير ٢٠١٤م وأوقفت إم تي جوكس التداول؛ وأغلقت موقعها على شبكة الإنترنت، وأعلنت إفلاسها في أبريل ٢٠١٤، وبدأت الشركة إجراءات التصفية^(١).

٢- وأيضاً تعرّض بنك فلكسكوين الكندي لسرقة جميع وحدات بتكوين المخزنة لديه وعددها ٨٩٦ وحدة، بتاريخ ٢/٤/٢٠١٤، وقد اضطر البنك لوقف وتجميد نشاطه بعد ذلك^(٢).

٣- في أغسطس ٢٠١٦م، تعرضت بورصة (Bitfinex) للتداول الرقمي التي تتخذ من هونغ كونغ مقراً لها لعملية قرصنة كبيرة يعتقد أنه تمت خلالها سرقة ما قيمته ٦٥ مليون دولار من عملات بتكوين^(٣).

وقد أكد قرارٌ صادرٌ عن البرلمان الأوروبي بتاريخ 26 أيار م 2016 على مخاطر العملات الافتراضية مؤكداً على ضرورة النظر فيها من أجل تعزيز موثوقية العملة الرقمية وضرورة وضع تنظيم يشجع الابتكار ويحمي المصادقية في آن معاً^(٤).

ومن أكبر مخاطر العملة الرقمية أنها لا تتمتع بقوة إرائية مطلقة في أي بلد، بحيث يجوز أن يرفض أي شخص قبول هذه العملة في أية عملية دفع، ولا توجد

(١) إفلاس أكبر مواقع تداول العملة الافتراضية بيتكوين، مجلة البيان. ٢-٣-٢٠١٤.

(٢) انهيار بنك كندي سرقوا مخزونه من عملة بيتكوين، المصدر: تورنتو رويترز التاريخ: ٠٦ مارس ٢٠١٤م، نقلاً عن صحيفة البيان.

(٣) ينظر: <https://www.bbc.com/arabic/business> - ٣٨٤٢٤١٠٤ ٢٤ ديسمبر/كانون الأول ٢٠١٦.

(٤) - ينظر: قرار البرلمان الأوروبي رقم ٢٠١٦/٢٠٠٧ (INI) تاريخ ٢٦ أيار ٢٠١٦ حول النقود الإلكترونية.

نصوصٌ تعتبرُ فعله جرمًا معاقبًا عليه بالحبس والغرامة، فمن يملكُ هذه العملة قد يقعُ في مشاكلٍ بسببِ عدمِ قبولِ هذه العملاتِ حالاً أو مآلاً. يُضافُ إلى ما تقدمَ خطرُ التغييرِ السريعِ في قيمةِ العملةِ وعدمِ إمكانيةِ بناءِ سياسةٍ تجاريةٍ في أيِّ مؤسسةٍ أو شركةٍ تتعاملُ بالبيت كوين.

كما أن العملاتِ الرقميةَ هي قابلةٌ للقرصنة أيضًا، ومنذ العام 2011 وقع 19 حادثًا خطيرًا مع خسائرٍ بلغت 1، 93 مليار دولار. ومعظمُ عملياتِ القرصنة ناتجةٌ عن تزويرِ المفتاحِ الخاصِّ وعن إدخالِ برمجياتٍ خبيثةٍ في الأنظمةِ المعلوماتية، وتحملُ المتضررون ضياعَ أموالهم دونَ تحملِ جهةٍ ما مسؤوليةَ ضياعِ هذه الأموال⁽¹⁾.

وقد صادق البرلمانُ الأوروبي في 19 نيسان 2019 على اتفاقيةِ مجلسِ أوروبا لعام 2017 حولِ نظامٍ أكثرَ تشددًا للعملاتِ الرقميةِ لمنعِ سوءِ استخدامها، ومن التدابيرِ تسجيلُ مواقعِ تحويلِ العملاتِ الرقميةِ ومقدمي خدماتِ التخزينِ للعملاتِ الرقميةِ وآلياتٍ واضحةٍ لجهةِ التحققِ من هويةِ الزبائن.

وبالنسبةِ لإطارِ الحمايةِ القانونيةِ، فإن مسألةَ تنظيمِ العملاتِ الرقميةِ للمستقبلِ لا يبدو أكيدًا. ويمكنُ تركُ الأمرِ لسلطةِ التنظيمِ الذاتي، حيثُ تمَّ إنشاءُ سلطةِ Data وهي مختصرٌ لعبارةِ (Digital Asset Transfer Authority) (وترجمتها سلطةُ نقلِ الأصولِ الرقميةِ) والتي أُنشئت بتاريخ 29/7/2013 من قبلِ مديري الشركاتِ المختصةِ في العملاتِ الرقميةِ، ومهمتها هي وضعُ معاييرِ

(١) ينظر: Rathi، R. ، Shivangi، 39 Cryptocurrency Hacks: 1. 93 Billion in Loss Over 5 Years، Medici، 2019، Available at: <https://gomedici.com/39-93-billion-loss-over-5-years-cryptocurrencyhacks-1>

للقانون اللين Soft Law من خلال معايير standards وممارساتٍ فضلى Best practices، والتي تهدفُ إلى التأكد أن العملات الرقمية تنطبق على التشريعات الوطنية وبهدف حماية المستهلكين الذين يستخدمونها⁽¹⁾.

ولقد اتبعت الدولُ أحدَ خياراتٍ للحدِّ من خطورة العملات الافتراضية: إما سياسةً حثَّ المستخدمين والمؤسسات على عدم استعمال العملات الرقمية دون وضع أيّ تنظيمٍ بشأنها ودون منعها بالمطلق (المكسيك، الصين ...)، وإما منع العملات الرقمية على الصعيد الوطني من قبل المصرف المركزي (لبنان، بوليفيا ...)، وإما عدم تنظيم العملات الرقمية للإيمان بأن ذلك من شأنه المساهمة في تطوير العملات الرقمية (مثل سنغافورة، نيوزيلاندا ...)^(٢).

وأغلبُ الحكومات والمصارف المركزية تقومُ بالتحذير من مخاطر العملات الرقمية⁽³⁾.

(١) ينظر: Caroline Breton، Monnaies virtuelles et reseaux sociaux: à la recherche d'un encadrement juridique stable، Droit et reseaux sociaux، .lextenso edition، October 2015، p 182

(٢) ينظر: Caroline Breton، Monnaies virtuelles et reseaux sociaux: à la recherche d'un encadrement juridique stable، Droit et reseaux sociaux، .lextenso edition، October 2015، p 166، 167

(٣) ينظر: Jean-Pierre Landau، Alban Genais، Digital Currencies- An exploration into technology and money، Report to The French Minister of Economy، June 2019، <https://www.economie.gouv.fr/files/files/2019/ENG-synthese-ra-crypto-monnaies-180705.pdf>، p 45، 46

المطلب الرابع: حكم إصدار النقود دون إذن الحاكم أو من ينيبه (1)

يعدُّ إصدارُ العملةِ أو النقدِ وتنظيمه والإشرافُ عليه ومراقبةُ جودته وإعداؤه فاسده من أهمِّ وأبرزِ وظائفِ ولايةِ أمورِ المسلمينِ وسلطينهم لتحقيقِ مصالحِ المسلمينِ وتجنبيهم ما يضرُّ بأموالهم، ويعودُ إصدارُ النقودِ في الإسلامِ إلى زمنِ الخلفاءِ الراشدين. ففي خلافةِ عمرَ بنِ الخطابِ t كانت أولى محاولاتِ ضربِ الدراهمِ كما ذكرَ مؤرخو النقودِ. وتتابعَ على ذلك الخلفاءُ بعده ف ضربوا الدراهمَ على نقشها وأشكالها التي كانت دونَ تغييرٍ يذكر^(٢). واستمر الأمرُ على هذا إلى أن تولى الخلافةَ عبدُ الملكِ بنِ مروانِ ف ضربَ الدراهمَ والدنانيرَ على السكةِ الإسلاميةِ

(١) وأما كون بت كوين من الافتيات على سلطة ولاية الأمور فظاهر، بل هو مرادٌ مقصودٌ بالأصالة من إيجاد بت كوين، كما مر معنا تحت سؤال (ما الحاجة والدواعي لظهور بت كوين؟)، فهي ثورة على السلطات النقدية المتمثلة في الحكومات والبنوك المركزية. فإن قيل ولكن بت كوين خرجت من رحم كفارٍ لا تعنيهم الشريعة الإسلامية في شيء، فما وجه إقحام هذه المسألة في البحث!.

فيجاب عن ذلك أن الأصوليون قد بحثوا مسألة "هل الكفار مخاطبون بفروع الشريعة الإسلامية؟" وحاصل هذه المسألة أنهم مخاطبون بها ولكن لا تصح منهم إلا بعد الإسلام، وإن ماتوا على الكفر فإنهم يعذبون في الآخرة على ترك فروع الشريعة، مثل ترك الصلاة والزكاة والصيام وسائر الأوامر والنواهي الشرعية.

ثم يُضاف إلى مسألة الافتيات على سلطة ولاية الأمور، مخالفة ولاية الأمور في حال تصريح بعضهم بمنعها وتجريم التعامل بها، والأصل في طاعة ولاية أمور المسلمين في المعروف قوله تعالى: لِيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ؕ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا { النساء ٥٩، وما رواه البخاري (٦٧٢٥) ومسلم (١٨٣٩) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره، ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة".

فالأصل الواجب استصحابه للمسلم الذي تحت أمرة مسلمين في بلاد المسلمين السمع والطاعة ما لم يؤمر بمعصية، والمسلم الذي يعيش في بلاد الكفار يجب عليه التقيد بالقوانين ما لم تكن معصية أو حراماً، من باب الوفاء بالعهود، ومن يف بعهده إذا لم يف المسلم بعهده!

(٢) ينظر: شذور العقود في ذكر النقود ص (١١٠-١١١)، النقود ودور الضرب في الإسلام في القرنين الأولين ص (٣١-٣٢).

عام خمسة وسبعين من الهجرة النبوية، فكان أول من ضربها ونقش عليها نقشاً خاصاً بالمسلمين من الخلفاء^(١).

ومنذ ذلك التاريخ أصبح إصدار النقود محصوراً بالحاكم أو من ينيبه، وصار سك العملة هو أحد أبرز وأهم واجبات السلطان ووظائفه المالية^(٢).

وقد تواردت أقوال الفقهاء وأهل العلم. رحمهم الله. على أن إصدار النقود من وظائف ولاية أمور المسلمين، وأن الواجب عليهم حفظها من الغش وصيانتها عن الإفساد^(٣).

وقد نص بعض الفقهاء أن على ولاية الأمر تأديب من كسر الدراهم والدنانير^(٤)؛ لأن كسرها يؤدي إلى إدخال الغش في الذهب والورق، لأنه إذا قُطعت صغاراً أدخل بينها المغشوش وتسامح الناس بإنفاق اليسير منه في الجملة، وخفي على كثير من الناس تمييزه من غيره^(٥).

وقد قال الإمام أحمد في بيان ما يجب على ولاية الأمور ونوابهم فيما يتعلق بالنقود والعناية بها: «لا يصلح ضرب الدراهم إلا في دار الضرب بإذن السلطان، لأن الناس إن رخص لهم ركبوا العظام»^(٦).

(١) ينظر: تاريخ الأمم والملوك (٥٧٦/٣)، المنتظم في تاريخ الأمم والملوك (١٤٨/٦)، معالم القرية في أحكام الحسبة ص (٨٢).

(٢) ينظر: زيف النقود الإسلامية ص (٨٩-٩٤)، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية ص (٧٠).

(٣) ينظر: المصرفية الإسلامية السياسة النقدية للدكتور يوسف كمال ص (٨٩-٩٩)، الإسلام والنقود ص (١٦-١٩)، آثار التغيرات في قيمة النقود وكيفية معالجتها ص (١٨٤).

(٤) ينظر: ما ذكره العلماء من العقوبات الرادعة لمن يفسد النقود بالغش والتزييف في كتاب زيف النقود الإسلامية ص (٨٩-٩٤).

(٥) المنقلى شرح الموطأ للباقي (٢٦٤/٤). وينظر: مواهب الجليل (٣٤٢/٤).

(٦) الفروع (٤٥٧/٢).

وقال الماوردي^(١): «ومما يتعلّق بالمعاملاتِ غشُّ المبيعاتِ وتدليسُ الأثمانِ فينكرهُ ويمنعُ منه ويؤدّبُ عليه بحسبِ الحالِ فيه»^(٢).

وقال النوويُّ فيما يتعلّقُ بحمايةِ النقودِ من الغشِّ: «قال الشافعيُّ والأصحابُ: يكرهُ للإمامِ ضربُ الدراهمِ المغشوشة»^(٣).

وقد ذكر النوويُّ أيضًا قولَ الشافعيةِ بكَراهةِ ضربِ الدراهمِ والدنانيرِ لغيرِ الإمامِ؛ لأنه من شأنِ الإمامِ، ولأنه لا يؤمّنُ فيه الغشُّ والإفساد^(٤).

وذكر ابنُ القيم: أنه يَمنعُ من إفسادِ النقدِ وتبديله، ويمنعُ من المتاجرةِ في النقودِ، لأن من يفعل ذلك يدخلُ على الناسِ من الفسادِ ما لا يعلمهُ إلا اللهُ؛ بل الواجبُ أن تكونَ النقودُ رؤوسَ أموالٍ، يتجرُّ بها، ولا يتجرُّ فيها. وإذا حرّمَ الحاكمُ عملةً معينةً فلا يجوزُ خلطها بما يجوزُ التعاملُ به.

كما بيّن أنه على الحاكمِ الإنكارُ على أربابِ الغشِّ في المطاعمِ والمشاربِ والملابسِ وغيرها، فإن هؤلاء يفسدون مصالحَ الأمةِ، والضررُ بهم عامٌّ لا يمكنُ الاحترازُ منه، فعليه ألا يهملَ أمرهم، وأن ينكلَ بهم وأمثالهم، ولا سيما هؤلاء الكيماويين^(٥) الذين يغشون النقود^(٦).

(١) علي بن محمد بن حبيب الماوردي، من فقهاء الشافعية وأعيانهم، له مصنفات منها: الحاوي الكبير، والأحكام السلطانية، وآداب الدنيا والدين، توفي عام (٤٥٠ هـ). [ينظر: طبقات الشافعية الكبرى (٣٠٣/٣)، شذرات الذهب (٢٨٥/٣)].

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص (٣١٦)، وينظر: معالم القرية في أحكام الحسبة ص (٧٠-٧١).

(٣) المجموع شرح المذهب (٤٩٤/٥).

(٤) المجموع شرح المذهب (٤٩٥/٥) بتصرف.

(٥) نسبة إلى الكيماياء، والمقصود بها هنا غش، وهي تشبيه المصنوع من ذهب أو فضة أو غيره بال مخلوق. فالكيماويون هم من يشتغل بذلك.

[ينظر: الفروع (١٦٨/٤-١٦٩)].

(٦) الطرق الحكمية ص (٣٥٠).

وقد وصَّح ابن القيم أيضاً وجوب المحافظة على ثبات قيمة النقود وأنها هي المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال، فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً لا يرتفع ولا ينخفض؛ إذ لو كان كذلك لما كان لنا ثمنٌ نقيمٌ به المبيعات، وأن حاجة المجتمع إلى ثمنٍ ثابت يُقيّمون به المبيعات حاجةٌ ضروريةٌ عامةٌ، ويستمرُّ على حالةٍ واحدة، ولا يقوّم هو بغيره، حتى لا يصيرُ سلعةً متذبذبةً صعوداً وهبوطاً، فتفسدُ حينذاك معاملات الناس، ويقع الضررُ، أما إذا جُعِلت ثمنًا واحدًا لا يتذبذب صعوداً وهبوطاً، لصلح أمرُ الناس (١).

وقد نبّه شيخ الإسلام ابن تيمية على ما يجب مراعاته في ضرب الفلوس من كونه استجابةً لحاجة الأمة ومصالحها، ومراعاة عدم جني الأرباح من إصدارها أو الاتجار بها، وبين أن الفلوس النافقة يغلب عليها حكم الأثمان وتكون معياراً للأموال. وحينذاك يضرب لهم الحاكم فلوساً تكون بقيمة العدل في معاملاتهم، كما بين أنه لا يجوز لذوي السلطان أن يتاجروا في الفلوس، بأن يشتري أحدهم نحاساً فيضربه ويتاجر فيه، بل يضرب ما يضرب لهم بقيمته الحقيقية من غير ربح فيه، مراعيًا في ذلك المصلحة العامة للناس، كما ذكر أن التجارة في النقود بابٌ عظيمٌ من أبواب ظلم الناس وأكل أموالهم بالباطل (٢).

من خلال ما سبق يتضح من كلام الفقهاء أنه يجب العناية بالنقود ويجب العمل على صيانتها من كل ما يضعف قيمتها ويجب اتخاذ التدابير التي تؤدي إلى الاستقرار في أسعار النقود حتى لا يتضرر أحدٌ من تذبذب قيمتها.

ويتبين أيضاً أنه لا يجوز أن يُتخذ إصدار النقود مصدرًا من مصادر تحصيل الأرباح والعوائد؛ لما في ذلك من إفساد للنظام النقدي؛ بل الواجب أن يرتبط

(١) إعلام الموقعين (١٣٧/٢) بتصرف.

(٢) مجموع الفتاوى (٤٦٩/٤) بتصرف.

إصدار النقود بحاجة الناس ومصالحهم. وقد تقدم ذكر مفهوم كلام شيخ الإسلام ابن تيمية فيما يجب على ولاية الأمر مراعاته في إصدار النقود وأنه لا يجوز أن يتجر ذو السلطان في الفلوس؛ بل الواجب أن يراعى في الضرب المصلحة العامة. وذلك لأن التجارة فيها باب عظيم من أبواب ظلم الناس، وهو أكل أموالهم بالباطل. وما قاله يتأكد مراعاته في النقود المعاصرة لسهولة إصدارها، وكبير ربحها مما يغري الجهات المصدرة بالتوسع في إصدارها^(١).

وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية أن حق إصدار النقود هو للإمام وحده، ولا بد له من تفويض من يقوم بهذه الوظيفة ليطمئن الخالص من المغشوش في المعاملات، ويتقى الغش فيها بختم السلطان عليها بالنقش المعروف. وينبغي أن تكون بغير محدد وأوزان محددة ليتمكن التعامل بها عدداً، كما حصل في عهد عبد الملك بن مروان.

ولا يجوز لغير الإمام ضرب النقود؛ لأن في ذلك افتياتاً عليه. ويحق للإمام تعزيز من افتات عليه فيما هو من حقوقه^(٢).

الترجيح في حكم التعامل بالعملة الافتراضية:

والذي يترجح من خلال عرض أدلة المجيزين والمحرمين ومناقشتها هو عدم جواز التعامل بالعملة الافتراضية بالبيع والشراء وسائر العقود، وعدم جواز إنتاجها لمجهولين دون ضمان لما ينتج عنها من أضرار على الأفراد والدول. وإلى هذا الرأي ذهب كثير من العلماء المعاصرين نذكر منهم: الأمين العام للاتحاد العالمي لعلماء المسلمين علي القره داغي حيث أفتى بعدم جواز التعامل بالبيتكوين

(١) ينظر: التضخم النقدي لخالد المصلح ص ٣٧٢، وآثار التضخم على العلاقات التعاقدية ص (١٥).

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ٤١/١٧٨.

في صورتها الحالية^(١). ومفتي مصر د. شوقي علام حيث قال: لا يجوز شرعاً تداول عملة البيتكوين أو التعامل من خلالها بالبيع والشراء والإجارة وغيرها. وقد نُشر هذا القول على موقع دار الافتاء المصرية^(٢). وهو ما اختارته الهيئة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف بدولة الإمارات في حكم التعامل بالبيتكوين^(٣)، وهو ما صرحت به رئاسة المجلس الأعلى للشؤون الدينية بتركيا ودار الافتاء الفلسطينية، وصرح به عضو هيئة كبار العلماء والمستشار في الديوان الملكي السعودي عبد الله بن محمد المطلق، وغيرهم^(٤).

بيد أن الحكم بحرمة التعامل بالعملة الرقمية الافتراضية مثل البيتكوين هو من باب تحريم الوسائل وسدّ الذرائع، وقد تقرر أن كلّ ما حُرّم تحريم الوسائل فإنه يُباح للمصلحة الراجعة^(٥) وذلك مثل تحريم الصلاة في أوقات النهي لئلا تكون وسيلة إلى التشبه بالكفار في سجودهم للشمس أبيحت للمصلحة الراجعة كقضاء الفوائت وصلاة الجنّزة^(٦)؛ وفي القواعد النورانية الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية: «والشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضها حاجة راجحة أبيض المحرم»^(٧). فإن اقتضت بعض الحالات ترجيح مصلحة

(١) ينظر كتاب وقائع مؤتمر كلية الشريعة بالشارقة ص ٣٤٠.

(٢) وينظر: [www.almasryalyoum.com/news/details/1247760https](https://www.almasryalyoum.com/news/details/1247760).

(٣) حكم التعامل بالبيتكوين الفتوى رقم: ٨٩٠٤٣

(٤) ينظر كتاب وقائع مؤتمر كلية الشريعة بالشارقة ص ٣٤١.

(٥) إعلام الموقعين (١٦١/٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ٧٨٣/٢ - د. محمد مصطفى الزحيلي. دار الفكر - دمشق - الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م، مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٨٦/٢٣، زاد المعاد ٤٢٧/٣، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ١/١٣ - المؤلف: محمد حسن عبد الغفار - مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية - <http://www.islamweb.net>

(٦) روضة المحبين ونزهة المشتاقين (ص ٩٥)، زاد المعاد في هدي خير العباد ٤٢٧/٣.

(٧) القواعد النورانية الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية (ص ١٢٢).

التعاملِ بعملة بيت كوين، فإنها تُباح بقدرها، كاستيفاءٍ حقٍّ قد يضيعُ إلا إذا حصله صاحبه بعملة بت كوين، كأن كان المدينُّ لا يملكُ غيرها، ونحوَ هذا من الضرورياتِ والحاجياتِ.

ويمكنُ أن يتلخَّصَ حكمُ العملاتِ الرقميةِ الافتراضيةِ في صورتين:

التحريم: ويشملُ العملاتِ الافتراضيةِ التي تستخدمُ دونَ غطاءٍ أو جهةٍ ضامنة، فيحرمُ إنتاجُها والتعاملُ بها وكذلك المضاربة بها.

الإباحة: ويشملُ العملاتِ الافتراضيةِ الحكومية، والافتراضيةِ الخاصةِ المغطاةِ بالأصولِ وبالسلع.

المطلبُ الخامسُ: التصرفُ في المالِ الحرام، ومَصيرُ الأموالِ المتحصلةِ من التعاملِ بالعملاتِ الافتراضيةِ:

أولاً: تعريفُ المالِ الحرام:

لم يردْ تعريفٌ محدّدٌ لمصطلحِ «المالِ الحرام» في المؤلفاتِ الفقهيةِ لمتقدمي الفقهاء، وربما يعودُ ذلكَ لظهورِ معنى المصطلحِ ووضوحه في أذهانهم، وربما لعدمِ وجودِ فارقٍ بينَ المعنى اللغويِّ والمعنى الاصطلاحيِّ للحرام؛ إذ يدلُّ كلُّ منهما على ما منع الشرعُ منه، وحرّم اقتناءه.

وقد جاء تعريفُه في كتب بعض العلماءِ المعاصرين، ومن ذلك:

أن المالَ الحرام: كلُّ مالٍ حرّمَ الشرعُ على حائزه الانتفاعَ به بأيِّ وجهٍ من

الوجوه^(١).

(١) . د. محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة، زكاة المال الحرام (١ / ١٧٥)

دار النفائس . الأردن . الطبعة الأولى . ١٤١٨ . ١٩٩٨م

وقيل: المال الحرام: ما لا يحل لمن هو بيده الانتفاعُ به (١).

ومن المصطلحاتِ المقاربية التي لها علاقةٌ بالعملاتِ الافتراضيةِ مصطلح:

الأموالُ السوداء: والأموالُ السوداء: هي الأموالُ التي تتسمُ بمشروعيةِ مصدرها إلا أنه يتمُّ الاحتفاظُ بها سرّاً، أو تهريبها خارجَ البلادِ وخاصةً إلى تلك البلادِ التي تعطي امتيازاتٍ ضريبيةً أفضل، أو تتمتعُ بفرصٍ استثماريةٍ ودرجةِ أمانٍ من المصادرةِ والتأميمِ والسريةِ أفضلَ من بلدٍ موطنِ المال. ويعتبرُ هذا التصرفُ من قبيلِ غسلِ الأموال، وإن كانت ملكيةُ هذه الأموالِ لا تشكلُ جريمة. ولا يمكنُ الحكمُ شرعاً بحظرِ هذه الأموالِ المسماةِ بالسوداءِ إلا بعدَ معرفةِ مصدرها، ومدى إخراجِ حقوقها الشرعية، وسببِ الهربِ بها خارجَ موطنها (٢).

ومن القواعدِ الفقهيةِ التي تقيدُ هنا قاعدة « ما حرم استعماله حرم اتخاذه، وما حرم أخذه حرم إعطاؤه » (٣).

فمن تكسبَ مالا من خلالِ تعدينِ هذه العملاتِ أو من خلالِ المضاربةِ فيها فلا يحلُّ له ويجبُ عليه التخلُّصُ منه، وحيثُ إنه من لازمِ التعاملِ بهذه العملاتِ التعميةُ والجهالةُ فيلزمُ التائبُ أن يتخلصَ من هذا المالِ الخبيثِ لما تقررَ أن «سبيلَ الكسبِ الخبيثِ التصدقُ إذا تعذرَ الردُّ على صاحبه» (٤).

(١) د. محمد سليمان الأشقر، أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة، أحكام المال الحرام وحكم إخراج زكاته، دار النفائس (٧٩/١)

(٢) جريمة غسل الأموال في الفقه الإسلامي، د. عطية فياض، دار النشر للجامعات (٣٦).

(٣) - شرح الوجيز للرافعي (٣٠٢/١)؛ المنثور للزركشي (١٣٩/٣)؛ نهاية المحتاج (٩/٨)؛ مغني المحتاج (٢٤٦/٤)؛ حاشية الرملي (١/ ٢٧٦)؛ الكافي لابن قدامة (١٧/١)؛ المغني (١٤٦/٩)؛ مجموع الفتاوى (٨٦/٢١)؛ موسوعة القواعد الفقهية (١١٩/٩)؛ نظرية التقيد الفقهي ص ١٣٣؛ القواعد الفقهية والضوابط الجزئية لمحمد عثمان شبير ص ٧٤؛ سد الذرائع للبرهاني ص ٧٠٠. الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٠ القاعدة (٢٦).

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي (٢٧/٦)، البحر الرائق لابن نجيم (٢٢٩/٨)، رد المحتار لابن عابدين (٣٨٥/٦). ووردت في المبسوط للسرخسي (١٧٢/١٢) بلفظ: « السبيل في الكسب الخبيث التصدق ».

ومن كان اشترى هذه العملات وربح من خلالها مالا فإنه يأخذ رأس ماله ويتصدق بالباقي، حيث إن من اختلط بماله الحلال بالحرام أخرج قدر الحرام والباقي حلال له، لأن هذه الزيادة هي من أكل أموال الناس بالباطل، كما تقدم في المبحث الأول.

وسبيل الكسب الخبيث^(١) التصدق به^(٢). وقد يكون الكسب الحرام بطريق الغصب والنهب وجدد الحقوق من الودائع والرهون ونحوهما، وقد يكون بطريق اللهو كالقمار وأجرة المغني، وأجرة البغاء وغيرها، فيدخل في الكسب الخبيث كل ما لا تطيب نفس مالكة به، أو حرمته الشريعة وإن طابت به نفس مالكة؛ كأثمان الخمر والخنازير وأجر الغناء وغير ذلك^(٣).

وسبيل التخليص من المال الحرام يكون بالتصدق به، والمراد بالتصدق: التطهير بمطلق الإنفاق على ذوي الحاجة والخاصة أو على مصالح المسلمين لا على معنى التصدق رجاء ثواب الصدقة وأجرها، لكن من باب رد المظالم والتوبة من المال الحرام.

فمن حصل له مال من كسب حرام كمن يمتهن الغناء المحرمة أو يبيع الخمر، أو من يكون قد انتهب مالا لغيره، ثم تاب إلى الله تعالى، وأراد أن يتخلص من الحرام، ولم يتمكن من رده إلى صاحبه فإنه يلزمه أن يتصدق به على الفقراء والمساكين، أو على مصالح المسلمين، بقصد التطهر من الحرام.

(١) الكسب الخبيث هو: كل مال أخذ بالباطل أو: «أخذ مال الغير لا على وجه إذن الشرع». تفسير القرطبي (٣٣٨/٢).

(٢) ينظر: البناية للعيني (٥٨٦/٧)، فيض الباري للكشميري (٥/٢٤٠)، الاختيار لتعليل المختار للموصلي (٧٠/٣).

(٣) ينظر: إحكام الأحكام لابن دقيق العيد (١٢٥/٢)، المنتقى شرح الموطأ (٢٨٨-٢٩)، تفسير القرطبي (٣٣٨/٢)؛ تفسير البغوي (٢١٠/١).

والكسبُ الحرامُ أقسام:

الأول: المالُ المأخوذُ بغيرِ إذنِ المالكِ ورضاه؛ كالمسروقِ والمغصوبِ والمأخوذِ عن طريقِ المظالمِ والمأخوذِ بالغشِّ والخيانةِ وجدِّ الحقوقِ.

الثاني: المالُ المأخوذُ بإذنِ المالكِ في مقابلةِ عينٍ أو منفعةٍ مباحةٍ، إلا أنه حرم لما يشتملُ عليه من الظلمِ والفساد؛ كمن يأخذُ الرشوةَ ممن له حاجة.

الثالث: المالُ المأخوذُ بإذنِ مالكه ورضاه في مقابلةِ عينٍ أو منفعةٍ محرمةٍ؛ كثمنِ الأعيانِ المحرمةِ من الخمرِ والخنزيرِ وآلاتِ اللهو ونحوها من المحرماتِ، أو ما أخذَ أجرهَ لمنافعَ محرمةٍ؛ كمهرِ البغيِّ، وحلوانِ الكاهنِ^(١).

ولا خلافَ في وجوبِ ردِّ المالِ إلى صاحبه إن كان معلوماً أو إلى وارثه إن كان ميتاً، لكن في حالةِ المالِ المأخوذِ بإذنِ مالكه في مقابلةِ عينٍ أو منفعةٍ محرمةٍ؛ كمهرِ البغيِّ، وأجرِ الخمارِ وحلوانِ الكاهنِ، فإن سبيلَ التخلصِ منه -عند التوبة- التصدقُ به، ولا يردُّ على صاحبه، وفيه خلافٌ بينَ الفقهاء، بينه ابنُ القيمِ رحمه الله حيث قال: منهم من قال: يردُّه إلى مالكه؛ لأنه عينُ ماله، ولم يقبضه بطريق مشروع، ولا حصل لصاحبه في مقابله نفعٌ مباح. ومنهم من قال: إن توبته تكون بالتصدق به، ولا يدفعه إلى من أخذه منه، وهو اختيارُ شيخِ الإسلامِ ابنِ تيميةَ وهو أصحُّ القولين^(٢).

وأكد ذلك في موضعٍ آخرٍ أيضاً حيث بيّن أن من عاوضَ على خمرٍ أو خنزيرٍ أو على زنى أو فاحشةٍ وكان المقبوضُ باختيارِ الدافعِ وقد استوفى عوضه المحرمَ؛ فهنا لا يجبُ ردُّ العوضِ على الدافع؛ لأنه أخرجَه برضاه واستوفى عوضه المحرمَ، فلا يجوزُ أن يجمعَ له بينَ العوضِ والمعوّضِ، وفيه مساعدة له على الإثمِ والعدوانِ، وتسهيلِ المعصيةِ، ولا يطيبُ للقابضِ حينذاك أكله، لأنه

(١) إحكام الأحكام لابن دقيق العيد (٢/١٢٥)، المنتقى شرح الموطأ (٢٨٠-٢٩).

(٢) مدارج السالكين لابن القيم (١/٣٨٩) بتصرف.

خبِيثٌ كما حكم عليه رسولُ الله صلى الله عليه وسلم، ولكنَّ خبِيثَهُ لخبِيثِ مكسبِهِ، لا لظلمٍ من أخذ منه، فطريقُ التخلصِ وتَمَامُ التوبةِ منه، يكون بالتصدق به (١)، ثم قال: « فإن قيل: فالدافعُ ماله في مقابلةِ العوضِ المحرمِ دفعَ ما لا يجوزُ دفعه، بل حجرَ عليه فيه الشارِعُ، فلم يقع قبضُهُ موقعه، بل وجودُ هذا القبضِ كعدمه، فيجبُ رُدُّه على مالكه، كما لو تبرعَ المريضُ لوارثه بشيءٍ، أو لأجنبيٍّ بزيادةٍ على الثلث، أو تبرعَ المحجورُ عليه بفلسٍ أو سفهٍ، أو تبرعَ المضطرُّ إلى قوته بذلك، ونحو ذلك. وسرُّ المسألةِ أنه محجورٌ عليه شرعًا في هذا الدفعِ فيجبُ رُدُّه».

ومما يمكنُ أن يستدلَّ به على أن الكسبَ الحرامَ سبيلُهُ التصدقُ به إذا لم يكن محرماً لذاته ما رواه البراءُ بنُ عازبٍ رضي الله عنه قال: لما نزلت: {الم (١) غُلِبَتِ الرُّومُ (٢) فِي أَدْنَى الْأَرْضِ وَهُمْ مِنْ بَعْدِ غَلَبِهِمْ سَيَغْلِبُونَ} [الروم: ١-٣]، قال المشركون لأبي بكرٍ: ألا ترى إلى ما يقولُ صاحبك؟ يزعم أن الرومَ تغلبَ فارس. قال: صدق صاحبني. قالوا: هل لك أن نخاطرك؟ فجعل بينه وبينهم أجلاً، فحلَّ الأجلُ قبل أن تغلبَ الرومُ فارس، فبلغ ذلك النبيَّ صلى الله عليه وسلم فسأه ذلك وكرهه، وقال لأبي بكرٍ: «ما دعاك إلى هذا؟» قال: تصديقاً لله ولرسوله. فقال: « تعرَّضَ لهم، وأعظمَ الخطرَ، واجعله إلى بضعِ سنينِ » فاتاهم أبو بكرٍ فقال لهم: هل لكم في العودِ؛ فإن العودَ أحمد؟ قالوا: نعم. قال: فلم تمضِ تلك السنون حتى غلبت الرومُ فارس، وربطوا خيولهم بالمدائنِ، وبنوا الرومية، فجاء به أبو بكرٍ إلى النبيِّ صلى الله عليه وسلم فقال: هذا السحتُ، قال: « تصدق به» (٢)

(١) زاد المعاد لابن القيم (٧٧٩/٥) بتصرف.

(٢) أخرجه ابن أبي حاتم في تفسيره (٣٠٨٦/٩)، وأورده السيوطي في «الدر المنثور» (٥٧٦/١١) ونسبه لأبي يعلى وابن مردويه وابن عساكر، وذكره ابن كثير بسند ابن أبي حاتم (١١/١٠)، وابن عساكر في «تاريخ دمشق» من طريق أبي يعلى (١/٣٧٣) بلفظ: هذا التحليب، وقال ابن عساكر: صوابه التحبيب. وذكر سنده عن أبي يعلى في «المطالب العالية» لابن حجر (٤/١٤٢) بلفظ: هذا للنجائب، والله أعلم، وهو ضعيف مداره على مؤمل بن إسماعيل وهو صدوق سيئ الحفظ.

ويستدل أيضا بما جاء عن عاصم بن كليب، عن أبيه، عن رجل، من الأنصار، قال: خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة، فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو على القبر يوصي الحافر: «أوسع من قبل رجله، أوسع من قبل رأسه»، فلما رجع استقبله داعي امرأة فجاء وجيء بالطعام فوضع يده، ثم وضع القوم، فأكلوا، فنظر أبأونا رسول الله صلى الله عليه وسلم يلوك لقمة في فيه، ثم قال: «أجد لحم شاة أخذت بغير إذن أهلها»، فأرسلت المرأة، قالت: يا رسول الله، إني أرسلت إلى البقيع^(١) يشتري لي شاة، فلم أجد فأرسلت إلى جار لي قد اشترى شاة، أن أرسل إلي بها بئمنها، فلم يوجد، فأرسلت إلى امرأته فأرسلت إلي بها، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أطعميه الأسارى»^(٢).

ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم لما علم أن الشاة المذبوحة ليست ملكاً لمن ذبحها وإنما أخذت بدون إذن صاحبها امتنع عن الأكل منها، وأمر بالتصدق بها على الأسارى، ويقاس عليهم غيرهم من أهل الحاجة.

ومن ذلك فوائد القروض الربوية، الواجب على المسلم التخلص منها، كما في قوله تعالى: { وَإِنْ تُبْتِئْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ } [البقرة: ٢٧٩] وذلك بأخذ رأس ماله فقط، أما ما زاد على ذلك، فلا يجوز تملكه أو الانتفاع به، بل يصرف إلى الفقراء والمساكين، أو في مصالح المسلمين العامة كالمشاريع الخيرية، بنيّة التخلص من المال الحرام^(٣).

(١) في عون المعبود (٧/ ٣١٥): (إلى البقيع): بالموحدة، وفي بعض النسخ بالنون، ولفظ المشكاة إلى النقيع، وهو موضع يباع فيه الغنم. قال القاري: النقيع بالنون والتفسير مدرج من بعض الرواة. وفي المقدمة النقيع موضع بشرق المدينة. وقال في التهذيب: هو في صدر وادي العقيق على نحو عشرين ميلاً من المدينة.

قال الخطابي: أخطأ من قال بالموحدة انتهى. ونحوه في نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار (١٣/ ١٥٠)، بذل المجهود في حل سنن أبي داود (١١/ ١٧)، مرقاة المفاتيح (١٠/ ٢٧٩).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٢٩٣)، أبو داود (٣/ ٢٤٤)، (٣٣٣٢)، الدارقطني (٤/ ٢٨٥)، (٥٤)، البيهقي (٥/ ٣٣٥).
 (٣) إحياء علوم الدين للغزالي (٤/ ٣٧)، مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٩/ ٢٧٣)، مدارج السالكين لابن القيم (١/ ٣٩١).

ويبنى على ما تقدم أن من اكتسب أموالاً من إنتاج العملات الافتراضية، أو من المتاجرة بها أو من المضاربة فيها، أو وضع ماله فيها فنما فاختلط بماله الحلال والحرام ثم أراد أن يتحرى الحلال فيلزمه حينئذ أن يخرج قدر الحرام، ويتخلص منه بصرفه في مصارفه ويطيب له الباقي؛ فقد ذكر القرطبي أن من اختلط عليه الأمر ولم يعلم قدر الحرام من الحلال مما بيده، فإنه يتحرى قدر ما بيده مما يجب عليه رده، حتى لا يشك أن ما بقي بيده قد خلص له، فيرده إلى من عرف ممن ظلمه أو أربى عليه. فإن تأكد من عدم وجوده تصدق به عنه (١).

هذا هو سبيل التخلص من الكسب الحرام إذا لم يعلم صاحبه ليرد عليه، وهذا المعنى عليه عامة العلماء، وقد ذكر النووي ملخصاً كلام الغزالي في الإحياء مبيناً أن من كان معه ما لا حراماً وأراد التوبة والبراءة منه فإن عرف مالكة وجب صرفه إليه أو إلى من يوكله، أو إلى وارثه إن كان ميتاً، وإن كان لمالك لا يعرفه وتأكد من عدم معرفته فيفضل أن يصرفه في مصالح المسلمين العامة، كبناء المدارس والمعاهد التعليمية والطرق والمساجد، وإذا دفعه إلى فقير لا يكون حراماً على هذا الفقير، بل يكون حلالاً طيباً، وله أن يتصدق به على نفسه وعياله إن كان فقيراً. وهذا الذي ذكره النووي عن الغزالي في هذا الفرع ذكره آخرون من الشافعية، ونقله الغزالي أيضاً عن معاوية بن أبي سفيان وغيره من السلف، عن أحمد بن حنبل والحارث المحاسبي وغيرهما من أهل الورع، لأنه لا يجوز إتلاف هذا المال ورميه في البحر، فلم يبق إلا صرفه في مصالح المسلمين (٢).

قال ابن تيمية جواباً عن سؤال في شأن يهود خالفوا عقد الذمة وباعوا خمراً للمسلمين والعقد يقتضي عدم البيع لهم، فأجاب بعد أن أفتى بنقض العقد معهم « وللسلطان أن يأخذ منهم هذه الأموال التي قبضوها من أموال المسلمين بغير حق ولا يردّها إلى من اشترى منهم الخمر » (٣) لأنهم إذا عرفوا أنهم ممنوعون

(١) تفسير القرطبي (٣/٣٦٦) بتصرف.

(٢) المجموع (٩/٤٢٨، ٤٢٩) ويراجع: الغزالي في الإحياء (٢/١٧٩).

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، الموضوع السابق، وفي الفتاوى المصرية ذكر ابن تيمية فيها قولان، والصواب ما ذكر من كلامه في مجموع الفتاوى. الفتاوى الكبرى (٥/٤٢١).

من شربِ الخمرِ وشرائها وبيعها، فإذا فعلوا ذلك كانوا مثل من يبيعُ الخمرَ من المسلمين، ومن باع خمرًا من المسلمين لا يأخذ ثمنه، فإن كان المشتري قد أخذَ الخمرَ وشربها لم يجمع له بينَ العوضِ والمعوضِ، ولكن يؤخذُ هذا المالُ فيصرفُ في مصالحٍ (١).

والأصلُ أن الحرامَ كلُّه خبيثٌ، ولكنه درجاتٌ، بعضه أخبثُ من بعضٍ، فالكسبُ مثلًا من العقودِ المباحةِ الفاسدةِ كبيعِ الغررِ، ليس ككسبِ البغيِّ، أو المأخوذِ ظلمًا على سبيلِ الغصبِ والسرقةِ. وقد بينَ أبو حامدٍ الغزالي أنه درجات متفاوتة حيث قال: «فلولا اختلافُ درجاتِ العصاةِ لما اختلفت درجاتُ النارِ» (٢).

ومن ورث هذه العملاتِ الافتراضيةَ وكان ما يزال محتفظًا بكلمةٍ مرور الوصولِ إلى محفظةٍ مورثة، فإن هذا المالُ يصيرُ إليه ميراثًا، ولكونِ بعض أهلِ العلمِ أجاز التعاملَ بهذه العملاتِ فيحملُ أمرُ المورثِ على الصلاحِ فيطيبُ المالُ للوارثِ لكن يلزمه تحويله لعملةٍ أخرى، والأحوطُ له أن يتصدقَ به إن كان غنيًا، وسئل ابن تيمية رحمه الله عن رجلٍ يتعامل بالربا وترك ما لا وولدًا وهو يعلم بحاله، فهل يكون المالُ حلالًا للولدِ بالميراثِ؟ أم لا؟ فأجاب: «أما القدرُ الذي يعلمُ الولدُ أنه ربا فيخرجه إما أن يردّه إلى أصحابه إن أمكنَ وإلا تصدق به، والباقي لا يحرمُ عليه، لكن القدرَ المشتبهَ يستحبُّ له تركه إذا لم يجبُ صرفه في قضاءٍ دينٍ أو نفقةٍ عيال، وإن كان الأبُّ قبضه بالمعاملاتِ الربويةِ التي يرخصُ فيها بعضُ الفقهاءِ جاز للوارثِ الانتفاعُ به» (٣).

وقد تقدم بيان الخلاف في جواز التعامل بالعملاتِ الافتراضية.

(١) المرجع السابق لابن تيمية بتصرف.

(٢) أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين (١٣٤/٢).

(٣) - ابن تيمية - مجموع الفتاوى - ٣٠٧/٢٩ - مجمع الملك فهد.

المبحث الثالث: دراسة لقاعدة: يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات وبيان مدى علاقتها بالتعامل بالعملات الافتراضية

بعد أن قدمنا أن المنع من إصدار العملات الرقمية الافتراضية هو ما ترجح بعد مناقشة أدلة المجيزين لها، نتناول في هذا المبحث قاعدة لها صلة بجريان التبرعات من خلال هذه العملات بعد أن صارت واقعا، وجرى تعامل الناس بها، وقد توول إلى مالِكها بطريق مشروع كأن تكون ميراثا.

وقد قرر الفقهاء: أنه «يُغْتَفَرُ الْعَرَرُ فِي التَّبَرُّعَاتِ وَلَا يُغْتَفَرُ فِي الْمَعَاوِضَاتِ» حيث إن عقود التبرعات تكون بدون عوض، وهي مبنية على المسامحة، واليسر والتوسعة، فلا يؤثر فيها العَرَرُ.

بينما عقود المعاوضة يُقصدُ بها المال، وهي مبنية على المُشَاحَّةِ أي المخاصمة والمماحكة والمماكسة والمساومة. وقد مُنِعَ الْعَرَرُ فِيهَا لِأَنَّهُ مَظْنَةٌ أَنْ يُوْدِي إِلَى أَكْلِ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ، وَذَلِكَ يُوَقِّعُ الْعِدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ بَيْنَ النَّاسِ.

وقد عمَّ الفقهاء المنع من العَرَرُ في جميع عقود المعاوضة وإن كان الحديث وارداً في النهي عن العَرَرُ في البيع، لأن المعنى المذكور متحقق في كلِّ عقود المعاوضة^(١). بينما لا يتحقق ذلك في عقود التبرعات، قال ابن تيمية: ^(٢) «وَتَصِحُّ هِبَةُ الْمَجْهُولِ»، وقال ابن جزى ^(٣): « وَتَجُوزُ هِبَةُ مَا لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ كَالْعَبْدِ الْأَبْقِ وَالْبَعِيرِ الشَّارِدِ وَالْمَجْهُولِ وَالنَّمْرَةَ قَبْلَ بَدْوِ صَلاَحِهَا .. » وبالمثال يتضح المقال،

(١) الأصل المعروف بالمبسوط ٩٢/٥ - أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، المبسوط للسرخسي ٩/١٣، تبين الحقائق ٤/٤٣، المدونة الكبرى ٣/٢٥٤، التلقين ٢/١٥٠، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر ٢/٧٣٥، الأم ٣/٦٥، الحاوي ٥/٣٢٤، المجموع ٩/٢٥٧، الكافي في فقه الإمام أحمد ٢/٧، المغني ٤/٧٠، التأمين وإعادة التأمين لوهبة الزحيلي ص ٥٤٩ مجلة مجمع الفقه العدد ٢٢ ج ٢.

(٢) الفتاوى الكبرى ٥/٤٣٤، مجموع الفتاوى ٣١/٢٧١.

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٤١.

فمثلاً إذا وهب شخصٌ لآخر نتاجَ ناختِهِ أو ثمرَ نخلِهِ هذا العام، فأثمرت النخلة انتفع الموهوبُ له بالثمرِ قليلاً كان أو كثيراً، وإن لم تثمرْ فلا يخسرُ شيئاً، وكذلك الحالُ في نتاجِ الناقَةِ وما أشبهه، لأنه لم يدفع عوضاً في هذا العقد. بخلاف ما لو باعَ شخصٌ لآخر ثمرَ نخلته هذا العام، فلم تثمرْ، فيؤدي ذلك إلى أكلِ الثمنِ بالباطل^(١).

وهذه القاعدةُ محلُّ إعمالٍ في جميعِ المذاهبِ في الجملةِ في كثيرٍ من عقود التبرعات^(٢) إلا أن المذهبَ المالكي كان أكثرَ المذاهبِ إعمالاً لها في بابِ العَرَرِ حتى جعلوها قاعدةَ عامة في عقود التبرعات وهي: «أن جميع عقود التبرعات لا يؤثر العَرَرُ في صحتها»^(٣) وقد وافقَ شيخُ الإسلامِ ابنُ تيمية^(٤) المالكيةَ في ذلك، ونقل ذلك عن الإمامِ الشافعيِّ. ووافقهم كثيرٌ من المعاصرين^(٥).

وقد ذكر الإمامُ القرافي أن الإمامَ مالكَ قسمَ التصرّفاتِ في قاعدةٍ ما يجتنبُ فيه العَرَرُ والجهالةُ وما لا يجتنبُ إلى ثلاثة أقسام: طرفان وواسطة، فالطرفان: أحدهما: معاوضةٌ محضة، فيجتنبُ فيها العَرَرُ إلا ما دعت الضرورةُ إليه عادةً، والثانية: ما هو إحسانٌ محض لا يراد منه تنمية المال كالصدقةِ والهبةِ والإبراءِ، فإنَّ هذه التصرّفاتِ لا يراد بها تنميةُ المال؛ لأنها إن لم تتحقق لمن أحسنَ إليه بها فلا ضررَ عليه، لأنه لم يدفع شيئاً، بخلافِ قسمِ المعاوضةِ الأولِ فإن لم

(١) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٢٥٢/٧، العَرَرُ وأثره في العقود ٥٨٥، ٥٨٦، فتح القدير ٤١١/٦، حاشية الشلبي مع تبين الحقائق ٤٤/٤.

(٢) البناية شرح الهداية ١٦٨/١٠ ط دار الكتب العلمية ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، بداية المجتهد ١١٢/٤، الذخيرة ٣٦٨/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٧٠، حاشية الجبرمي ٣٠٩/٢، المغني لابن قدامة ٤٧/٦ ط مكتبة القاهرة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، الإنصاف للمرداوي ٧/١٣٢.

(٣) بداية المجتهد ١١٢/٤، الذخيرة للقرافي ٢٤٤/٦، القوانين الفقهية ص ٢٤١، التاج والإكليل ٦/٨، مواهب الجليل ٥١/٦، فتح العلي المالك ٣١٣/١، منح الجليل ١٧٦/٨، المغني لابن قدامة ٤٧/٦.

(٤) الفتاوى الكبرى ٤٣٤/٥، مجموع الفتاوى ٢٧١/٣١.

(٥) ينظر: العَرَرُ وأثره في العقود ص ٥٢١-٥٢٢.

تتحقق المعاوضة بالغرر ضاع المال المبذول في مقابلته، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه، أما الإحسان المحض فلا يحتوي على ضرر، فاقتضت حكمة الشرع الإحسان والتوسعة فيه بأي وسيلة كانت معلومة أو مجهولة؛ لأنه إن أبيع سهل وجود الإحسان، وإن منع كان وسيلة إلى تقليل الإحسان، ومثال ذلك إذا وهب إنسان لآخر بغيراً شاردًا فمن الممكن أن يجده فيحصل له ما ينتفع به، وإن لم يجده فلا ضرر عليه، لأنه لم يدفع شيئاً، ثم إن الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى نقول يلزم منه مخالفة النصوص، لأن النصوص وردت في المعاوضات كالبيع، ثم ذكر الواسطة بين الطرفين وهو النكاح^(١).

وقد تواردت عبارات العلماء حول قاعدة (يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات):

وقد جاءت بألفاظٍ وصيغٍ متعددة، منها: الغرر لا يثبت الرجوع في عقود التبرعات^(٢)، ومنها: يغتفر في القربة ما لا يغتفر في المعاوضة^(٣). وجاءت بصيغٍ مقارنةٍ منها: مبنى التبرع على المساهلة^(٤).

ومنها: التبرع أوسع من المعاوضة^(٥). ومنها: عقود التبرعات مبناه على المسامحة، وعقود المعاوضات مبناه على المشاحة. ومنها: عقود التبرعات أوسع من عقود المعاوضات^(٦).

(١) الفروق (١٥٠/١-١٥١) بتصرف.
(٢) ينظر: أسنى المطالب (١٦٦/٣)، مغني المحتاج (٣٢٨/٤)، رد المحتار لابن عابدين (١٤٥/٥)، المبسوط/١٧٧.

(٣) تحفة المحتاج (٢٣٧/٦)، نهاية المحتاج (٣٦١/٥)، إعانة الطالبين للبكري (١٨٨/٣).

(٤) حاشية الشلبي على تبين الحقائق (٦٠-٥٩/٤).

(٥) الشرح الممتع لابن عثيمين (١٧٣/١١).

(٦) ينظر: فتح القدير لابن الهمام (٣١٣/٣)، تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين (٣٤٤/١)، العقد الثمين للمشيح ص ٢٥٨.

ومعنى القاعدة: أن التبرع هو: تملك المكلّف ما لا أو منفعةً لغيره في الحال أو المال من غير مقابل؛ كالهبة والإعارة والوقف، ويكون المقصود به البرّ والمعروف غالباً^(١).

والعقود إما أن تكون من المعاوضات كالبيع أو من التبرعات كالهبة، فأما عقود المعاوضات فهي التي يبذل فيها العوض من المتعاقدين؛ فيأخذ فيها كل من الطرفين شيئاً، ويعطي شيئاً، كعقد الإجارة والسلم والمساقاة والمزارعة، وأما عقود التبرعات فهي القائمة على التعاون على البرّ والتقوى ويقصد بها المساعدة من أحد الطرفين للآخر دون مقابل؛ كالوقف والوصية والهبة.

والمراد بالقاعدة أن الشرع يتسامح في عقود التبرعات المبنية على البرّ والإحسان ما لا يتسامح في عقود المعاوضات، فلا يشترط في عقود التبرعات ما يشترط في عقود المعاوضات من وجود المعقود عليه والقدرة على تسليمه والعلم به عيناً وقيماً ووصفاً، بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى الغرر والنزاع بين المتعاقدين وغير ذلك مما يبني عليه صحة العقد، فيجوز مثلاً هبة المعدم والمجهول، وغير ذلك من الأمور التي تغتفر في التبرعات دون المعاوضات، وذلك لأن عقود التبرعات مبنية على المسامحة؛ لأن صاحبها لا يريد بما يعطيه عوضاً وإنما يريد بها القربة والتودد، فيتساهل فيها ترغيباً في فعلها والحث على القيام بها، بخلاف عقود المعاوضات التي مبنية على المشاحة، فكل واحد من المتعاقدين يريد حقه كاملاً دون نقصان؛ لأنه يدفع مقابلاً عليه^(٢).

وقد جاءت عقود التبرعات مشتملة على محظورات مغترة، لو كانت في المعاوضات لأفسدتها؛ قال القرافي في الفرق بين قاعدة القرض وقاعدة البيع:

(١) ينظر: المنثور (٢/٤٠٦-٤٠٧).

(٢) ينظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية (١٦/٦٢٦).

«اعلم أن قاعدة القرض خولفت فيها ثلاث قواعد شرعية: قاعدة الربا إن كان في الربويات؛ كالنقدين والطعام، وقاعدة المزابنة، وهي بيع المعلوم بالمجهول من جنسه إن كان في الحيوان ونحوه من غير المثليات، وقاعدة بيع ما ليس عندك في المثليات، وسبب مخالفة هذه القواعد مصلحة المعروف للعباد»^(١).

وهذه القاعدة كثيرة الذكر في كلام الفقهاء ويُستدل بها في تقرير كثير من مسائل التبرعات، وقد تفرّع عن هذه القاعدة كثير من التطبيقات في أبواب مختلفة وتفرّع عليها عدد من القواعد، منها: «لا لزوم على المتبرع». أي إن المتبرع لا يُلزم بإتمام تبرعه، ولا يجبر على إكماله، فمثلا من أعار غيره شيئا، وضرب له فيه أجلا، ثم طرأ له أنه احتاجه، فإنه لا يلزمه انتظار انتهاء الأجل المضروب قبل المطالبة به، بل له أن يطالبه به متى شاء؛ لأنه متبرع ولا لزوم على متبرع^(٢).

ومن القواعد المتفرعة عنها أيضا قاعدة: «التبرع لا يبطل بالشرط الفاسد». حيث يبطل الشرط الفاسد ويصح عقد التبرع؛ فلو وهب شخص لآخر ناقه مثلا، واشترط عليه ألا يبيعهها، أو ألا يركبها فالهبة صحيحة والشرط باطل.

وهكذا في قاعدة: «كل ما كان من باب المعروف لا يفسده الغرر»^(٣).

ومعنى ذلك أن التبرع لا يقتضي سلامة المعقود عليه من العيوب؛ حيث إن: «صفة السلامة عن العيب إنما تصير مستحقا في المعاوضة دون التبرع»^(٤)، فليس لمن وجد عيبا في متبرع به أن يرجع بقيمته على المتبرع، وكذلك

(١) الفروق للقرافي (٢/٤).

(٢) ينظر: الهداية مع العناية (٤٥٥/١)، تبين الحقائق (١٧٤/١).

(٣) ينظر: النوازل الصغرى للوزاني (٢٨٤/٣)، الكليات الفقهية للمقري ص ١٢٧، البهجة في شرح

التحفة للتسولي (٥٦/٢)، الغرر وأثره في العقود للضرير ص ٥٢٥.

(٤) المبسوط (١٠٩/١١).

الضمان لا يجب على المتبرع كما في قاعدة: «لا ضمان على المتبرع»^(١). والقاعدة محل إعمال عند جمهور الفقهاء في كافة عقود التبرعات الناقلة لملكية الأعيان أو المنافع وعقود التوثيق؛ بل لم يخل مذهب فقهي من تطبيقات لها، خاصة في عقود التبرعات المشتملة على شرط فاسد أو في عقود التبرعات المشتملة على غرر.

أدلة القاعدة:

جاءت نصوص كثيرة في اغتفار العزْر والجهالة في عقود التبرعات^(٢)، ومن ذلك ما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه، قال: «لما قدم المهاجرون المدينة من مكة، وليس بأيديهم، يعني شيئاً؛ وكانت الأنصار أهل الأرض والعقار فقاسمهم الأنصار على أن يعطوهم ثمار أموالهم كل عام، ويفوهم العمل والمنونة؛ وكانت أم أنس بن مالك، وهي تدعى أم سليم أعطت رسول الله صلى الله عليه وسلم عذاقا لها^(٣)، فأعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم أم أيمن مولاته، أم أسامة بن زيد، فلما فرغ رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتال أهل خيبر، وانصرف إلى المدينة رد المهاجرون إلى الأنصار منائحهم التي كانوا منحوهم من ثمارهم، قال فرد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أمي عذاقها وأعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم أم أيمن مكانهن من حائطه»^(٤).

(١) فتح القدير (٣/٣١٣)، تنقيح الفتاوى الحامدية (١/٣٤٤).

(٢) ينظر: التحبير شرح التحرير للمرداوي (٦/٢٨٩٢)، شرح الكوكب المنير لابن النجار ص (٤٥٠).
(٣) قال النووي في شرحه على مسلم (١٢/٩٩): «لما قدم المهاجرون آثارهم الأنصار بمنائح من أشجارهم، فمنهم من قبلها منيحة محضة - ومن ذلك فعل أم سليم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم -، ومنهم من قبلها بشرط أن يعمل في الشجر والأرض وله نصف الثمار، ولم تطب نفسه أن يقبلها منيحة محضة، هذا لشرف نفوسهم وكرهتهم أن يكونوا كلا.»

(٤) رواه البخاري ٣/١٦٥ (٢٦٣٠)؛ ومسلم ٣/١٣٩١ (١٧٧١).

وجه الدلالة من الحديث: أنه يدلُّ على جوازِ هبةِ المجهول؛ لأن الثمرة في هبةِ أمِّ سليمٍ لرسولِ الله صلى الله عليه وسلم كانت مجهولةً، ولا يوجد سبب لمنع ذلك؛ لأنه لا يؤدي إلى فسادٍ في العوضِ، ولا إلى غررٍ في العقدِ؛ لأن الثواب يقع بناءً على نيةِ الواهبِ، سواء حصل الموهوبُ له على تلك الهبةِ أو لا، (١)، فيدل ذلك على أن عقدَ الهبةِ لا يشترطُ فيه ما يشترطُ في المعاوضاتِ، ويقاسُ على الهبةِ غيرها من عقودِ التبرعاتِ.

وتطبيقاتُ هذه القاعدةِ كثيرةٌ جداً في القرباتِ المتعلقةِ بالتبرعاتِ المالية؛ كالنذرِ والصدقةِ والوقفِ والهبةِ والعاريةِ، واغتقارُ الغررِ معللٌ بأن التبرعاتِ التي يقصدُ بها التقربُ إلى الله عز وجل؛ كالوقفِ والصدقةِ والهبةِ لا ينتجُ عنها منازعاتٌ، حيثُ إن المتبرعَ له يدورُ بين الغنمِ والسلامةِ من الغرمِ، فيغتفرُ فيها ما لا يغتفرُ في المعاوضةِ، فقد يجوزُ التقربُ بشيءٍ لا تجوزُ المعاوضةُ عليه، وقد يتساهلُ في بعضِ الشروطِ المطلوبةِ فيما كان قريباً دونَ ما كان معاوضةً؛ ولا يؤثرُ في القربةِ وجودُ بعضِ الموانعِ الشرعيةِ التي تمنعُ صحةَ المعاوضةِ؛ كالغَررِ والجهالةِ؛ وذلك لأن الشرعيةَ تتشوفُ إلى القرباتِ، فرخصت فيها ما لم ترخصُ في عقودِ المعاوضاتِ التي مبناها على المشاحة.

وسياًتي مزيد بيان لتطبيقات هذه القاعدة في المبحث التالي.

(١) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم للقرطبي (٤/٥٩١) بتصرف.

المبحث الرابع: أثر استخدام العملات الافتراضية في عقود التبرعات:

تمهيد:

تقدم حكم إصدار العملات الافتراضية وحكم التعامل بها، وبعد مناقشة الأقوال والأدلة تبين عدم جواز التعامل بهذه الأموال، وأنه لا يجوز المضاربة فيها لما فيها من الغرر والجهالة والمخاطرة وأكل أموال الناس بالباطل وما تؤدي إليه من أضرار بالفرد والمجتمع.

والمضاربة في هذه العملات الافتراضية لا تجوز ويجب على المسلم اجتناب طرق الكسب الحرام، ويجب التخلص من حيازة الكسب الحرام من مكتسبه ومن ورثته من بعده إذا آل الأمر إليهم وكانوا على علم بذلك.

وإصدار هذه النقود الافتراضية المشفرة وترويجها يشبه ترويج النقود المزورة، وقد بين أبو حامد الغزالي - رحمه الله - أن ترويج النقود المزورة يعتبر ظلماً؛ لأنه يستتبر به المعامل إن لم يعرف، وإن عرف فسيروجه على شخص ثاني، وهذا يروجه لثالث، والثالث يروجه لرابع، ثم يستمر يتردد في الأيدي ويعم الضرر ويتسع الفساد ويكون وزر الكل ووبالته راجعاً علي الأول، لأنه هو الذي سهل فتح هذا الباب، وقد قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : «من سن سنة سيئة فعل بها من بعده كان عليه وزرها ومثل وزر من عمل بها لا ينقص من أوزارهم شيئاً» وقال بعضهم: «إنفاق درهم مزيف أشد من سرقة مائة درهم؛ لأن السرقة معصية واحدة، وقد انتهت، وإنفاق الدراهم المزيفة بدعة أظهرها في الدين وسنة سيئة يعمل بها من بعده فيكون عليه وزرها بعد موته إلى مائة سنة أو مائتي سنة إلى أن يفنى ذلك الدرهم ويكون عليه ما فسد من أموال الناس بسنته»^(١).

(١) إحياء علوم الدين، أبو حامد الغزالي (١٠٥/٢) بتصرف.

وتنقسم العقود باعتبار المقصود منها إلى قسمين: عقد معاوضة واستيثاقٍ وعقد تبرع وإرفاقٍ، والتبرعات إما أن تكون بعين كالصدقة والهبة والهدية والوصية، وإما أن تكون بمنفعة كالوقف والعارية والقرض.

والشرع له تشوفٌ إلى التبرع والتعاون على البرِّ والتقوى، لذلك جاء التسامحُ في عقود التبرعات لأنها مبنيةٌ على البرِّ والإحسانِ ما لا يتسامحُ في عقود المعاوضاتِ، فلا يشترطُ في عقود التبرعات ما يشترطُ في عقود المعاوضاتِ من وجودِ المعقودِ عليه والقدرةِ على تسليمه والعلمُ به عيناً وقدرًا وصفةً، بحيث لا يكونُ فيه جهالةٌ تؤدي إلى الغررِ والنزاعِ بين المتعاقدين وغير ذلك مما ينبغي عليه صحةُ العقدِ، فيجوزُ مثلًا هبةُ المعدمِ والمجهولِ، والتصديقُ به والوصيةُ به وغير ذلك من الأمور التي تغتفرُ في التبرعاتِ دونَ المعاوضاتِ، وذلك لأن عقود التبرعاتِ مقصودُها الإرفاقُ، وهو يبنى على المسامحة؛ والمتبرعُ لا يريدُ بما يعطيه عوضًا، وإنما يريدُ بها القربةَ أو التوددَ، بخلافِ عقودِ المعاوضاتِ التي مبناهَا على المشاحة، فكلُّ واحدٍ من المتعاقدين يريدُ أن يحققَ أكبرَ مكسبٍ ويتجنبَ أكبرَ قدرٍ من الخسارة؛ لأنه يدفعُ مقابلًا عليه^(١).

تعريفُ عقودِ التبرعاتِ:

أولاً تعريفُ العقدِ في اللغةِ وفي اصطلاحِ الفقهاء: يطلقُ العقدُ في اللغةِ على الجمعِ بين أطرافِ الشيءِ وربطِها، وضدهُ الحل، ويطلقُ أيضًا بمعنى أحكامِ الشيءِ وتقويته. ويطلقُ على الشدِّ والربطِ والعهدِ والضمنِ والعزمِ والتأكيدِ والتوثيقِ. قال ابنُ فارسٍ: «العينُ والقافُ والداُلُّ تدلُّ على شدِّ وشدّةِ وثوقٍ، وإليه ترجعُ فروعُ البابِ كلّها»^(٢).

(١) ينظر: الفروق (١/ ١٥١)، القواعد النورانية (ص ٨٣).

(٢) مقاييس اللغة (٤/ ٨٦).

وقال ابنُ منظورٍ: «العقدُ: العهدُ والجمعُ عقودٌ، وهي أوكُذُ العهودِ، ويقالُ: عهدتُ إلى فلانٍ كذا وكذا وتأويلُه ألزمتُه ذلك... والمعاهدةُ: المعاهدةُ، وعاقده عاهده، وتعاقَدَ القومُ تعاهدوا، والعقدُ نقيضُ الحلِّ. والعقدُ في البيعِ: إيجابُه، وعقدُ اليمينِ: توثيقُها، وعقدَةُ النكاحِ: إحكامُه وإبرامُه»^(١).

وقال الراغبُ في مفرداتِ القرآن: "العقدُ الجمعُ بينَ أطرافِ الشيءِ ويستعملُ في الأجسامِ الصلبةِ كعقدِ الحبلِ وعقدِ البناءِ، ثمَّ يستعارُ ذلك في المعاني نحو: عقدِ البيعِ والعهدِ وغيرهما فيقال: عاقدته وعقدته وتعاقدنا"^(٢). وعلى ذلك يكون عقدًا في اللغة، كلُّ ما يفيدُ الالتزامَ بشيءٍ عملاً كان أو تركًا، من جانبٍ واحدٍ أو من جانبين، لما في كلِّ أولئك من معنى الربطِ والتوثيقِ. ويطلقُ العقدُ على الشدِّ والربطِ والتوثيقِ والإحكامِ في الأمورِ الحسيةِ والمعنويةِ.

وللعقدِ في اصطلاحِ الفقهاءِ معنيان: ويطلقُ بإطلاقين: فمن عباراتهم ما يفيدُ أن العقدَ هو ربطٌ بين كلامين ينشأُ عنه حكمٌ شرعيٌّ بالالتزامِ لأحدِ الطرفين أو لكليهما.

ولذا فإن أكثرَ الفقهاءِ لا يطلقون اسمَ العقدِ على الطلاقِ والإبراءِ، والإعتاقِ وغيرها مما يتمُّ بكلامٍ طرفٍ واحدٍ من غيرِ كلامِ الطرفِ الثاني. في حين يطلقون اسمَ العقدِ على البيعِ، والهبةِ، والزواجِ، والإجارةِ وغيرها مما لا يتمُّ إلا بربطِ كلامين من طرفين. والإطلاقُ الآخرُ لكلمةِ العقدِ إطلاقُها على كلِّ تصرفٍ شرعيٍّ، سواءً أكانَ ينعقدُ بكلامٍ طرفٍ واحدٍ أم لا ينعقدُ إلا بكلامٍ طرفين.

(١) ينظر: لسان العرب مادة أصل (١٦/١١) القاموس المحيط (٤٨١/٣) تاج العروس مادة أصل (١٨/١٤).

(٢) مفردات ألفاظ القرآن للراغب الأصفهاني ص ٥٧٦، تحقيق صفوان عدنان داوودي - ط دار القلم - دمشق ٢٠٠٩م.

وهذه طائفة من تعريفات الفقهاء للعقد:

فعرفه ابنُ عابدين بقوله: العقدُ مجموعُ إيجابِ أحدِ المتكلمين مع قبولِ الآخرِ أو كلامُ الواحدِ القائمِ مقامهما: أعني متولي الطرفين^(١).

وقال أيضا: العقدُ ربطُ أجزاءِ التصرفِ: الإيجابِ والقبولِ شرعا^(٢). وقيل: الانعقادُ: عبارةٌ عن انضمامِ كلامِ أحدِ المتعاقدين إلى الآخرِ على وجهٍ يظهرُ أثره في المحلِّ شرعا^(٣).

والمناطُ في وجودِ العقدِ على وجهِ الإجمالِ هو التحققُ من وجودِ إرادتي العاقدين وتوافقهما على إنشاءِ التزامٍ بينهما بما يدلُّ على ذلك من عبارةٍ أو كتابةٍ أو إشارةٍ أو فعلٍ^(٤).

ثانيا تعريف التبرعات:

التبرعات في اللغة: جمعُ تبرعٍ. وتبرع الرجلُ يَتبرعُ، وتبرعَ براءة: إذا فضل في علمٍ، أو شجاعةٍ، أو غير ذلك. وتبرعَ بالأمر: فعله غير طالبٍ عوضا. والمراد بها: العقودُ التي يقصدُ بها الإرفاقُ والإحسانُ، كالقرضِ، والهبةِ ونحو ذلك^(٥).

وأما في الاصطلاح، فلم أظفر بتعريفٍ للتبرع عندَ الفقهاء، وربما يعودُ ذلك إلى وضوح المعنى وكونه لا يخرجُ عن المعنى اللغويِّ للتبرع، وقد عرّف الفقهاء أنواعه كالوصيةِ والوقفِ والهبةِ وغيرها، وكلُّ تعريفٍ لنوعٍ من هذه الأنواع يحددُ

(١) حاشية ابن عابدين (٣ / ٣).

(٢) حاشية ابن عابدين (٣ / ٩).

(٣) أنيس الفقهاء ص ٢٠١ وقريب منه ما في شرح فتح القدير (٥ / ٤٥٦).

(٤) ينظر نظرية العقد في الفقه الإسلامي، عصمت عبد المجيد بكر، ص ٢٣.

(٥) المصباح المنير (١/٤٤).

ماهيته فقط، وقد جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية أن معنى التبرع عند الفقهاء كما يؤخذ من تعريفهم لهذه الأنواع، لا يخرج عن كون التبرع بذل المكلف مالا أو منفعةً لغيره في الحال أو المال بلا عوضٍ بقصد البرِّ والمعروف غالباً^(١).

وينتظم الكلام خلال هذا المبحث في أربعة مطالب:

المطلب الأول: إخراج الزكاة والصدقات بالعملات الافتراضية:

فمن كان عنده مبالغ من هذه العملة فإنه يجب عليه أن يتصرف فيها بحيث يأخذ أصل ماله ويتصدق بما زاد، وفي حال كونه قد اتبع من أجاز التعامل بها، وبقيت في حوزته، فيجب عليه في جميع الأحوال إخراج الزكاة إن بلغت قيمة هذه الأموال نصاباً وحال عليها الحول.

والنماء الحاصل من هذه الأموال فيه شبهة فالأولى تركه، وهو مما ينبغي عملاً بقوله عليه الصلاة والسلام: « فمَنْ اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه»^(٢).

وهكذا الأصل في زكاة الأموال التي خالطتها أموال محرمة، والتي يكون فيها شبهة أن يزكى الأصل ويتخلص من الزيادة في مصالح المسلمين^(٣).

وهذا بناءً على قول الجمهور أن المال الحرام لا زكاة فيه^(٤).

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية (١٠ / ٦٥).

(٢) صحيح البخاري الإيمان (٥٢)، صحيح مسلم المساقاة (١٥٩٩).

(٣) ينظر: فتاوى ابن الصلاح ص ٣٢٤، الفروع لابن مفلح ٤/٣٩٨، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى

٤/٦٧، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، علي السالوس، ص ٥٢٣.

(٤) ينظر: رد المحتار (٢ / ٢٩١)، البيان والتحصيل ١٨/٥٦٥، النخبة ١٣/٤٢٠، مواهب الجليل

٢/٥٢٨، منح الجليل ٢/١٩٩ حاشية السوقى (١ / ٤٣١)، روضة الطالبين (٢ / ١٩٢)، كشاف القناع

(٤ / ١١٥).

وقيل: بل تجبُ زكاةُ في المالِ المحرم إذا كان محرماً لوصفه^(١).

والأولى لمن كان مستغنياً أن يتخلص من كلِّ مالٍ مشتبهٍ فيه، قال الغزالي: «الورعُ له أولٌ، وهو الامتناعُ عما حرّمته الفتوى وهو ورعُ العدولِ، وله غايةٌ وهو ورعُ الصديقين، وذلك هو الامتناعُ من كلِّ ما ليس له مما أخذ بشهوةٍ أو توصلَ إليه بمكروهٍ أو اتصل بسببه مكروهٌ، وبينهما درجاتٌ في الاحتياطِ، فكلما كان العبدُ أشدَّ تشديداً على نفسه كان أخفَّ ظهراً يومَ القيامةِ، وأسرعَ جوازاً على الصراطِ، وأبعدَ عن أن تترجحَ كِفَّةُ سيئاتِهِ على كِفَّةِ حسناتِهِ، وتتفاوتُ المنازلُ في الآخرةِ بحسبِ تفاوتِ هذه الدرجاتِ في الورعِ، كما تتفاوتُ درجاتُ النارِ في حقِّ الظلمةِ بحسبِ تفاوتِ درجاتِ الحرامِ في الخبثِ، وإذا علمت حقيقةَ الأمرِ فإليك الخيارُ، فإن شئتَ فاستكثرتَ من الاحتياطِ وإن شئتَ فرخّصتَ، فلنفسك تحاطُّ، وعلى نفسك ترخص. والسلام»^(٢).

١ () ينظر: التطبيق المعاصر للزكاة (ص ١٢٢)، أبحاث الندوة السابعة لقضايا الزكاة المعاصرة (ص ٢١٢)، قال ابن منيع: «ومما تقدم يتضح أن المال الحرام إما أن يكون حراماً لذاته كالخمر والخنزير، فهذا لا يعتبر مالاً زكواً، ويجب على من بيده هذا المال التخلص منه بإتلافه، والإمسك عليه إثم وعصيان، وإما أن يكون المال الحرام غصباً أو سرقات أو منهوبات أو ودائع مجعودة فإن كان أصحابها معلومين فيتعين إعادتها إليهم، ويقومون هم بإخراج زكاتها بعد قبضها ممن هي بيده وإن كانوا مجهولين تعين إخراج زكاتها على من هي بيده ثم التصدق بها عنهم، وقد تقدم النص على إخراج زكاتها، وإن كان المال حراماً بوصفه لا بأصله كالأموال الربوية فيده عليه يدُ تملك، فيجب عليه إخراج زكاته؛ لأنه مال منسوب إلى مسلم متعبد بجميع أحكام الإسلام من صلاة وزكاة وصوم وحج وغيرها، فإذا وُجد منه تجاوز وتعدي في التقيد ببعض مقتضيات الشرعية أمراً أو نهياً فإذا لم يكن تعديه موجباً لخروجه من ملة الإسلام فإن تجاوزه وتعديه لا يعفيه من القيام بالفرائض الأخرى، وعليه إثم تجاوزه وتقصيره وتعديه، فهو مؤمن بآيمانه فاسق بعصيانه». انظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي (ص ٣٦).

٢ () إحياء علوم الدين (٢/ ٩٨).

المطلب الثاني وقف العملات الافتراضية:

أولاً: تعريف الوقف لغةً:

الوقفُ بفتح الواوِ وسكونِ القافِ، مصدرٌ وَقَفَ الشيءَ وأوقفه بمعنى حبسه وأحبسه. وتجمعُ على أوقافٍ ووقوفٍ^(١). وسمي وقفًا لما فيه من حبسِ المالِ على الجهة المعينة.

ثانياً: تعريف الوقف اصطلاحاً:

ذكر الفقهاءُ تعريفاتٍ مختلفةً للوقف تبعاً لآرائهم في مسائله الجزئية^(٢)، إلا أن أشملَ تعريفٍ للوقف هو:

«تحبیسُ الأصلِ وتسبیلُ المنفعة»^(٣)؛ والأصلُ فيه ما رواه عبدُ اللهِ بنُ عمرَ رضي اللهُ عنهما، أن عمرَ بن الخطابِ رضي اللهُ عنه أصاب أرضاً بخيبرَ، فأتى النبيَّ صلى اللهُ عليه وسلم يستأمرُه فيها، فقال: يا رسولَ اللهِ! أصبت أرضاً بخيبرَ لم أصبَ ما لاَ قُطُّ أنفَسَ عندي منه، فما تأمرُ به؟ قال: «إن شئتَ حبَّستَ أصلها،

(١) ينظر: لسان العرب (٣٥٩/٩-٣٦٠)، معجم لغة الفقهاء محمد رواس قلنجي ص ٥٠٨.
(٢) لتعريفات الحنفية ينظر: مختصر اختلاف العلماء، للجصاص (١٥٧/٤)، وبدائع الصنائع للكاساني (٣٩٨/٨)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٣٢٥/٣)، ولتعريفات المالكية ينظر: عقد الجواهر المنيفة، لابن شاس (٣١/٣-٤٠)، الحدود لابن عرفة مع شرحه للرصاع، ص ٤١١-٤١٢. وينظر لتعريفات الشافعية: تحفة المحتاج بشرح المنهاج ٢٣٥/٦، لابن حجر الهيتمي، حواشي الشرواني، وابن قاسم العبادي ٢٣٥-٢٣٨، تحرير ألفاظ التنبيه للنووي، ص ٢٣٧، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب لذكريا الأنصاري (٢٥٦/١-٢٥٩)، ولتعريفات الحنابلة ينظر: المغني لابن قدامة (١٨٤/٨-٢٣٤)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٤٨٩/٢-٤٩٦).

(٣) انظر: الزركشي: شرح مختصر الخرقى ٢٦٨/٤، و د. نزيه حماد: معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٣٥٣.

وتصدّقت بها»^(١)، وفي رواية: «حَبَسَ أصله، وسَبَل ثمرته»^(٢).

فقوله: (تحببس) من الحبس بمعنى المنع، ويقصدُ به إمساكُ العينِ ومنعُ تملكها بأي سببٍ من أسبابِ التملك^(٣)، وتسبيلُ المنفعةِ يعني جعلها في سبيلِ الخيرِ وأنواعِ البر. وقد تقدّم تقريرُ أن أبوابَ التبرعاتِ يغتفرُ فيها من الغررِ والجهالةِ ما لا يغتفرُ في بابِ المعاوضاتِ.

وقد وضحَ القرافيُّ في الفروقِ عندَ الكلامِ على الفرقِ الرابعِ والعشرينِ من قاعدةٍ ما تؤثرُ فيه الجهالاتُ والغررُ، وقاعدة ما لا يؤثرُ فيه ذلك من التصرفاتِ: أن التصرفاتِ عند مالِك انقسمت إلى ثلاثة أقسامٍ: طرفان، وواسطة، فالطرفان: أحدهما: معاوضةٌ محضة، فيجتنبُ فيها ذلك إلا ما دعت إليه الضرورةُ عادةً، والثانية: ما هو إحسانٌ محضٌ لا يراد منه ربحُ المالِ كالصدقةِ والهبةِ والإبراءِ، فإن هذه التصرفاتِ لا يراد منه ربحُ المالِ، بل إن لم تحصل لمن أحسنَ إليه بها فلا ضررَ عليه، بخلافِ القسمِ الأوّلِ إذا فات بالغررِ والجهالاتِ ضاع المألُ المبذولُ في مقابلته، فاقتضتُ حكمةُ الشرعِ منعَ الجهالةِ فيه، أمّا الإحسانُ المحضُ فلا ضررَ فيه، فاقتضتُ حكمةُ الشرعِ الحثَّ على الإحسانِ والتوسعةِ فيه بكلِّ سبيلٍ معلوماً كان أو غير معلوم، فإنّ ذلك أيسرُ لكثرةِ وقوعه قطعاً، وإذا مُنع كان وسيلةً إلى تقليلِ الخيرِ^(٤).

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط - باب الشروط في الوقف (٢/٩٨٢) - رقم ٢٥٨٦، وفي الوصايا، باب الوقف كيف يكتب (٣/١٠١٩) - رقم (٢٦٢٠)، ورواه مسلم في الوصية - باب الوقف (٣/١٢٥٥) - رقم ١٦٣٢.

(٢) رواه النسائي في سننه، كتاب الإحباس - باب حبس المشاع (٦/٢٣٢)، وابن ماجه في سننه، كتاب الصدقات، باب من وقف (٢/٨٠١). وهو صحيح الإسناد على شرط الشيخين. ينظر: إرواء الغليل (٦/٣٠) - رقم ١٥٨٣.

(٣) ينظر: كشاف القناع (٢/٤٨٩).

(٤) الفروق (١/١٥١) بتصرف.

وهل معنى الوقف يشمل النقود إذا كان للإقراض مثلا حيث إن عين الدراهم
والدنانير تذهب ويعاد مثلها؟

الفقهاء متفقون في الجملة على أن بقاء الوقف شرط لصحته « حَيْسَ
الأصل وسيل الثمرة»، لكنهم مختلفون في صفة البقاء، فمن راعى الصورة
دون المعنى، قال بعدم صحة وقف ما تذهب عينه وصورته عند الانتفاع به
إلا إذا كان ذلك تبعا لا استقلالا، كما إذا وقف الأثمان تبعا، فمن وقف فرسا
بسرج ولجام مفضضين، فإنه يصح الوقف؛ لأن الفضة في السرج واللجام تبع
لهما وللفرس، فيباع ما في السرج واللجام المفضضين من الفضة، لأن الفضة
فيه لا ينتفع بها، ثم ينفق ما حصل من الثمن على الفرس الحبيس، لأنه من
مصلحته^(١).

ومن راعى المعنى دون الصورة، قال بصحة وقف بعض ما تذهب عينه عند
الانتفاع به إذا كانت العين تتبدل بجنسها ونوعها كالدراهم والدنانير وما يقوم
مقامها من العملات المتداولة باعتبارها رؤوس الأثمان وقِيَمًا للمتلفات، وكالقمح
والشعير الموقوفين للقرض والمضاربة، حيث يقوم بدل هذه الأشياء مقامها، فكأنها
باقية العين، ومعلوم أن العبرة في العقود للمعاني لا الألفاظ والمباني^(٢).

وحيث إن حاجة العمل الخيري المعاصر إلى توسعة أوجه البذل تزداد، لا سيما
في المصارف الكبيرة التي يعجز فرد أو أفراد قلائد عن القيام بسدّها، خاصة
ما يكون من دعم فروض الكفايات ورعاية المؤسسات الدعوية والجامعات،
والمستشفيات، والمراكز، والمؤسسات الكبيرة التي تحتاج إلى اتساع دعم وتمويل

(١) كشف القناع ٤/٢٤٤.

(٢) غمز عيون البصائر ٢/٢٦٧، حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٤/٣٦٣-٣٦٤)؛ حاشية
العدوي (٢/٢٦٤).

من أناسٍ كثيرين، يسهمون في تحصيلِ هذا المبلغِ الكبيرِ بشراءِ أسهمٍ خيريةٍ فيه أو يقدمون أصولاً نافعةً يكونُ من مجموعها ما يتحقَّقُ به هذا العملُ الوقفيُّ العظيمُ، الذي ينفَعُ اللهُ به الإسلامَ والمسلمينَ، ويسهمُ الوقفُ النقديُّ في إنشاءِ الوقفِ المشتركِ أو الوقفِ الجماعيِّ، حيثُ سيتمكَّنُ المقولون من المشاركة في مشاريعٍ وقييةٍ من خلالِ الإسهامِ القليلِ في رءوسِ الأموالِ الوقفيةِ، وقد تمَّ إنجازُ مشروعاتٍ ضخمةً ما كان لها أن تتمَّ لولا فضلُ الله أولاً، ثم تيسيرُ الأمرِ على الراغبين بقبولِ وقفِ النقودِ وغيرها مما له قيمةٌ نافعةٌ ثانياً، والتي تحولت بعد ذلك إلى أصولٍ ثابتة^(١).

أما وقفُ النقودِ بصفةٍ عامةٍ فهي مسألةٌ خلافٍ بينَ العلماءِ:

اختلف العلماءُ في صحةِ وقفِ النقودِ: على أقوالٍ:

القولُ الأولُ:

لا يصحُّ وقفُ النقودِ لأنه لا يمكنُ حبسُ عينها على سبيلِ التأييد^(٢)، وهو قولُ ابنِ شاسٍ، وابنِ الحاجبِ من المالكية^(٣)، وهو أصحُّ القولين في مذهبِ الشافعية^(٤)، والمشهورُ من مذهبِ الحنابلة^(٥)، ويشملها منه وقفُ المنقولِ عندَ الحنفية^(٦).

(١) وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية، أ. د. حمزة بن حسين النعر، موقع المسلم: // http: almoslim. net/node/149848.

(٢) قال ابن قدامة: «ولا يصح وقف ما لا ينتفع به مع بقاء عينه كالأثمان، والمأكول، والمشروب، والشمع؛ لأنه لا يحصل تسبيل ثمرته مع بقاءه». الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٤٩).

(٣) ينظر: شرح الخرشبي (٧/ ٨٠)، التاج والإكليل (٦/ ٢١)، مواهب الجليل (٦/ ٢٢).

(٤) ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٣٧٧)، الوسيط (٤/ ٢٤١)، روضة الطالبين (٥/ ٣١٥).

(٥) قال الإمام أحمد رحمه الله تعالى: «لا أعرف الوقف في المال، إنما الوقف في الدور والأرضين على ما وقف أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم -، قال: ولا أعرف وقف المال البتة». كتاب الوقوف من كتاب الجامع لعلوم الإمام أحمد للخلال (٢/ ٤٩٥). ينظر: الإنصاف (٧/ ١٠)، المغني (٥/ ٣٧٣)، كشف القناع (٤/ ٢٤٤).

(٦) ينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ١٦)، فتح القدير (٦/ ٢١٨).

القول الثاني: يصح وقفها مع الكراهة، وهو قول عند المالكية^(١).

القول الثالث: يصح وقفها، وهو معتمد مذهب المالكية^(٢)، وأحد الوجهين في مذهب الشافعية^(٣)، ووجه في مذهب الحنابلة، رجح ابن تيمية^(٤).

ولعل القول الأخير هو الراجح لأن الوقف من عقود التبرع، ويراد للإرفاق والإحسان، والأصل فيه الجواز والصحة، سواء تبرع المالك بالمال أصلاً وعتياً، كالصدقات والهبات، أو تبرع بمنفعة المال، وحبس أصله كالوقف، ولا يمنع منه شيء إلا لدليل ملجئ من الشرع، أو معنى ظاهر يقتضي المنع، ولا دليل من الشرع يمنع من صحة وقف النقود، وسائر المنقولات، لعموم الأدلة ولأنه لا يوجد معنى يقتضي المنع حتى يقال به، فكان القول بالصحة هو مقتضى القواعد، والقول بجواز وقف النقود أقوى من حيث القياس، وأنفع للعباد، والمنع فيه تضييق لباب من أبواب الخير، دون دفع مفسدة تخشى، وإذا حبس المال، ودفع منه لراغبي الزواج، أو لأصحاب الاستثمارات الصغيرة الناجحة، وقدمت المساعدات للموقوف عليهم على شكل قروض ميسرة تحققت المصلحة، ودفعت الحاجة، وأبقينا على رأس المال، ليدور فترة أطول في نفع البلاد والعباد، على أنه لا يجوز لناظر هذا المال أن يدفعه إلى مشاريع ذات مخاطر عالية، كاستثماره في سوق الأسهم حتى يسلم رأس المال من المخاطر العالية، وكذلك ينبغي أن يختار عملة أكثر أماناً للإقراض حتى لا تذهب قيمته بالتضخم النقدي، وينبغي أن يحرص على الحصول على ضمانات شرعية من رهن أو كفيل لاسترداد المال^(٥).

(١) ينظر: التاج والإكليل (٦ / ٢١).

(٢) ينظر: شرح الخرشي (٧ / ٨٠)، الشرح الكبير (٤ / ٧٧).

(٣) ينظر: روضة الطالبين (٥ / ٣١٥).

(٤) ينظر: الاختيارات، ابن تيمية (ص ٢٤٨)، الإنصاف للمرداوي (٧ / ١١).

(٥) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١٦ / ١٩٢) وما بعدها.

والظاهر أن وقف النقود الافتراضية يصح ويقبل من الواقف، لتشوف الشرع إلى التبرع ما أمكن، ثم على ناظر الوقف أن ينظر في عملة أكثر أمانًا وتكون أفضل في تحقيق قصد الواقف، من وجود أصل آمن ينمى ليديم نفعه.

والأصل في شرط الواقف أنه واجب الاتباع؛ لأن الواقف تبرعَ بالمال على وجه مشروط، فكان له شرطه، ووجب اتباعه، وإنما الخلاف الوارد إنما هو في تغيير ذلك إذا كان في ذلك مصلحة للوقف أو للموقوف عليه، فإذا لم يكن في ذلك مصلحة بقي الحكم على أصله، وهو وجوب اتباع شرط الواقف، وتصرف الناظر في الوقف إنما هو مقيد بالمصلحة.

جاء في البحر الرائق: «والحاصل أن تصرف الواقف في الأوقاف مقيد بالمصلحة، لا أنه يتصرف كيف شاء، فلو فعل ما يخالف شرط الواقف فإنه لا يصح إلا لمصلحة ظاهرة»^(١).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «ولا يجوز أن يبدل الوقف بمثله لفوات التعيين بلا حاجة»^(٢).

وتغيير العملات الافتراضية الموقوفة إلى عملة أفضل لا خلاف حولها هو أوفق لمصلحة الوقف وأرعى لمقصود الواقف، وتغيير شرط الواقف إلى ما هو أفضل جائز بل هو الأولى، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «ويجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه، وإن اختلف ذلك باختلاف الزمان، حتى لو وقف على الفقهاء والصوفية واحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند»^(٣).

(١) البحر الرائق (٥/ ٢٤٥).

(٢) الفتاوى الكبرى (٥/ ٤٣٣)، الإنصاف (٧/ ١٠٤).

(٣) الفتاوى الكبرى (٥/ ٤٢٩).

والراجعُ في تغيير شرطِ الواقفِ إلى ما هو أصلحُ منه: أن الوقفَ إن كان لمعينٍ فلا يجوزُ تغييرُهُ ولا تغييرُ شرطه إلى ما هو أفضلُ؛ لتعلقِ حقِّ الغير، وإن كان الوقفُ على جهةٍ جاز ذلك^(١).

ويراعى إخراجُ الزكاةِ حيثُ إنها تجبُ على الراجحِ في المالِ الموقوفِ إذا بلغ نصابًا، وكان الوقفُ على أناسٍ معينين، ليسوا من جملةِ الفقراءِ والمساكين، أما إن كان الوقفُ على الفقراءِ ونحوهم فإنه لا زكاةٌ فيه حينئذ^(٢).

ومما تقدم يظهر - والله أعلم - أنه يصحُّ وقفُ العملاتِ الافتراضيةِ وتستبدلُ بعملةٍ أكثرَ نفعًا وأقلَّ مخاطرةً وأرجى دوامًا.

المطلبُ الثالثُ: هبةُ العملاتِ الافتراضيةِ والوصيةُ بها، وفيه فرعان:

الفرع الأولُ: هبةُ العملاتِ الافتراضيةِ:

الهبة لغةً: من وهبَ يهبُ بمعنى أعطى، وتعني التفضل، جاء في لسانِ العرب: الهبةُ تعني العطيةَ الخاليةَ عن العوضِ والإغراء، فإذا كثرت سمي صاحبُها وهَّابًا وهو من أبنيةِ المبالغة^(٣).

(١) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١٦ / ٥٢٤). وينظر: التاج والإكليل (٦ / ٣٣)، الفواكه الدواني (٢ / ١٦١) عقد الجواهر الثمينة (٣ / ٩٦٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٦٣)، الإنصاف (٧ / ١٠٤).

(٢) وفي ذلك خلاف وتفصيل ينظر: بدائع الصنائع (٢ / ٩)، حاشية الشلبي على تبیین الحقائق (١ / ٢٥٢)، حاشية ابن عابدين (٢ / ٢٧٧)، الشرح الكبير للدردير (١ / ٤٨٥)، المقدمات الممهيات (١ / ٣٠٧)، منح الجليل (٢ / ٧٦)، مواهب الجليل (٢ / ٣٣١)، شرح الخرشي (٢ / ٢٠٥). البيان في مذهب الإمام الشافعي (٣ / ١٤٢)، المهذب (١ / ٢٦٣)، روضة الطالبين (٢ / ١٧٣)، أسنى المطالب (١ / ١٨٣)، الإنصاف (٣ / ١٤ - ١٥)، المبدع (٢ / ٢٩٦)، شرح منتهى الإيرادات (١ / ٣٩١ - ٣٩٢)، كشف القناع (٢ / ١٧٠)، مطالب أولي النهى (٢ / ١٥).

(٢) روضة الطالبين (٢ / ١٧٣).

(٣) المجموع (٥ / ٣٤٠).

(٣) لسان العرب، مادة وهب.

تعريف الهبة اصطلاحًا:

الهبة: لها عدة تعريفات في كلام الفقهاء منها:

تعريف الحنفية: عرفها بعض الحنفية، بقوله: الهبة «تمليك العين في الحال من غير عوض»^(١).

تعريف المالكية: عرفها بعض المالكية بقولهم: «الهبة تمليك بلا عوض»^(٢).

تعريف الشافعية: عرف بعض الشافعية الهبة: بأنها التمليك لعين بلا عوض في حال الحياة تطوعًا^(٣).

تعريف الحنابلة: هناك أكثر من تعريف للحنابلة، منها تعريف ابن قدامة، عرفها بقوله: «تمليك في الحياة بغير عوض»^(٤).

الفرق بين الصدقة والهدية والعطية والوصية:

من قصد بالعطية ثواب الآخرة فقط فعطيته على هذا الوجه تكون صدقة، وإن قصد بالعطية الإكرام أو التودد أو المكافأة فعطيته تسمى هدية، فإن لم يقصد بالعطية شيئاً مما ذكر فتكون هبةً وعطيةً ونحلةً، فالألفاظ الثلاثة متفقة معنىً وحكمًا، ولفظ العطية يعمها جميعًا لشموله لها.

وأما الوصية: فهي ما كان من التبرع بالعطية ينفذ بعد الوفاة، ولها أحكام منها: أن ما كان من التبرع في مرض الموت أو كان وصيةً بعد الموت فهذا مقيدٌ بثلاث

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١١٦)، تبیین الحقائق (٥/ ٩١)، درر الحکام شرح غرر الأحکام (٢/ ٢١٧).

(٢) ينظر: مختصر خليل (ص ٢١٤)، وانظر شروحه: الشرح الكبير (٤/ ٩٧)، التاج والإكليل (٦/ ٤٩)، شرح الخرشي (٧/ ١٠٢).

(٣) ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٢٩٦).

(٤) المغني (٥/ ٣٧٩)، وينظر شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٢٩)، كشاف القناع (٤/ ٢٩٩).

مال المتبرع ليس له تجاوزه، ولا يكون للوارث حقّ فيه، وأما ما كان من التبرع في حال الصحة والرشد، فهذا غير مقيد بوارث أو غيره، وليس مقيداً بثلاث أو نحوه، بل قد يشمل كلّ مال المتبرع، سواء كان: صدقةً أو هديةً أو هبة، مع ملاحظة ما ذكر من التفريق بينها اصطلاحاً^(١).

وقد تقدم أن الحكم بجرمة إصدار العملات الافتراضية من جهة مجهولين ومن ثمّ التعامل بها هو من قبيل تحريم الوسائل، لما فيها من محاذير كثيرة تتعلق بالغرر والمخاطرة والجهالة، فإن اجتنبت هذه المفاسد وصدرت عملة افتراضية عن جهة رسمية ضامنة فحينئذ يدور الحكم مع علته وجوداً وعدمًا ويزول المحذور. والكلام على هبة العملات الافتراضية يتفرغ عن هبة المجهول وما فيه غرر من عقود التبرعات، ومن وهب شيئاً من هذه العملات فلن تخرج هبته عن هبة ما فيه غرر وجهالة.

مسألة: هبة المجهول ومدى علاقتها بالعملات الافتراضية:

اختلف الفقهاء في هبة المجهول على النحو الآتي:

فمذهب الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة أنه لا تصح هبة المجهول^(٢).
 وذهب المالكية إلى أن الغرر لا تأثير له في صحة عقد الهبة، بين ابن رشد أنه لا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود، وبالجملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر تصح هبته^(٣).

- (١) ينظر روضة الطالبين (٣٦٤/٥). بدائع الصنائع (١١٩/٦). المجموع (٣٥١/١٦). المغني (٨/٢٤٩). الاختيارات الفقهية، ص ٢٦٤، الشرح الممتع (١١/١٢٨ - ١٣٣).
- (٢) ينظر: المبسوط (٧٤/١٢)، حاشية ابن عابدين (٦٩٢/٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٤٧٠)، روضة الطالبين (٣٧٣/٥)، أسنى المطالب (٤٥٣/٢)، إغاثة الطالبين (٣/١٤٧)، حاشية الجمل (٣/٥٩٦)، الحاوي الكبير (٧/٥٣٤)، الإنصاف (٧/١٣٢)، المبدع (٥/٣٦٦).
- (٣) بداية المجتهد (٢/٣٠٠).

وهو اختيارُ ابنِ تيميةَ من الحنابلة. قال: «وتصحُّ هبةُ المعدومِ كالثمرِ واللبنِ بالسنّة، واشترائطُ القدرةِ على التسليمِ فيه نظرٌ»^(١).

وتقدّم شرحُ قاعدةِ يفتقرُ في التبرعاتِ ما لا يفتقرُ في المعاوضاتِ وبيانُ الفرقِ بينَ عقودِ المعاوضاتِ وعقودِ التبرعاتِ؛ إذ يتوسّعُ في عقودِ التبرعاتِ ما لا يتوسّعُ في عقودِ المعاوضاتِ؛ وذلك لأنَّ عقودَ المعاوضاتِ المقصودُ منها تنميةُ المالِ واستثماره ومبنى ذلك على الحرصِ والمشاحّة؛ لهذا جاءَ المنعُ لما فيه من الغررِ والجهالةِ، بخلافِ عقودِ التبرعاتِ فهي لا تقومُ على تنميةِ المالِ بل على بذلهِ تطوعاً، حيثُ لا عوضٌ فيها؛ لهذا اغتفرَ فيها الغررُ والجهالةُ.

وقد كشف ابنُ رشد عن أن النهي عن بيعِ الغررِ فقط وما معه من عقودِ المعاوضاتِ، أما الهبةُ فتكون على وجهِ المعروفِ والإحسان، ولا يقصدُ بها تقامراً ولا تغابناً^(٢).

ولأنَّ هبةَ المعدومِ يكونُ الموهوبُ له دائراً بين الغنمِ دون الغرمِ، فلا ضررَ على الموهوبِ له فيما لو فاته الموهوبُ، كما سبق بيانه. وتقاس هبةُ العملاتِ الافتراضيةِ على هبةِ المجهولِ والمعدومِ فيما سبق.

والراجحُ - والله أعلم - : صحّةُ هبةِ العملاتِ الافتراضيةِ لما سبق أن تقرّرَ أن تحريمَ هذهِ العملاتِ من تحريمِ الوسائلِ لما فيها من الضررِ والغررِ والمخاطرةِ والجهالةِ، ومثلاً هذا يفتقرُ في التبرعاتِ حتى إنه يصحُّ التبرعُ بالمعدومِ، وتكونُ الهبةُ معلقةً على وجوده، فإن وُجد، ولم يرجع الواهبُ، وقبض الموهوبُ له الهبةُ فقد تمت، وإلا بطلت^(٣). والموهوبُ له عملاتٍ افتراضيةً لا يجوزُ له استدامةُ

(١) الفتاوى الكبرى (٥ / ٤٣٤).

(٢) المقدمات الممهّدة (٢ / ٤١٢ - ٤١٣).

(٣) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (١٨ / ٤٩٦).

الاحتفاظ بها بل يسارعُ إلى استبدالها بما ينفعه مما لا يكونُ غيرَ جائزِ التعاملِ به. وإن كان مستغنياً فليصدقْ بهذا المالِ فهو أبرأ لدينه وعرضه.

الفرع الثاني: الوصيةُ بالعملاتِ الافتراضية:

إن من المتفقِ عليه بينَ الفقهاءِ أنه لا تأثيرَ للغررِ على الوصية، وتجوزُ الوصيةُ بالمعدومِ والمجهولِ؛ لأن الوصيةَ - كما قال ابنُ عابدينَ - لا تمتنعُ بالجهالة، يحتملُ فيها وجوهٌ من الغررِ رفقا بالناسِ وتوسعةً عليهم^(١). وكذلك الحكمُ في الوصيةِ بالمجهول^(٢).

والوصيةُ بالعملاتِ الافتراضيةِ لا مانعٌ منها حيثُ إنها تحققُ المقاصدَ العامةَ للشرعِ ويحصلُ بها الإحسانُ إلى الموصى له، وحكمُ العملاتِ الافتراضيةِ دائرٌ بين حكمِ الأموالِ المحرمةِ أو الأموالِ التي فيها شبهةٌ وما كان هذا حكمه فسيبُله التصدقُ به أو جعله في مصالحِ المسلمين، والوصيةُ من أبوابِ البر، وعلى الموصى له بعد تسلّم وصيته من العملاتِ الافتراضيةِ أن يستبدلها بما فيه منفعةٌ له مما يكونُ أكثرَ أماناً، وإن كان مستغنياً فليصدقْ بهذا المالِ فهو أبرأ لدينه وعرضه.

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥ / ٤١٦، ٤٢٩)، وحاشية الدسوقي (٤ / ٤٣٥)، والفروق للقرافي (١ / ١٥١)، ومغني المحتاج (٣ / ٤٥)، والمهذب للشيرازي (١ / ٤٥٩)، والمغني لابن قدامة (٦ / ٣١، ٥٦، ٥٨، ٦٤).

(٢) اتفق الفقهاء من الحنفية كما في بدائع الصنائع: (٥ / ٦٨)، والبحر الرائق: (٨ / ٤٧٢)، والمالكية كما في المنتقى شرح الموطأ: (٦ / ١٧٤)، والتاج والإكليل (٨ / ٥٣١)، وشرح مختصر خليل، للخرشي: (٨ / ١٨٢)، والشافعية كما في الحاوي، للماوردي: (٧ / ٥٣٨)، والوسيط، للغزالي: (٤ / ٤١٦)، والمجموع شرح المهذب، للنووي: (٩ / ٢٢٩)، والحنابلة كما في الإنصاف، للمرداوي: (٧ / ٢٥٥)، والمبدع، لابن مفلح: (٦ / ٥١) على أن الجهالة لا تضر في الوصية، فمن أوصى بشاة من غنمه، أو بثوب من أثوابه من غير تعيين، أو قال: أوصي لفلان بشيء من مالي، فوصيته صحيحة، ولا تضر جهالة في قدر الموصى به. قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «ولو وصى لمعين إذا فعل فعلاً أو وصى لمطلق موصوف فكل من الوصيتين جائز بانفاق الأئمة فإنهم لا ينازعون في جواز الوصية بالمجهول» الفتاوى الكبرى: (٤ / ٤٩)، ومجموع الفتاوى: (٣١ / ٣٢٠).

المطلب الرابع: قرصُ العملاتِ الافتراضية:

الأصلُ في العملاتِ الافتراضيةِ أنه لا يجوزُ إصدارُها من مجهولين على ما تشتملُ عليه من مفاصدَ ذكرت في المبحثِ الأول، ولذا فإن قرصَ هذه العملاتِ على ما فيها من مخاطرَ وجهالةٍ وغررٍ كبيرٍ يشبهُ المقامرةَ، غالباً ما يحصلُ بسببه ضررٌ كبيرٌ لأحد الطرفين، فإذا تمَّ إقراضُ هذه العملةِ فانتفعَ بها المقرضُ وكانت الوحدةُ منها تساوي مثلاً ١٠٠٠ دولار ثم عند السدادِ كانت تساوي نصفَ هذا المبلغِ أو تضاعفَ سعرُها كيف سيكونُ السدادُ مع عملةٍ وهميةٍ معماةٍ شديدةِ التقلبِ؟!

لكن كما تقدمَ إن تحريمَ هذه العملاتِ هو من تحريمِ الوسائلِ وما كان كذلك فإنه يباحُ للحاجة، وللضرورة من بابِ الأولى، فمن كان محتاجاً ولم يجدْ من يقرضه إلا بهذه العملةِ، أو كان في مكانٍ لا يستطيعُ إيصالَ المالِ إليه إلا من خلالِ تحويله بهذه العملاتِ، فينبغي أن ينظرَ إلى قيمةِ هذه العملاتِ فتربطُ بقيمتها من الذهبِ أو مجموعةِ (سلة) عملاتٍ أكثرَ ثباتاً أو تربطُ بمستوى الأسعار^(١).

وهذا لا شكَّ أقربُ إلى العدلِ وأبعدُ من الظلمِ ومن وقوعِ ضررٍ على المقرضِ أو المقرضِ، ومراعاةُ هذه الاحتياطاتِ أدعى إلى اطمئنانِ المقرضِ إلى عدمِ تضرره من الإقراضِ فتطيبُ نفسه، ويطمئنُ قلبه، فيتطوعُ بالإقراضِ ويبدلُ منفعةَ المالِ مدةَ القرضِ آمناً ضياعَ قيمةِ ماله ويطمئنُ المقرضُ أنه يدفعُ قيمةَ ما أخذَ ولا يخافُ تقلباتِ العملةِ الافتراضيةِ إلى أضعافٍ كما هو الغالبُ على حالها من كثرةِ التقلبات. والله أعلم.

(١) إن علماء الاقتصاد . لما رأوا ما يترتب على تقلب أسعار العملات من اختلال كبير في معاملات الناس وعقودهم والتزاماتهم، لا سيما في التقلب المفرط والمتسارع في قيمة العملات . سعوا في البحث عن الوسائل التي يقاس بها تذبذب أسعار العملات؛ ليعرف قدر النقص الحاصل أو الزيادة الحاصلة من جراء ارتفاع أو انخفاض قيمة النقود الشرائية التبادلية الذي تسبب في رفع المستوى العام لأسعار السلع والخدمات. فوجدوا في الأرقام القياسية أداة علمية ملائمة لقياس معدل التضخم النقدي، وتغيرات قيمة النقود الشرائية التبادلية. وقد عرف الربط القياسي (تثبيت القوة الشرائية للدخول والديون)) نحو نظام نقدي عادل للدكتور شايرا ص (٥٦)، والتضخم النقدي لخالد المصلح ص ٢٦٢.

الخاتمة

الحمد لله الذي [لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ لَهُ الْحَمْدُ فِي الْأُولَى وَالْآخِرَةِ وَلَهُ الْحُكْمُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ] [القصص: ٧٠]، والصلاة والسلام على نبينا محمد ﷺ، وبعد ،،،

فإن التعاملَ بعملةٍ افتراضيةٍ يصدرها أشخاصٌ مجهولو الهوية، ويتمُّ تبادلُها بأسماءٍ مستعارةٍ وغيرِ حقيقية، في ظلِّ عدمِ وجودِ أيِّ سلطةٍ ماليةٍ تراقبُها، يفتحُ البابَ على مصراعيه أمامَ استخدامِها في العملياتِ غيرِ القانونيةِ والمشبوهةِ كغسيلِ الأموال، أو سدادِ قيمةِ تجارةِ المخدراتِ، أو تحويلِ أموالٍ ناتجةٍ عن عملياتِ الجريمةِ المنظمةِ، وهي بذلك تساهمُ في زيادةِ الأنشطةِ الإجراميةِ في العالمِ، كما أنها قد تؤدي إلى مزيدٍ من عملياتِ النصبِ والاحتيالِ المالي، هذا بالإضافة إلى مخاطرها الاقتصاديةِ المتمثلةِ في تهديدِ الاستقرارِ النقدي العالمي^(١).

وبعد أن انتهيت من إعداد هذا البحث المتواضع بفضل الله عز وجل وتوفيقه حتى وصل إلى ما أراه الله لي وظهر على هذا الوجه، فقد بدا لي من خلال هذه الدراسة عدة نتائج أوجزها فيما يأتي:

١ - النقودُ ليس لها حدُّ طبيعيٌّ ولا شرعيٌّ بل مرجعُ ذلك إلى العادةِ والاصطلاحِ والرواجِ، وأن كلَّ شيءٍ يلقي قبولا عاماً، كوسيطٍ وعلى أيِّ حالٍ يكونُ فإنه يعدُّ نقداً، مهما كان ذلك الشيءُ.

٢- العملاتُ الافتراضيةُ المشفرةُ مبنيةٌ على تقنيةٍ جديدة، تسمى سلسلة الكتل block chain، وهي تمثلُ نقلةً نوعيةً في تقنيةِ المعلوماتِ وتشفيرها.

٣ - العملاتُ الافتراضيةُ كثيرةُ المخاطرِ عظيمةُ الغررِ يكتنفها الغموضُ وتتضمنُ الجهالةَ والإصدارَ الأوليَّ يتم من خلالِ إصدارِ رقمٍ افتراضيٍّ موهومٍ (١) ينظر: البيتكوين عملة افتراضية آمنة لغسيل الأموال والأعمال المشبوهة، حسام الدين العطار: www.sasapost.com

من مجهولين، ثم يحصلون مقابلته على أموال الناس، ويعدُّ هذا وغيره من أسبابٍ تحريم جمهور المعاصرين التعامل بها.

٤- من أدلة المجيزين أن الأصل في المعاملات الحل، وليس هناك مانع من استحداث نقودٍ أو آلياتٍ للدفع والتسوية بحسب ما يحقق المصلحة إذا تحققت المصالح واجتنبت المحظورات ومنها الغرر والمخاطر.

٥- لا مانع أن تباح العملات الافتراضية إذا حصل لهما رواجٌ وأصبحت هي الوسيط للتبادل، وقيست بها قيم السلع، وأقرتها الحكومات وأصبحت لها جهات ضامنة وكان لها غطاء من النقدين، فإنها تأخذ أحكام الأوراق النقدية وتعطى نفس الأحكام التي أعطيت للأوراق النقدية.

وتظل ممنوعة حتى توجد تلك الضوابط يمنع التعامل بعملة افتراضية يصدُرُها أشخاص مجهولو الهوية، ويتمُّ تبادلها بأسماءٍ مستعارةٍ وغير حقيقية، في ظلِّ عدم وجود أي سلطةٍ ماليةٍ تراقبها، وهذا يفتح الباب على مصراعيه أمام استخدامها في عمليات غسل الأموال، أو سداد قيمة تجارة المخدرات، أو تحويل أموال ناتجة عن عمليات الجريمة المنظمة، وهي بذلك تساهم في زيادة الأنشطة الإجرامية في العالم، كما أنها قد تؤدي إلى مزيدٍ من عمليات النصب والاحتيال المالي، هذا بالإضافة إلى مخاطرها الاقتصادية المتمثلة في تهديد الاستقرار النقدي العالمي.

٦- من مقتضيات قاعدة (يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات) قبول العملات الافتراضية في أبواب التبرعات كالصدقة والهبة والوقف. وإن منع منها في أبواب المعاوضات.

٧- وقد اتفق العلماء على أنه لا يجوز التصرف بالوقف بالاستبدال والتغيير عند عدم وجود مصلحة في ذلك، فإن كانت هناك مصلحة راجحة متحققة فالراجح

من أقوال العلماء أنه يمكن استبدال الوقف بما يعود نفعه على الأمة والموقف عليهم. ويصح وقف العملات الافتراضية وعلى راعي الوقف أن يغيرها إلى عملات أفضل وأكثر نفعًا.

التوصيات:

وفي نهاية هذا البحث المتواضع أوصي بما يأتي:

١- ضرورة اتباع أسلوب التنظيم وعدم الاكتفاء بالتجريم بالنسبة للتعامل مع العملات الافتراضية، وضرورة أن تعنى الهيئات الشرعية والاقتصادية بدراسة هذه الظاهرة وبيان سبل توقي مخاطرها وكيفية الاستفادة من مميزاتهما.

٢- وأوصي بأن تجتمع المجمع الفقهي لبحث مشكلة العملات الافتراضية وتصدر قرارًا بحكمها الشرعي نابعًا عن اجتهاد جماعي.

٣- وأوصي بضرورة إيجاد عملة افتراضية رسمية موحدة تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي تتمتع بحماية قانونية.

الفهارس:

فهرس المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: المصادر والمراجع:

١. أبحاث فقهية في قضايا الزكاة د. محمد نعيم ياسين، دار النفائس للنشر والتوزيع (٢٠١٠).
٢. الأصل المعروف بالمبسوط-المؤلف: أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (المتوفى: ١٨٩هـ)-المحقق: أبو الوفا الأفغاني-الناشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي.
٣. الأم-الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلب القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)-الناشر: دار المعرفة - بيروت-سنة النشر: ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.
٤. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني-المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)-المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود-الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان-الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
٥. الإبهاج في شرح المنهاج، تأليف تقي الدين السبكي وابنه تاج الدين، دار الكتاب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى - ١٤٠٤هـ.
٦. آثار التضخم على العلاقات التعاقدية في المصارف الإسلامية والوسائل المشروعة للحماية. للدكتور: رفيق المصري، دار المكتبي، الطبعة الأولى، عام (١٤٢٠هـ).
٧. آثار التغيرات في قيمة النقود وكيفية معالجتها في الاقتصاد الإسلامي. تأليف الدكتور: موسى آدم عيسى، مجموعة دلة البركة، الطبعة الأولى، عام (١٤١٤هـ).
٨. الآثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الإلكترونية، محمد إبراهيم الشافعي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة ٤٧ يوليو ٢٠٠٥م.

٩. أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لابن دقيق العيد المتوفى سنة ٧٠٢هـ، ط دار الكتب العلمية بيروت.
١٠. أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي، لستر الجعيد، دار الجعيد، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٣ هـ.
١١. الأحكام السلطانية: لعلي بن مُحَمَّد بن حبيب الماوردي (ت ٤٥٠هـ)، وبهامشه أقباس الأنام في تخريج أحاديث الأحكام، بغداد، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م- دار الكتب العلمية بيروت، ط١، ١٣٩٨هـ.
١٢. إحكام الفصول في أحكام الأصول: للباقي (ت ٤٧٤هـ)، تحقيق: عبد الله الجبوري، مؤسسة الرسالة. الرباط، الطبعة الأولى، ١٩٨٩م.
١٣. إحياء علوم الدين الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ) الناشر: دار المعرفة - بيروت.
١٤. الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي- د. الصديق محمد الأمين الضير- ط دار الجبل بيروت - الطبعة الثانية 1410هـ.
١٥. الاختيار لتعليل المختار: لابن مودود الموصلبي (ت ٦٨٣هـ)، تعليق: الشَّيْخ مُحَمَّد أبي دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
١٦. الاختيارات الفقهية، من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية- اختارها العلامة علاء الدين أبو الحسن على بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي المتوفى سنة ٨٠٣هـ- تحقيق الشيخ محمد حامد الفقي الناشر: دار المعرفة، بيروت.
١٧. الذخيرة- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)-المحقق:-جزء 1، 8، 13: محمد حجي-جزء 2، 6: سعيد أعراب-جزء 3 - 5، 7، 9 - 12: محمد بو خبزة-الناشر: دار الغرب الإسلامي- بيروت- الطبعة: الأولى، 1994 م.
١٨. أدب القاضي، علي بن محمد بن حبيب، أبو الحسن الماوردي مكتبة العاني - بغداد ١٩٧٢م.
١٩. الإسلام والنقود. للدكتور رفيق المصري، مركز النشر العلمي في جامعة الملك عبد العزيز، الطبعة الثانية، عام (١٤١٠هـ).
٢٠. أسنى المطالب في شرح روض الطالب المؤلف: شيخ الإسلام زكريا الأنصاري دار

- النشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، تحقيق: د. محمد محمد تامر - ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٠ م.
٢١. أسنى المطالب في شرح روض الطالب وبهامشه حاشية الرملي تجريد الشوبري.
٢٢. أسهل المدارك إلى فقه الإمام مالك: جمعه أبو بكر بن حسن الكشناوي، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت - لبنان.
٢٣. الأشباه والنظائر، تأليف: ابن نجيم الحنفي (مع حاشية ابن عابدين) تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ.
٢٤. الأشباه والنظائر عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١ هـ) الناشر: دار الكتب العلمية-الطبعة: الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م.
٢٥. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن / محمد الأمين الشنقيطي؛ تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢، ١٤٢٧ هـ، ٢٠٠٦ م.
٢٦. إغاثة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين-عثمان بن محمد شطا، أبو بكر البكري الدمياطي الشافعي دار الكتب العلمية-٢٠٠١ م.
٢٧. إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل للنشر والتوزيع بيروت.
٢٨. اقتصاديات النقود والبنوك، تأليف الدكتور: محمد الرزاز، الناشر: دار الثقافة العربية، سنة (١٩٩٥ م).
٢٩. الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف، تأليف ولي الله الدهلوي ط ١٣٨٢، دار النفائس بيروت.
30. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف-علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي دمشقي الصالحي-الحنبلي (المتوفى: 885 هـ)- دار إحياء التراث العربي-الطبعة: الثانية - بدون تاريخ-عدد الأجزاء: 12.
٣١. أنيس الفقهاء. الشيخ: قاسم القونوي، تحقيق الدكتور: أحمد بن عبدالرزاق الكبيسي، دار الوفاء، السعودية، جدة، الطبعة الأولى (١٤٠٦ هـ).
٣٢. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.
٣٣. البحر المحيط في أصول الفقه، لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، ت ٧٩٤،

- تحرير الدكتور عمر الأشقر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت.
٣٤. بحوث في الاقتصاد الإسلامي - عبد الله بن سليمان المنيع-ط المكتب الإسلامي
١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.
٣٥. بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، للدكتور عمر الأشقر وزملائه، دار
النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ.
٣٦. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد
القرطبي (ت ٥٩٥هـ)، دار الفكر . بيروت، وأيضاً دار الحديث القاهرة ٢٠٠٤م.
٣٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني
الحنفي، المتوفى سنة ٥٨٧ هـ، دار المعرفة بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠.
٣٨. البرهان في أصول الفقه: لإمام الحرمين الجويني (ت ٤٧٨هـ)، تحقيق: د. عبد
العظيم محمود الديب، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة - مصر، الطبعة الثانية
(١٤١٨هـ-١٩٩٧م).
٣٩. البناية في شرح الهداية لمحمود بن أحمد بن موسى بن أحمد، أبو محمد العيني
الحنفي، بدر الدين- دار الفكر- ١٩٩٠م - ١٤١٠هـ
٤٠. البهجة في شرح التحفة. لأبي الحسن التسولي، دار الرشد الحديثة، الدار البيضاء
(١٤١٢هـ).
٤١. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة-المؤلف: أبو الوليد
محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)-حققه: د محمد حجي وآخرون-الناشر:
دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان- الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
٤٢. تاج العروس من جواهر القاموس للسيد محمد مرتضى بن محمد الحيني الزبيدي
(ت: ١٢٠٥هـ) اعتنى به ووضع حواشيه الدكتور عبد المنعم خليل إبراهيم والأستاذ كريم سيد
محمد محمود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٧م.
٤٣. التاج والإكليل على مختصر خليل، للشيخ محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمؤاق،
المتوفى سنة ٨٩٧ هـ، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان.
٤٤. تاريخ الأمم والملوك، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي،
تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية-بيروت- ط١، ١٩٩٢م.
٤٥. تاريخ بغداد وذيوله، الخطيب البغدادي، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار

- الكتب العلمية - بيروت - ط ١، ١٤١٧ هـ.
٤٦. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية التلبي المؤلف: عثمان بن علي بن محجن الباري، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣ هـ) الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ.
٤٧. التجريد للقدوري: أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري (المتوفى: ٤٢٨ هـ)، دار السلام - القاهرة الطبعة: الثانية، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.
٤٨. التحرير شرح التحرير في أصول الفقه. لعلاء الدين المرادوي (ت ٨٨٥ هـ)، تحقيق الدكتور: عبد الرحمن الجبرين، والدكتور: أحمد السراح، والدكتور: عوض القرني، مكتبة الرشد. الرياض، الطبعة الأولى، عام ١٤٢١ هـ. ٢٠٠٠ م.
٤٩. التحرير شرح التحرير في أصول الفقه. للعلامة علي بن سليمان المرادوي، تحقيق: عوض بن محمد القرني، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، عام (١٤٢١ هـ).
٥٠. تحرير ألفاظ التنبيه. تأليف: يحيى بن شرف الدين النووي، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، عام (١٤٠٨ هـ).
٥١. تحفة المحتاج بشرح المنهاج. للشيخ: عبد الحميد الشرواني، والشيخ: أحمد بن قاسم العبادي، دار إحياء التراث.
٥٢. تحقيق مناط النقد الشرعي على العملات الرقمية، د. وليد مصطفى شاويش، بحث على موقعه الشخصي.
٥٣. التضخم النقدي في الفقه الإسلامي، لخالد المصلح، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٧ هـ.
٥٤. التطبيق المعاصر للزكاة، للدكتور شوقي شحاتة، دار الشروق، الطبعة الأولى، سنة ١٣٩٧ هـ.
٥٥. التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان البركتي، دار الكتب العلمية ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م.
٥٦. التعليق الحاوي لبعض البحوث على شرح الصاوي على الشرح الصغير، طبع في مطبعة الحلبي بمصر.
٥٧. تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية: مفهومه، أسبابه، آثاره، علاجه، أحكامه: دراسة فقهية مقارنة. هائل عبد الحفيظ يوسف داود. الأردن - الجامعة الأردنية، ١٩٩٢.

٥٨. تفسير البغوي (معالم التنزيل): للحسين بن مسعود البغوي (ت ٥١٦هـ)، تحقيق: عبْد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
٥٩. تفسير القرطبي المسمى: «الجامع لأحكام القرآن»، لمحمد بن أحمد القرطبي ت ٦٧١هـ دار الكتب المصرية، ودار الشعب.
٦٠. تكملة المعاجم العربية، رينهارت بيتر أن دُوزي، نقله إلى العربية وعلق عليه: محمَّد سليم النعيمي، وجمال الخياط، وزارة الثقافة والإعلام - بغداد - ط١، من ١٩٧٩ - ٢٠٠٠م.
٦١. تكملة فتح الملهم بشرح صحيح الإمام مسلم، محمد تقي العثماني اسم المحقق: دار النشر: مكتبة دار العلوم.
٦٢. تنوير الحوالك شرح موطأ مالك: للسيوطي (ت ٩١١هـ)، دار الندوة الجديدة، بيروت - لبنان.
٦٣. تهذيب الفروق. للشيخ محمد علي بن المرحوم، وهو مطبوع مع كتاب الفروق للقرافي دار المعرفة، لبنان.
٦٤. التوجيه الشرعي للتعامل بالعملات الافتراضية، منير ماهر أحمد، البتكوين نموذجاً. مجلة بيت المشورة، ٢٠١٨م.
٦٥. الجامع الصحيح (صحيح مسلم): مسلم بن الحجاج (ت ٢٦١ هـ)، تحقيق وترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة.
٦٦. جريمة غسل الأموال في الفقه الإسلامي عطية فياض، دار النشر للجامعات، ٢٠٠٤م.
٦٧. حاشية البجيرمي على منهج التجريد لنفع العبيد: للشيخ سليمان بن عمر بن مُحَمَّد، مكتبة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة، الطبعة الأخيرة، ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م.
٦٨. حاشية البناني (شرح الفتح الرباني) على شرح المحلي لجمع الجوامع. للشيخ عبد الرحمن بن جادالله البناني (ت ١١٩٨هـ)، دار الفكر. بيروت، طبعة عام ١٤٠٢هـ. ١٩٨٢م.
٦٩. حاشية الجمل على شرح المنهج. للشيخ زكريا الأنصاري، دار الفكر.
٧٠. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للشيخ محمد عرفة الدسوقي، دار الفكر.
٧١. حاشية المدني. تأليف علي كنون المدني، مطبوع بهامش حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، عام (١٩٧٨م).
٧٢. حاشية رد المحتار على الدر المختار: محمد أمين (ابن عابدين)، دار الفكر بيروت،

ط٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م

٧٣. الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الجواد، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى سنة ١٤١٤ هـ.

٧٤. حكم الأوراق النقدية - لجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي المحقق: بدون الناشر: دار الفكر - بيروت الطبعة: بدون سنة الطبع: ١٤١٥ هـ.

٧٥. درر الحكام شرح مجلة الأحكام. لعلي حيدر، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٠هـ).

٧٦. الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية. للشيخ: عمر بن عبد العزيز المتراك، دار العاصمة، الرياض، النشرة الأولى (١٤١٤هـ).

٧٧. رد المختار على الدر المختار، المعروف بحاشية ابن عابدين، ت ١٢٥٢هـ، ط ٢ مصطفى البابي الحلبي وإخوانه ١٣٨٦هـ.

78. روضة المحبين ونزهة المشتاقين - محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ) - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان - الطبعة: 1403هـ/1983م - عدد الأجزاء: 1.

٧٩. الرسالة للإمام المطلبي محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق أحمد محمد شاكر، المكتبة العلمية - بيروت.

٨٠. روضة الطالبين وعمدة المفتين يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن محمد بن جمعة بن حزام، أبو زكريا النووي، الدمشقي، الشافعي، محيي الدين المكتبة الإسلامي ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.

٨١. زاد المعاد في هُدي خير العباد. المؤلف: محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية المحقق: الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢م.

٨٢. زكاة المال الحرام، للدكتور عبد الوهاب أبو سليمان، ضمن أبحاث الندوة الرابعة لقضايا الزكاة المعاصرة.

٨٣. زيف النقود الإسلامية. تأليف الدكتور ضيف الله الزهرني، مطابع الصفاء، مكة، الطبعة الأولى، عام (١٤١٣هـ).

٨٤. سد الذرائع. محمد هشام البرهاني. الصف التصويري: دار الفكر - دمشق.
٨٥. سنن البيهقي الكبرى: لأحمد بن الحسين البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز: مكة المكرمة، د. ط، ١٤١٤هـ.
٨٦. سنن الدارقطني، لعلي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يمانى المدني، دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦ هـ.
٨٧. سير أعلام النبلاء / شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي؛ تحقيق: جماعة بإشراف شعيب الأرنؤوط، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٣، ١٤٠٥ هـ.
٨٨. شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لعبد الحي بن أحمد بن محمد العكبري الحنبلي، دار بن كثير، دمشق، ١٤٠٦ هـ، الطبعة الأولى، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، محمود الأرنؤوط.
٨٩. شذور العقود في ذكر النقود. تأليف أحمد بن علي المقريزي، تحقيق محمد عبد الستار عثمان، مطبعة الأمانة، الطبعة الأولى، عام (١٤١٠هـ).
٩٠. شرح الخرشني على مختصر أبي الضياء خليل - محمد بن عبد الله بن علي، أبو عبد الله الخرشني المالكي دار الفكر.
٩١. شرح القواعد الفقهية. للشيخ أحمد الزرقا، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، عام (١٤٠٣هـ).
٩٢. شرح الكوكب المنير لابن النجار، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى (المتوفى: ٩٧٢هـ) المحقق: محمد الزحيلي ونزيه حماد الناشر: مكتبة العبيكان الطبعة: الثانية ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٩٣. الشرح الممتع على زاد المستنقع العثيمين: محمد بن صالح بن محمد، دار النشر: دار ابن الجوزي الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ - ١٤٢٨هـ.
٩٤. شرح الموطأ: للإمام الباجي (ت ٤٩٤هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٣٣٢ هـ.
٩٥. شرح حدود ابن عرفة: محمد الأنصاري الرصاع أبو عبد الله؛ المحقق: محمد أبو الأجباف - الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٣م.
٩٦. شرح مختصر خليل: محمد الخرشني، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٧هـ.
٩٧. شرح منتهى الإرادات البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن

- إدريس الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ) الناشر: عالم الكتب الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٩٨. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. الجوهري أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ) تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة: الرابعة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
٩٩. صحيح البخاري للإمام محمد بن إسماعيل البخاري المطبوع مع فتح الباري لابن حجر، طبعة دار المطبعة السلفية، نشر دار الريان للتراث، الثالثة ١٤٠٧هـ.
١٠٠. ضوابط الثمن وتطبيقاته في عقد البيع - سمير عبد النور، دار النشر. دار كنوز إشبيليا.
١٠١. طبقات الشافعية الكبرى: تأليف: تاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي، دار النشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع - ١٤١٣هـ، الطبعة الثانية، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي، د. عبدالفتاح محمد الحلو.
١٠٢. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن قيم الجوزية، تحقيق: بشير محمد عيون. مكتبة المؤيد، الطائف، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (١٤١٠).
١٠٣. العدة في أصول الفقه محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، أبو يعلى البغدادي، الحنبلي دار الكتب العلمية ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٢م.
١٠٤. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، حميد بن محمد لحر، ١٤٢٣ - ٢٠٠٣م.
١٠٥. العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية. تأليف محمد أمين بن عابدين، دار المعرفة.
١٠٦. العملات الافتراضية حقيقتها وأحكامها الفقهية، ياسر آل عبد السلام، دار الميمان للطباعة والنشر والتوزيع (٢٠١٨م).
١٠٧. العملات الرقمية والأخطار المحدقة د. أحمد عبد العزيز الحداد، صحيفة الإمارات اليوم.
١٠٨. العناية في شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين، أبو عبد الله الرومي البابرقي، دار الكتب العلمية ١٩٩٥م.
109. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر-المؤلف: أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (المتوفى: 1098هـ)-الناشر: دار الكتب العلمية-الطبعة: الأولى، 1405هـ - 1985م.

١١٠. غياث الأمم في التياث الظلم، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، أبو المعالي الجويني، إمام الحرمين مكتبة إمام الحرمين ط٢ ١٤٠١هـ.
١١١. الفتاوى السعدية، للشيخ عبد الرحمن الناصر السعدي، المتوفى سنة ١٣٧٦ هـ، مطبعة دار الحياة، الطبعة السابعة، سنة ١٣٨٨ هـ.
١١٢. الفتاوى الكبرى الفقهية، لابن حجر الهيتمي، دار صادر، بيروت.
١١٣. الفتاوى الكبرى، ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ)، دار المعرفة، بيروت، لبنان الطبعة: ١٣٩٧هـ/١٩٧٨م.
١١٤. الفتح الرباني بترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، للساعاتي أحمد بن عبد الرحمن بن محمد البنا الساعاتي، المتوفى سنة ١٣٧٨هـ مطبوع مع شرحه بلوغ الأماني.
١١٥. فتاوى ابن الصلاح، المؤلف: عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح (المتوفى: ٦٤٣هـ)، المحقق: د. موفق عبد الله عبد القادر-الناشر: مكتبة العلوم والحكم، عالم الكتب - بيروت- الطبعة: الأولى، ١٤٠٧.
١١٦. فتح العزيز في شرح الوجيز، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسين، أبو القاسم الرفاعي القزويني، دار الفكر.
١١٧. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: محمد بن أحمد عlish، دار المعرفة بيروت.
١١٨. فتح القدير، كمال الدين بن عبد الواحد بن الهمام، ط دار الفكر - ط٢ - دت.
١١٩. فيض الباري على صحيح البخاري، (أمالى) محمد أنور شاه بن معظم شاه الكشميري الهندي ثم الديوبندي (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، المحقق: محمد بدر عالم الميرتهى، أستاذ الحديث بالجامعة الإسلامية بداهيل (جمع الأمالي وحررها ووضع حاشية البدر الساري إلى فيض الباري)، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥م.
١٢٠. الفروع على الأصول، تأليف: أبي عبد الله التلمساني، تحقيق: عبد الوهاب بن عبد اللطيف، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٠٣هـ.
١٢١. قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي، للدكتور علي القرّة داغي، الناشر: العرب، الطبعة الأولى، عام (١٤١٣هـ).
١٢٢. قراءات في الاقتصاد الإسلامي، إعداد مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز، عام (١٤٠٧هـ).

١٢٣. قصد السبيل فيما في اللغة العربية من الدخيل، للعلامة محمد الأمين بن فضل الله المحبي، تحقيق الدكتور عثمان الصيني، مكتبة التوبة، الرياض، الطبعة الأولى، عام (١٤١٥هـ).

١٢٤. القواعد الفقهية والضوابط الجزئية، لمحمد عثمان شبير، دار النفائس، عمان الأردن: ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧ م.

125. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة- د. محمد مصطفى الزحيلي. دار الفكر - دمشق - الطبعة: الأولى، 1427 هـ - 2006 م- عدد الأجزاء: 2.

١٢٦. القواعد النورانية الفقهية، ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبدالحليم بن عبدالسلام، المحقق: د. أحمد بن محمد الخليل - الناشر: دار ابن الجوزي.

القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه- المؤلف: محمد حسن عبد الغفار- مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية- <http://www.islamweb.net>

القوانين الفقهية- أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى: 741هـ) عدد الأجزاء: 1.

١٢٧. الكافي، للإمام الموفق أبي محمد بن قدامة المقدسي، المتوفى سنة ٦٢٠ هـ، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات في دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ.

١٢٨. الكافي في فقه أهل المدينة، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)-المحقق: محمد محمد أحميد ولد ماديك الموريتاني-الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية-الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م-عدد الأجزاء: ٢.

١٢٩. كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع، لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي-المؤلف: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ)-المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي-الناشر: مؤسسة الرسالة-الطبعة: الأولى ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

١٣٠. كتاب وقائع المؤتمر الذي نظّمته كلية الشريعة والدراسات الإسلامية- جامعة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة- يومي الثلاثاء والأربعاء ١٦، ١٧ إبريل ٢٠١٩م.

١٣١. كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي، منصور بن يونس بن إدريس تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الناشر دار الفكر سنة النشر ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.
١٣٢. الكليات الفقهية للمقري، محمد بن الهادي أبو الأجنان، الدار العربية للكتاب، ١٩٩٧م.
١٣٣. لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، الطبعة الثانية، ١٤١٢ هـ.
١٣٤. المبدع، في شرح المقنع، لابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المتوفى سنة ٨٨٤هـ نشر المكتب الإسلامي ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.
١٣٥. المبسوط للسرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.
١٣٦. المبسوط، للإمام شمس الأئمة أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، دار المعرفة بيروت، لبنان سنة ١٤٠٩ هـ.
١٣٧. مجموع الفتاوى، ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ). دار الوفاء الطبعة: الثالثة، ١٤٢٦ هـ / ٢٠٠٥م، وكذلك طبعة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية ١٤١٦هـ-١٩٩٥م
١٣٨. المجموع شرح المهذب، للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد - السعودية.
١٣٩. مختصر اختلاف العلماء، لأبي جعفر الطحاوي، تحقيق: عبدالله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، لبنان، الطبعة الأولى، عام (١٤١٦هـ).
١٤٠. المخصص، لأبي الحسن علي بن إسماعيل المعروف بابن سيده، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.
١٤١. مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب (المتوفى: ٧٥١هـ) دار الكتاب العربي - بيروت الطبعة: الثالثة، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦م.
١٤٢. التلقين في الفقه المالكي-المؤلف: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: ٤٢٢هـ)-المحقق: أبي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني- الناشر: دار الكتب العلمية-الطبعة: الأولى ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
١٤٣. المدونة الكبرى رواية سحنون عن مالك، مطبعة الاستقامة بالقاهرة، سنة ١٣٢٣هـ،

- وأيضاً طبعة دار الكتب العلمية-الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
١٤٤. مشمولات مصرف في سبيل الله بنظرة فقهية معاصرة، للدكتور عمر الأشقر، ضمن أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة، دار النفائس، الطبعة الثانية ١٤٢٠ هـ.
١٤٥. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المكتبة العلمية - بيروت.
١٤٦. المصرفية الإسلامية السياسة النقدية، للدكتور يوسف كمال، دار الوفاء، الطبعة الثانية، عام (١٤١٦ هـ).
١٤٧. معالم القرية في أحكام الحسبة. تأليف محمد بن محمد بن أحمد القرشي، اعتنى به: روبن ليوي، مكتبة المتنبّي، القاهرة.
١٤٨. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي. تأليف الدكتور: محمد عثمان شبير، دار النفائس، الطبعة الثالثة، عام (١٤١٩ هـ).
١٤٩. المعاملات المالية أصالة ومعاصرة - ديبان بن محمد الديبان - مكتبة الملك فهد الوطنية - الرياض - السعودية - ط٢ عام ١٤٣٢ هـ.
١٥٠. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى-المؤلف: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: 1243 هـ)-الناشر: المكتب الإسلامي-الطبعة: الثانية، 1415 هـ - 1994 م.
١٥١. معجم البلدان: ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي (ت ٦٢٦ هـ)، تحقيق فريد عبد العزيز الجندي، ط بدون، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
١٥٢. معجم المقاييس في اللغة. لأحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: شهاب الدين أبو عمرو، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٥ هـ).
١٥٣. المعجم الوسيط. قام بإخراجه: إبراهيم مصطفى، أحمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، محمد علي النجار، دار الفكر، بيروت.
١٥٤. معجم لغة الفقهاء. للدكتور محمد رواس قلعجي وحامد قنبيبي، دار النفائس، بيروت، الطبعة الأولى، عام (١٤٠٥ هـ).
١٥٥. معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال. إعداد المحامي نبيه غطاس، مكتبة لبنان، الطبعة الأولى، عام (١٩٨٠ م).
١٥٦. معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، مجمع الفقه الإسلامي، لمجموعة الطباعة

للنشر والتوزيع، بيروت.

١٥٧. معونة أولي النهى شرح المنتهى. لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى الشهير بابن النجار، تحقيق الدكتور: عبد الملك بن عبدالله بن دهيش، دار خضر، لبنان، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ).

١٥٨. المغني . لموفق الدين ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ)، تحقيق الدكتور/ عبد الله التركي، والدكتور عبد الفتاح الطو، دار هجر . القاهرة، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

١٥٩. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، للشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٥ هـ، ١٩٩٤ م.

١٦٠. مفردات ألفاظ القرآن، للراغب الأصفهاني، تحقيق صفوان عدنان داوودي- ط دار القلم - دمشق ٢٠٠٩م.

١٦١. المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، للقرطبي - تحقيق: محي الدين ديب مستو - أحمد محمد السيد - يوسف علي بديوي - محمود إبراهيم يزال - الطبعة الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

١٦٢. المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية، لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد، المتوفى سنة ٥٢٠ هـ تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ.

١٦٣. مقدمة ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد بن خلدون، الطبعة الثالثة، دار نهضة مصر للطبع والنشر، تحقيق د/ علي عبد الواحد وافي.

١٦٤. مقدمة في النقود والبنوك. تأليف الدكتور: محمد زكي شافعي، دار النهضة للطباعة والنشر، الطبعة السابعة.

١٦٥. المنتقى شرح الموطأ: للإمام الباجي (ت ٤٩٤هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٣٣٢ هـ.

١٦٦. المنثور في القواعد: لمحمد بن بهادر الزركشي (ت ٧٩٤هـ)، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمّود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥ هـ.

١٦٧. منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عليش، طبعة دار الفكر.

١٦٨. المهذب للشيرازي تأليف أبو إسحاق الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦هـ، مطبعة عيسى البابي الحلبي القاهرة.

169. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل-المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي (المتوفى: 954هـ)-الناشر: دار الفكر - الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م.
170. مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون (٢٠٠٣: العين، الإمارات العربية المتحدة) جامعة الإمارات العربية المتحدة.
171. الموسوعة العربية الميسرة، مجموعة من العلماء والباحثين، المكتبة العصرية - بيروت- ط١، ١٤٣١هـ، ٢٠١٠م.
172. الموسوعة الفقهية الكويتية - صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت عدد الأجزاء: 45 جزءا- الطبعة: (من 1404 - 1427 هـ) الأجزاء 1 - 23: الطبعة الثانية، دار السلاسل - الكويت-الأجزاء 24 - 38: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة - مصر-الأجزاء 39 - 45: الطبعة الثانية، طبع الوزارة.
173. موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، علي السالوس، مكتبة دار القرآن.
174. موسوعة القواعد الفقهية، للشيخ محمد صدقي البورنو، مكتبة التوبة، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ.
175. موسوعة المصطلحات الاقتصادية والإحصائية. للدكتور عبد العزيز هيكل، دار النهضة العربية، لبنان، الطبعة الثانية، عام (١٤٠٦هـ).
176. نحو نظام نقدي عادل (دراسة للنقود والمصارف والسياسة النقدية في ضوء الإسلام) للدكتور محمد عمر شابرا، ندوة ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغيير الأسعار.
177. نظرية التقييد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء - محمد الزوكي، طبعة كلية الآداب، الرباط، ١٩٩٤ م.
178. نظرية العقد في الفقه الإسلامي، عصمت عبد المجيد بكر، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٩م.
179. النقد الافتراضي، إبراهيم بن أحمد يحيى مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة- جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
180. النقود الافتراضية مفهومها وأنواعها وآثارها الاقتصادية بحث من إعداد د. عبد الله بن سليمان بن عبد العزيز، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة جامعة عين شمس.

١٨١. النقود الائتمانية دورها وآثارها في اقتصاد إسلامي، لإبراهيم العمر، دار العاصمة، الرياض، الطبعة الأولى، عام (١٤١٤هـ).
١٨٢. النقود العربية وعلم النُمَيَات، للكرملي البغدادي - المطبعة العصرية - القاهرة ١٩٣٩م.
١٨٣. النقود واستبدال العملات، للدكتور علي السالوس، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، عام (١٤٠٥هـ).
١٨٤. النقود والبنوك الإلكترونية في ظل التقنيات الحديثة، مصطفى يوسف كافي، دار رسلان للطباعة والنشر والتوزيع سنة النشر: ٢٠١١م.
١٨٥. النقود والبنوك والعلاقات الاقتصادية الدولية. تأليف الدكتور: صبحي قريصة، والدكتور: مدحت العقاد، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، عام (١٩٨١م).
١٨٦. النقود والبنوك والعلاقات الدولية، مصطفى رشدي شيحة، ط الدار الجامعية الإسكندرية، ١٩٨٠م.
١٨٧. النقود والصيرفة، عبد النعيم مبارك ط الدار الجامعية، ١٩٩٨م.
١٨٨. النقود والمصارف في النظام الإسلامي. للدكتور عوف الكفراوي، دار الجامعات المصرية، الاسكندرية.
١٨٩. النقود ودور الضرب في الإسلام في القرنين الأوليين. تأليف الدكتور إبراهيم رحاحلة، مكتبة مدبولي، القاهرة، الطبعة الأولى، عام (١٩٩٩م).
١٩٠. النقود وظائفها الأساسية وأحكامها الشرعية. لعلاء الدين محمود زعتري، الطبعة الأولى، عام (١٤١٧هـ). الاقتصاد الإسلامي مصادره وأسسها. للدكتور: حسن على الشاذلي، دار الاتحاد العربي للطباعة عام (١٣٩٩هـ).
١٩١. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين، شمس الدين المنوفي الأنصاري الرملي، دار الفكر - لبنان ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤م.
١٩٢. النوازل الصغرى، محمد المهدي بن محمد بن الخضر بن قاسم، أبو عيسى العمراني الوزاني الفاسي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في المملكة المغربية ١٤١٢ / هـ، ١٩٩٢م.
١٩٣. الورق النقدي حقيقته وتاريخه وقيّمته وحكمه. للشيخ عبد الله بن منيع، مطابع الرياض، الطبعة الأولى، عام (١٣٩١هـ).

١٩٤. الوسيط في المذهب، للغزالي، وزارة الأوقاف الإسلامية، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ.
١٩٥. وظائف وشروط النقود ومدى تحققها في العملات دراسة فقهية، د. مراد رايق رشيد عودة، مؤتمر العملات الافتراضية في الميزان، جامعة الشارقة، ٢٠١٩.
١٩٦. وقائع المؤتمر الفكري التربوي الإسلامي، المنظمة العربية للتربية والثقافة - تونس - ١٩٨٧م.
١٩٧. وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية، أ. د. حمزة بن حسين الفعر، المؤتمر التاسع عشر لمجمع الفقه الإسلامي. مجلة المجمع، العدد. ٢٧. التاريخ. ١٤٢٤ هـ.

التعويض عن تفويت
الفرصة بين
القانون المدني والفقہ
الإسلامي

(دراسة مقارنة)

إعداد

د/ فكية محمد جمعة محمد
المدرس بقسم القانون الخاص (مدني)

٢٠١٩م - ١٤٤٠هـ

ملخص البحث

من المتفق عليه شرعاً وقانوناً أن الضرر الذي يستحقه التعويض وقيم المسؤولية يشترط أن يكون محققاً للضرر الاجتماعي لا يكفي لقيام المسؤولية أو المطالبة بالتعويض.

غير أن هذا المعيار الواضح نظرياً في تعويض الضرر قد يثير بعض الصعوبات من الناحية العملية حين يصعب التمييز بين ما يعتبر ضرراً محققاً وما يعتبر ضرراً احتمالياً، ومن هذا القبيل ضرر حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب كتفويت فرصة استئناف حكم قضائي بسبب تأخر المحامي في تقديم الاستئناف في الميعاد القانوني، حيث يكون هناك كسب احتمالي كان يمكن أن يتحقق أو لا يتحقق، وقد قضى فعل المدى عليه على احتمال تحققه، فهل ينظر في مثل هذه الحالة إلى هذا الكسب الفائت على أنه ضرر احتمالي لا يستحق عنه تعويض، أن ينظر إلى الحرمان من الفرصة ذاتها باعتباره ضرر محققاً؟

ولقد حاولت في هذا البحث الإجابة على هذه التساؤلات مقارنة في ذلك بين القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، وقد اشتمل هذا البحث على ثلاثة فصول وخاتمة كما يلي:

الفصل الأول: تناولت فيه حكم التعويض عن تفويت الفرصة .

الفصل الثاني: تناولت فيه شروط التعويض عن تفويت الفرصة .

الفصل الثالث: بينت فيه مدى التعويض عن تفويت الفرصة .

أما الخاتمة: فقد سجلت فيها أهم ما توصلت إليه من نتائج أهمها:

١ - أن مجرد فوات الفرصة في ذاتها يمثل ضرراً محققاً يستوجب التعويض، لأنه يمثل حرماناً للمضرور من الفرصة التي سنحت له بما لها من قيمة ذاتية .

٢ - أن القاضي هو الذي يقدر قيمة الفرصة بناءً على مدى أهميتها وما تضمنه من إمكانية لتحقيق ما تؤدي إليه .

٣ - أن معظم الباحثين في الفقه الإسلامي ينظرون إلى الفرصة على أنها مصلحة مشروعة وأن تفويتها يمثل مفسدة يجب درؤها، بتعويض المضرور عن الضرر الذي لحقهم من جراء تفويت فرصة الكسب عليه، وأن هذا التعويض يقدره القاضي بما يحقق العدالة، مراعيًا في ذلك مدى العلاقة بين الضرر والفعل الضار الذي صدر من المدعى عليه.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا ومولانا
محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم - أمين - وبعد ...،

فإنه من المتفق عليه شرعاً وقانوناً أن من أحدث ضرراً بالغير يلزم بتعويض
وجبر هذا الضرر حتى لا يظلم أحد، خاصة إذا تمثل هذا الضرر في خسارة
مالية .

والضرر الذي يستوجب المسؤولية والتعويض، يشترط فيه أن يكون محققاً بأن
يكون قد وقع فعلاً، أو أنه سيقع حتماً في المستقبل، أما إذا كان الضرر لم يقع،
ولا يوجد ما يؤكد وقوعه في المستقبل، وهو ما يسمى بالضرر الاحتمالي، فإنه
لا يكفي لقيام المسؤولية والمطالبة بالتعويض، وفي ذلك تقول محكمة النقض
المصرية: « يجب بمقتضى القانون لصحة طلب المدعى بالحق المدني الحكم له
بتعويضات ... أن يكون الضرر المدعى ثابتاً على وجه اليقين والتأكيد واقعاً ولو
في المستقبل، ومجرد الادعاء باحتمال وقوع الضرر لا يكفي (١) .

غير أن هذا المعيار الواضح نظرياً، في تعويض الضرر يثير عملاً بعض
الصعوبات .

فقد يدق التمييز أحياناً بين ما يعتبر ضرراً محققاً وبخاصة إذا كان مستقبلاً،
وبين ما يعتبر ضرراً احتمالياً، ومن هذا القبيل حرمان الشخص من فرصة
كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب كتفويت فرصة استئناف حكم بسبب تأخر
المحامي في تقديم الاستئناف أو تأخر المحضر في إعلانه في الميعاد القانوني،

(١) نقض مدني جلسة ١٣/٥/١٩٦٥ - طعن رقم ٢٥ س ٢٩ ق - المجموعة الرسمية سنة ١٩٦٥
ص ٥٧٠ .

وتفويت فرصة زواج فتاة من مخطوبها، وتفويت فرصة استمرار العائل في الإنفاق على من يعول ممن لا يلزمه القانون بالإنفاق عليهم، وحرمان طالب من دخول الامتحان، وحرمان مرشح من دخول انتخابات، وحرمان موظف من دخول مسابقة للتزقي، وحرمان شخص من اشتراك حصان له في سباق، ففي هذه الأحوال وأمثالها يكون هناك كسب احتمالي كان يمكن أن يتحقق أو لا يتحقق، وقد قضى الفعل الضار على احتمال تحققه، أفينظر إلى هذا الكسب على أنه ضرر احتمالي لا يستحق عنه تعويض، أم ينظر إلى الحرمان من الفرصة في ذاتها باعتباره ضرراً محققاً؟

وترجع الصعوبة في ذلك إلى أمرين:

الأول: إلى أن الكسب الذي فات لم يكن سوى أمل غير مؤكد تحققه وأن هذا الأمل قد صار مستحيلاً تحققه بسبب فعل المدعى عليه .

والثاني: أنه كيف يمكن تقدير الفرصة تمهيداً لتعويضها، والحال أن الضرر الذي ترتب على فواتها هو ضرر احتمالي - يقابل الكسب الاحتمالي الذي فات - على المضرور - فهل ينظر عند تقدير الفرصة إلى قيمة ومقدار هذا الكسب الذي فات؟ أم ينظر إلى قيمة الفرصة في ذاتها بما تتضمنه من إمكانية واحتمال تحقيق هذا الكسب؟

وإنني في هذا البحث أحاول الإجابة عن كل هذه التساؤلات مقارناً في ذلك بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، وهذا يقتضي مني تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة فصول كما يلي:

الفصل الأول: أتناول فيه حكم التعويض عن تفويت الفرصة .

الفصل الثاني: في شروط التعويض عن تقويت الفرصة .

الفصل الثالث: في مدى التعويض عن تقويت الفرصة .

ثم أتبع هذه الفصول الثلاثة بخاتمة أسجل فيها أهم ما توصلت إليه من نتائج خلال هذا البحث، والله أسأل أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه، وأن يرزقني التوفيق والصواب، وأن يهديني سبيل الرشاد، فإنه من رواء القصد هو حسبي ونعم الوكيل.

د . فكيه محمد جمعه

الفصل الأول

مدى مشروعية التعويض عن تفويت الفرصة

يراد بحكم التعويض عن تفويت الفرصة هنا القول بمشروعيته أو عدمها، ولما كان الحكم على الشيء فرعاً عن تصوره، كان لزاماً علينا قبل أن نتعرض لبيان حكم التعويض عن تفويت الفرصة - إلقاء الضوء على معنى ومفهوم التعويض عن تفويت الفرصة، حتى يمكن التوصل إلى مدى مشروعيته، ولذا فسوف أقسم هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: في مفهوم التعويض عن تفويت الفرصة .

المبحث الثاني: في بيان مشروعية التعويض عن تفويت الفرصة .

المبحث الأول

مفهوم التعويض عن تفويت الفرصة

لبيان مفهوم التعويض عن تفويت الفرصة يجب أن أبين معنى التعويض، وتوقيت الفرصة كل على حدة، ولذا أقسم هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: في بيان معنى التعويض .

المطلب الثاني: بيان معنى تفويت الفرصة .

المطلب الأول

مفهوم التعويض

التعويض: لغة: البديل . جاء في لسان العرب لابن منظور: العوض: البديل، والجمع أعواض، والمستقبل التعويض (١).

واصطلاحاً: عرفه أحد^(٢) شراح القانون المدني بأنه: ذلك الجزاء المدني الذي يفرضه القانون على كل مخطئ سبب ضرراً لغيره،

وذلك لجبر الضرر سواء أكان مادياً أو أدبياً، وعرفه آخر^(٣) بقوله: التعويض في مجال المسؤولية المدنية - التقصيرية - هو: مبلغ من المال - بحسب الأصل - يراد به جبر الضرر بما لحق الدائن من خسارة أو وفاته من كسب .

ويحكم بالتعويض وفقاً للقانون المدني في حالتين:

الأولى: في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه عيناً .

الثانية: في حالة تأخره في تنفيذ التزامه، وفي ذلك تقول المادة ٢١٥ مدني: « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه».

ويجوز التعويض في القانون المدني بإحدى طرق ثلاث، فتارة - وهو الأصل - يقوم القاضي بتقدير التعويض، وهذا يسمى بالتعويض القضائي، وطوراً يقوم الطرفين - الدائن والمدين - بتقديره مقدماً، وهذا هو التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، وأخيراً قد يكون التعويض عن طريق القانون نفسه، كما هي الحال في تحديد سعر الفائدة عن التأخر في الوفاء بالالتزام، وهذا هو التعويض القانوني.

(١) لسان العرب لابن منظور ج ٩ ص ٥٥ طبعة الدار المصرية للتأليف والترجمة .

(٢) د/ عبد الحكم فودة - التعويض المدني - ص ١٥٩ - طبعة دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٨ م .

(٣) د/ عبد المنعم البدرابي - النظرية العامة للالتزامات ج ٢ ص ٦٦ - طبعة سنة ١٩٨٧ م .

وفي ذلك تنص المادة ١/٢٢١ مدني مصري على أنه: «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو التأخر في الوفاء به..».

تعريف التعويض شرعاً: لم يستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح التعويض عند حديثهم عن جبر الضرر، وإنما استعملوا مصطلح الضمان أو التضمين .

ويطلق الضمان لدى فقهاء الشريعة الإسلامية بمعنيين: الأول بمعنى الكفالة، والثاني بمعنى التعويض . فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصده شراح القانون من لفظ التعويض .

ولقد ورد لفظ الضمان بمعنى التعويض على لسان الفقهاء، ومن ذلك قولهم: ضمان الغصب، وضمان المثل والقيمة، وتضمين الأمين .

ومن تعريفات الفقهاء للضمان بمعنى التعويض، ما ذكره الغزالي من أن: الضمان هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة^(١)، وما ذكره الحموي من قوله: «الضمان رد مثل الهالك إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً»^(٢).

ولقد عرفه الشيخ شلتوت بقوله: الضمان هو «تعويض الضرر الذي أصاب

الغير»^(٣).

(١) الوجيز في الفقه الإسلامي - لحجة الإسلام الإمام محمد أبي حامد الغزالي ج ١ ص ٢٠٨ - طبعة دار المعرفة - بيروت - سنة ١٩٧٩ م .

(٢) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر - للشيخ أحمد بن محمد المعروف بالحموي - ج ٢ ص ٩٣، طبعة دار الطباعة المعاصرة .
وشريعة - للشيخ محمود شلتوت ص ٣٩٢ .

(٣) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - المدخل الفقهي العام - د/ مصطفى الزرقا - ج ٢ ص ١٠١٦، ١٠١٧ - طبعة دمشق - سنة ١٩٦٥ م .

(٣) د/ محمد فتح الله إبراهيم النشار - حق التعويض وموجباته في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - رسالة دكتوراه - مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالجامعة الأزهر سنة ١٩٩٣ ص ١٧، وفي هذا المعنى أيضاً د/ عبد الحميد البعلي - نظرية تحمل التبعية بين الشريعة والقانون - رسالة دكتوراه - مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالجامعة الأزهر سنة ١٣٩٧ هـ ص ٣٧٥ .

(٣) الدية: لغة . مصدر (٣) الإسلام عقيدة وشريعة - للشيخ محمود شلتوت ص ٣٩٢ .

كما عرفه الدكتور مصطفى الزرقا بقوله: الضمان هو « التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير»^(١).

ومن هذه التعريفات وغيرها يتضح لنا أن لفظ الضمان في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية، يشمل لفظ التعويض الذي يستعمله شراح القانون المدني، والذي يعني جبر الضرر الذي أصاب المضرور من جراء فعل المدعى عليه، وفي ذلك يقول أحد الباحثين في الفقه الإسلامي: « شرع الضمان في الأموال، يؤدي بموجبه المسئول نظير ما أتلفه من المال أو قيمته لجبر الضرر وإزالته، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر»^(٢).

والضمان في الفقه الإسلامي قد يكون مقدراً من قبل الشارع كما في الدية^(٣) والأرش^(٤) وقد يقدره الطرفان - الدائن والمدين - كما في ضمان العقد، وقد يقوم القاضي بتقديره، وهذا ما يسمى بحكومة العدل^(٥).

(١) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - المدخل الفقهي العام - د/ مصطفى الزرقا - ج ٢ ص ١٠١٦، ١٠١٧ - طبعة دمشق - سنة ١٩٦٥ م .

(٢) د/ محمد فتح الله إبراهيم النشار - حق التعويض وموجباته في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - رسالة دكتوراه - مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر سنة ١٩٩٣ ص ١٧، وفي هذا المعنى أيضاً د/ عبد الحميد البعلي - نظرية تحمل التبعية بين الشريعة والقانون - رسالة دكتوراه - مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٣٩٧هـ ص ٣٧٥ .

(٣) الدية: لغة . مصدر ودى - تطلق على المال المؤدى للمجني عليه أو وليه . لسان العرب ج ١٥ ص ٣٧٣ مادة: ديه .

وشرعاً: هي المال المؤدى للمجني عليه أو وليه بسبب الجناية على النفس أو ما دونها . نيل الأوطار للإمام الشوكاني ج ٧، ص ٢٤٣ .

وهناك خلاف واسع بين العلماء حول طبيعة الدية ذكره د. محمد محمود حسين في رسالته للدكتوراه . تعويض الأضرار الناجمة عن حوادث السيارات - المقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٤٢٢هـ - سنة ٢٠٠١م ص ٢٧٢: ٢٧٤ . وعلق عليه قائلاً: ولكنها أي الدية في الواقع جزاء يدور بين العقوبة والضمان .

(٤) الأرش: هو المال المقدر الواجب فيما دون النفس بالجناية عليه . انظر رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٥، ص ٤٠٦ . وقد عين الشارع مقداره كأرش اليد والرجل .

(٥) حكومة العدل: هو المال الذي لم يرد نص بتقديره وترك للقاضي تحديد مقداره في الجناية على ما دون النفس، ودليله قول الله تعالى: (يحكم به ذوا عدل منكم) جزء من الآية ٩٥ سورة المائدة.

المطلب الثاني

مفهوم فوات الفرصة

الفرصة هي الطريقة التي يتوقف عليها تحقيق واقعة ما، وقد تطلق في اللغة العربية على ذات الواقعة القابلة للتحقق، جاء في المعجم الوجيز: الفرصة هي الشئ المرغوب فيه يسنح ويتسابق إليه الناس^(١).

وإذا انتقلنا بهذا المعنى اللغوي إلى مجال التعويض - محل دراستنا - نجد أن المقصود بالفرصة هو احتمال وإمكان الكسب، باعتباره حدثاً سعيداً مرغوباً فيه، لأنه يتمثل في تحقيق غنم، واستبعاد غرم، أي تحقيق كسب أو تجنب خسارة، وأن المقصود بفوات الفرصة فقد هذا الاحتمال .

وبذلك نصل إلى أن المقصود بفوات الفرصة في مجال التعويض هو الحرمان من احتمال تحقيق كسب أو تجنب خسارة، حيث تتمثل الفرصة في وجود احتمال الكسب أو تجنب الخسارة، ويتمثل الضرر في فقد هذا الاحتمال والحرمان منه، أي فقد فرصة الكسب أو تجنب الخسارة^(٢).

أو هو الحرمان من مصلحة أو منفعة مشروعة انعقد سبب حصولها للمضرور بوجود القرائن الدالة على وجودها، حيث إن المعتبر شرعاً هو ما يفيد اليقين، أو غلبة الظن^(٣).

(١) المعجم الوجيز لمجمع اللغة العربية ص ٤٦٧، مطبعة وزارة التربية والتعليم ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م .
(٢) انظر في هذا المعنى تعويض تقويت الفرصة للدكتور / إبراهيم الدسوقي أبو الليل- بحث منشور بمجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق جامعة الكويت - العدد الثاني ==السنة العاشرة سنة ١٩٨٦ ص ١١٠، ١١١ .

(٣) التعويض عن تقويت منفعة وفق الفقه الاسلامي، د. ناصر بن محمد الجوفان، مدونة القوانين الوضعية - بحوث ومقالات في العلوم الاقتصادية والقانونية، ٢٣ / ربيع الثاني / ١٤٢٧ هـ، ص ٢ بتصريف في العبارة.

ومن الأمثلة على فوات الفرصة ما يلي:

١ - ترك العامل العمل في المزارعة دون فسخ لعقد العمل ما ترتب عليه تلف ثمارها أو أشجارها على المالك؛ حيث إن العامل استولى على الأرض وفوت منفعتها على المالك.

٢- عندما يتفق مزارع مع تاجر على شراء رشاش محوري وتركيبه في أرضه خلال مدة محددة، بحيث يكون صالحاً للعمل قبل بداية موسم الزراعة من العام نفسه، ثم تأخر التاجر في تنفيذ ذلك، حتى فات الموسم على المزارع.

٣ - عدم قيام المتعهد بتوريد السلعة في الوقت المحدد، أو عدم الوفاء بشحن البضاعة وتصديرها في زمن معين ما فوّت على المتعاقد الآخر ربحاً كبيراً.

المبحث الثاني

مدي مشروعية التعويض عن تفويت الفرصة

لما كان هذا البحث يدور حول التعويض عن تفويت الفرصة في كل من القانون المدني والفقہ الإسلامي، كان الأمر يستلزم تقسيم هذا البحث إلى مطلبين كما يلي:

- المطلب الأول: في حكم التعويض عن تفويت الفرصة في القانون المدني .
- المطلب الثاني: في حكم التعويض عن تفويت الفرصة في الفقہ الإسلامي .

المطلب الأول

مدى مشروعية التعويض عن تفويت الفرصة في القانون المدني

الصعوبة في مسألة تفويت الفرصة تكمن في أنه يوجد فيها نوعان من الضرر الأول: الفرصة التي ضاعت على المدعي وهي تمثل له كسباً، غير أن هذا الكسب غير مؤكد الحصول أي قد يتحقق وقد لا يتحقق، ومن ثم فإن الضرر المترتب على ضياع هذه الفرصة يعد ضرراً احتمالياً كذلك، والشرط في تعويض الضرر واجب التعويض أن يكون محققاً لا احتمالياً . لذا فإنه لا يجوز التعويض عن هذا الضرر الاحتمالي المتمثل في فوات هذا الكسب الاحتمالي .

الثاني: يتعلق بإمكانية واحتمال تحقيق هذه الفرصة أو هذا الكسب الاحتمالي والتي قضي عليها فعل المدعي عليه، وحرم المدعي منها، مما جعل تحقيق

الفرصة بالنسبة له أمراً مستحيلاً بعد أن كان محتملاً وممكناً، فالحرمان من هذا الاحتمال يمثل في ذاته ضرراً محققاً لأنه حدث بالفعل. والسؤال هو أي من هذين الضررين أولى بالنظر والاعتبار في مسألة تقويت الفرصة .

هل ينظر إلى الضرر الاحتمالي - ضياع الكسب الاحتمالي المنشود - وبالتالي لا يحكم بالتعويض؟ أم ينظر إلى الضرر المحقق - فقط إمكانية واحتمال تحقيق هذا الكسب المنشود - أي ضياع الفرصة في ذاتها، وبالتالي يحكم بالتعويض بالضرر؟

في الحقيقة لم يتعرض القانون المدني الفرنسي القديم أو الحديث، وكذا التقنين المدني المصري لتنظيم هذه المسألة صراحة، وترك الحكم فيها للقواعد العامة في المسؤولية . وقد ثار جدل في القضاء الفرنسي القديم أول الأمر عند تطبيق هذه القواعد العامة على هذه المسألة، ولقد غلبت المحاكم الفرنسية اعتبار الضرر الاحتمالي في تقويت الفرصة، وقضت برفض التعويض فيها، بناءً على أن الضرر فيها ليس محققاً؛ لأنه لا يمس بحق ثابت، وإنما يقتصر على المساس بمجرد أمل^(١).

ففي حالة الحرمان مثلاً من الفوز بجائزة السباق نتيجة خطأ قائد الحصان (الجوكي) لعدم تعاضده وتحفيزه له عند نهاية السباق، أو خطأ أمين النقل لتأخره في نقل الحصان إلى مكان السباق في الميعاد لا يوجد هناك ما يؤكد أن الحصان كان سيفوز في السباق ما لم يخطئ الجوكي أو أمين النقل .

كما أنه في حالة حرمان فتاة من فرصة تعيينها كمضيفة جوية أو مذيعة في التلفزيون بسبب تعرضها لحادث أصابها بالعجز نتيجة بتر ساقها أو تشويه

(١) الوافي في شرح القانون المدني - د/ سليمان مرقس ج ٢ - ص ١٤٣ - الطبعة الخامسة، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري - د/ أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٢٨، ٣٢٩ - طبعة مكتبة عبد الله وهبه - مصر - سنة ١٩٤٥ م .

وجهها، لا يوجد ما يؤكد أنها كانت ستعين في هذه الوظيفة أو تلك لو لم تتعرض لهذا الحادث .

كذلك في حالة حرمان المدعى بالحق المتنازع عليه من فرصة كسبه أمام القضاء بسبب إهمال محاميه في الدفاع عن حقوقه وتسببه في انقضاء مدة الاستئناف، ليس هناك ما يؤكد أن المحامي كان سيكسب دعوى موكله لو كان قد استأنف حكم محكمة أول درجة .

وأيضاً في حالة إهمال الطبيب في علاج مريضه مما حرمه من فرصة الشفاء، أو البقاء حياً ليس هناك ما يؤكد أن المريض كان سيشفى أو سيعيش لو لم يهمل الطبيب في علاجه .

وهكذا في جميع حالات فوات الفرصة لا يوجد ما يؤكد أنه لولا ضياع فرصة الكسب، كان المضرور سيكسب ويغتم حتماً ما فاتته من كسب؛ لأن الكسب هنا مجرد أمل قد يتحقق وقد لا يتحقق. وأما كان الكسب احتمالياً، فإن الضرر المترتب على فواته يكون احتمالياً كذلك، ولذا فلا يمكن تعويض المضرور استناداً إلى هذا الضرر الاحتمالي فقط .

وبناء على وجهة النظر السابقة رفض القضاء الفرنسي القديم المطالبة بالتعويض عن فوات الفرصة وبصفة خاصة بالنسبة لسباقات الخيل، وبالنسبة للخطيئة التي تعذر عليها الزواج بسبب الحادث الذي تعرض له خطيبها وأدى إلى وفاته (١).

(١) انظر تعويض تقويت الفرصة - د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل - ص ١٤٧، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث السنة العاشرة سنة ١٩٨٦ م .

غير أن وجهة النظر السابقة كانت محل نقد (١)، حيث إنه إذا كان لا يوجد هناك ما يؤكد أن الحصان سيفوز بجائزة السباق فلا يوجد ما يؤكد أنه لن يفوز، وإذا كان لا يوجد ما يؤكد كسب الحق المتنازع عليه أو رفع الاستئناف في موعده، فلا يوجد ما يؤكد خسرانه أي عدم كسبه .. وهكذا في جميع حالات تفويت الفرصة، احتمال الكسب موجود، وفرصته متحققة، لوجود الوسيلة المؤدية إليها، فليس ما يستند إليه المضرور - في تفويت الفرصة - دائماً مجرد أماني وأحلام وخيال، بل قد يكون واقعياً وحقيقياً (٢).

هذا فضلاً عن أن الحرمان من فرصة لا يقتصر أثره على المساس بمجرد أمل الفوز أو الكسب، بل إن فيه مساساً بالحق في انتهاء هذه الفرصة، وفي محاولة هذا الفوز، وأن سلب هذا الحق في ذاته يعتبر ضرراً محققاً، فإذا كان من المتعذر قانوناً إسناد الضرر الاحتمالي كله إلى المدعى عليه الذي تسبب في حرمان المضرور منه لعدم وجود علاقة سببية أكيدة ومباشرة بين فعل المدعى عليه وهذا الضرر، فإنه يمكن القول بوجود علاقة سببية مؤكدة ومحقة بين فعل المدعى عليه وضرر آخر يتمثل في فقد احتمال الحصول على هذا الكسب الاحتمالي، أي يتمثل في القيمة الذاتية لوسيلة تحقيق هذا الكسب - أي الفرصة - والتي كان يملكها المدعى، وأضاعها عليه فعل المدعي عليه .

إذاً طالما كان لدى المضرور - في تفويت الفرصة - إمكانية كافية أو معقولة لتحقيق كسب معين أي وجدت له فرصة الكسب، وكانت هذه الفرصة جدية وحقيقية، فإن الحرمان منها يمثل ضرراً محققاً، يتمثل في قيمة وأهمية هذه الفرصة، ومدى إمكان تحقيقها للكسب، فمثلاً إذا كانت فرصة فوز الحصان في

(١) د/ أحمد حشمت أبو ستيت - المرجع السابق ص ٣٢٩ .

(٢) د/ سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني ج ٢ ص ١٤٣ الطبعة الخامسة .

السباق تقدر بنسبة ٧٠٪ - وهذا ما يمكن الوصول إليه بمقارنة الحصان بغيره من الخيول الأخرى المشاركة في السباق - فإن حرمان الحصان من المشاركة في السباق يمثل ضرراً محققاً، وهو حرمانه من كسب السباق بنسبة ٧٠٪ .

وهكذا يمكن تقييم وتقدير فرص الكسب الضائعة وحساب قيمة كل منها استناداً إلى ما تتضمنه كل منهما من إمكانية واحتمال تحقيقها للكسب المأمول . وطالما أمكن تحديد قيمة هذه الفرص في ذاتها، فإن الحرمان منها يُعدُّ في ذاته ضرراً محققاً، ومن ثم يستوجب التعويض وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية . وهذا ما توصل إليه القضاء بالفعل، حيث اعترف لفوات الفرصة في ذاتها بقيمة موضوعية تستوجب التعويض (٣) .

ولقد كان أول تطبيق لهذه الفكرة السابقة - فكرة التعويض عن مجرد تفويت الفرصة - في مجال الحقوق المتنازع عليها أمام القضاء، فقد اعتبرت دائرة العرائض لمحكمة النقض الفرنسية، منذ عام ١٨٨٩م، والدائرة المدنية لنفس المحكمة، منذ عام ١٩١١م الحرمان من إقامة دعوى أما القضاء نتيجة خطأ المحامي، ضرراً محققاً وحالاً يستوجب المسؤولية التعاقدية لهذا المحامي، وإلزامه بالتعويض (٤) .

ثم امتد هذا القضاء ليشمل كافة حالات فوات الفرصة الأخرى، طالما تحققت شروطها، فاعترفت محكمة النقض الفرنسية بفوات الفرصة في سباقات الخيل، وفي مجال الترقية في الوظيفة، والمجال الطبي، وغيرها من المجالات (٥) .

(٣) د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل - تعويض تفويت الفرصة، المرجع السابق ص ١٤٩ بتصرف في العبارة .

(٤) نقض مدني فرنسي ٢٧ مارس ١٩١١، د/ اللوز ١٩١٤ - ١ - ٢٢٥، مشار إليه = في تعويض تفويت الفرصة . د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل ص ١٥٠، ١٥١ مجلة الحقوق - الكويت - العدد الثالث - السنة العاشرة .

(٥) د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل المرجع السابق ص ١٥١، وأحكام النقض الفرنسية التي أشار إليها في هامش رقم ١١٨، ١١٩ .

وقد لاقى هذا القضاء ترحيباً من الفقه في فرنسا، كما اعتنقه المشرع ونظمه بنصوص تشريعية في بعض الدول، ومن ذلك المادة ١٦١ من القانون البولوني الصادر عام ١٩٣٩، والمادة ٨٢ من القانون المدني الألماني^(١).

وفي مصر أخذت المحاكم المصرية بمبدأ التعويض عن تفويت الفرصة في كثير من أحكامها، واستقر قضاؤها على أنه إذا كان الحرمان من الكسب الاحتمالي ذاته - يمثل ضرراً احتمالياً لا يكفي أساساً للتعويض، فإن الحرمان من وسيلة تحقيقه أو إمكانية تحقيقه، يمثل ضرراً محققاً واجب التعويض، وفي ذلك تقول محكمة النقض: «القانون لا يمنع من أن يتدخل في عناصر التعويض ما كان للمضروب من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً، فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه»^(٢).

كما أخذ القضاء الكويتي بالتعويض عن تفويت الفرصة، ففي دعوى بالتعويض عن الضرر المترتب على الإصابة التي أقعدت مهندس شاب عن العمل، ادّعى المضروب أن أمله كمهندس في تحسين مركزه قد ضاع، كما ضاعت عليه فرصة النجاح تبعاً لطبيعة مهنته، وتحطم مستقبله على صخرة العجز الذي أصابه، وقد عوضت محكمة الاستئناف العليا بالكويت المضروب عن ضياع الفرصة ضمن عناصر الضرر الأخرى^(٣).

كذلك أخذ القضاء العراقي أيضاً بمبدأ التعويض عن تفويت الفرصة، ففي قرار ذهبت فيه محكمة التمييز العراقية في قضية أقامها مالك على إحدى البلديات،

(١) د/ إبراهيم الدسوقي المرجع السابق نفس الصفحة، المراجع التي أشار إليها بهامش رقم (١٢٠) .
(٢) نقض مدني مصري ١٩٦٥/٤/٢٩ طعن ٢٠٣ س ٣٠٠ مجموعة أحكام النقض للمكتب الفني ص ٥٣٧ .

(٣) محكمة الاستئناف العليا، الدائرة التجارية الثالثة في ١٩٨١/١/٢٠م مشار إليه في تعويض تفويت الفرصة د/ إبراهيم الدسوقي المرجع السابق ص ١٥٢ .

مطالباً فيها بأجر مثل الأرض التي كان قد بدأ البناء عليها بعد حصوله على إجازة البناء من البلدية المذكورة، إلا أن البلدية قامت بإيقاف البناء لتبينها أنها منحت الإجازة خطأ لمخالفة البناء لنظام الطرق والأبنية، فجاء في القرار ما يلي:- « تلاحظ المحكمة أن التعويض الذي يستحقه المدعى يقتصر على الأضرار المادية التي أصابته فعلاً، فإنه لا يستحق أجر مثل الحوانيت التي في نيته تشييدها، لأن هذا الضرر من الأضرار الاحتمالية التي لا يعوض عنها، بل يستحق التعويض عن تفويت الفرصة، أي فرصة تشييد هذه الحوانيت فقط» (١).

وذهبت في قرار آخر إلى أنه «على المحكمة عند تقدير التعويض عن تفويت الفرصة أن تلتزم التحوط في التقدير» (٢).

كما أخذ القضاء اللبناني أيضاً بهذا المبدأ، فحكم في قضية بالتعويض للخطيئة عن مقتل خطيبها، وتفويت فرصة زواجها منه (٣).

وهكذا أصبح مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة مسلماً به ومستقراً في مختلف الأنظمة القانونية، وفي مختلف المجالات، وفيما يلي نذكر بعض أحكام القضاء المصري تطبيقاً لهذا المبدأ .

أولاً: في مجال الحقوق المتنازع عليها . لقد جرى القضاء المصري منذ وقت طويل على التعويض عن تفويت الفرصة في كسب حق متنازع عليه، ومن أبرز الأحكام في ذلك ما يلي:

(١) القرار رقم ٢٢١ / مدينة رابعة ١٩٨٢ في ١٩/٥/١٩٨٢، مجموعة الأحكام العدلية - العدد الثاني - السنة ١٣-١٩٨٢ م مشار إليه في النظرية العامة للالتزامات د/ منذر الفضل ج ١ ص ٣٨٤ الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة ١٩٩٥ م .

(٢) مشار إليه في النظرية العامة للالتزامات د/ منذر الفضل ج ١ ص ٣٨٤.

(٣) مشار إليه بالمرجع السابق نفس الصفحة بهامش رقم (٩) نقلاً عن خليل جريج النظريات العامة للموجبات ج ١ ص ١٥٣ .

١ - قضت محكمة استئناف القاهرة في ١٧/٤/١٩٤٩ بأنه قد يأخذ الضرر صورة حرمان من فرصة سانحة، فيكون بذلك ضرراً محققاً من ناحية أنه ضيع على من أصيب به فرصة سنحت له (١).

٢ - قضت أيضاً بأنه « إذا كان الثابت أن خطأ المحضر مجرى الإعلان بعدم توقيعه على الصورة المعلنه، وهو الذي كان دعامة القضاء ببطان إعلان صحيفة الدعوى - الأمر الذي فوت على ورثة المتوفين والمصابين فرصة اقتضاء التعويض من المسؤول عنه، والتي كانت مؤكدة، ومن ثم يلتزم وزير العدل - بصفته - بتعويض الضرر الذي لحقهم من جراء فعل المحضر تابعة (٢).

ثانياً: في مجال الترقية في الوظيفة:

قضت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها بأن للموظف الذي أحيل إلى المعاش مبكراً دون حق - أي بناءً على قرار باطل - الحق في التعويض عن فوات فرصة ترقيته إلى درجة أعلى في وظيفته ومن هذه الأحكام ما يلي:

١- قضاؤها بأنه « إذا كان الحكم - حكم أول درجة قد قضى للموظف المفصول بالفرق بين معاشه وصافي راتبه، ولم يعوض عما فاته من فرص الترقى، مستنداً في ذلك إلى أن الترقية ليست حقاً للموظف .. يكون قد أخطأ . إذ أن حرمان الموظف من الفرصة التي سنحت له للحصول على الترقية هي عنصر من عناصر الضرر يتعين النظر فيه» (٣).

(١) استئناف مصر ١٧/٤/١٩٤٩ طعن ٢٣٤ س ٣١ - مجلة المحاماه ص ١٦٩.

(٢) استئناف القاهرة في ١١/٣/١٩٩٨ طعن رقم ١١٤/١٠٧٤٩ وهذا الحكم غير منشور، وقد أشار إليه د/ محمد شتا أبو سعد في تعليقه على التقنين المدني طبعة سنة ١٩٩٩ م .

(٣) نقض مدني جلسة ١٢/١٢/١٩٤٦ طعن ١٢٠ مجموعة القواعد ج ٥ ص ٢٧٥.

٢ - قضاؤها بأن: «القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت الذي هو عنصر من عناصر التعويض، ما كان المضرور يأمل الحصول عليه ما دام لهذا الأمل أسباب معقولة، ومن ثم فإن تقويت الفرصة على الموظف في الترقية إلى درجة أعلى من درجته بسبب إحالته إلى المعاش بغير حق وهو في درجته، عنصر من عناصر الضرر الذي يجب النظر في تعويض الموظف عنها» (١).

ثالثاً: في مجال المساعدة والإعالة: ومن ذلك قضاء محكمة النقض بما يلي:

١ - قضاؤها بأن « العبرة في تحقق الضرر المادي الذي يدعيه شخص نتيجة لوفاة آخر، هو أن يثبت أن المجني عليه كان يعوله فعلاً وقت وفاته، وعلى نحو مستمر، وأن فرصة الاستمرار على ذلك في المستقبل كانت محققة، فيقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلة، ويقضي له بتعويض على هذا الأساس» (٢).

٢ - قضاؤها بأنه « من المقرر في قضاء محكمة النقض أنه وإن كانت الفرصة أمراً محتملاً، إلا أنه تقويتها أمر محقق، ولا يمنع القانون من أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب، ما دام لهذا الأمل أسباب معقولة . لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر في قضائه، واستخلص من الأوراق أنه ترتب على الخطأ موضوع الدعوى تقويت فرصة محققة على الأبوين في أن يعولهما ولدهما المجني عليه، وكان

(١) نقض مدني ١٩٥٨/١١/١٣ طعن ٣٢٩- مجلة المحاماة س٣٩ ص ١٠٢٥، وانظر في هذا المعنى أيضاً نقض مدني ١٩٤٣/١١/١٣ طعن ٤٤ س ٤٤ مجموعة عمر ص١٠٧، ونقض مدني ١٩٦٢/٣/٢٩ طعن ٥٥٥ س١٣ مجموعة المكتب =الغني ص ٣٥٠، ونقض مدني ١٩٦٧/٢/١٦ السنة ١٨ طعن ٣٧٣ .

(٢) نقض جنائي مصري جلسة ١٩٥٦/٣/١٣ طعن رقم ٩٩ س ٧ ق مجموعة أحكام النقض ص ٣٣٠ .

لهذا الذي أقام الحكم قضاءه عليه، أصل ثابت من الأوراق، إذ ثبت فيها أن الابن كان طالباً بالسنة النهائية بمدرسة القاهرة الثانوية الميكانيكية، ويبلغ العشرين من عمره، الأمر الذي يبعث الأمل عند أبويه في أن يستظلا برعايته، وإذا افتقدها، فقد فاتت فرصتهما بضياح أملهما، لما كان ما تقدم، فإن الحكم المطعون فيه إذا أدخل هذا العنصر في تقدير التعويض لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون»^(١).

رابعاً: في المجال الطبي: لقد اعترفت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها بتعويض تقويت الفرصة في المجال الطبي ومن ذلك قضاؤها بأن: «مسئولية الطبيب لا تقوم في الأصل على أنه يلتزم بتحقيق غاية هي شفاء المريض، وإنما يلتزم ببذل العناية الصادقة في سبيل شفائه، ولمّا كان واجب الطبيب في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علماً ودراية في نفس الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله، مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة، وبصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل هذه المهنة، ليفتح باب الاجتهاد فيها، فإن انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعد خطأً يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض، ويفوت عليه فرصة العلاج، ما دام هذا الخطأ قد تدخل بما يؤدي ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب»^(٢).

خامساً: في مجالات أخرى: لقد طبقت المحاكم المصرية مبدأ التعويض عن تقويت الفرصة في مجالات أخرى ومن ذلك:

(١) نقض مدني مصري جلسة ١٩٨٨/١/١٩ طعن ٢٢١٨ س ٥٤ ق د/محمد شتا أبو سعد ج ٢ ص ٣٢٠.

(٢) نقض مدني جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢ طعن ١٧٨٨ س ١٧ ق مجموعة أحكام النقض ص ٦٣٦، وفي هذا المعنى أيضاً نقض ١٩٧١/١٢/٢١ س ٢٢ ق الطعن رقم ١٧٩ = مجموعة أحكام النقض ص ١٠٦٢، وانظر استئناف محكمة الإسكندرية، الدائرة الرابعة في ١٤/٦/١٩٧٥ رقم ١١٥٩: ١١٨٩ س ٢٩.

١ - قضاء محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه «يحكم للطالب الذي حرم دون حق من الامتحان بعدم إعطائه الفرص التي أباحها له القانون بتعويض مناسب»^(١).

٢ - قضاء محكمة النقض « بتعويض مؤلف، بسبب امتناع الناشر عن نشر مؤلفه، وامتناعه عن طبعه وحبس أصوله، مما ضيع عليه فرصة تسويقه»^(٢).

٣ - قضاؤها بالتعويض على شركة سينمائية لصالح ممثل حُرِّم الظهور في الأفلام، وذلك لعدم إذاعتها الأفلام المتعاقد عليها معه، مما فوت عليه الفرصة في ذبوع شهرته كممثل سينمائي^(٣).

ففي جميع الأحكام السابقة وغيرها أخذ القضاء المصري بمبدأ التعويض عن فوات الفرصة، وقضى بالتعويض للمضروب عن فوات الفرصة، بناء على أن فوات الفرصة في ذاته - أي فقد الاحتمال المرجح للكسب المنشود - يعد ضرراً محققاً وحالاً ويستوجب التعويض .

وقد رُحِّب شرح القانون في مصر^(٤) بهذا المبدأ وبات مستقراً عندهم أن فوات

(١) حكم محكمة مصر الكلية في ١١/٢٣/١٩٣٠ طعن ٥٣، الجريدة القضائية ص ٤٩، وانظر في هذا المعنى أيضاً د/ جمال أحمد محمود، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية دراسة مقارنة بين القضاء الإداري والشريعة الإسلامية - رسالة ماجستير - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
(٢) نقض مدني جلسة ١٤/٣/١٩٨٥ طعن ٨٣٧ س ٥٢ ق مجموعة الخمس سنوات سنة ١٩٨٠ - ١٩٨٥، ص ١٠٣٧ . وفي هذا المعنى أيضاً نقض مدني ١٠/١٢/١٩٥٣ م مجموعة المكتب الفني طعن رقم ٣٦ س ٥ ق ص ٢٤١ .

(٣) نقض مدني جلسة ١٠/١٢/١٩٥٣ طعن ٣٦ مجموعة أحكام النقض السنة الخامسة ص ٢٤١ .
(٤) انظر في ذلك الوسيط في شرح القانون المدني د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ج ٢ ص ١٢٠٦ الطبعة الثالثة . دار النهضة العربية سنة ١٩٨١، د/ سليمان مرقص في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - القسم الأول، الأحكام العامة ص ١٣٦ وما بعدها - طبعة معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧١ م . د/ أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ص ٣٢٨ - مكتبة عبد الله وهبه بمصر سنة ١٩٤٥ م . د/ حسين النوري - نظرية الالتزام القسم الثاني ص ١٢

الفرصة يعد عنصرياً من عناصر التعويض التي يتعيّن على القاضي مراعاتها عند تقديره للتعويض، لأنه يمثل ضرراً حالاً ومحققاً، مُفَرِّقِينَ في ذلك بين نتيجة الفرصة وبين تقويت الفرصة، فنتيجة الفرصة - وهي كسب السباق أو النجاح في الامتحان أو الترقية إلى وظيفة أعلى في الأمثلة السابقة - أمر احتمالي غير محقق ولا يجب تعويضه، أما تقويت الفرصة فهو أمر محقق واجب التعويض (١).

وهذا الذي قرره الفقه والقضاء يعد أمر مقبولاً؛ لأن الحرمان من تحقيق كسب احتمالي أو تجنب خسارة محتملة يعد في الحقيقة ضرراً مزدوجاً، إذ يعد في جانب منه ضرراً محتملاً إذا نظرنا إلى هذا الكسب الاحتمالي أو تلك الخسارة في ذاتها، إذ أنهما أصبحا مستحيلين نتيجة فعل المدعى عليه، ولكنه يعد - في جانب آخر - ضرراً محققاً إذا نظرنا إليه من ناحية الحرمان من فرصة تحقيق هذا الكسب أو تلك الخسارة. فيجب النظر إلى هذا الجانب الأخير وإقرار حق المدعى في التعويض عن الفرصة الضائعة.

كما أن قواعد العدالة تقتضي أن ننظر إلى هذا الأمل في تحقيق كسب احتمالي بنظرة موضوعية، وأن يفسر الشك لمصلحة المدعى باعتباره مضروراً

- مكتبة عين شمس، د/ محمود جمال الدين زكي - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ج ١ ص ٤٨٨ - الطبعة الثانية - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي سنة ١٩٧٦م، د/ جلال على العدوي - أصول الالتزامات - مصادر الالتزام ص ٤٣٣ - طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٩٧م، د/ أنور سلطان الموجز في مصادر الالتزام ص ٣٤٦ - دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٨ ن د/ محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني الجديد - الالتزامات - ج ٢ ص ١١٢ - المطبعة العالمية بالقاهرة سنة ١٩٥٥، دكتورة أماني عبد اللطيف حافظ - المسؤولية المدنية للمحضر - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة المنصورة سنة ٢٠٠٠م، د/ رمضان أبو السعود - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام ص ٣٦٣ - دار المطبوعات الجامعية سنة ٢٠٠٢ م، والدكتور محمد عبد الظاهر حسين - المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل - رسالة دكتوراه - ص ٣٩٩ وما بعدها .

(١) النظرية العامة للالتزام د/ عبد الحي حجازي ج ١ ص ٦١ - طبعة ١٩٥٨م، د/حسام الدين الاهواني - مصادر الالتزام ص ٣٧، ٣٨، وانظر د/ عبد الله مبروك النجار - التعويض الناشئ عن إتلاف المال - بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة - العدد الواحد والعشرون ١٩٩٩، ١٩٩٩ ص ١٧٦ .

بأن نجعل احتمال تحقق الكسب وهو الاحتمال الأقوى . وتقدير ذلك يرجع لقاضي الموضوع، وهو يستعين في ذلك بما يتوافر لديه من معطيات الواقع وظروف الحال، فإذا كان تحقيق الكسب الاحتمالي قد بات مستحيلاً فلا أقل من إعطاء الحق للمدعى في المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن الفعل الذي أدى إلى تلك الاستحالة والذي نتج عنه ضياع فرصة له كان يمتلكها .

وأيضاً يمكن أن ينظر إلى الفعل الضار الذي تسبب في هذه الاستحالة ليس باعتباره مضيئاً لفرصة على المضرور وإنما باعتباره مضيئاً لحق قد أقره له القانون - والمتمثل في دخول الامتحان، والاشتراك في المسابقة، ووضع الخصومة أمام محكمة الاستئناف في الأمثلة السابقة - وبالتالي فإن كان هناك شك في التعويض عن الفرصة الضائعة فليس هناك شك في حرمان المضرور من انتهاز هذه الفرصة .

المطلب الثاني

مدي مشروعية التعويض عن تفويت الفرصة

في الفقه الإسلامي

لم يورد فقهاء الشريعة الإسلامية فيما علمت نصوصاً في التعويض عن تفويت الفرصة، مما جعل الباحثين في الفقه الإسلامي يختلفون في حكم هذه المسألة باعتبارها من الأمور المستجدة التي لم يتعرض لحكمها الفقهاء، ويمكن رد هذا الخلاف إلى اتجاهين اثنين هما:

الاتجاه الأول: يرى بعض الباحثين^(١) في الفقه الإسلامي أن الشريعة الإسلامية لا تقر تعويض الفرصة وذلك لما يلي:

١ - إن الضرر في تقويت الفرصة غير محقق؛ لأنه لم يقع فعلاً، وإنما هو من قبيل الضرر المستقبل، والضرر المستقبل لا يوجب الضمان في الفقه الإسلامي إلا إذا وقع، ولذا فتقويت الفرصة لا يوجب الضمان .

٢ - إن الضرر في تقويت الفرصة ضرر معنوي، والضرر المعنوي شأنه شأن الضرر الأدبي ليس فيه تعويض وفقاً للقواعد العامة في الفقه الإسلامي، لأن الشرط في الضرر الموجب للضمان المالي في الفقه الإسلامي أن يكون المتلف ملاً متقوماً محترماً^(٢)، وعليه فلا يجب التعويض عن تقويت الفرصة، وإنما يكتفي فيها بالتعزير^(٣).

ويمكن أن يجاب على ذلك بما يلي:

١ - إن فقهاء الشريعة الإسلامية وإن لم ينصوا على جواز التعويض عن تقويت الفرصة فإنهم قد أوردوا بعض المسائل التي يفهم منها جواز ذلك، ومن ذلك ما ذكره البغدادي في مجمع الضمانات من أنه: «لو شهد

(١) د/ محمد فتح الله إبراهيم النشار - حق التعويض - رسالة ماجستير - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٩٩٣- ص ١٦٢، ١٦٣، د/ محمد نصر الدين محمد أساس التعويض في الشريعة الإسلامية والقانون المصري والعراقي - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م - ص ٢٠٧، ٢٠٨، ٢٤٤، د/ عبد الحميد البعلي - نظرية تحمل التبعية بين الشريعة والقانون - رسالة دكتوراه - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٩٩٩- ص ٢٦٣، ٢٧٣ .

(٢) المال في اللغة: ما له قيمة، أو ما يملك من جميع الأشياء . ينظر لسان العرب لابن منظور، حرف الميم (مول) ج ١٤ ص ١٥٢ .

وشرعاً: عند جمهور الفقهاء اسم لما يباح الانتفاع به حقيقة وشرعاً. فهو كل ما له قيمة يلزم متلفه بضمانه راجع الأشباه والنظائر للسيوطي، ط مصطفى محمد، ص ٢٥٨، ويراجع الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ج ٤ ص ٢٨٧٦ وما بعدها، والمادة (١٢٧) من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) ينظر الضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي سنة ٢٠٠٠م، ص

رجلان على آخر بالبيع بخمسائة، وقضي به القاضي، ثم شهدا أن البائع أخذ الثمن، ثم رجعا عن الشهادتين جميعاً ضمناً الثمن خمسمائة عند أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف الأول؛ لأنهما وإن لم يتلغا ذلك الثمن على البائع فقد فوّت عليه إمكان أخذ الثمن حالاً فيضمنان»^(١) فهنا وجب الضمان نظير تفويت إمكان أخذ الثمن حالاً على البائع، أي بسبب تفويت فرصة قبض هذا الثمن حالاً عليه كما هو مفهوم النص، وليس بسبب رجوعهما عن الشهادة كما زعم البعض^(٢).

٢ - أما قولهم الضرر في تفويت الفرصة غير محقق؛ لأنه ضرر مستقبل لا يستحق التعويض عنه إلا إذا وقع فيفهم منه أنهم يريدون بالضرر - في تفويت الفرصة - ما فات على المضرور من كسب محتمل أي جائزة السباق والنجاح في الامتحان وكسب الحق المتنازع عليه، وهو ضرر احتمالي لا يوجب التعويض باتفاق شرعاً وقانوناً، في حين أن الضرر الموجب للتعويض في تفويت الفرصة هو فوات الفرصة في ذاتها، أي القضاء على إمكانية واحتمال تحقيق الكسب المحتمل وهذا ضرر محقق وحال؛ لأنه وقع بالفعل، حيث إن المضرور فقد نهائياً إمكانية تحقيق هذا الكسب - أي الفرصة - بفعل المدعى عليه .

٣ - وقولهم الضرر في تفويت الفرصة ضرر معنوي لا يوجب التعويض قول مستقيم عند من يرى عدم جواز ضمان المنافع كونها ليست مالاً متقوماً وهم الأحناف^(٣) . غير أن جمهور الفقهاء يرون أن المنافع ذوات قيم مالية كما للأعيان، إذ يمكن تقويمها وتقديرها وبالتالي يجوز التعويض عنها بالمال.

(١) مجمع الضمانات للبغدادي ص ٣٦٤ طبعة عالم الكتب - بيروت - الطبعة الأولى ١٩٨٧ م .

(٢) د/ محمد فتح الله إبراهيم النشار المرجع السابق ص ١٦٢ .

(٣) المنافع عند الحنفية لا تعد أموالاً؛ لأنه لا يمكن حيازتها، إذ هي شيء معنوي لا يتصور وضع اليد عليه استقلالاً. ينظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، كتاب الزكاة، (باب زكاة المال)، دار الكتاب الإسلامي، رقم الطبعة: (ط٢: دنت)، ج٢، ص ٢٤٣، وبدائع الصنائع للكاساني: ج٦ / ٢٩٤، والدر المختار ج٤ ص ١١١ .

الاتجاه الثاني: يرى فريق من الباحثين في الفقه الإسلامي أن المبادئ العامة في الفقه الإسلامي لا تمنع من التعويض عن تقويت الفرصة، باعتبار أن الفرصة في ذاتها تمثل منفعة أو مصلحة للمضروب، وأن ضياعها يمثل ضرراً محققاً وحالاً وقد استدلووا على ذلك بما يأتي:

١ - إن الشريعة الإسلامية تأمر بمراعاة حقوق العباد ومصالحهم من جانب الوجود، كما أمرت بمراعاتها من جانب العدم، أي بما يدرأ عنها الإخلال الواقع أو المتوقع بها، واعتبرت كل ما من شأنه أن يُفوّت إحدى هذه المقاصد مفسدة، بل إن درء المفسدة مقدّم فيها على جلب المصلحة، والدليل على ذلك أن الشارع عز وجل حرم على الإمام وعماله التصرف بما لا مصلحة للأمة فيه، وقد توعده الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله: « ما من عبد يسترعيه الله عز وجل رعية يموت يوم يموت وهو غاش لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة»^(١)، وليس ذلك العقاب الأخرى هو الجزاء الوحيد لغش المؤمنين وإهدار مصالحهم، فهناك جزاء دنيوي أيضاً يتمثل في الأخذ على يد الظالم وكفّه عن ظلمه عملاً بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: «إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه أوشكوا أن يعمهم الله بعقاب من عنده»^(٢)، لذا نص الفقهاء على أن تصرف الإمام منوط بالمصلحة^(٣) فالمصلحة يجب أن تكون هدف الإمام ونوابه من الولاية والقضاة وغيرهم من العاملين بالدولة كل في دائرة اختصاصه، فهم لا يعملون لأنفسهم،

(١) الحديث متفق عليه رواه البخاري ومسلم عن معقل بن يسار - انظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ج ١٣ ص ١٣٦ طبعة دار الريان للتراث - الطبعة الثالثة، صحيح مسلم بشرح النووي ج ١ ص ١٦٥ الطبعة الأولى دار الريان للتراث .

(٢) الحديث رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح انظر الترغيب والترهيب من الحديث الشريف للحافظ المنذري ج ٢ ص ٢٢٩ - دار الريان للتراث .

(٣) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ص ٦٢، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٨، وانظر أثر المصلحة في تشريع الأحكام بين النظامين الإسلامي والإنجليزي د/ مجيد حميد العنبيكي - رسالة ماجستير - حقوق القاهرة ١٩٧١ ص ٦.

وإنما يعملون للأمة، فهم وكلاؤها في تحقيق المصلحة ودرء المفسدة، ومن ذلك ما ذكره السيوطي من أنه: « ليس للإمام تزويج امرأة بغير كفاء، ولا العفو عن القصاص مجاناً، لعدم المصلحة في ذلك »^(١).

٢ - إن المنافع نوات قيم مالية في الاجتهاد القوي في الفقه الإسلامي - كما سنرى - كما للأشياء والأعيان قيم مالية، وليست المنفعة إلا المصلحة في العرف الفقهي^(٢)، والقاعدة في الشريعة الإسلامية في جلب المصلحة ودرء المفسدة يكون بمنع وقوعها، وبإزالتها إذا وقعت، ولذا يقول صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار »^(٣)، فهو ينهي عن الضرر قبل وقوعه، وهذا يقتضي النهي أو منع كل سلوك من شأنه أن يؤدي إلى إلحاق مفسدة لا يقرها الشرع بالغير . كما ينهي عن الضرر بعد وقوعه، وهو يقتضي تضمين الضار - محدث الضرر - قيمة ما اتلف صيانة لمصالح العباد وإحياءً لحقوقهم .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٩ .

(٢) المصلحة في اللغة: تعني الصلاح وهي واحدة المصالح، والمصلحة مفعلة من الصلاح وهو كون الشيء على هيئة كاملة بحسب ما يراد من ذلك الشيء له كالقلم على هيئته الصالحة للكتابة به، انظر لسان العرب لابن منظور ج ٢ ص ٥١٧ .

وشرعاً: عرفها الإمام الغزالي بقوله: « هي عبارة عن جلب المنفعة أو دفع المضرة، أنظر المستصفي من علم الأصول للغزالي ج ١ ص ٢٨٦ مطبعة بولاق ١٣٢٢ هـ .

وتطلق المصلحة في اصطلاح الفقهاء والأصوليين بإطلاقين: الأول مجازي وهو السبب الموصل إلى النفي . والثاني: حقيقي وهو نفس المسبب الذي يترتب على الفعل من خير ومنفعة ويعبر عنه باللذة أو النفع أو الخير . انظر أثر المصلحة في تشريع الأحكام د/ مجيد حميد العنبيكي - ص ١٨، ١٩، ٢٠ . والمنفعة هي مفرد منافع ويراد بها لغة: ما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه أو ما يستعان به في الوصول إلى الخيرات . لسان العرب ج ١٠ ص ٢٣٦ .

واصطلاحاً: ما يملك القدرة لتحقيق الهدف أي الاستفادة سواء كان مادياً أو معنوياً انظر: أثر المصلحة في تشريع الأحكام د/ مجيد حميد العنبيكي ص ٢٤ وأنظر أيضاً أساس المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني د/ محمد صلاح الدين حلمي ص ٤٧١ .

(٣) الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه عن عبادة بن الصامت ج ٢ ص ٤٨٤ - برقم ٢٣٤٠ - طبعة دار الريان للتراث، وصححه الألباني في صحيح الجامع رقم ٧٥١٧ .

وتطبيق هذه القاعدة العامة في الضمان في الشريعة الإسلامية على حالات تقويت الفرصة في الأمثلة السابقة، وهي فرصة الاستئناف ودخول الامتحان، والفوز في مسابقة أو سباق، وفرصة العلاج، وفرصة الترقى في الوظيفة وغيرها، باعتبارها مصالح محترمة من قبل الشرع، وأن تقويتها مفسدة لا يقرها الشرع، ويجب درؤها، وجبر الضرر المترتب عليها، يقتضي القول بتضمين محدث هذه المفسدة قيمة المصلحة التي ضاعت، ما دامت جدية ومحقة ولا ينافي ذلك أن الكسب في تلك الأحوال - النجاح أو الفوز، والشفاء.. إلخ - أمر محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق؛ لأن تقويت الوصول إلى هذا الكسب يقضي على ذلك الاحتمال، ومن ثم يعتبر ضرراً محققاً يجب جبره وضمانه، وهذا ما انتهى إليه غير واحد من الباحثين المحدثين في الفقه الإسلامي (١).

الراجع: أرى أن الاتجاه الثاني والذي يرى وجوب التعويض عن تقويت الفرصة إذا توافرت شروطها هو الراجع: لقوة أدلته ودحض أدلة مخالفه، ولأن القول بذلك يحقق العدل ويسد الباب في وجه كل باغ أو مستبد أو مستهتر بمصالح الناس .

(١) د/ محمود خيامي حسن أبو زيد - المسؤولية التصيرية في الشريعة الإسلامية - رسالته للدكتوراه سنة ١٩٨٨، ص ١٢٧، د/ محمد فاروق بدوي العكام في رسالته للدكتوراه - الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي - جامعة القاهرة سنة ١٩٧٧ ص ٢٢٤ - ٢٢٦، د/ محمد محمود حسين في رسالته للدكتوراه من كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر بعنوان « تعويض الأضرار الناجمة عن حوادث السيارات»، سنة ٢٠٠١ ص ٧٧ وما بعدها .

الفصل الثاني

شروط التعويض عن تفويت الفرصة

التعويض عن تفويت الفرصة في الواقع ما هو إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة في المسؤولية المدنية وتعويض الضرر، والتي تستوجب لقيام المسؤولية، وبالتالي التعويض توافر ثلاثة شروط هي - الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما، لذا سوف أقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، أخصص كل مبحث منها للحديث عن واحد من هذه الشروط كما يلي:

المبحث الأول: في شرط الخطأ في تفويت الفرصة .

المبحث الثاني: في شرط الضرر في تفويت الفرصة .

المبحث الثالث: في علاقة السببية بين الخطأ والضرر في تفويت الفرصة .

المبحث الأول

الخطأ في تفويت الفرصة

ينقسم هذا المبحث بدوره إلى مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: في الخطأ في تفويت الفرصة في القانون المدني.

المطلب الثاني: في الفعل الضار في تفويت الفرصة في الفقه الإسلامي .

المطلب الأول

الخطأ في تفويت الفرصة في القانون المدني

أولاً: معنى الخطأ: الخطأ في اصطلاح شراح القانون المدني يعني الإخلال بالتزام سابق^(١)، وهو بهذا يعم الخطأ التقصيري والخطأ العقدي .

والقاعدة: أن أي خطأ يكفي لقيام المسؤولية المدنية، ففي مجال المسؤولية التقصيرية يكفي أي إخلال بأي التزام قانوني لتوافر ركن الخطأ، شريطة إدراك المخل بهذا الإخلال. وفي المسؤولية العقدية، يكفي أيضاً إخلال المتعاقد بأي التزام ناشئ عن العقد، يستوي في ذلك أن يتعلق الأمر بإخلال بالتزام بتحقيق نتيجة، أو بإخلال ببذل عناية، وهذا ما يُعبّر عنه بمبدأ كفاية أي خطأ لقيام المسؤولية، ومن ثم إيجاب التعويض^(٢).

ثانياً: عنصرا الخطأ . يقوم الخطأ في القانون المدني على عنصرين: الأول مادي وهو التعدي. والثاني معنوي وهو الإدراك .

أ - العنصر المادي للخطأ: التعدي: ويتمثل التعدي في الإخلال بالالتزام القانوني، ويقاس هذا التعدي بمعيار موضوعي، وهو سلوك الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس في ظل الظروف الخارجية العامة التي أحاطت بالفعل الضار، والتي وجد فيها مرتكب هذا الفعل، وهو سلوك يقوم على الفطنة واليقظة

(١) أشار إليه د/ محمد شتا أبو سعد في تعليقه على نصوص القانون المدني ج ١ ص ١٠٥٧ وانظر في تعريف الخطأ أيضاً الوسيط لسنهوري ج ١ ص ٧٧٧ وما بعدها، والتعويض الناشئ عن إتلاف المال د/ عبد الله مبروك النجار - بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة - العدد الرابع والعشرون ج ٢ ص ١٧٢ .

(٢) د/ محمد شتا أبو سعد - المرجع السابق ج ٢ ص ٣٣٨ .

والتبصر دون اعتبار لسن الشخص أو ظروفه الاجتماعية (١). وهذا المعيار الموضوعي ينطبق على الخطأ السلبي - الامتناع - وينطبق على الخطأ الإيجابي. كما ينطبق على الخطأ العمد، والخطأ بإهمال، وكذلك على الخطأ الجسيم والخطأ اليسير .

ب _ العنصر المعنوي للخطأ: الإدراك: وهو يعني أن يكون المعتدي مدركاً أن تعديه يضر بالغير، والإدراك هو التمييز، وقد جعل المشرع سن التمييز سبع سنوات (م٤٥مدني) فكل من بلغ سن السابعة من عمره، ولم يطرأ عليه سبب عارض يفقده التمييز يكون مسئولاً مسئولية كاملة عن أعماله غير المشروعة (مادة ١/١٦٤ مدني) .

وهناك أحوال يسأل فيها عديم التمييز، كما لو كان انعدام التمييز راجعاً إلى خطأ من جانب الشخص نفسه كما لو شرب مسكراً متعمداً، وفي حالة عدم وجود شخص مسئول عن عديم التمييز كمتولي الرقابة وفي حالة تعذر الحصول على تعويض من عديم التمييز (مادة ٢/١٦٤ مدني) .

وقد يتوافر عنصرا الخطأ - التعدي، والإدراك -، ومع ذلك لا يعتبر التعدي فيها خطأ يستوجب المسؤولية والتعويض، كما في حالة الدفاع الشرعي (م١٦٦ مدني) . وحالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس (م ١٦٧ مدني)، وحالة الضرورة (م ١٦٨مدني) (٢).

والجدير بالذكر أنه إذا كان الأصل في المسؤولية المدنية عن الأعمال الشخصية، ومن ثم التعويض عنها يستلزم توافر الخطأ في جانب المسئول، ويقع

(١) د/ عبد الله مبروك النجار - المرجع السابق ص ١٧٣ .
(٢) د/ محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص ٣٧١ وما بعدها .

على عاتق المدعي عبء إثبات ذلك الخطأ، وهو ما يسمى بالمسئولية الخطئية، فإن الأصل في المسئولية الناشئة عن عمل الغير - مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة، ومسئولية متولي الرقابة عن عمل الخاضعين لرقابته، وكذلك المسئولية الناشئة عن حراسة الأشياء، أنها لا تقوم على خطأ واجب الإثبات، وإنما تقوم على أساس الخطأ المفترض في جانب المتبوع، ومتولي الرقابة، وحارس هذه الأشياء، وذلك للتيسير على المضرور في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر، وهو ما يُسميه البعض بالمسئولية غير الخطئية.

والتعويض عن تفويت الفرصة لا يتطلب في الفعل الضار الموجب للمسئولية قيوداً خاصة في هذا الفعل زيادة على ما سبق ذكره، فكل فعل ضار يستوجب قيام مسئولية مرتكبة، يكفي أساساً لتعويض الضرر المترتب على تفويت الفرصة، بصرف النظر عما إذا كان هذا الخطأ واجب الإثبات أو غير واجب الإثبات.

فتعويض تفويت الفرصة يمكن أن يطبق في نطاق المسئولية التقصيرية على حارس الأشياء التي تحتاج إلى حراسة وعناية خاصة، والتي لا تحتاج إلى فكرة الخطأ واجب الإثبات؛ لأنها تقوم على خطأ مفترض في جانب حارس هذه الأشياء، كأن يُحرم المضرور نتيجة حادث سيارة من فرصة العمل في وظيفة معينة أو من الترقى في وظيفته، فالتعويض عن تفويت هذه الفرصة لا يستوجب إثبات خطأ حارس هذه السيارة .

كما يمكن أن يطبق تعويض تفويت الفرصة في نطاق المسئولية الشخصية المؤسسة على الخطأ واجب الإثبات، خاصة الخطأ المهني كالخطأ الطبي .

ويلاحظ أن تطلب الخطأ كشرط لتعويض فوات الفرصة لا يعني ضرورة أن يكون الفعل ضاراً في ذاته، بل قد يكون كذلك، وقد لا يكون، فبتر ساق الفتاة

المتقدمة لوظيفة المضيئة الجوية يعد في ذاته ضرراً جسمانياً قابلاً للتعويض، وهذا التعويض يكون عن الضرر الجسماني المحقق الذي يتمثل في فقد الساق، وهذا لا يمنع أن يكون هذا الفعل الضار نفسه سبباً في ضرر آخر هو تفويت فرصة التعيين في الوظيفة المطلوبة لهذه الفتاة التي بتر ساقها.

وهناك حالات لا يكون الفعل الضار فيها ضاراً في ذاته، لكن يترتب عليه الضرر المتمثل في فوات الفرصة فقط، فتأخر الناقل في توصيل الحصان إلى مكان السباق لا يعد فعلاً ضاراً في ذاته، ومع ذلك يترتب عليه فوات فرصة اشتراك الحصان في السباق (١).

المطلب الثاني

الخطأ أو الفعل الضار في الفقه الإسلامي

يقصد بالفعل الضار في الفقه الإسلامي، كل فعل حسي يترتب عليه ضرر سواء كان ذلك بطريق المباشرة أو بطريق التسبب (٢).

ويكون الفعل ضاراً بطريق المباشرة إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر، كأن يعتمد إنسان إلى إثناء فيكسره .

ويكون الفعل ضاراً بطريق التسبب إذا فصل بينه وبين الضرر فعل آخر أدى إليه دون أن يمنع نسبة الضرر إليه، كما لو حفر الإنسان حفرة في طريق عام (١) د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل - تعويض تفويت الفرصة - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد الثالث، السنة العاشرة ص ١٥٦ .

(٢) الضمان وصوره المستحدثة في الفقه الإسلامي د/ محمد عبد الحميد سيد متولي - بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية الصادرة عن كلية الشريعة والقانون فرع دمنهور جامعة الأزهر العدد العاشر سنة ١٩٩٥ ص ٢٣ .

فتردى فيها إنسان أو حيوان فتلف، فإن تردى الإنسان أو الحيوان فعل توسط بين الحفر والضرر، ولا يمنع نسبة الضرر إلى الحفر^(١).

ويكون الفعل الحسي سبباً لضمان الضرر المترتب عليه إذا لم يكن مشروعاً، فإن كان الفعل مشروعاً كما في حال دفع الصائل فلا ضمان؛ عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقول: « الجواز الشرعي ينافي الضمان»، ولأن الله سبحانه لم يشرع لعباده إلا ما فيه مصلحتهم ونفعهم وصلاحهم^(٢).

ويطلق على الفعل الضار في الفقه الإسلامي اصطلاح التعدي، وهو يعني الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، أو هو العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي .

والتعبير بالتعدي أولى من التعبير بلفظ الخطأ الذي يستعمله شراح القانون، إذ هو يشمل الخطأ والعمد، ويشمل التقصير والإهمال ونحوها، أما التعبير بالخطأ فهو يوهم مقابلة العمد، وذلك لكثرة استعماله مقابلاً به في الفقه الإسلامي^(٣).

وجعل الفعل الضار سبباً للتضمنين في الفقه الإسلامي مرتبط بذات الفعل الضار وبآثاره، لا بقصد فاعله وإدراكه، ولذا فإنه يترتب عليه أثره إذا صدر من نائم أو مجنون؛ لأن الأمر في اقتضائه التضمنين مبني على المعاوضة وجبر الفاقد حتى لا يظلم أحد في ماله^(٤).

(١) المرجع السابق نفس الموضوع .

(٢) د/ محمد عبد الحميد سيد المرجع السابق ص ٢٥، د/ عبد الله النجار - التعويض الناشئ عن إتلاف المال ص ١٧٩ .

(٣) د/ عبد الله النجار / المرجع السابق ص ١٤٨ .

(٤) مبادئ الفقه الإسلامي - النظريات الفقهية - د/ محمود محمد عوض ص ١٠٩ طبعة ٢٠٠٢ دار النهضة العربية، وأساس التعويض في الشريعة الإسلامية، د/ محمد نصر الدين محمد ص ١٤٦، ١٤٧ .

وعليه فإن الخطأ في الشريعة الإسلامية يعني التعدي ولا يتطلب الإدراك خلافاً للقانون المدني، فما دام الفعل مؤدياً إلى الضرر في ذاته، فإنه يستوجب ضمان ما ترتب عليه من تلف، وذلك بتضمين فاعله؛ لأنه حينئذ يكون فعلاً محظوراً بالنظر إلى نتائجه، فتقع تبعته على فاعله حتى ولو كان عديم التمييز، وذلك بإيجاب الضمان في ماله (١).

فالشريعة الإسلامية لا تفرق بين العمد والخطأ إلا في الجناية على النفس بالقتل والجرح، أما في الجنايات المالية الواقعة على حقوق العباد، فالعمد والخطأ فيها سواء (٢).

والجدير بالذكر أن الفعل الحسي غير المشروع والذي يترتب عليه ضرر الغير، قد يتمثل في القول كما في رجوع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم والقبض (٣)، وقد يتمثل في فعل إيجابي أو سلبي والإيجابي مثل إتلاف مال الغير أو تحريق ثيابه، والسلبي مثل الامتناع عن إطعام الجائع حتى هلك (٤).

(١) د/ محمد عبد الحميد سيد متوبي المرجع السابق ص ٢٦، د/ محمود محمد عوض - مبادئ الفقه الإسلامي - النظريات الفقهية ص ١٠٩ وما بعدها .

(٢) د/ صبحي محمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ج ٢ ص ١٦٨ .

(٣) تبين الحقائق للزليعي ج ٤ ص ٢٤٤ .

(٤) المسؤولية التصيرية في الشريعة الإسلامية د/ محمود خيامي حسن ص ١١٩ وما بعدها، د/ عبد الله النجار، المرجع السابق ص ١٧٩ .

المبحث الثاني الضرر في تفويت الفرصة

المطلب الأول

الضرر في تفويت الفرصة في القانون المدني

الضرر الذي يستتبع المسؤولية المدنية، والتعويض هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو بعاطفته، أو بماله، أو بحريته، أو شرفه واعتباره، أو غير ذلك، بشرط أن تكون هذه المصلحة مشروعة، أي غير مخالفة للقانون^(١).

وعنصر الضرر شرط أساسي وأولى لقيام المسؤولية المدنية وإمكان المطالبة بالتعويض؛ لأن التعويض لا يكون إلا عن ضرر أصاب طالبه، ولأن مدعي المسؤولية لا يكون له مصلحة في الدعوى إلا إذا كان قد أصابه ضرر يطالب بتعويضه. فإذا انتفى الضرر فلا مسؤولية ولا تعويض، حتى ولو قامت المسؤولية الجنائية، فمثلاً إذا وقعت جريمة شروع في سرقة، أو شروع في قتل، فإن الجاني يسأل عن ذلك جنائياً، ولكنه لا يلزم بأي تعويض نحو من شرع في قتله أو سرقته، إلا إذا كان قد لحق هذا الأخير ضرر من جراء محاولة قتله أو سرقته^(٢).

(١) د/ سليمان مرقس - المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - القسم الأول - الأحكام العامة ص ١٢٨ - طبعة معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧١م، د/ أحمد حشمت أو ستيت - نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ص ٣٢٧ - مكتبة عبد الله وهبه - مصر سنة ١٩٤٥، د/ عبد الناصر العطار - مصادر الالتزام ص ٢٦٤، ٢٦٥، د/ حسام الأهواني / مصادر الالتزام ص ٣٠، د/ عبد الله النجار / التعويض الناشئ عن إتلاف المال ص ١٧٥.

(٢) الوافي في شرح القانون المدني د/ سليمان مرقس ج ٢ ص ١٣٥ - الطبعة الخامسة سنة ١٩٨٨، د/ عبد الله النجار، المرجع السابق ص ١٧٥.

والضرر نوعان: مادي، وأدبي، والأول: هو ما يسبب للشخص خسارة مالية، والثاني: هو ما يصيب الإنسان في شعوره وعاطفته.

وحتى يكون الضرر واجب التعويض قانوناً، يجب أن يكون محققاً، بأن يكون قد وقع فعلاً، أو سيقع حتماً ولو تراخي ذلك إلى المستقبل .

وشرط تحقق الضرر لا يعني أكثر من ضرورة وجود الضرر وإثباته، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية في حكم لها: أنه «يجب بمقتضى القانون لصحة طلب المدعي الحكم له من المحكمة الجنائية بتعويضات مدنية، أن يكون الضرر المدعى ثابتاً على وجه اليقين والتأكيد، واقعاً ولو في المستقبل» (١).

والضرر المستقبل هو ضرر تحقق سببه، وتراخت آثاره كلها أو بعضها إلى المستقبل، كأن يحدث شخص بفعله غير المشروع عاهة مستديمة لشخص آخر، مما يؤدي إلى عجزه عن الكسب، فإن الإصابة في ذاتها محققة، ولكن الخسارة المالية التي تصيب هذا الشخص من جراء عجزه عن العمل والكسب - وهي تشمل كل ما كان سيربحه من عمله في مستقبل حياته - يُعتبر أكثرها ضرراً مستقبلاً، وهذا النوع من الضرر يعتبر في حكم الضرر المحقق، ويستتبع المسؤولية والتعويض، وهو ما أجمع عليه الفقه (٢) والقضاء (٣).

(١) نقض جنائي جلسة ١٦/٦/١٩٤٧ طعن ٢٤١، مجلة المحاماة عدد ٢٨ ص ٧٤٦ وانظر الوسيط في شرح القانون المدني د/ عبد الرزاق السنهوري ج ٢ ص ١٢٠١ د/ محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل ص ٣٩٦، د/ حسام الأهواني / مصادر الالتزام ص ٣٢ .

(٢) د/ السنهوري في الوسيط ج ٢ ص ١٢٠٢، الوافي في شرح القانون المدني د/ سليمان مرقس ج ٢ ص ١٣٩، د/ حسام الأهواني - المرجع السابق ص ٣٢، المستشار محمد أحمد عابدين - تعويض الضرر المادي والأدبي والموروث ص ٥٨ دار الفكر الجامعي / الإسكندرية ١٩٩٧م.

(٣) انظر نقض جنائي في ١٩٥٥/٣/٥ طعن ١٨٩ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة السادسة ص ٥٨٢، وأيضاً نقض مدني ١٩٥٩/١٢/٣ طعن ١١٣ س ١٠ مجموعة أحكام النقض المدني ص ٧٥٠ .

ويُبيّن شرح القانون بين الضرر المستقل الواجب التعويض - كما سبق - وبين الضرر الاحتمالي، وهو الذي لم يقع، ولا يوجد ما يؤكد أنه سيقع غاية الأمر أنه يحتمل الوقوع وعدم الوقوع . وهذا الضرر الاحتمالي لا يكفي لقيام المسؤولية، وبالتالي لا يجوز المطالبة بتعويضه، إلا بعد أن يتحقق فعلاً، كأن يحدث إنسان بخطئه خللاً في منزل جاره، فالضرر المحقق هنا هو ما وقع من هذا الخلل، ويلتزم المسئول بإصلاحه، أما كون الخلل الذي حدث سيؤدي إلى تدهم المنزل، فهذا ضرر احتمالي لا يلتزم محدث الخلل بتعويضه إلا إذا تهدم البيت فعلاً^(١).

إذاً فالعبرة في تعويض الضرر، ليست بكونه ضرراً حالاً أو مستقبلاً، بل بكونه ضرراً محققاً، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها: « إن الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ضرراً محققاً، بمعنى أن يكون قد وقع فعلاً، أو أنه سيقع حتماً، أما الضرر الاحتمالي الغير محقق الوقوع، فإن التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلاً»^(٢).

وهنا في تفويت الفرصة يوجد نوعان من الأضرار . أحدهما: احتمالي ويتمثل في ضياع الكسب المنشود الذي كان يأمله المضرور .

والثاني: محقق ويتمثل في فوات الفرصة ذاتها - أي فقدان رجحان احتمال الكسب في ذاته - باعتبارها وسيلة إلى هذا الكسب المنشود، ولأهمية كل من هذين الضررين في مسألة التعويض عن تفويت الفرصة سوف ألقى الضوء عليهما بشئ من التفصيل والإيضاح.

(١) السنهوري في الوسيط ج٢ ص ١٢٠٦، د/ عبد الظاهر حسين، المرجع السابق نفس الموضوع، د/ حسام الأهواني، المرجع السابق ص ٣٣، د/ عبد الله النجار المرجع السابق ص ١٧٥ .
(٢) نقض مدني ١٩٦٥/٥/١٣ طعن ٢٥ س ٢٩ ق - المجموعة الرسمية سنة ١٩٦٥ ص ٥٧٠ .

أولاً: الضرر الاحتمالي في تفويت الفرصة:

يتمثل هذا الضرر الاحتمالي في ضياع الكسب الذي كان يصبوا إليه المُدعي، وكان بالنسبة له أملاً منشوداً وهدفاً مرغوباً، يسعى إلي تحقيقه، لكن نتيجة فعل المدعى عليه يصبح ذلك الكسب مستحيلًا بعد أن كان ممكناً .

ورغم عدم تحقق الكسب هنا وحرمان المدعي منه نهائياً، فإنه لا يمكن اعتبار ذلك ضرراً واجب التعويض؛ لأن شرط الضرر الموجب للتعويض - كما سبق - أن يكون محققاً مؤكداً، وهذا ما لم يتحقق هنا؛ لأن الحرمان يرد على كسب احتمالي، والحرمان منه لا يمثل إلا ضرراً احتمالياً كذلك .

وهذا الضرر الاحتمالي في تفويت الفرصة له أهمية قصوى من ناحيتين أولاً: عند تقدير وجود الفرصة وتحقيقها . ثانياً: عند تقدير الضرر المحقق تمهيداً لتعويضه إذ لا يمكن تحديد أيّ منهما إلا بناء على هذا الكسب الاحتمالي، ومدى جدوى الفرصة في تحقيقه .

وهذا الكسب الاحتمالي الذي كان يُؤمله المدعي، وينتظر تحققه قد يكون إيجابياً أي تحصيل ربح ما - وقد يكون سلبياً - أي تجنب خسارة ما - ولذلك فالضرر الاحتمالي في تفويت الفرصة لا يخرج بدوره عن أن يكون إما كسباً فائتاً، أو خسارة لاحقة، مع مراعاة الاحتمال في كل منهما .

وسواء تمثل الكسب الاحتمالي في تحقيق كسب أو في تجنب خسارة، فإنه يجب أن يكون ممكن التحقيق، بوجود طريقة أو طرق تؤدي إليه، فلو كان محقق الوقوع، فإن فواته يعني إصابة المضرور بضرر محقق وليس مجرد فوات فرصة الكسب - يجب تعويضه تعويضاً كاملاً، أما لو كان هذا الكسب مستحيلًا، وليس محتملاً أو ممكناً، فلن تتواجد فرصة لتحقيقه، ولن يكون هناك ضياع أو فوات لفرصة ومن ثم لا يجب تعويضه .

إذا فلا بد وأن يكون الكسب محتمل التحقق، وبدرجة تكفي للقول بترجيح وقوعه على عدم وقوعه (١).

ثانياً: الضرر المحقق في تقوية الفرصة:

العبرة في تعويض تقوية الفرصة ليست بذلك الضرر المحتمل الذي يتمثل في الكسب الذي كان يأمل المضرور تحققه أو الخسارة التي كان يأمل تجنبها - رغم أهمية هذا الكسب المحتمل في تقدير وجود الفرصة وتحقيقها من ناحية، وفي كيفية تقدير التعويض ومداه من ناحية أخرى - وإنما العبرة بالضرر الفعلي الذي لحقه، والمتمثل في حرمانه من انتهاز فرصة ووسيلة تحقيق هذا الكسب أو تجنب تلك الخسارة، باعتبار أن ذلك هو الضرر المحقق الذي أصاب المضرور بالفعل، أما ما عدا ذلك من أضرار فهي أضرار احتمالية فرضية بحته لا تقبل التعويض (٢)، ففوات الفرصة يمثل ضرراً محققاً مؤكداً، أما الإفادة منها فهو أمر محتمل فمثلاً دخول الامتحان يفتح فرصة للنجاح، ولكنه لا يعني النجاح، ولهذا فإن الضرر في فوات الفرصة يتمثل في وجود فواتها - دخول الامتحان - ولا يمتد إلى الحرمان من نتائجها - النجاح في الامتحان؛ لأن النجاح أمر محتمل (٣).

وعليه فلا بد لوجود الضرر المحقق الواجب التعويض أن يكون لدى المضرور - إلى جانب الكسب المحتمل سابق التعرض له - طرق أو فرص جدية ومشروعة لتحقيق ذلك الكسب هذا أولاً، ثم تقوية هذه الفرص الجدية عليه بفعل المدعى عليه ثانياً (٤). وتعرض لهذين الفرضين بشئ من التفصيل فيما يلي:-

- (١) د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل - تعويض تقوية الفرصة المرجع السابق العدد الثاني ص ٨٨ .
- (٢) د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل - تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ص ٣٢٥ طبعة ١٤١٦هـ / ١٩٩٥ الكويت .
- (٣) د/ حسام الأهواني، مصادر الالتزام ص ٣٧ .
- (٤) د/ حسام الأهواني / المرجع السابق ص ٣٨، ٣٩ .

أولاً: وجود الفرصة الجدية:

ينبغي للحكم بتعويض الفرصة، وحتى يمكن اعتبارها ضرراً محققاً يستوجب التعويض لا بد وأن تكون هناك فرصة جدية وحقيقية قد ضاعت على المدعى، فلا يكفي لتحقيق الفرصة وجود كسب محتمل أو مرجح التحقق، بل لا بد بالإضافة إلى ذلك - من وجود طريقة أو طرق لتحقيق هذا الكسب هذه الطرق تمثل فرصاً لتحقيق الكسب وتجعله محتملاً وليس نظرياً .

كما يتعين أن تكون هذه الفرص جدية وحقيقية، فمجرد اشتراك حصان مثلاً في سباق لا يكفي لاعتبار ذلك فرصة لتحقيق الفوز وكسب السباق، بل لا بد أن يتوافر ما يرجح احتمال هذا الفوز في السباق^(١)، وهذا ما يستفاد من قول محكمة النقض المصرية في حكم لها: « إن جوهر التعويض عن الضرر المادي مناطه أن يكون هناك تفويت فرصة وأن تكون هذه الفرصة قائمة، وأن يكون الأمل في الإفادة منها له ما يبرره»^(٢).

وهناك ارتباط وثيق بين مدى احتمال الكسب المنشود من ناحية، وجدية الفرصة من ناحية أخرى، فكلما زادت درجة احتمال تحقيق الكسب أو كلما كان الكسب مرجحاً، كلما وجدت فرص جدية لتحقيقه، وبقدر توافر الفرصة الجدية للكسب، بقدر ما يكون هذا الكسب محتملاً ومرجحاً، والعكس صحيح فكلما قل احتمال الكسب كلما بعدت وقلت فرصة تحققه وهكذا^(٣) والفرصة الجدية هي التي تعني مجرد الأمل، ولكنها لا تصل إلى درجة اليقين، وشرط جدية الفرصة يكفل للتعويض عن تفويت الفرصة حدوده المعقولة التي تتأى به عن تعويض الضرر الاحتمالي؛ لأن عدم جدية الفرصة يعني أن الضرر غير محقق، لذا يجب مراعاة الحد الفاصل بين الضرر المحتمل والضرر المؤكد .

(١) د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل - تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ص ٣٢٦ .

(٢) نقض مدني ١٩٨٤/٤/٢٨ طعن ١٣٨٠ س ٥٢ ق الموسوعة الذهبية ج١، ص ٨١٢ .

(٣) د/ إبراهيم الدسوقي - تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ص ٣٢٧ .

وجدير بالذكر أن كلاً من فكرتي الاحتمال والجدية ليستا إلا أفكاراً نسبية، لا يوجد في الواقع ما هو محقق بصفة مطلقة، كما أن الاحتمال يعني أنه ممكن أن يتحقق، وممكن أن لا يتحقق، ويرجع في تقرير أيهما إلى ظروف الحال والنظر إلى كل حالة على حدة (١).

وإعمالاً لجدية الفرصة نجد أن القاضي عند نظره التعويض عن فوات الفرصة، يقوم أولاً بتقدير مدى فرص الضرور في الحصول على هذا الكسب، فإذا ترجح لديه بعد احتمال تحقق الكسب المدعي وفقاً للمجرى المعتاد للأمر وظروف الحال رفض الدعوى (٢).

غير أن هذا لا يعني أن الفرصة تُعبّر عن التحقق واليقين من وقوع أمر ما، لأنها ليست سوى احتمال، وإن كان كافياً ومعقولاً، لتحقيق أمر معين بطريقة محددة .

وهكذا يتوقف وجود الفرصة الجدية على مدى احتمالات نجاحها وتحقيقها للكسب المتوقع، فعلى قدر ومدى احتمال تحقق الكسب ورجحانه يتوقف وجود الفرصة الجدية (٣).

- (١) د/ إبراهيم الدسوقي - تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ص ٣٢٧ .
- (٢) انظر نقض مدني جلسة ١٠/٤/١٩٩٤ طعن رقم ٤٣٠٠ س ٦٢ ق - حيث قضى بأنه: « إذا كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه اكتفى في مقام قضائه بالتعويض عن الضرر المادي على ما أورده من أن الوفاة فوتت على المطعون ضدها فرصة الأمل في أن تستظل برعاية ولدها المتوفي في شيخوختها دون أن يعن ببحث وتمحيص ما أثارته الطاعنه من أن هذا الأمل غير وارد لأن المتوفي كان طفلاً يبلغ من العمر ١١ عاماً « يعال ولا يعول أحداً » وأن لها ثلاثة أبناء قصر يكفي أن تستظل برعاية أيهم في شيخوختها وهو ما من شأنه أن يجهل بالأسباب التي أقام عليها قضاءه بالتعويض عن الكسب الفائت، ويعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيقه لأحكام القانون فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بالقصور = = = انظر مجموعة د/ محمد شتا أبو سعد ج ٢ ص ٣٢٠ .
- (٣) د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل في تعويض تفويت الفرصة ص ١١٣، د/ حسام الدين الأهواني / مصادر الالتزام ص ٣٩ .

فإذا تحققت الفرصة بالمعنى السابق، فإنه يستوي بعد ذلك أن تكون هذه الفرصة قد بوشرت بالفعل، أي تمت محاولتها دون نجاح، كما في المسائل الطبيعية، أو لم تقع بعد، ولم تجر محاولتها، كما في تقويت فرصة استئناف حكم .

إثبات وجود الفرصة: تقضي القواعد العامة في الإثبات بأن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، وتطبيقاً لهذه القواعد هنا نجد أن عبء إثبات الفرصة وجديتها يقع على عاتق من يدعي فوات الفرصة سواء كان هو المضرور أو ورثته غير أن إثبات الفرصة في المجال الطبي بصفة خاصة، يثير بعض الصعوبات فلكي يتمكن ورثة المتوفي إثر عملية جراحية أو علاج طبي من التذليل على وجود فرصة للشفاء أو البقاء على قيد الحياة لمورثهم، فإن ذلك يقتضي منهم إثبات السبب الحقيقي لوفاة مورثهم، وهذا أمر يدق عليهم في الكثير من الحالات، خاصة إذا كانوا لا يعلمون السبب الحقيقي للوفاة .

ولعل تلك الصعوبة العملية هي التي دفعت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية إلى إعفاء المدعي من عبء هذا الإثبات في بعض أحكامها، ومن ذلك حكمها الصادر في ١٩٧١/٥/٢٥ الذي أخذ بمسئولية الطبيب المعالج والحكمة مساعدته عن وفاة المريضة التي كان يقوم بعلاجها، وذلك على الرغم من أن أسباب الوفاة ظلت غير معروفة على وجه التأكيد والتحديد، وقد استند الحكم إلى أن الطبيب المعالج قد وافق على إخراج المريضة من المستشفى رغم إصابتها بحمى شديدة وقبل إتمام علاجها، أما الحكمة فقد نسب إليها الحكم أنها لم تمنح المريضة العناية المطلوبة والضرورية للحالة الصحية المتدنية التي كانت عليها هذه المريضة^(١).

(١) انظر نقض مدني فرنسي ١٩٧١/٥/٢٥ - المجموعة المدنية رقم ١٦٩ - الأسبوع القانوني ١٩٧١ - ٢ - ١٦٨٥٩ مشار إليه في تعويض تقويت الفرصة، د/ إبراهيم الدسوقي ص ١١٩ .

وجدير بالذكر أن هذا الحكم السابق وغيره من الأحكام التي سارت في فلكه لم تدعى أن الطبيب يقع عليه التزام بنتيجة معينة هي شفاء المريض، بل ما زال يلتزم بأن الطبيب عليه التزام بوسيلة أو ببذل عناية فقط، لأن خطأ الطبيب قد ثبت فعلاً بتقصيره في علاج المريض، ولكن لا يكفي في المسائل الطبية إثبات خطأ الطبيب المعالج وإغفاله للعناية الطبية اللازمة، لقبول فوات فرصة الشفاء أو الحياة لدى المريض، بل يتعين بالإضافة إلى ذلك تحديد ما إذا كانت هذه الأخطاء على علاقة سببية، ولو محتملة مع حالة المريض اللاحقة للعلاج^(١).

ثانياً: تفويت الفرصة:

العبرة في التعويض عن تفويت الفرصة، ليست بالحرمان من الكسب الاحتمالي؛ لأنه لكونه احتمالياً فلن يمثل الحرمان منه ضرراً محققاً، وإنما العبرة بتفويت الفرصة ذاتها بما لحق المضرور فعلاً من خسارة أو ضرر محقق، يتمثل في فقدانه لفرصة ووسيلة تحقيق هذا الكسب نتيجة فعل المدعي عليه غير المشروع، لذلك فإن حساب وتقدير الضرر الفعلي المحقق الذي لحق المضرور يكون على ضوء ما يملك من فرص للكسب فانتت عليه، فيقدر قيمة هذه الفرص يقدر الضرر الفعلي الذي لحقه^(٢).

ولذلك فإن القضاء يتطلب للاعتداد بفوات الفرصة أن يكون هذا الفوات أو الحرمان قد تم بصفة نهائية مؤكدة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يتطلب أن يترتب على فوات الفرصة إلحاق ضرر محقق بالمدعي، فهذان شرطان لا بد منهما للاعتداد بفوات الفرصة كما يلي:

(١) انظر: تعويض تفويت الفرصة د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل - المرجع السابق ص ١١٩، ١٢٠ .

(٢) د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل - المرجع السابق ص ١٢٣ .

الشرط الأول: الفقد المؤكد والنهائي للكسب المحتمل .

لكي يتحقق فوات الفرصة باعتباره ضرراً محققاً واجب التعويض، يجب أن تكون فرصة تحقيق الكسب قد فاتت بصفة نهائية ومؤكدة على المضرور، بمعنى أن يقطع على مدعي فوات الفرصة كل أمل في إمكان تحقيق الكسب الاحتمالي ويفقده كل وسيلة إلى ذلك، بحيث يحرم نهائياً من الكسب الذي كان يأمله، فسباق الخيل في المثال السابق، بدأ وانتهى دون اشتراك الحصان الذي لم يصل بسبب خطأ الناقل قبل الموعد المحدد للسباق، والدعوى التي لم يطعن فيها الاستئناف وانتهت مدة الطعن بسبب خطأ المحضر أو إهمال المحامي - قد خسرت بصفة نهائية، والعجز الذي لحق الفتاة التي كانت تأمل الالتحاق بعمل مضيعة جوية أو مذيعة في التليفزيون - بسبب خطأ طبيب التجميل حرماً بصفة نهائية من الاشتراك في المسابقة التي أقيمت للاختيار، بل ومن أي مسابقة أخرى وهكذا .

الشرط الثاني: تحقق الضرر .

يتعين أن يترتب على فوات الفرصة بالمعنى السابق إلحاق ضرر بالمدعي، ولما كانت الفرصة الفائتة تتمثل في محاولة تحقيق كسب معين أو تجنب ضرر أو خسارة ما، فإن عدم تحقق ذلك أو الحرمان منه يمثل ضرراً محققاً للمضرور، لذا يمكن القول بأن القاعدة العامة هي أن مجرد فوات الفرصة يمثل في حد ذاته ضرراً محققاً عندما يتمثل في ضياع الهدف الذي تسعى الفرصة إلى تحقيقه من كسب للمضرور إيجابياً كان هذا الكسب أو سلبياً^(١) .

(١) د/ إبراهيم الدسوقي في تعويض تقويت الفرصة المرجح السابق ص ١٢٦ .

المطلب الثاني الضرر في الفقه الإسلامي

أولاً: معنى الضرر:

يطلق الضرر في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية على إلحاق مفسدة بالغير^(١) في نفسه أو ماله أو عرضه .

وقد عرفه الشيخ على الخفيف بهذا المعنى قائلاً: «الضرر هو الأذى الذي يلحق الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه أو عاطفته»^(٢).

والضرر بهذا المعنى يشمل كل فعل يسبب ضرراً للغير، سواء كان هذا الضرر حسياً - وهو يُقابل الضرر المادي في اصطلاح القانونيين - ويتمثل في إلحاق مفسدة جسدية أو مالية بالآخرين . أو كان معنوياً وهو يتمثل في إلحاق مفسدة بشخصية الآخرين في شرفهم أو حرمتهم أو عاطفتهم^(٣).

ويستعمل فقهاء الشريعة تعبير فعل الإضرار كمقابل للتعبير بالضرر لدى القانونيين، الإضرار على نوعين هما الإضرار المباشر والإضرار غير المباشر، فإنه عندما يكون فعل محدث الضرر هو السبب الوحيد للضرر في تقويت الفرصة على المضرور دون أن يتدخل فعل آخر بين فعل محدث الضرر والضرر في تقويت الفرصة عندها يكون الفعل الضار أو الإضرار مباشراً في ضرر تقويت الفرصة. في حين عندما يكون فعل محدث الضرر ليس هو السبب الوحيد للضرر في تقويت الفرصة على المضرور لأن هناك فعل آخر تخلل بين

(١) د/ عبد الله مبروك النجار - التعويض الناشئ عن إتلاف المال ص ١٨٠ .

(٢) الشيخ على الخفيف - الضمان في الفقه الإسلامي ص ٤٦، ٥٥ .

(٣) د/ محمود خيامي حسن - المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية ص ١١٠ وما بعدها .

فعل محدث الضرر والضرر في تقويت الفرصة عندها يكون الفعل الضار أو الإضرار بالتسبب في ضرر تقويت الفرصة^(١).

هذا ويشمل تعويض الضرر في الفقه الإسلامي ما يأتي:

١ - الضرر الجسماني، ويتمثل فيما يصيب الإنسان في جسمه كالقتل والجرح.

٢ - الضرر الأدبي، وهو ما يصيب الإنسان في شرفه واعتباره كما في السب والقذف .

٣ - الضرر المعنوي، ويتمثل في تقويت مصلحة غير مالية ملتزم بها، كما لو امتنع عن تنفيذ التزامه، كالوديع يمتنع عن تسليم الوديعة إلى مالكها^(٢).

٤ - الضرر المالي، ويتمثل في تقويت مال على مالكه، سواء أكان ذلك بإتلاف أتى على كل المال أو بعضه، أو بإحداث عيب في المال أدى إلى نقصان قيمته عما كانت عليه قبل التعيب، أو بتقويت منفعة من منافعه على مالكة . فهو يشمل كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية .

(١) التعويض عن ضرر تقويت الفرصة، بحث مقدم من أحمد ياسر مسك إلى كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص سنة ٢٠١٥، ص ٧٦.

(٢) يرى البعض أن هذين النوعين - الأدبي، والمعنوي - ليس فيهما ضمان مالي أي تعويض، على ما تقضي به القواعد العامة في الفقه الإسلامي، وذلك لأن التعويض بالمال يقوم على الجبر، وذلك بإحلال مال محل مال فاقد إعادة الحال إلى ما كانت عليه، إزالة للضرر، وجبر للنقص، وهذا غير متحقق فيها لأنها ليسا بمال انظر الضمان المالي في الفقه الإسلامي وصورة المستحدثة د/ محمد عبد الحميد سيد ص ٢٥ . غير أن الراجح في الفقه الإسلامي هو جواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال، بشرط أن لا يكون قد ورد عن الشارع فيه تقدير محدد . انظر : ضمان الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي والقانون د/ عبد الله مبروك النجار - بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقانون بالجامعة - العدد الرابع والعشرون ج ٢ ص ١٥٣ .

وقد اشترط الفقهاء في الضرر المالي الموجب للضمان ما يلي:

١ - أن يكون المتلف مالاً، فلا ضمان في إتلاف ميتة أو قطرة ماء أو كف تراب .

٢ - أن يكون المال متقوماً، أي له قيمة مالية، فلا ضمان في إتلاف المباحات التي لا يملكها أحد .

٣ - أن يكون المال محترماً، ليكون في إيجاب التضمين منفعة، فلا ضمان على المسلم في إتلاف خمر لمسلم لعدم المالية شرعاً، فإن كانت الخمر لذمي ففي وجوب الضمان خلاف بين الفقهاء (١).

ويتبين لنا مما سبق أن الضرر المالي لا يوجب الضمان في الفقه الإسلامي، إلا إذا كان متمثلاً في فقد مال متقوم مملوك، ولذا اختلف الفقهاء في ضمان ما ليس بمال، وضمن ما هو مال غير متقوم كالمنافع، وذلك على مذهبين كما يلي: المذهب الأول: ذهب الشافعية (٢) والحنابلة (٣) والمالكية (٤)، إلى أن المنافع أموال متقومة في ذاتها لتقويمها في معاملات الناس، واختصاص حائز مصادرها بها، ولأنه لا يطلب ملك الأموال إلا لتملكها والانتفاع بها، ولأنه على أساسها تقدر الأعيان، ولأن معاملات الناس ومصالحهم تقتضي تقويمها .

المذهب الثاني: ذهب الحنفية (٥) إلى أن المنافع لا تكون مالا لأنها ليست مادة يمكن ادخارها وتمولها، لأنها أعراض ليس لها بقاء، ومالية الشيء تثبت بالتمول،

(١) انظر هذا الخلاف في الضمان المالي في الفقه الإسلامي د/ محمد عبد الحميد سيد ص ٩٢ وما بعدها.

(٢) انظر قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج ١ ص ١٥٢ وما بعدها .

(٣) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٤٨٣ .

(٤) منح الجليل على مختصر خليل للخرشي ج ١ ص ١٧١ .

(٥) انظر المبسط للسرخسي ج ١١ ص ٧٩، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٣ ص ٣ .

والتمول هو اتخاذ الشيء مالاً وصيانته بادخاره إلى وقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، فلا يتصور فيها الادخار والتمول، وبالتالي فإنها لا تضمن بالإتلاف .

وأرى أن مذهب جمهور الفقهاء القائلين بمالية المنافع وتقويمها في ذاتها ولو بلا عقد، ووجوب ضمانها بالإتلاف، هو الأوجه والأكثر تحقيقاً لمصالح الناس، والأشد قطعاً لدابر الطغاة والمفسدين والمتسلطين^(١).

ولقد قال العز بن عبد السلام: «المنفعة مباحة متقومة، فتجبر في العقود الفاسدة والصحيحة، والفوات تحت الأيدي المبطلّة والتفويت بالانتقاع، لأن الشرع قد قومها ونزلها منزلة الأموال، فلا فرق بين جبرها بالعقود، وجبرها بالتفويت والإتلاف، لأن المنافع هي الفرض الأظهر من جميع الأموال»^(٢).

وعليه فالضرر قد يتمثل في إتلاف مال، كما قد يتمثل في تفويت منفعة، كما هو الراجح في الفقه الإسلامي .

ولقد اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في الضرر الموجب للتضمن، أن يكون محققاً، إذ لا عبرة للاحتمال، بمعنى أن يؤدي الفعل الضار إلى إتلاف منفعة في المال لا يرجى عودها، ولذا فإذا أعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها قبل التعدي فلا يجب الضمان شرعاً^(٣) .

ويكون الضرر محققاً عندهم، إذا وقع فعلاً، أو إذا كان سيقع حتماً على سبيل الجزم، وهو الضرر المستقبل^(٤)، وفي ذلك يقول الشُّولي المالكي شارحاً عبارة صاحب تحفة الحكام قوله: «ومحدث ما فيه للجار ضرر محقق» حيث قال التسولي:

(١) د/ محمد عبد الحميد سيد - الضمان المالي في الفقه الإسلامي - المرجع السابق ص ٣١، د/

محمود عوض سلامة - مبادئ الفقه الإسلامي - ص ٩١، ٩٢ .

(٢) قواعد الأحكام للرز بن عبد السلام ج ١ ص ١٧١، ١٧٢ .

(٣) د/ عبد الله النجار - التعويض الناشئ عن إتلاف المال ص ١٩٥ .

(٤) يرى بعض الباحثين أن الفقه الإسلامي لا يجيز التعويض عن الضرر المستقبلي، لأن مقدار الضرر لم ينكشف بعد، ولأنه لا بد وأن تتحقق المماثلة بين التعويض والضرر، وهو ما لا يمكن بالنسبة للضرر المستقبلي . د/ محمد نصر الدين محمد أساس التعويض في الشريعة الإسلامية ص ٢٠٨ .

فاحترز الناظم بالمحقق من المحتمل - والمحقق شامل لمحقق الوقوع في الحال أو في المستقبل ... كما قد ذكر الناظم للمحقق أمثلة فقال « كالفن » يحدث قرب من يتضرر بدخانه أو ناره، ومثله الحمام، وقضي بمنع دخان ورائحة كدباغ»^(١).

فالضرر المحقق في الفقه الإسلامي يشمل ما كان قد وقع فعلاً، كموت المجني عليه أو إصابته في جسمه أو إتلاف ماله أو هدم بنائه .. وهكذا . كما يشمل ما كان سيقع حتماً في المستقبل وهو ما يتمثل في الخسارة المالية التي تصيب المجني عليه من جراء عجزه عن الكسب بسبب ما لحقه من فقدان بدني، وهذه الخسارة تشمل ما كان سينتفع به بمجهوده أو عمله في المستقبل وهذا لا يعدو أن يكون تقويماً للمنافع بالمال، وتقويم المنافع بالمال هو مذهب جمهور الفقهاء كما سبق (٢) .

أما إذا كان الضرر محتملاً فلا ضمان ولا تعويض، فلو ضرب شخص امرأة حاملاً على بطنها فلا يحكم بالضمان إلا إذا أُلقت ما في بطنها فعلاً - أي أجهضت؛ لأنه لا عبء للاحتمال شرعاً، وعليه يكون الضرر الذي أصاب المدعي في تقويت الفرصة، والمتمثل في الحرمان من الفرصة في ذاتها باعتبارها منفعة أو مصلحة فوتها عليه فعل المدعي عليه ضرراً محققاً وحالاً يستوجب تضمين محدث هذا الضرر، وفي هذا يتفق رجال الفقه والقضاء في القانون المدني مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي.

(١) البهجة في شرح النخفة لأبي الحسن على بن عبد السلام ج٢ ص ٣٣٥، طبعة البابي الحلبي سنة ١٣٧٠ هـ .

(٢) الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي د/ محمد فاروق بدوي العكام رسالته دكتوراه - من كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٩٧٧م ص ٢٢٢ .

المبحث الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

المطلب الأول

علاقة السببية بين الخطأ والضرر في القانون المدني

يجب لتحقيق المسؤولية المدنية، ووجوب التعويض، أن تتوافر بين الخطأ والضرر رابطة سببية، بمعنى أن يكون خطأ المدعي عليه هو سبب الضرر الذي أصاب المدعي، فإذا لم تكن هناك علاقة بين الخطأ والضرر فلا مسئولية ولا تعويض^(١).

وفكرة السببية هذه تفيد من الناحية المنطقية تعاقباً ضرورياً بين حادثتين؛ لأن السبب يسبق النتيجة ويؤدي إليها، لكن ذلك لا يعني أن كل حادث يسبق آخر يعتبر سبباً له دائماً، لذا يجب فضلاً عن التعاقب الزمني أن يترتب الحادث الثاني بالضرورة تبعاً لوقوع الحادث الأول، بحيث يؤدي انعدام الحادث الأول إلى انعدام الحادث الثاني .

وليس من الضروري أن يتكون السبب - سبب الضرر - من حادث واحد أو من فعل واحد، بل قد يتكون من مجموعة من الحوادث أو الأفعال ينشأ الضرر عن تجمعها، ولا يكفي الواحد منها مستقلاً لحصول هذه النتيجة أي الضرر^(٢).

(١) في هذا المعنى د/ أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام ص ٣٣٧، د/ عبد الرشيد مأمون - 'علاقة السببية في المسؤولية المدنية ص ٢ - دار النهضة العربية، د/ عبد الله النجار - التعويض الناشئ عن إتلاف المال ص ١٧٦، المستشار محمد احمد عابدين - التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث ص ٥٩.

(٢) د/ أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام - ص ٣٣٧، د/ محمد لبيب شنب - الوجيز في مصادر الالتزام ص ٣٩٥ - الطبعة الثانية سنة ١٩٩٢ م .

فإذا طبقنا هذه الفكرة المنطقية للسبب على المسؤولية المدنية وجدنا أن الضرر قد ينتج عن فعل واحد لولاه ما حدث هذا الضرر، وفي هذه الحالة لا شك في اعتبار هذا الفعل سبباً للضرر، وقد يحدث أن ينشأ الضرر عن مجموعة من الأفعال، يصدر بعضها عن الإنسان، ويصدر بعضها عن الأشياء ويترتب البعض الآخر على قوة من قوى الطبيعة، فهل تعتبر كل هذه الأفعال أسباباً للضرر؟ أو أن فعلاً واحداً منها فقط هو الذي يعتبر سبباً للضرر؟ وإذا كان فعلاً واحداً منها هو الذي يعتبر سبباً للضرر، كيف نتوصل إلى تعيين هذا الفعل من بين سائر الأفعال التي أسهمت في حدوث الضرر؟

هناك في الفقه القانوني نظريتان شهيرتان للإجابة على هذه التساؤلات .

الأولى: هي نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب .

الثانية: هي نظرية السبب المنتج أو الملائم .

أولاً: نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب: تقول هذه النظرية بأن جميع الأفعال التي تدخلت في حدوث الضرر، تعتبر أسباباً له؛ لأن كل فعل منها كان شرطاً لحصوله، بحيث لو لم يحدث هذا الفعل لما وقع هذا الضرر، وبناءً على هذه النظرية يكون الفعل سبباً للضرر إذا كان قد تدخل في حصوله، حتى ولو أسهمت أفعال أخرى في حدوث هذا الضرر ما دام أن هذا الضرر ما كان ليقع لولا هذا الفعل.

فهذه النظرية تُسوي بين جميع الأفعال التي تدخلت في حدوث الضرر، دون اعتبار للدور الذي قام به كل منهما، فهي تعتبر الخطأ سبباً للضرر ولو كان الدور الذي قام به في حدوث الضرر دوراً تافهاً^(١).

(١) د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق ص ٣٩٦، د/ عبد الرشيد مأمون - علاقة السببية في المسؤولية المدنية ص ١١، ١٢ - دار النهضة العربية .

ثانياً: نظرية السبب المنتج أو الملائم: تقول هذه النظرية بأنه لا يعتبر سبباً للضرر إلا الفعل الذي من شأنه أن يؤدي عادة إلى حدوث هذا الضرر.

أما العوامل الأخرى التي تدخلت في إحداث الضرر دون أن يكون من شأن تدخلها إحداث مثل هذا الضرر في العادة فإنها من الناحية القانونية لا تعتبر سبباً له، لأن تدخلها كان عارضاً وليس أساسياً. غير أن هذا لا يعني بالضرورة أن الضرر لا يكون له إلا سبباً واحداً منتجاً، إذ من المتصور أن يكون هناك أكثر من فعل من شأنه إحداث الضرر عادة، فيعتبر كل فعل منها سبباً منتجاً للضرر، وهذا ما يسمى بتعدد الأسباب المنتجة للضرر^(١).

ويرى أحد الباحثين^(٢): «أن أياً من النظريتين السابقتين لا يجدي كثيراً في تبرير المسؤولية وبالتالي التعويض - عن الضرر المترتب على فوات الفرصة، وكذلك في تحديد قيمة هذا الضرر، فنظرية تعادل الأسباب تعجز عن تقديم هذا التبرير، ونظرية السبب المنتج وإن كانت تساعد على ذلك إلا إنها لا تكفي في هذا الصدد».

أما عن عجز نظرية تعادل الأسباب والتي تقوم على شقين: الأول: أن كل العوامل التي اشتركت في وقوع الضرر تعد أسباباً له طالما كانت ضرورية لوقوعه. والثاني: أنها تعترف بتساوي وتعادل جميع أسباب الضرر، فيلاحظ أن هذه النظرية تقوم على تأكيد ويقين معين يفرضه شقها الأول، وهذا يتمثل في عدم اعتدادها إلا بالحادثة الذي يثبت يقيناً أن له دوراً في وقوع الضرر، بحيث يمكن

(١) د/ محمد أبيب شنب - المرجع السابق ص ٣٩٧ وما بعدها، د/ عبد الرشيد مأمون المرجع السابق ص ٣٨ وما بعدها .

(٢) د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل - تعويض تقويت الفرصة - مجلة الحقوق - الكويت - العدد الثالث - السنة العاشرة ص ١٧١ وما بعدها .

القول معه أنه لو لم يتحقق هذا الحادث لما وقع الضرر، وهذا ما لا يمكن قبوله في تفويت الفرصة، حيث لا يمكن القول في سباقات الخيل مثلاً، أنه لولا خطأ الناقل كان الحصان سيفوز حتماً بالسباق، وفي المجال الطبي لا يمكن القول أنه لولا خطأ الطبيب، كان المريض سيُشفى من المرض أو سيبقى حياً حتماً، كما لا يمكن القول أنه لولا الحادث الذي تعرضت له الفتاة وأدى إلى بتر ساقها كانت ستُعيّن في وظيفة المضيفة الجوية حتماً .. وهكذا، ففعل المدعي عليه في جميع حالات فوات الفرصة يقتصر دوره على إيجاد إمكانية لحدوث الضرر، وليس يقيناً هو الذي أحدثه، وهذا لا يتمشى مع منطق نظرية تعادل الأسباب.

كما أن هذه النظرية لا تسمح بتقسيم المسؤولية في حالة تعدد الأسباب؛ لأنها تجعل جميع الأسباب التي اشتركت في إحداث الضرر متساوية في إنتاج هذا الضرر، وتعتبر كلاً منها قد أحدث كل الضرر، وهذا غير متحقق في تفويت الفرصة، إذ عند اشتراك عدة أفعال في تفويت الفرصة على المضرور يقوم القاضي بتقسيم المسؤولية وبالتالي التعويض على هذه الأفعال كل بقدر تدخله في إحداث الضرر.

أما نظرية السبب المنتج، فبرغم أنها لا تقوم على التأكيد واليقين التام - كسابقها - بل تفترض قدراً كبيراً من الاحتمال والترجيح، وذلك عند تحديدها للعامل الأكثر ملائمة أو السبب المنتج في إحداث الضرر، حيث تترك قدراً كبيراً من التقدير لقاضي الموضوع، بما يتضمنه ذلك من ظن وتخمين واحتمال.

ومن هنا وجد تقارب في الأفكار بينها وبين نظرية فوات الفرصة، فكلاهما يعتد بعنصر الاحتمال، إلا أنهما يختلفان حول نقطة جوهرية تتعلق بدرجة الاعتداد بعنصر الاحتمال في كل منهما فنظرية السبب المنتج لا تعتد بالاحتمال كعنصر

ضروري لا بد منه، ولكن باعتباره وسيلة للوصول إلى اليقين فالاحتمال ليس مقصوداً بذاته، بل باعتباره بديلاً عن اليقين عند تعذره . في حين أن نظرية فوات الفرصة تفترض بالضرورة هذا الاحتمال، ويعد من جوهرها، ولا يمكن تفاديه، إذ تفترض أنه لولا الخطأ المتمثل في ضياع الفرصة لكان هناك احتمال تحقق الكسب الاحتمالي، أي كسب الدعوى في الاستئناف أو شفاء المريض أو حصول الترقية^(١).

غير أن هذا الاختلاف بين نظرية السببية الملائمة، ونظرية تعويض تفويت الفرصة حول مدى الاعتداد بعنصر الاحتمال في كل منهما لا يحول دون اشتراكهما معاً في الاعتماد على معيار التأثير السببي للأسباب المتعددة التي اشتركت في إحداث الضرر عند تقرير المسؤولية وتقدير التعويض، فتقدير التعويض في كل منهما يتم بالاستناد إلى علاقة السببية المباشرة والأكيدة التي تربط الضرر بالفعل المنشئ للمسئولية.

وهكذا نرى أن التعويض في تفويت الفرصة يقدر دائماً بالاستناد إلى الاحتمال وليس إلى اليقين، وهذا ما لا يمكن قبوله إلا بالتوسع في التفكير التقليدي لنظرية السببية الملائمة بإدخال عنصر الاحتمال فيها، لذلك فإن اللجوء إلى نظرية السببية الملائمة وإن كان يساعد في تقدير قيمة الفرصة الضائعة وتعويضها تعويضاً جزئياً، إلا أنها لا تكفي في الواقع لتأسيس وتبرير هذا التعويض تأسيساً كاملاً من الوجهة القانونية، ما لم تعمق تفكيرها عن عنصر الاحتمال، بجعله عنصراً أساسياً وجوهرياً، وليس عرضياً.

وتتركز أهمية ركن السببية بين الخطأ والضرر فيما يتعلق بعبء الإثبات؛ لأنه إذا كان إثبات السببية يقع على عاتق المضرور في حالة المسؤولية عن الفعل الشخصي، والمضرور في هذه الحالة يلجأ عادة إلى إثبات فعل منسوب إلى الفاعل، ويكون هو السبب في إحداث الضرر، فإن إثبات نفي السببية يقع على

(١) د/ محمد عبد الظاهر - مسؤولية المحامي تجاه العميل ص ٤٤٣، وهو يرى كفاية نظرية السببية الملائمة في تبرير التعويض عن تفويت الفرصة .

عائق المسئول في حالات قيام المسؤولية عن فعل الغير؛ لأن هذه المسؤولية الأخيرة تقوم على أساس الخطأ المفروض، ولذا تتركز في ركن السببية كل أهمية لدعوى التعويض على أساس هذا النوع من المسؤولية التقصيرية^(١).

المطلب الثاني

علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر في الفقه الاسلامي

لكي يستحق المدعي تعويضاً عن تفويت الفرصة لا بد من توافر علاقة السببية بين فعل المدعى عليه - والذي أدى إلى فوات الفرصة - وبين فوات الفرصة في ذاتها باعتبارها ضرر محقق واجب التعويض، فإذا انتقت علاقة السببية هذه لأي سبب من الأسباب بأن توسط بين فعل المدعى عليه وبين فوات الفرصة في ذاتها فعل آخر صادر من المدعي نفسه أو من أحد تابعيه أو صادر من الغير أو لقوة قاهرة، بحيث قطع هذا الفعل إسناد فوات الفرصة في ذاتها إلى فعل المدعى عليه فلا تعويض.

ومناطق التضمين في الفقه الاسلامي - كما سبق - هو تحقق الضرر، وتحقيق الضرر قد يكون نتيجة مباشرة لفعل المعتدي ودون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر (وهو ما يعرف في الفقه الاسلامي بالمباشرة)^(٢)، ولا خلاف بين الفقهاء في تضمين محدث الضرر في هذه الحالة سواء كان متعدياً أو غير

(١) مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د أنور سلطان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ٢٠٠٧ ص ٣٣٣.

(٢) الضرر المباشر هو ما كان نتيجة لاتصال آلة التلف بمحله. أما الضرر المسبب فهو ما كان بفعل في محل أفضى إليه فعل آخر في محل آخر مع احتمال تخلف الفعل الثاني عنه أو هو ما أدى إليه فعل بواسطة فعل آخر متوسط بينهما ترتب عليه مباشرة، كأن يقطع شخص حبل قنديل معلق فينكسر القنديل بسقوطه على الأرض، فتلف الحبل هنا يعد ضرراً مباشراً لفعل القطع، وانكسار القنديل يعد ضرراً حدث بسبب قطع الحبل. ينظر الضمان في الفقه الاسلامي للشيخ علي الخفيف ص ٥٨ وما بعدها.

متعدِّ فالقاعدة عند فقهاء الشريعة الاسلامية أن المباشر يضمن وإن لم يتعدَّ، وعليه فإن المجنون يضمن في ماله ما أتلفه بفعله وكذا الصبي غير المميّز والنائم، وذلك لعموم قوله صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار»^(١)، ولأنه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل للضرر فوجب تضمين المباشر بما يرفع هذا الضرر .

أما إذا توسط بين فعل المدعى عليه وبين حدوث الضرر فعل آخر (وهو ما يعرف عند الفقهاء بالتسبب)، فالقاعدة عند فقهاء الشريعة الاسلامية أن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدِّياً، وعليه فلو حفر شخص حفرة في ملكه فسط فيها حيوان أو إنسان فهلك أو أصيب فلا يضمن الحافر لهذه الحفرة؛ لأنه لم يكن متعدِّياً بفعله. أما من حفر حفرة في الطريق العام فسقط فيها إنسان أو دابة فتلفت فإنه يضمن لتعدّيه بحفر حفرة في الطريق العام^(٢).

وإذا اجتمع المباشر والمتسبب فالأصل أن الضمان على المباشر، فلو فتح شخص باب حانوت وتركه مفتوحاً فجاء اللصوص وسرقوا ما به من أموال، ف ضمان هذا المال يكون على اللصوص؛ لأن فعلهم يعدّ مباشرة لفقد المال، ولا يضمن من فتح الحانوت وإن كان فعله كان سبباً مؤدياً إلى سرقة المال لأن فعل السرقة قطع علاقة السببية بين فعل الفتح وفقد المال.

واستثني الفقهاء من هذا الأصل حالات منها:

١ - إذا اجتمعت المباشرة والتسبب معاً والمباشرة ليس فيها عدوان، بأن كانت المباشرة مبنية على التسبب، ففي هذه الحالة يكون الضمان على المتسبب دون المباشر، كما لو حكم القاضي بالمال لشخص وذهب به بناء على شهادة شهود ثم رجع الشهود في شهادتهم، فالضمان على الشهود دون القاضي وإن كان هو المباشر للإتلاف لأن فعله ليس فيه عدوان^(٣).

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) الشيخ علي الخفيف - بتصرف في العبارة - المرجع السابق ص ٥٩.

(٣) المرجع السابق ص ٦٦.

٢ - إذا اجتمعت المباشرة والتسبب معًا وارتفع المسبب إلى مستوى المباشر، كان الضمان عليهما جميعًا كما هي الحال إذا لم يترك قائد السيارة مسافة الأمان بينه وبين السيارة التي أمامه وجاء شخص آخر من خلفه بسيارته وصدمه من الخلف ما أدى إلى صدمته للسيارة التي أمامه وإتلافها، فهنا يكون الضمان على صاحب السيارة التي صدمت؛ لأنه المباشر، وعلى صاحب السيارة التي دفعته من الخلف لأنه المتسبب وقد اجتمع فعله مع فعل المباشر - ترك مسافة الأمان - في إحداث الضرر^(١).

٢ - إذا قصد المتسبب إلى إحداث الضرر كما لو حفر شخص حفرة في طريق بقصد أن يسقط فيه حيوان عرف أنه سيمر في هذا الطريق وذلك لإتلافه وجاء شخص آخر ودفع هذا الحيوان في هذه الحفرة فسقط فيها وتلف، فهنا يكون الضمان على الشخص الذي دفع الحيوان في الحفرة؛ لأنه المباشر لفعل الإتلاف، وأيضًا على الشخص الذي حفر الحفرة لأنه قصد بحفره للحفرة إتلاف هذا الحيوان^(٢).

وإذا تعددت أسباب الضرر بتعدد من أحدثه، وكانوا جميعًا مباشرين أو متسببين ولم تختلف أفعالهم قوة وضعفًا في إحداث الضرر أو لم يتبين اختلافها في إحداثه لزمهم الضمان على التساوي، كما لو اشترك جماعة في حفر بئر في الطريق ولم يتبين مقدار ما حفر كل منهم ووقع فيه دابة فتلفت كان الضمان عليهم جميعًا لأن الضرر حدث نتيجة فعل صار اشتركوا فيه جميعًا فوجب اشتراكهم في ضمانه^(٣).

(١) المرجع السابق نفس الموضع.

(٢) الشيخ علي الخفيف المرجع السابق ص ٦٦.

(٣) الشيخ علي الخفيف المرجع السابق ص ٦٩.

الفصل الثالث

مدى التعويض عن تفويت الفرصة

تكمن الصعوبة الأساسية في التعويض عن تفويت الفرصة، في تحديد وتقدير مدى وقدر التعويض عنها، وليس في مبدأ التعويض ذاته .

وإننا في هذا الفصل من دراستنا نبحت في مدى وقدر التعويض عن تفويت الفرصة في كل من القانون المدني والفقہ الإسلامي وذلك في مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: مدى التعويض عن تفويت الفرصة في القانون المدني .

المبحث الثاني: مدى التعويض عن تفويت الفرصة في الفقہ الإسلامي.

المبحث الأول

مدى التعويض عن تفويت الفرصة

في القانون المدني

القاعدة في المسؤولية المدنية، أن الأصل في التعويض أن يكون جابراً لكل ضرر أصاب المضرور، بحيث يشمل ما لحق الدائن من خسارة، وما فاتته من كسب، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية: «إن القانون يوجب التعويض الجابر لكل ضرر متصل بالسبب بأصله الضار»^(١)، وهذا ما نصت عليه المادة ١/٢٢١ مدني في فقرتها الأولى، حيث قررت أنه «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو بنص القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق

(١) نقض مدني مصري جلسة ١٣/١١/١٩٥٨ الطعن رقم ٣٢٩ مجلة المحاماة العدد ٣٩ ص ١٠٢٥.

الدائن من خسارة، وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول» (١).

وعليه فيجب أن يكون التعويض جابراً لكل الضرر الذي أصاب المضرور، بحيث يتساوى مع هذا الضرر، فلا يزيد عنه ولا يقل، وهو ما يعبر عنه بمبدأ التعويض الكامل (٢).

هذا ويرد على مبدأ التعويض الكامل استثناءان:

الأول: يشمل الالتزامات العقدية وغير العقدية، ويقضي بأن المدين لا يلزم إلا بالتعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر (مادة ١/٢٢١ مدني)

الثاني: خاص بالالتزامات العقدية، ويقضي بأنه لا تعويض في المسؤولية العقدية إلا عن الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع (مادة ٢/٢٢١ مدني) والضرر المتوقع هو الضرر الذي كان من الممكن للرجل المعتاد أن يتوقعه في مثل الظروف التي وجد فيها المدين: وتطبيق مبدأ التعويض الكامل على فوات الفرصة تعترضه صعوبة كبيرة تتمثل في أن الضرر في هذه الحالة يتعذر حسابه وتحديد تحديداً واقعياً وحقيقياً، بل يعتمد في تقديره على الحدس والتخمين، حيث أنه لا يشمل كل الضرر الاحتمالي المقابل للكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المضرور، وإنما يمثل نسبة فقط من هذا الضرر .

ومن هنا كانت صعوبة تقدير التعويض في فوات الفرصة، حيث يقدر أولاً: على أساس ضرر احتمالي وليس محققاً في ذاته، ثم يحدد ثانياً: بنسبة فقط من

(١) مادة ١/٢٢١ من التقنين المدني المصري الصادر في سنة ١٩٤٨ .
(٢) النظرية العامة للالتزامات . د/ عبد المنعم البدر اوي ج ٢ ص ٦٤ طبعة ١٩٨٧، د/ محمد عبد الظاهر حسين - مسؤولية المحامي ص ٤٢٥ .

هذا الضرر تقدر بقدر ومدى احتمال تحقيق الفرصة الضائعة للكسب الاحتمالي المنشود، فبهذا الضرر تتحدد قيمة الفرصة ذاتها التي كان يملكها المضرور، ومن ثم يتحدد قدر التعويض عنها، وهكذا يتحدد التعويض عن فوات الفرصة في قيمة الفرصة ذاتها^(١)، لذا يتعين لتحديد مدى التعويض عن فوات الفرصة بيان أمرين كل في مطلب مستقل كما يأتي:

الأول: القاعدة العامة في تقدير التعويض عن فوات الفرصة، والتي تقصره على قيمة الفرصة. والثاني: في كيفية تقدير قيمة الفرصة .

المطلب الأول

قصر التعويض على قيمة الفرصة

القاعدة في تقدير التعويض عموماً: أن القاضي يبدأ بتحديد الضرر ثم يقوم بتقديره وتقييمه مالياً، أي تحديد المبلغ المقابل له، وعند تطبيق هذه القاعدة على حالة فوات الفرصة، يجد القاضي نفسه أمام حلّين أو طريقتين الأول: أن ينظر إلى فوات فرصة الكسب على أنها تتضمن قيمة ذاتية خاصة بها مستقلة عن قيمة الكسب الاحتمالي المنشود الذي حرم المضرور من إمكانية تحقيقه، فيحدد الضرر المترتب على فوات الفرصة في هذه القيمة .

والثاني: أن يغفل القاضي الفرصة في ذاتها، وينظر إليها على أنها مجرد وسيلة أو طريقة لتحقيق كسب معين، ليس لها قيمة خاصة في ذاتها، وإنما تتحدد قيمتها في الكسب الذي تؤدي إليه، ومن ثم يكون فواتها وضياها ضياعاً وفقداً لهذا الكسب فيتحدد الضرر ويقدر التعويض بقدر هذا الكسب الذي ضاع وفُقِدَ .

(١) نظرية الالتزام د/ حسين النوري ص ١٢ - طبعة عين شمس سنة ١٩٦٠م .

والقاضي لا يستطيع أن يلجأ إلى الطريق الثاني إلا إذا توافر لديه قناعة كبيرة نحو تحقيق فرصة الكسب بحيث لا يكون هذا الكسب محتملاً فقط، بل يكون مرجحاً إلى الحد الذي يصل إلى درجة اليقين، وذلك حتى يجسر على الحكم بالتعويض الكامل، فبعد أن يتيقن القاضي ويتأكد من جدية الفرصة وتحققها بقدر كاف بحيث يترتب على فواتها ضرر محقق، فإنه يحكم بالتعويض عن كل الضرر الناجم عن فوات الفرصة وعدم تحققها .

ويعاب على هذا الحل أن الأخذ به يقضي على فكرة وجوه فوات الفرصة، إذ فيها الأمر لا يخرج عن فرضين:

الأول: أن يعوض القاضي الضرر الاحتمالي المتمثل في الكسب المحتمل الذي كان يأمله المضرور تعويضاً كاملاً يتمثل في قيمة هذا الكسب الذي حرم منه، وعندئذ يكون القاضي قد نظر إلى هذا الضرر على أنه ضرر محقق وليس فقط ضرر محتمل، وبالتالي فلن نتواجد أمام أوجه مجرد ضياع أو فوات فرصة بما تتميز به من احتمال الضرر أو رجحانه وليس التيقن منه، بل أمام حالة من حالات التعويض الكامل عن ضرر محقق .

الثاني: ألا يقضي القاضي بتعويض كلية استناداً إلى عدم وجود فرصة جدية أو حقيقية للكسب، بل مجرد كسب نظري، وبالتالي يكون الحرمان منه ضرراً نظرياً أو فرضياً بحتاً لا أساس له من الواقع، وهنا أيضاً تنتفي فكرة فوات الفرصة^(١).

(١) د/ إبراهيم أبو الليل المرجع السابق ص ١٥٩ .

لذلك فإن الرأي السائد فقهاً^(١) وقضاءً^(٢) في كل من فرنسا ومصر، يذهب إلى الأخذ بالحل الأول، والذي يرى في فقد الفرصة قيمة ذاتية خاصة في هذه القيمة فقط يتمثل الضرر المحقق الذي لحق المضرور نتيجة فواتها، ومن ثم يقدر التعويض بقدر قيمتها، فكل فرصة من فرص الكسب تتضمن في ذاتها قدرًا من احتمال تحقيق الكسب الذي يمكن أن تؤدي إليه، وبهذا القدر من الاحتمال - أي احتمال تحقيق فرصة الكسب - تتحدد قيمتها، ويتحدد قدر التعويض عن فقدها أيضاً .

فمع هذه الطريقة لا يكون التعويض عن فوات الفرصة إلا جزئياً، إذا لكي يكون التعويض كاملاً يجب أن يكون تحقيق الفرصة للكسب يقيناً وليس فقط محتملاً أو مرجحاً، ومن ثم الحرمان منه يمثل ضرراً محققاً، وهنا نخرج عن نطاق فوات الفرصة .

هذا وقدرة التعويض الجزئي الذي يتقرر في حالة فوات الفرصة يتحدد بنسبة معينة من الكسب الاحتمالي الذي كان يمكن أن تؤدي إليه الفرصة لو لم تفت على المضرور، فلأن الضرر المحقق الذي أصاب المضرور يتمثل في فقد فرصة الكسب، فإن التعويض يقدر بقدر هذه الفرصة وليس بكل الكسب الذي حرم منه المدعى^(٣).

والتعويض الجزئي الذي يقتصر على قيمة الفرصة الضائعة لا يمكن تحديده إلا بمقارنة الضرر الاحتمالي المقابل للكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المضرور،

(١) د/ السنهوري في الوسيط ج ٢ ص ١٢٠٧، د/ سليمان مرقس في المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية - القسم الأول الأحكام العامة ص ١٣٩ - طبعة معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧١، د/ حسين النوري - نظرية الالتزام ص ١٢ طبعة ١٩٦٠، د/ عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزامات ج ١ ص ٦١

(٢) انظر أحكام قضاء النقض المصري المشار إليها في هذا البحث ص ٢٠ - ٢٥ .

(٣) د/ حسام الدين الأهواني - مصادر الالتزام - المصادر غير الإرادية ص ٤٠ .

بالضرر المحقق النسبي الذي وقع نتيجة ضياع فرصة تحقيق الكسب، فمالك الحصان مثلاً الذي لم يتمكن من اشتراك حصانه في السباق نتيجة تأخر النقل، يكون قد حرم من فرصة كسب جائزة السباق وهو الضرر المحقق هنا، أما حرمانه من الجائزة ذاتها فيكون بالنسبة له ضرراً احتمالياً حيث لا يوجد ما يؤكد أن الحصان سيفوز في السباق لو كان قد اشترك فيه. لذلك فالتعويض يجب أن يقدر فقط بقيمة الفرصة التي كانت لدى المضرور في كسب الحصان للسباق، ويتم ذلك بمقارنة الحصان بغيره من الخيول الأخرى التي اشتركت في السباق .

وقاضي الموضوع يملك سلطة كبيرة في تقدير وجود الفرصة وقيمة هذه الفرصة، والتي يجب أن تقدر بنسبة محددة من الكسب الاحتمالي، ويمكن من خلال دراسة أحكام القضاء الوصول إلى قاعدتين أساسيتين تحددان مدى سلطة قاضي الموضوع في استخلاص وتقرير وجود الفرصة، ومدى رقابة محكمة النقض على ذلك التقرير .

القاعدة الأولى: لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في إثبات وتقرير وجود الفرصة - فرصة الكسب - والتي يترتب على فواتها ثبوت الحق في التعويض .

ولا تقتصر سلطة قاضي الموضوع على تقدير وجود فرصة الكسب وضياعها بل تمتد أيضاً إلى تقرير وجود علاقة السببية بين فقد الفرصة؛ وما يترتب على ذلك من ضرر، وهذه السلطة لقاضي الموضوع ما هي إلا تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بأن قاضي الموضوع يملك سلطة مطلقة في تقدير وجود الضرر، ولما كان فوات الفرصة مجرد نوع أو تطبيق خاص للضرر فإنه يخضع لسلطة القاضي التقديرية، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية «تقدير الضرر ومراعاة الظروف الملابسة في تقدير التعويض مما يستقل به قاضي الموضوع»^(١) ونقول أيضاً: «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن استخلاص

(١) نقض مدني ١٩٩٣/١١/٢٤ طعن ٢٠٨٣ س٥٨ ق - محمد شتا أبو سعد ص ٢٩٧، نقض ١٩٧٦/١٢/٣٠ طعن ٤٨٧ س ٣٩ ق المرجع السابق ص ٣٠٤ .

الفعل المكون للخطأ وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر هو مما تستقل بتقديره محكمة الموضوع»^(١) .

القاعدة الثانية: لمحكمة النقض مراقبة محكمة الموضوع في صحة استخلاصها فيما يتعلق بوجود الفرصة وجديتها ومشروعيتها وفيما إذا كان فواتها يمثل ضرراً يستوجب التعويض أم لا، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية في حكم لها: «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض»^(٢).

وتقول في حكم آخر لها «تعيين العناصر المكونة للضرر والتي يجب أن تدخل في عناصر التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض»^(٣).

وهناك مجال معين يمكن لمحكمة النقض التعمق في ممارسة رقابتها على قاضي الموضوع فيما يتعلق باستخلاص وجود الفرصة الجدية الحقيقية التي يترتب على فواتها الحق في التعويض، وهي حالة فوات فرصة كسب دعوى معروضة أمام القضاء، فلأن موضوع هذه الدعوى يدخل في تخصص قاضي النقض، فيكون هو الأقدر والأولى بتحديد الحل الذي يمكن أن يصل إليه النزاع، وبالتالي تحديد مدى الفرصة التي يملكها المدعي^(٤).

(١) نقض مدني ١٩٨٤/٥/٧ طعن رقم ٢٣٠ س ٣٥ ق المجموعة ص ١٣٦١، نقض ١٩٤٠/٣/٧ طعن ٧٩ س ٩ق حيث قضت بأن « إثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع وفي نفس المعنى نقض ١٩٨٣/١٢/٨ طعن ٢٨٣ س ٤٩ق - محمد شتا أبو سعد ص ٣٠٦ .

(٢) نقض مدني ١٩٨٠/١٢/٢ طعن ٦١٦ س ٦٤ق - محمد شتا أبو سعد ج ٢ ص ٣١٧ .

(٣) نقض ١٩٦٣/٤/١١ طعون أرقام ٢٩٩، ٣١٩، ٣٢١ س ٢٧ق، وفي نفس المعنى أيضاً نقض

١٩٨٤/٤/٢٩ طعن ٣١٦ س ٣٥ ق - مجموعة المكتب الفني ص ١١٣ .

(٤) د/ إبراهيم الدسوقي في تعويض تقويت الفرصة المرجع السابق ص ١٢٢ وهامش رقم ٨٩ أسفل الصفحة .

هذا وقصر التعويض عن فوات الفرصة على قيمة هذه الفرصة، لا يتضمن أي اعتداء على مبدأ التعويض الكامل للضرر والذي سبق الحديث عنه؛ لأن التعويض الجزئي في حالة فوات الفرصة يتفق في الواقع مع قدر ومدى الضرر المترتب على فواتها، فهو تعويض جزئي بالنظر إلى الضرر الاحتمالي المقابل للكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المضرور، ولكنه تعويض كامل بالنظر إلى الضرر المحقق الذي لحق المضرور والمتمثل في تفويت فرصة الكسب (١).

المطلب الثاني تقدير قيمة الفرصة

إذا كان الاتفاق قد قام على اعتبار الفرصة الضائعة في حد ذاتها ضرراً محققاً يستوجب التعويض عنه، فإن الصعوبة لا تزال قائمة بالنسبة لكيفية تحديد وتقدير قيمة الفرصة .

وإذا كان المبدأ هو ضرورة مساواة التعويض مع الضرر، فإن تطبيق هذا المبدأ على حالة فوات الفرصة تعترضه بعض الصعوبات، خاصة وأن الفقه والقضاء قد استقر على أن مبلغ التعويض يكون بقدر وقيمة الفرصة الضائعة بالقياس إلى الفرص المماثلة (٢).

والقاضي كقاعدة وهو بسبيله لتقدير التعويض يبدأ أولاً: بتحديد الضرر، ثم يقوم بتقييمه مالياً . وبتطبيق ذلك على حالة تفويت الفرصة نجد أن القاضي يقدر قيمة الفرصة على مرحلتين:

(١) د/ إبراهيم الدسوقي المرجع السابق ص ١٦١ وما بعدها، د/ سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني ج ٢ ص ١٤٧ .

(٢) د/ محمد عبد الظاهر - مسئولية المحامي تجاه العميل ص ٤٣٧ .

المرحلة الأولى: يتم حساب وتقدير الضرر الاحتمالي الذي يتمثل في الكسب الاحتمالي الذي حرم منه المضرور بسبب فوات فرصته أي جائزة السباق في سباقات الخيل، وقيمة الحياة وهنائها والتمتع بها بالنسبة لفرصة الشفاء، وقيمة الحق المتنازع عليه بالنسبة لفوات فرصة الدفاع ... وهكذا . وفي هذه المرحلة يكون تقدير قيمة الضرر مجرد تطبيق للقواعد العامة لا اختلاف فيها بالنسبة لفوات الفرصة .

المرحلة الثانية: وفيها يتم تحديد قدر الأهمية في الفرصة وما كان مهياً لها من إمكانية تحقيق للكسب، وذلك من خلال تقدير الكسب الذي كانت ستحققه الفرصة التي أضعها المسئول على المضرور، حيث يمثل هذا القدر من الكسب الذي فات على المضرور، القيمة الذاتية للفرصة الضائعة، والذي يكون دائماً جزءاً فقط من الكسب الاحتمالي أو النهائي .

ففي كل حالات فوات الفرصة يقوم القاضي بتحديد الأسباب والعوامل المختلفة التي يتوقف عليها الكسب المأمول، والتي تكون الفرصة مجرد سبب أو عامل من هذه العوامل، ثم يقوم بتحديد دور الفرصة في تحقيق هذا الكسب على ضوء مدى مشاركة العوامل الأخرى، فقد يكون لها الدور الأكبر، وقد يكون دورها ضئيلاً أو محدوداً .

وهكذا عن طريق بحث ظروف الواقع يصل القاضي إلى تقدير قيمة تقريبية للفرصة تتمثل في مدى توقف الكسب عليها، ومدى نسبة تحقيقها لهذا الكسب وله أن يستعين في ذلك بأهل الخبرة (١) . وهذا التقدير لقدرة ونسبة تحقيق الفرصة للكسب الاحتمالي ما هو في الواقع إلا تقدير للعلاقة بين الفرصة وهذا الكسب الاحتمالي، أي تقدير لمدى تسبب الفرصة في تحقيق الكسب، وبالتالي لمدى تسبب فوات الفرصة في وقوع الضرر .

(١) د/ سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني ج ٢ ص ١٤٩، د/ بهجت بدوي - محاضراته في الالتزامات لطلبة السنة الثانية « بدون ترقيم »، د/ حسام الأهواني - مصادر الالتزام ص ٤٠ .

إذاً فمعيار تقدير قيمة الفرصة ينحصر في علاقة السببية بين فوات الفرصة والضرر .

فإذا كانت فرصة ما تؤدي بالتحتم والضرورة إلى كسب معين، فإن هذه الفرصة تقدر بقدر الكسب ذاته تماماً دون نقصان، لذلك فالحرمان منها يستوجب التعويض الكامل عن الكسب الذي حرم منه المضرور، ومن ثم فلا نكون هنا بصدد فوات فرصة الكسب، بل نكون أمام ضرر محقق يتمثل في كل ما ضاع على المضرور من كسب .

أما إذا كانت الفرصة لا تؤدي بالضرورة إلى كسب معين بل محتمل أو يرجح أنها تؤدي إلى ذلك، فإن قيمتها تمثل نسبة فقط من الكسب الاحتمالي الذي يمكن أن تؤدي إليه، وتحدد هذه النسبة بقدر الاحتمال الذي تنطوي عليه الفرصة .

وهكذا تتوقف قيمة الفرصة على قدر ومدى علاقة السببية بين فوات الفرصة والضرر الذي ترتب عليها، ونظراً إلى أن هذا التقدير الكمي لعلاقة السببية بين فوات الفرصة والكسب الاحتمالي الذي كان يمكن أن تؤدي إليه هذه الفرصة، لا يقوم على أسس وعناصر معلومة مقدماً، بل تؤثر فيه عناصر احتمالية أخرى مجهولة لا يمكن التكهّن بها، فإن هذا التقدير الكمي لعلاقة السببية يقوم على الحدس والتخمين، لذلك فهو يتسم بالظن والاحتمال وليس التأكيد واليقين الذي تتسم به السببية العادية، وهذا ما يميز علاقة السببية في تقويت الفرصة، وهو دورها الاحتمالي غير المحقق في إسناد الضرر لفوات الفرصة^(١).

(١) انظر: د/ إبراهيم أبو الليل المرجع السابق ص ١٦٨ وما بعدها، وفي هذا المعنى أيضاً د/ أنور سلطان - مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - ص ٣٣١ الطبعة الأولى - عمان - سنة ١٩٨٧، د/ عبد الرزاق السنهوري في الوسيط ج ٢ ص ١٢٠٧ - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية ص ١٩٨١، د/ سليمان مرقس - المسؤولية - المدنية في تقنيات البلاد العربية ص ١٣٩، ١٤٠، د/ جلال على العدوي - أصول الالتزامات ص ٤٣٥ طبعة ١٩٩٧، د/ عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام ص ٤٩٣، د/ حسام الدين الأهواني - مصادر الالتزام ص ٣٩، ٤٠، دكتور / أماني عبد اللطيف حافظ - المسؤولية المدنية للمحضر ص ٣٢٧، د/ محمد عبد الظاهر - المرجع السابق ص ٤٤٢، ٤٤١ .

ولا ينظر القاضي عند تقديره للتعويض عن الفرصة الضائعة إلى جسامه الخطأ الذي ارتكبه المسئول عن فوات الفرصة كميّار لتحديد قيمة الفرصة؛ لأن جسامه الخطأ ليست دليلاً قاطعاً على جسامه الضرر المترتب عليه، إذ قد يحدث خطأ جسيم ضرراً يسيراً، والعكس (١).

المبحث الثاني مدى التعويض عن تفويت الفرصة في الفقه الإسلامي

يتم تعويض الأضرار في الشريعة الإسلامية بطريقة موضوعية تقوم على المماثلة بين الضرر ومقدار التعويض المستحق، أي تعويض المال بعوض يساويه لا أكثر ولا أقل، إذ التعويض في الفقه الإسلامي يقوم على أساس إزالة الضرر برد الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر .

وعليه فعملية التعويض في الفقه الإسلامي ليست إلامبادلة بين مالين أساسها المساواة والمكافأة، لا الرضا بين طرفيها. ولذلك يجبر المضرور على أخذ العوض إذا كان مساوياً لما لحقه من ضرر مادي ولا ينظر إلى اعتراضه، ويقدر التعويض في الفقه الإسلامي بمدى الضرر - وبكل دقة - ولا يوضع في الاعتبار مدى جسامه الفعل الضار .

إذاً فجبر الضرر في الشريعة الإسلامية يقوم على اعتبار المماثلة بين العوض والمعوض عنه، فالفقه الإسلامي يراعي المثلية بين الضرر والضمان - التعويض - فكلما كان الضرر كبيراً وجسيمياً كان التعويض عنه كذلك كبيراً والعكس، لأن الضمان - التعويض - بدل مال لا جزاء أفعال (٢).

(١) د/ محمد عبد الظاهر - مسئولية المحامي تجاه العميل ص ٤٤٠ .

(٢) د/ محمد محمود حسين - تعويض الأضرار الناجمة عن حوادث السيارات - رسالة دكتوراه - ص

٤٢، ٤٣، ٤٥ .

وقد اتفق الفقهاء^(١) على قاعدة المثل في المثليات^(٢)، والقيمة في القيميات^(٣) في ضمان المغصوب، وفي كل شئ يوجب الضمان؛ لأنه لما تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية من مثله إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل .

غير أنه قد يرد على هذه القاعدة بعض الاستثناءات، فقد يعوض المثلي بالقيمة، كمن أتلف ماء في مفازة، فليس عليه ضمان مثل بدل الماء التالف إذا رجع إلى الحضر أو إلى شاطئ نهر، بل عليه قيمة مثل الماء التالف في تلك المفازة^(٤).

وقد لا يضمن التالف بالمثل ولا بالقيمة، كما في حالة رد لبن المصرة^(٥)، فإن المشتري لا يرد مثل اللبن ولا قيمته، بل يرد صاعاً من تمر مع المبيع، وذلك عند جمهور الفقهاء القائلين بثبوت الخيار بالتصرية^(٦).

ومن خلال هذه القاعدة - قاعدة المثل في المثليات، والقيمة في القيميات - والاستثناءات الواردة عليها، ندرك أن فقهاء الشريعة الإسلامية رحمهم الله تعالى،

(١) انظر بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص ١٦٧، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص ٤٤٦، ونهاية المحتاج للزملي ج٤ ص ٤٣٢، والمغني لابن قدامة ج٥ ص ٢٣٨، والمحلّى لابن حزم الظاهري ج١٠ ص ٤٥٣ .

(٢) المثلي هو: كل ما تتماثل أجزائه وتتقارب صفاته، كالموزونات والمكيلات .

(٣) القيمي هو: ما لا تتماثل أجزائه ولا تتقارب صفاته مثل الحيوان، والمصنوعات بجميع أنواعها .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٨٤ .

(٥) المصرة هي: كل محفله من البقر والغنم والإبل ونحوها يتمتع بائعها عن حلبها أياما لتزداد الرغبة فيها، وذلك غش من البائع للمشتري يثبت به للمشتري الخيار لحديث النبي - صلى الله عليه وسلم -: « لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد = فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع من تمر » الحديث رواه البخاري عن أبي هريرة - رضي الله عنه - انظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ج٥ ص ٤٢٢ دار الريان للتراث .

(٦) انظر: المغني لابن قدامة ج٤ ص ١٤٩، والأم للإمام الشافعي ج٣ ص ٥٩، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج٣ ص ١١٥، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٨٩ .

لم يبقوا عند قوالب جامدة يطبقونها في جميع حالات الضمان، وإنما نظروا إلى ما يحقق العدالة، فأينما وجدت العدالة كان الحكم . وفي ذلك يقول الإمام السيوطي - رحمه الله: - « اطلاقهم على الشيء الذي تساوت أجزاءه أنه مثلي، وعلى ما اختلفت أجزأؤه أنه قيمي هو مجرد اصطلاح لهم، ثم وقوع القطع والبت منهم بأن المثلي يضمن بمثله، والقيمي يضمن بقيمته هو أيضاً مجرد رأي عملوا به، وإلا فقد ثبت عن الشارع أن يضمن المثلي بقيمته»^(١).

وهكذا فإن قاعدة المثلى في المثليات والقيمي في القيميات، وإن كانت تنظم لنا الكثير من المسائل والجزئيات، على أساس أنها تحقق العدل المنشود في الحقوق والواجبات، فإنها إن لم يتحقق العدل من خلالها، فإن الفقهاء يعدلون إلى ما يحقق العدالة كما رأينا^(٢).

وبتطبيق ذلك على حالة فوات الفرصة، والتي يتمثل الضرر فيها في انتقاص مصلحة - أي تفويت فرصة - مشروعة للمضرور، فإنه لما كان إعمال القواعد الشرعية التي تنهي عن الأضرار بكافة صورها وأشكالها، وتنتهي عن ما يكون طريقاً إليها، يجيز جبر المصالح المعتبرة عند تفويتها، مراعاة لصيانتها عن الهدر، ودفعا للحرص والمشقة عن أصحابها، حيث ثبت أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، وأن الضرر يزال، وأن المصالح أساسها المنافع، والمنافع مضمونة عند جمهور الفقهاء كما سبق^(٣) لما كان هذا فإن الحكم بالتضمنين في فوات الفرصة لا يتناول كل خسارة مادية حاقت بالمضرور، بل يقتصر فيه على تلك الأضرار التي يؤدي إليها الفعل غير المشروع على سبيل المباشرة أو على سبيل التسبب

(١) السيل الجرار للسيوطي ج٣ ص ٣٦٠ - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت.

(٢) انظر الضمان المالي وصوره المستحدثة في الفقه الإسلامي د/ محمد عبد الحميد ص ٤٩.

(٣) انظر هذا البحث ص ٦٣.

وفقاً للمجرى العادي للأمر، بمعنى أنه يقتصر على تعويض الضرر الذي تربطه بالفعل الضار علاقة سببية، بحيث يمكن القول بأن هذا الفعل هو سبب وقوع الضرر، دون غيره من الأضرار التي لا توجد علاقة سببية بينها وبين الفعل الضار . وعند تعذر العمل بقاعدتي المثلى والقيمي، فإن للقاضي أن يقدر قيمة الضرر - الفرصة - أو المصلحة التي ضاعت - بالكيفية التي تحقق العدالة مراعيًا في ذلك مدى العلاقة - علاقة السببية - بين الفعل الضار والضرر، أي العلاقة بين تقويت الفرصة وضياع الكسب المنشود، ومدى جدية هذه الفرصة في تحقيق هذا الكسب .

وبهذا يكون القانون المدني في مسألة التعويض عن تقويت الفرصة متفقاً مع ما وصل إليه الفقه الإسلامي، من حيث مشروعيته (على الراجح) وشروطه، وطريقة تقدير هذا التعويض، وفي هذا دليل واضح على أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على خير العباد، وعلى آله وأصحابه البررة الأطهار، والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين، وسلم تسليماً كثيراً .. وبعد ..،،

فمن خلال دراستنا السابقة لموضوع التعويض عن تفويت الفرصة - أي فرصة الكسب - تبين لنا أن تقرير هذا التعويض وتقديره تعترضه صعوبتان: إحداهما: خاصة بتقرير مبدأ التعويض ذاته، أي قبول التعويض عن فوات الفرصة، والثانية: بمدى هذا التعويض عند إقراره .

أما عن مبدأ التعويض عن فوات الفرصة، فقد رأينا أن العقبة الأساسية التي تعترضه تتعلق بطبيعة الضرر المترتب على فوات الفرصة، وهل هو ضرر احتمالي لا يوجب التعويض؟ أم هو ضرر محقق يوجب التعويض؟ حيث أن الشرط في تعويض الضرر هو كونه محققاً وليس احتمالياً .

ولقد رأينا أن الفرصة - الكسب المنشود - إن كانت تمثل ضرراً احتمالياً، فإن ذلك لا يمنع من أن مجرد فوات الفرصة في ذاته يمثل ضرراً محققاً يستوجب التعويض، واستناداً إلى هذا المنطق قام القضاء بالفعل بالتعويض عن تفويت الفرصة، باعتبار أن فوات الفرصة في ذاته يمثل ضرراً محققاً، وهو حرمان المضرور من هذه الفرصة التي سنحت بما لها من قيمة ذاتية، ولقد رحب شراح القانون المدني، ومعظم الباحثين في مجال الفقه الإسلامي بهذا المسلك للقضاء، لكونه يحقق العدالة ويحافظ على حقوق الناس ومصالحهم، ويقترّب على الأقل من الحقيقة والواقع .

وأما عن مدى وقدر التعويض عن فوات الفرصة فقد رأينا أن العقبة التي تواجهه تتمثل في صعوبة تقدير هذا التعويض، ولكن نظراً لأن التعويض عن فوات الفرصة يتحدد في قيمة هذه الفرصة، - وليس في قيمة الكسب الاحتمالي الذي تؤدي إليه - فقد زالت هذه العقبة، حيث أن القاضي يقدر قيمة هذه الفرصة، بناء على مدى أهميتها وما تتضمنه من إمكانية لتحقيق ما تؤدي إليه . فبقدر إمكانية تحقيق الفرصة للكسب بقدر ما يكون لها من قيمة ذاتية .. وهكذا .

كما رأينا أن معظم الباحثين في الفقه الإسلامي ينظرون إلى الفرصة على أنها مصلحة مشروعة، وأن تفويتها يمثل مفسدة يجب درؤها، وذلك عن طريق جبر الضرر المترتب عليها، بتعويض المضرور عن هذا الضرر الذي لحقه من جراء تفويت فرصة الكسب عليه، وأن هذا التعويض يقدره القاضي بما يحقق العدالة، مراعيًا في ذلك مدى العلاقة بين الضرر والفعل الضار الذي صدر من المدعي عليه.

مراجع ومصادر البحث:

المراجع الشرعية

أولاً: القرآن الكريم .

ثانياً: الحديث النبوي وعلومه:

- ١ - الموطأ للإمام مالك بن أنس - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - طبعة دار إحياء الكتب العربية .
- ٢ - سنن أبي داود - لسليمان بن الأشعث السجستاني - الطبعة الأولى - طبعة - مصطفى البابي الحلبي سنة ١٩٥٢ م .
- ٣- سنن الترمذي - لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة - تحقيق أحمد محمد شاكر - الطبعة الثانية - مطبعة الحلبي ١٣٩٨ هـ .
- ٤ - صحيح مسلم بشرح النووي للإمام محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي - الطبعة الأولى - دار الريان سنة ١٩٨٧ م .
- ٥ - فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني - طبعة دار الريان للتراث - الطبعة الثالثة .
- ٦ - نيل الأوطار شرح منتهى الأخيار للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني - طبعة دار الحديث .

ثالثاً: مراجع اللغة العربية:

- ١ - المعجم الوجيز لمجمع اللغة العربية - طبعة وزارة التربية والتعليم سنة ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م .
- ٢ - لسان العرب لمحمد بن بكر بن منظور - طبعة الدار المصرية للتأليف .

رابعاً: المراجع الفقهية:

أ - المذهب الحنفي:

- ١ - الأشباه والنظائر لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم .
- ٢ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء - الطبعة الثانية - دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٩٨٦ م .
- ٣ - رد المحتار على الدر المختار المسماة بحاشية ابن عابدين .
- ٤ - غمز عيون البصائر - شرح الأشباه والنظائر - للشيخ أحمد بن محمد المعروف بالحموي - طبعة دار الطباعة المعاصرة.

ب - المذهب المالكي:

- ١ - البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن على بن عبد السلام - طبعة البابي الحلبي سنة ١٣٧٠ هـ .
- ٢ - حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير - لمحمد عرفة الدسوقي - مطبعة عيسى الحلبي .

ج- المذهب الشافعي:

- ١ - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية - لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي - طبعة مصطفى الحلبي سنة ١٩٥٩
- ٢ - السيل الجرار لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٣ - الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي - طبعة دار الغد العربي - الطبعة الأولى .
- ٤ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أحمد بن شهاب الرملي - دار إحياء التراث العربي - الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٢ م .

د - المذهب الحنبلي:

١ - المغني لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي - مكتبة الرياض الحديثة .

هـ - المذهب الظاهري:

١ - المحلى للإمام أبي محمد بن أحمد بن حزم الأندلسي الظاهري - المطبعة المنيرية - القاهرة - سنة ١٣٥٠ هـ .

و - المذهب الزيدي:

١ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للإمام أحمد بن يحيى بن المرتضى - طبعة دار الكتاب الإسلامي - القاهرة .

ز - كتب عامة وحديثة في الفقه الإسلامي:

١ - الإسلام عقيدة وشريعة - للشيخ محمود شلتوت - مطبعة الأزهر - ١٩٥٩ م .

٢ - الضمان في الفقه الإسلامي - للشيخ على الخفيف - طبعة دار الفكر بالقاهرة سنة ٢٠٠٠ م .

٣ - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - المدخل الفقهي العام - د/ مصطفى الزرقا - طبعة دمشق سنة ١٩٦٥ م .

٤ - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية د/ صبحي المحمصاني .

٥ - الوجيز في الفقه الإسلامي لحجة الإسلام الإمام محمد أبي حامد الغزالي - طبعة دار المعرفة - بيروت سنة ١٣٩٩ هـ ١٩٧٩ م .

قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام .

٦ - مبادئ الفقه الإسلامي - النظريات الفقهية - د/ محمود محمد عوض - دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٢ م .

المراجع القانونية

- ١ - د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل - تعويض الضرر في المسؤولية المدنية - دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير الضرر - الكويت ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م .
- ٢ - د/ أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام في القانون المدني المصري - مكتبة عبد الله وهبه بمصر سنة ١٩٤٥ م.
- ٣ - د/ أنور سلطان:
- أ - الموجز في مصادر الالتزام - طبعة دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٨٨ م .
- ب - مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - الطبعة الأولى - عمان سنة ١٩٨٧ م .
- ٤ - د/ بهجت بدوي - خلاصة محاضرات ألقاها على طلبة السنة الثانية - كلية الحقوق - بدون طبعة .
- ٥ - د/ جلال على العدوي - أصول الالتزامات - مصادر الالتزام طبعة منشأة المعارف سنة ١٩٩٧ م .
- ٦ - د/ حسام الدين الأهواني - مصادر الالتزام - المصادر الإرادية مطبعة أبناء وهبه حسان .
- ٧ - د/ حسين النوري - نظرية الالتزام - القسم الثاني - مكتبة عين شمس سنة ١٩٦٠ م .
- ٨ - د/ رمضان أبو السعود - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - دار المطبوعات الجامعية سنة ٢٠٠٢ م .
- ٩ - د/ سليمان مرقس:
- أ - المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية - القسم الأول - الأحكام العامة - طبعة معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٧١ م .
- ب - الوافي في شرح القانون المدني - الجزء الثاني - الالتزامات - الطبعة الخامسة سنة ١٩٨٨ م .

- ١٠- د/ عبد الحكم فودة - التعويض المدني - المسؤولية المدنية والتعاقدية في ضوء الفقه وأحكام النقض - طبعة دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٨ م .
- ١١- د/ عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - طبعة سنة ١٩٥٨ م .
- ١٢- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الثاني - نظرية الالتزام بوجه عام - الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية سنة ١٩٨١ م .
- ١٣- د/ عبد الرشيد مأمون - علاقة السببية في المسؤولية المدنية - دار النهضة العربية .
- ١٤- د/ عبد المنعم البدراوي - النظرية العامة للالتزامات - طبعة سنة ١٩٨٧ م .
- ١٥- د/ عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - طبعة الحلبي سنة ١٩٦٠ م .
- ١٦- د/ عبد الناصر العطار - مصادر الالتزام « بدون طبعة » .
- ١٧- د/ لبيب شنب - الوجيز في مصادر الالتزام - الطبعة الثانية سنة ١٩٩٢ م .
- ١٨- م/ محمد أحمد عابدين - تعويض الضرر المادي والأدبي والموروث - دار الفكر الجامعي ١٩٩٧ م .
- ١٩- د/ محمد شتا أبو سعد - التقنين المدني - نصوص القانون المدني معلقاً عليها بمذكرته الإيضاحية وأعماله التحضيرية وآراء فقهاء الشراح - الجزء الأول والثاني - دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٩ م .
- ٢٠- د/ محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني الجديد - الالتزامات - الجزء الثاني - مصادر الالتزام - المطبعة العالمية سنة ١٩٥٥ م .
- ٢١- د/ محمود جمال الدين زكي - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الطبعة الثانية - مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٦ م .
- ٢٢- د/ منذر الفضل - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - الطبعة الثالثة - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة ١٩٩٥ م .

الرسائل العلمية

- ١ - د/ أنور سلطان مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ٢٠٠٧
- ٢ - د/ أماني عبد اللطيف حافظ عطيان - المسؤولية المدنية للمحضر - دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي - رسالة دكتوراه من كلية الحقوق - جامعة المنصورة سنة ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م .
- ٢ - د/ عبد الحميد محمود البعلي - نظرية تحمل التبعية بين الشريعة والقانون - رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة - جامعة الأزهر - سنة ١٣٩٧هـ .
- ٣ - د/ فهد بن حمود النايف - مسؤولية الناقل البحري للبضائع - رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر سنة ١٩٩٩-٢٠٠٠م .
- ٤ - د/ محمد إبراهيم دسوقي - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - رسالة دكتوراه - حقوق إسكندرية ١٩٧٢م .
- ٦ - د/ محمد صلاح الدين حلمي - أساس المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية والقانون - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة
- ٧ - د/ محمد عبد الظاهر حسين - المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة ١٩٩٠م .
- ٨ - د/ محمد فاروق بدوي العكام - الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م .
- ٩ - د/ محمد فتح الله إبراهيم النشار - حق التعويض وموجباته في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - رسالة ماجستير من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة - جامعة الأزهر سنة ١٩٩٣م .

- ١٠- د/ محمد فوزي فيض الله - المسؤولية التقصيرية - رسالة دكتوراه - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة .
- ١١- د/ محمد نصر الدين محمد - أساس التعويض في الشريعة الإسلامية والقانونين المصري والعراقي - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .
- ١٢- د/ محمد محمود حسين - تعويض الأضرار الناجمة عن حوادث السيارات - رسالة دكتوراه - من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة - جامعة الأزهر سنة ٢٠٠١ م .
- ١٣- د/ محمود خيامي حسن أبو زيد - المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية - دراسة فقهية مقارنة - رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر سنة ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .
- ٥ - د/ مجيد حميد العنكبي - أثر المصلحة في تشريع الأحكام بين النظامين الإسلامي والإنجليزي - رسالة ماجستير - حقوق القاهرة ١٩٧١ م .

الأبحاث العلمية والدوريات

١ - د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل - تعويض تفويت الفرصة - بحث منشور بمجلة الحقوق - جامعة الكويت - السنة العاشرة العدد الثاني والثالث سنة ١٩٨٦ م .

٢ - د/ عبد الله مبروك النجار :

أ - التعويض الناشئ عن إتلاف المال - بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقانون بالجامعة الأزهر - العدد الواحد والعشرون ١٩٩٨ - ١٩٩٩ م

ب - ضمان الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي والقانون - دراسة مقارنة - بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقانون بالجامعة الأزهر العدد الرابع والعشرون - الجزء الثاني .

٣ - د/ محمد عبد الحميد سيد متولي - الضمان المالي وصوره المستحدثة في الفقه الإسلامي - بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية - كلية الشريعة والقانون - فرع دمنهور جامعة الأزهر - العدد العاشر سنة ١٩٩٥ م .

٤ - د/ محمد فرحات حجازي - طبيعة المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي والقانون المدني - بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون - فرع أسيوط - العدد الثالث سنة ١٩٨٥ م

٥ - د/ محمد هشام القاسم - المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية - مجلة الحقوق والشريعة - جامعة الكويت - العدد الثاني - السنة الخامسة سنة ١٩٨١ م .

د. ناصر بن محمد الجوفان، مدونة القوانين الوضعية، التعويض عن تفويت منفعة وفق الفقه الاسلامي، - بحوث ومقالات في العلوم الاقتصادية والقانونية، ٢٣ / ربيع الثاني / ١٤٢٧ هـ

الدوريات ومجموعات الأحكام

- ١ - المجموعة الرسمية .
- ٢ - مجموعة أحكام النقض الجنائية .
- ٣ - مجموعة أحكام النقض المدنية .
- ٤ - مجلة الحقوق - جامعة الكويت .
- ٥ - مجلة المحاماة .

تجميد البيضات والأجنة
الزائدة الملقحة صناعيا
والاستفادة الطبية منها

«دراسة فقهية في ضوء المعطيات الطبية»

دكتور

علي منصور عثمان حبيب

أستاذ الفقه المساعد بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة

١٤٤١هـ - ٢٠٢٠م

ملخص البحث

تبرز أهمية دراسة الأحكام الفقهية للمستجدات عموماً، والطبية على وجه الخصوص، في التأكيد على سعة الشريعة الإسلامية ومرونتها وصلاحتها الأبدية لتسيير شؤون العباد، إذ أن الأحكام الشرعية ما وضعت إلا لتحقيق مصالح العباد ودرء المفساد عنهم، فما حقق المصلحة فهو مباح مشروع، وما أدى إلى مفسدة، فهو محرم ممنوع.

وقد تناولت الدراسة الأبعاد الطبية والفقهية لتجميد البييضات غير الملقحة، والبييضات الملقحة (الأجنة)، واستخدامها في التجارب الطبية، واستخلاص الخلايا الجذعية الجنينية منها، من خلال الدوافع والأسباب الطبية الداعية لهذه التصرفات، وبيان وجهة نظر الفقهاء المعاصرين في هذه المسائل المستجدة، مستندة إلى أقوال الفقهاء القدامى في المسائل المناظرة للمسائل المستجدة.

وقد توصلت الدراسة إلى أن البييضات والأجنة الملقحة خارج الرحم، والتي لم يصل النمو فيها إلى مرحلة تكوين الأعضاء لا يمكن إضفاء وصف الجنين عليها، وعلى الرغم من ذلك فلا يمكن معاملتها معاملة الأشياء التي لا قيمة لها؛ لأنها تحوي كل العناصر الجينية، فهي من طبيعة إنسانية ينبغي احترامها.

كما تبين من خلال البحث أن تجميد البييضات غير الملقحة وكذلك الملقحة والاستفادة الطبية منها مستجدات طبية معاصرة توصف أحكامها بالحل أو الحرمة تبعاً للباعث على التجميد من جهة، والموازنة بين المفساد والمصالح المترتبة على التصرف من جهة أخرى، وبالنظر في ميزان المفساد والمصالح التي

ذكرتها الدراسة لتجميد البييضات والأجنة الزائدة واستخدامها في التجارب العلمية
والعلاج، ومقارنة ما أشير إليه في كل منهما، تبين أن مصالح هذه التصرفات
تتفوق على مفسدها من حيث الجملة، وأما من حيث التفصيل فينبغي أن ينظر
إلى كل حالة بخصوصها.

Abstract

The importance of studying the jurisprudential provisions of developments in general, and medical in particular, is emphasized in emphasizing the capacity, flexibility, and eternal validity of Islamic law to run the affairs of the people, as the legal rulings were put in place only to achieve the interests of the slaves and ward off evil from them, so what has achieved the interest is legitimate, and what has led to Corrupting, it is forbidden forbidden.

The study examined the medical and juristic dimensions of freezing unfertilized eggs, fertilized eggs (embryos), their use in medical experiments, and extraction of embryonic stem cells from them, through the motives and medical reasons for these behaviors, and explaining the viewpoint of contemporary jurists on these emerging issues, based on sayings Old jurists in matters corresponding to emerging issues.

The study concluded that the fertilized eggs and embryos outside the womb, in which growth did not reach the stage of organ formation, could not give the embryo a description of it, and in spite of this it cannot be treated like things that have no value; because they contain all the genetic elements, they are of nature Humanity should be respected.

It was also found through the research that freezing unfertilized eggs and also pollinated eggs and medical benefit from them are contemporary medical developments, the provisions of which are described as a solution or forbidden according to the motive for freezing on the one hand, and

the balance between the spoilers and the interests arising from the disposal on the other hand, and considering the balance of spoilers and interests mentioned by the study to freeze Excess eggs and embryos and their use in scientific experiments and treatment, and comparing what was indicated in each of them, it turns out that the interests of these actions outweigh their spoilers in terms of sentence, and in terms of detail, each case should be looked at.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله الذي وهب الذرية لمن شاء من خلقه، وأسبغ عليهم مزيدا من عطائه وفضله، ومنحهم ما لا يحصى من آلائه ونعمه، أمره قضاءً وحكمة، ورضاه أمانٌ ورحمة، يقضي بعلمه، ويعفو بحلمه، يقول الحق وهو يهدي السبيل.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن سيدنا ونبينا محمداً ﷺ عبده ورسوله، فاللهم صل وسلم وبارك عليه، وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد

فإن علم الطب وممارسته من العلوم المهمة التي لا يستغني عنها الإنسان؛ لما فيه من رعاية الأسباب التي خلقها الله تعالى وسخرها لدفع ما يضر بالصحة والبدن والعقل والنسل، وجلب ما ينفعها ويصلحها ويحفظها؛ فتلتقي مهنة الطب بوجه من الوجوه مع مقصود الشرع من الخلق، 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^(١).

إن مسألة تجميد البييضات والأجنة الزائدة، والاستفادة الطبية منها في إجراء التجارب، واستخلاص الخلايا الجذعية الجنينية، من النوازل الحاديات والوقائع

(١) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفى، ص ١٧٤، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي.

الجديدات، والتكليف الفقهي لها، والوقوف على حكم شرعي واضح فيها يستلزم البحث عن نظائر لها في أقوال الفقهاء واجتهاداتهم، وإلحاقها بما هو أقرب شبها بها، تخريجاً للفرع على الأصل، وإلحاقاً للنظير بمثله، مستنداً في ذلك كله إلى مقاصد التشريع ومبادئه الكلية.

وقد جاء البحث محاولة لدراسة الموقف الشرعي في الحالات التي يقع فيها تجميد للبيوضات والأجنة الفائضة في عمليات التلقيح الصناعي، وبيان مدى توافقها مع أحكام الشريعة وقواعدها ومقاصدها، خاصة إذا تم التلقيح بين الزوجين، إذ الغاية من التجميد عموماً هي تمكين الزوجين أو أحدهما من الحصول على الإنجاب في الوقت الذي يرغب، أو عند زوال السبب الدافع إلى عملية التجميد، وقد يكون الدافع للتجميد أغراض أخرى سوى الإنجاب، كالعلاج، وإجراء البحوث والتجارب الطبية.

أهمية البحث: تظهر أهمية هذا البحث في أن التوجه لدراسة القضايا الطبية المعاصرة بنظر شرعي أصيل يحدد الحكم الشرعي في هذه القضايا، صار ضرورة لإعادة البحث العلمي إلى أطر أخلاقية تصونه من الانفلات والإضرار بالحياة الإنسانية، فعلى الرغم من التقدم الطبي الهائل الذي تحقق في العقود الأخيرة، إلا أنه يلاحظ أن قدراً كبيراً من الممارسات الطبية المتعلقة بالإخصاب الطبي قد تجاوزت الأطر الخلقية والدينية في مجالات الإنجاب والبحث والتجارب والعلاج، وإخضاع النسل إلى رغبات الأفراد في الحصول على صفات محددة في المولود، وغير ذلك من المحظورات التي تهدد مسيرة الحياة الإنسانية، وتعرضها لأفدح الأخطار.

وهنا تبرز أهمية الدراسات الشرعية في القضايا الطبية، إذ تؤدي إلى تأصيل المسيرة الطبية الإنسانية على هدي من الالتزام بأحكام الله تعالى، وقواعد الأخلاق، التي ما كانت إلا لخير الإنسان ومصلحته في الدنيا والآخرة.

مشكلة البحث:

يعد تجميد البويضات غير الملقحة والأجنة الزائدة عن عمليات التلقيح الصناعي من أبرز المشكلات المترتبة على الإخصاب الطبي بطرقه المعاصرة، وذلك أن عمليات التلقيح الصناعي لا يقدر لها النجاح دائما، لذلك يضطر الأطباء إلى تحضير عدة بويضات وإخصابها من مني الزوج، وأحيانا يلجأ الأطباء إلى تجميد هذه البويضات حتى تحين الفرصة المناسبة لتلقيحها، وعند التلقيح لا يستعمل من هذه اللقيحات إلا العدد الأقل منها من أجل الحصول على حمل واحد، فتبقى أجنة أخرى تسمى بالأجنة الفائضة أو الزائدة، وهنا تبرز المشكلة، إذ أن مصير هذه الأجنة الزائدة يكون منحصرا فيما يأتي:

١ - إعادة التلقيح بها مرة أخرى، وهو أمر لا ترغبه كثير من النساء صاحبات البويضات الزائدة؛ سيما إذا تحقق الإنجاب من محاولة التلقيح الأولى.

٢ - إتلاف الأجنة والتخلص منها، وعلى الرغم من أن هذا الإجراء هو ما قرره بعض المجمع الفقهي، إلا أن بعض الفقهاء والأطباء أثاروا مسألة إتلاف هذه الأجنة باعتبارها تتناقض مع غاية التلقيح الصناعي التي تسمح بالإنجاب لأزواج عجزوا عن تحقيق هذا المقصد الشرعي

الحيوي النبيل، كما أن إتلاف هذه الأجنة يصطدم مع مقصد شرعي آخر، وهو حماية حق الجنين في الحياة.

٣ - تجميد الأجنة والاستفادة منها، والاستفادة من الأجنة الزائدة في غير زرعها في رحم الأم قضية مهمة ينظر لها من زوايا عديدة طبية وشرعية وقانونية واجتماعية.

أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف، منها:

١- تخريج الحكم الشرعي في المسائل المتعلقة بتجميد البويضات والأجنة وفق المقاصد الشرعية والقواعد الكلية والأدلة الجزئية التي تنضبط بها النوازل والوقائع التي ليس فيها لمن سلف من أهل العلم قول أو رأي، بما يغلب على الظن أنه الراجح في المسألة.

٢- بيان مدى إمكانية الاستفادة من الأبحاث والدراسات في مجال الإخصاب الطبي، وما يتبعه من تجميد للبويضات والأجنة الملقحة، دون الوقوع في المحظورات الشرعية والمخالفات الدينية والأخلاقية.

٣- إبراز الضوابط الشرعية والأخلاقية التي ينبغي مراعاتها في الحالات التي يباح معها تجميد البويضات والأجنة والاستفادة الطبية منها.

٤- إثبات مرونة الشريعة الإسلامية، وصلاحياتها للتطبيق في كل زمان ومكان، وشمولها لما يستجد من حوادث ووقائع؛ إذ أن هذه التقنية الطبية تعد من النوازل التي تعلق بها مصالح العباد.

خطة الدراسة: تنقسم الدراسة في هذا البحث إلى مقدمة، وستة مباحث، وخاتمة:

المقدمة: وتتناول أهمية البحث، ومشكلته، وأهدافه، وخطته.

المبحث الأول: المفاهيم الأساسية للبحث.

المبحث الثاني: مدى مشروعية تجميد البويضات غير الملقحة.

المبحث الثالث: التكيف الفقهي للبيضة الملقحة صناعيا.

المبحث الرابع: موقف الشريعة الإسلامية من تجميد الأجنة الزائدة الملقحة صناعيا.

المبحث الخامس: مدى مشروعية الاستفادة الطبية من الأجنة المجمدة.

المبحث السادس: الموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة على تجميد الأجنة والاستفادة الطبية منها.

الخاتمة: وتتناول نتائج البحث وتوصياته.

المبحث الأول

المفاهيم الأساسية للبحث

يشتمل عنوان البحث على عدة مصطلحات تدور حولها الفكرة الأساسية لهذه الدراسة، وأبرز هذه المصطلحات: (التجميد - البويضات - الأجنة الزائدة - التلقيح الصناعي)، وحتى تكتمل الرؤية وتتضح الفكرة يستلزم البحث الوقوف على حقيقة هذه المفاهيم، لإدراك معانيها، ومعرفة المراد منها، وفيما يلي بيان ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول

المقصود بتجميد البويضات والأجنة

التجميد في اللغة: من جَمَدَ الماءَ والدم وغيره جُمُودًا، إذا يبس فهو جامد، والجَمَدُ: الثلج الذي يسقط من السماء، وأرض جَمَدَ وجُمُدَ، والجمع أجمَاد، إذا كانت صلبة شديدة، وكان الأصمعي يقول: «أكثر ما تستعمل العرب في الماء جَمَدَ، وفي السمن وغيره جَمَسَ»^(١).

ومعنى تجميد البويضات والأجنة: أن يحتفظ بها في ثلاجات خاصة في درجة حرارة معينة، وفي سوائل خاصة تحفظ حياتها بحيث تبقى دون أن تنمو لحين الطلب، فإذا جاء الطلب عليها أخرجت من الثلاجات الحافظة وسمح لها بالنمو^(٢).

(١) جمهرة اللغة للأزدي ١ / ٤٥٠، مادة: (لقح)، المعجم الوسيط ١ / ١٣٣.

(٢) د محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه ٢ / ١٩٥.

وتقوم عملية تجميد البويضات على تخزينها مع الاحتفاظ بخصائصها البيولوجية في النيتروجين السائل في درجة حرارة منخفضة تصل إلى (١٩٦) تحت الصفر، ويمكن أن تقع عملية التجميد على البويضة أو على جزء من نسيج المبيض في الحالات التي تكون فيها الإباضة ضعيفة، وذلك عن طريق أخذ خزعة من نسيج المبيض للبحث عن البويضة داخل النسيج نفسه، ومن ثم يتم تجميد الأنسجة لاستعمالها لاحقاً في عملية الحقن المجهري.

ولتجميد البويضات يتم تحفيز المبيض بالأدوية الهرمونية ومن ثم استخلاص البويضات الناضجة، إما عن طريق المهبل بمساعدة الأشعة الصوتية، أو عن طريق المنظار، ومن ثم يتم تجميدها، وفي حال شفاء المريضة تستخدم تقنية أطفال الأنابيب لمساعدة هذه المرأة على الحمل بواسطة تخصيب هذه البويضات المجمدة بعد إذابتها وحقنها بالحيوانات المنوية للزوج، ومن ثم إعادة البويضة الملقحة إلى رحم المرأة لمساعدتها على الحمل^(١).

ويعد تجميد البويضات الملقحة (الأجنة) من التقنيات الطبية الرائجة والناجحة في مجال الإخصاب الطبي.

وأما البويضات غير الملقحة فما زالت عملية تجميدها تحتاج إلى المزيد من الأبحاث والدراسات، ذلك أن نسب نجاح تلقيح البويضات ونسجها بعد تجميدها وإذابتها من التجميد ضعيفة، حيث تمت بعض الولادات القليلة ببويضات مجمدة، إلا أن العدد قليل مقارنة بعدد الأطفال الذين تمت ولادتهم بعد عملية تجميد الأجنة وزراعتها^(٢).

(١) د مساعد بن عبدالله بن حمد الحقييل، تجميد أنسجة المبيض، دراسة فقهية ص ٣٣، مجلة البحوث الإسلامية التي تصدرها هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، العدد ١٦، ١٤٤٠هـ.
(٢) عباس أحمد الباز، تجميد الحيوانات المنوية والبويضات رؤية فقهية طبية، ص ٢١٨، مجلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد ٤١، العدد ١، ٢٠١٤م.

المطلب الثاني مفهوم البييضات

البييضات في اللغة: جمع بُيَيْضَة، والبُيَيْضَة تصغير بَيْضَة، والبَيْضَة معروفة، وهي ما تضعه أنثى الطائر، سميت بذلك لبياضها، وتجمع على بِيضَات، وبِيض، وبِيُوض^(١)، ومنه قول الله تعالى: ﴿كَأَنَّهُنَّ بَيْضٌ مَكْنُوزٌ﴾^(٢).

وفي عرف الأطباء وبعض العلماء المعاصرين تسمى (البُيَيْضَة) (بويضة)، وهو خطأ، والصحيح (بُيَيْضَة)، فإن الثلاثي إذا كان معتل الوسط وكانت عينه واوا أو ياء، ظهرتا في التصغير، فيقال في تصغير جوزة: (جويزة)، و(لوزة) (لويزة)، وفي تصغير بيضة: (بُيَيْضَة)، فإذا كانت الياء منقلبة عن واو ردت في التصغير إلى أصلها، فيقال في تصغير (ريح) (رُويح)؛ لأن أصلها (روح)^(٣).

أما الفقهاء: فلم تكن البييضة معروفة عندهم بهذا الاسم، وإنما كانوا يعبرون بماء المرأة المقابل لماء الرجل، على اعتبار أن الجنين يخلق منهما معا، وذكروا في صفة ماء المرأة أنه أصفر رقيق^(٤).

والحقيقة أن ماء المرأة يختلف تماما عن ببيضتها، فالبييضة هي العنصر الأساسي للتخصيب، بخلاف الماء.

وقد عُرِّفت البييضة اصطلاحاً بأنها: ما تحويه الحويصلات الناتجة من

الهرمونات الجنسية المفرزة من الغدة النخامية للمرأة في البلوغ، والذي يكون به

(١) لسان العرب ٧ / ١٢٤، مادة: «بيض»، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٤ هـ، المحكم والمحيط الأعظم، لابن سيده ٨ / ٢٣٦، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ. (٢) الصافات: ٤٩.

(٣) أحمد بن الحسين بن الخباز، توجيه اللمع، ص ٥٥٣، ط: دار السلام، مصر، الطبعة: الثانية، ١٤٢٨ هـ.

(٤) شرح مختصر خليل للخرشي ١ / ١٧٥، المغني لابن قدامة ١ / ١٤٦، الممتع في شرح المقنع للتونخي ٢ / ٦٥١.

الحمل عند التقائها بالحيوان المنوي الذكري، وسميت البيضة لشبهها بالبيضة تقريباً كما يتضح من الصور المجهرية لها^(١).

وتتكون كل البيضات غير الناضجة في الأنثى وهي جنين في بطن أمها، فتولد الأنثى وفي مبيضها ما يقارب خمسمائة ألف بيضة غير ناضجة، فإذا بلغت الأنثى بدأ المبيض بالتناوب في إطلاق بيضة واحدة ناضجة وقابلة للإلقاح في كل شهر، وإذا لم يتم إخصاب البيضة بواسطة حيوان منوي فإنها تخرج من الرحم، ثم تنفجر بطريق الحيض، إلى أن تبلغ المرأة سن اليأس، فيتوقف المبيض عن إنتاج البيضات، وهذا يعني أن المرأة تنتج خلال فترة الإخصاب - الواقعة بين مرحلتى البلوغ وسن اليأس - قرابة أربعمائة بيضة ناضجة^(٢).

(١) د عبد الله عبد الواحد الخميس، بنوك الحيامن والبيوضات ٢/١٥٧٤، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني (قضايا طبية معاصرة) جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ١٤٣١هـ،
(٢) د مساعد بن عبد الله بن حمد الحقييل، تجميد أنسجة المبيض، دراسة فقهية ص ٢٩، مصدر سابق.

المطلب الثالث مفهوم الأجنة الزائدة

أولاً: تعريف الأجنة:

الأجنة في اللغة: جمع الجنين، وهو الولد في البطن، والجمع أجنة وأجنُن، والجنين كل مستور، وجنَّ في الرحم يَجِنُّ: استتر، وأجنته الحامل: سترته^(١)، ومنه المجنون لاستتار عقله، والجان لاستتاره عن أعين الناس^(٢).

وفي الاصطلاح: لا يخرج معنى الجنين عن المعنى اللغوي، غير أن المزني من فقهاء الشافعية نقل عن الإمام الشافعي أن الاستعمال الحقيقي للجنين فيما يكون بعد مرحلة المضغة، واستعماله فيما قبل ذلك يكون من باب المجاز، وعبارته: «قال الشافعي في الجنين: أقل ما يكون به جنينا أن يفارق المضغة والعلقة حتى يتبين منه شيء من خلق آدمي . . .»^(٣).

والأجنة عند الأطباء: يراد بها البويضات الملقحة، حتى وإن كانت خارج الرحم، إلا أن هذا التعبير فيه نظر، لما تقدم ذكره من أن الجنين هو ما كان مستترا في بطن أمه، وما كان خارج البطن لا يسمى كذلك^(٤)، وقد أشار الله - تعالى - إلى ذلك بقوله: ﴿يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ﴾^(٥).

ثانياً: المقصود بالأجنة الزائدة: هي الأجنة الفائضة عن الغرس في رحم المرأة في عملية التلقيح الصناعي، ذلك أن عملية التلقيح الأولى تتطلب استخراج عدد

(١) المخصص لابن سيده ٥ / ١٤٦، معجم اللغة العربية المعاصرة، ١ / ٤٠٧، مادة: (ج ن ن).

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٦ / ١١٧، مادة: (جنين).

(٣) مختصر المزني مع الأم ٨ / ٣٥٦.

(٤) د عمر سليمان الأشقر، الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية

وزراعة الأعضاء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦ / ٤٥٨.

(٥) الزمر: ٦.

من البويضات من مبيض المرأة، وتلقيحها خارج الرحم بالحيوانات المنوية، وتتراوح في العادة من (٤ - ٨) ببويضات وقد تجاوز ذلك، ثم يقوم الأطباء بنقل ثلاثة من هذه اللقائح إلى الرحم بعد أن تبدأ في النمو، وأما الفائض فيحتفظ به بعد تبريده وتجميده انتظاراً لنتيجة الزرع في الرحم، فإذا لم تنجح تكرر العملية بعد ذلك، وفي العادة تظل هذه الأجنة مجمدة أو تتلف^(١).

فالأجنة الزائدة عبارة عن سلة من الخلايا في مرحلة التكوين، عمرها أسبوع أو أكثر قليلاً، ولم يصل النمو فيها إلى مرحلة تكوين أعضاء، مثل الكلى أو القلب الكامل أو الأطراف، حيث إنه لم يحصل إلى الآن أن نما أو نبت جنين في المعمل إلى مرحلة متقدمة.. وقد لا يحدث ذلك، فالأجنة في المعمل تنمو إلى مرحلة (٨ - ٣٢) خلية فقط، ثم تنقل إلى أرحام الأمهات، أو تحفظ مجمدة في الثلجة^(٢).

ويبين الأطباء أن الأجنة الزائدة عن الحاجة وعلى ضوء التقدم الطبي على ثلاثة أنواع^(٣):

الأول: لقائح قبل مرحلة تكون الجنين وتشكله، وتكون اللقيحة دون مظهر إنساني، فهي عبارة عن مجموعة خلايا تصل إلى (٨) أو (١٦) خلية ولكل خلية قدرة كاملة على مواصلة الحياة وتكوين إنسان كامل.

الثاني: مرحلة بدء تصور الجنين وتشكله، حيث تبدأ الخلايا باكتساب خصائص معينة ترتبط بأدوار هذه الخلايا في الجسم الإنساني مستقبلاً، وهي تبدأ من بلوغ مجموع الخلايا خلية فأكثر.

- (١) د عبد السلام داود العبادي، حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة، مجلة مجمع الفقه ٦ / ١٣٦٠.
- (٢) د عبد الله حسين باسلامة، الاستفادة من الأجنة المجهضة والفائضة في زراعة الأعضاء وإجراء التجارب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦ / ٣٦٩.
- (٣) د عبد السلام داود العبادي، حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة، مجلة مجمع الفقه ٦ / ١٣٦٢.

الثالث: مرحلة بداية تكون الجهاز العصبي في الجنين، الذي يحس ويتألم من خلاله، وهي تبدأ بعد مرور أسبوعين على الجنين في الغالب، وهذه المرحلة الثالثة من النادر ترك الأجنة للنمو إليها.

ثالثا: ماهية العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا: لا يوجد حد معين لعدد اللقيحات التي يعد ما بعدها عدد زائد عن حاجة عملية التلقيح، ولعل هذا العدد يختلف من حالة إلى أخرى، ورغم ذلك فإن ثمة ما يشبه الإجماع الطبي على أنه إذا زاد عدد البيضات الملقحة عن ثلاثة فإن ما بعدها يكون عددا زائدا ينبغي التخلص منه^(١).

وقال بعض الأطباء: يفضل عادة إجراء الخفض في حالة الحمل بأربع أجنة أو أكثر، حيث يتم إنقاص عدد الأجنة إلى اثنين، وفي بعض الأحيان واحد، وذلك للحصول على نتائج أفضل كما أثبتت بعض الدراسات، وتحديد العدد النهائي عادة ما يتم باختيار المريضة إلا أنه في بعض الحالات المرضية يتغير القرار، وفي معظم الأحيان يكون اختيار المريضة والطبيب لجنين واحد، ويعتبر ما زاد عن ذلك في حكم الأجنة الفائضة^(٢).

(١) د ميادة محمد الحسن، حكم الأجنة الفائضة في التلقيح الصناعي، ص ٢٧، د.ط.
(٢) د وفاء غنيمي، إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني (قضايا طبية معاصرة) جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ١٤٣١هـ، ٢ / ٢٠٤٨، ٢٠٤٩.

المطلب الرابع

مفهوم التلقيح الصناعي وأنواعه

أولاً: تعريف التلقيح الصناعي:

التلقيح في اللغة: الحمل، فاللام والقاف والحاء أصل صحيح يدل على إقبال ذكر لأنثى، ثم يقاس عليه ما يشبهه، ومنه لقاح النعم والشجر، أما النعم فتلقحها ذكرانها، وأما الشجر فتلقحه الرياح^(١).

والتلقيح مأخوذ من لَقَحْتُ الناقة تَلْقَحُ تلقح لقحا ولقاحا إذا حملت، فهي لَاقِحٌ وَلَقُوحٌ، وَأَلْقَحَهَا الفحل إلقاحا فهي مَلْقُوحٌ، والجمع مَلَاقِحٌ^(٢)، والمَلَاقِيحُ: الأمهات، وما في بطونها من الأجنة^(٣)، والأصل في التلقيح أن يستعمل في الإبل أو الخيل، ثم استعير في النساء فيقال: لَقَحَتِ المرأةُ، إذا حملت^(٤).

والمليحة: هي البيضة الأنثوية بعد تلقيحها بالبذرة الذكرية (الحيوان المنوي)، أو اتحاد مشيج الذكر (الحيوان المنوي) مع مشيج الأنثى (البيضة)، وتكوين اللاقحة (الزيجوت)^(٥).

والتلقيح الصناعي اصطلاحاً: هو عملية الإخصاب التي تتم بتلقيح بيضة المرأة بالحيوان المنوي للرجل بغير الاتصال الجنسي الطبيعي، وذلك في ظروف طبية تقوم مقام التلقيح الطبيعي^(٦).

(١) مقاييس اللغة ٥ / ٢٦١، مادة: (لقح).

(٢) جمهرة اللغة للأزدي ١ / ٥٥٩، مادة: (لقح)، ط: دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٧م.

(٣) القاموس المحيط ٢٣٩، مادة: (لقح).

(٤) تاج العروس ٧ / ٩٣.

(٥) د عبد الله عبد الواحد الخميس، بنوك الحيامن والبييضات، ١٥٨٠/٢، مصدر سابق.

(٦) باسم محمد الشرجي، الإجهاض بين التحريم والإباحة، ص ١١٦، ط: المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧م.

وبعبارة أخرى: هو كل طريقة أو صورة يتم فيها التلقيح والإنجاب بغير الاتصال الجنسي الطبيعي بين الرجل والمرأة، أي بغير عملية الجماع، ويسمى بأطفال الأنابيب^(١).

ثانيا: أنواع التلقيح الصناعي: هناك نوعان من التلقيح الصناعي:

الأول: التلقيح الصناعي الداخلي: ويمكن تعريفه بأنه: «عملية طبية تتمثل في إخصاب ببيضة المرأة عن طريق استخراج البيضة وتلقيحها بالخلية الذكرية للرجل وإعادة زرعها في رحم المرأة»^(٢).

ولا يدخل هذا النوع في حدود البحث؛ لأنه لا ينتج عنه بويضات أو أجنة ملقحة يتم تجميدها بعد.

الثاني: التلقيح الصناعي الخارجي: وهو سحب البويضات من الرحم ونقلها إلى المختبر مع السائل المنوي داخل حاضنة خاصة للنقل، ويتم إخصاب البويضات بالسائل المنوي حتى تبلغ نضوجا معينا، ثم تنقل داخل رحم المرأة، ويلجأ إليه الأطباء عند تعذر التلقيح الصناعي الداخلي، كأن يكون الرحم غير صالح لإجراء هذه العملية بسبب انسداد القناة التي تصل بين المبيض والرحم والتي تسمى قناة فالوب، وتسمى هذه العملية بالإخصاب في أنبوب، أو أطفال الأنابيب^(٣).

(١) د عبد الله البسام، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢ / ١٥٤.
(٢) سعاد راحلي، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، ص ٢٠، رسالة دكتوراة بجامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١٥م.
(٣) لبنى محمد جبر، شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، ص ٦، رسالة ماجستير بكلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٠٧م.

المبحث الثاني

مدى مشروعية تجميد البويضات غير الملقحة

تبين في المبحث الأول من هذه الدراسة الفرق بين البويضات والأجنة، بأن الأولى يراد بها الخلية الأنثوية التناسلية قبل أن يتم تلقيحها بمني الرجل، أما الأجنة فهي تلك الببيضة التي تم تلقيحها وصارت جنينا مجازا أو عرفا طبيا.

وثمة فرق آخر مهم بينهما، حيث إن الأجنة المجمدة تُعتبر ملكاً للزوجين، الأب والأم، بينما البويضات غير المخصبة تُعتبر ملكاً للمرأة صاحبة الببيضة فقط.

والتقنيات الحديثة في مجال الإخصاب الطبي قائمة على تجميد كلا من الببيضة غير الملقحة والملقحة على حد سواء.

ففي عام (٢٠٠٣م) أعلنت شركة أمريكية للتكنولوجيا الحيوية أنها اقتربت من تطوير تقنية جديدة لتجميد البويضات البشرية غير المخصبة لسنوات طويلة، ثم إعادة استخدامها في تحقيق الحمل وقت الطلب، وهذه التقنية تسمح للنساء بتأجيل الحمل عدة سنوات، وقالت الشركة إن التقنية ستكون جاهزة للاستخدام العام في غضون سنوات قليلة بعد نجاح التجارب المعملية عليها^(١).

ولبيان مدى مشروعية تجميد هذه البويضات، أذكر في المطلبين الآتيين الأسباب الداعية للتجميد، وصولاً إلى حكم تجميد البويضات غير الملقحة.

(١) د عبد الرحمن محمد أمين طالب، البنوك الطبية (واقعتها وأحكامها) ٢ / ١٣٢٦، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، د شفيقة الشاهوي رضوان، تجميد البويضات بين الطب والشرع، ص ٣، د ط.

المطلب الأول

أسباب تجميد البويضات غير الملقحة

هناك أسباب عدة تدعو المرأة إلى اللجوء إلى تجميد بويضاتها، من هذه الأسباب ما قد يكون مشروعاً، ومنها ما لا يكون كذلك، وفيما يلي بيان أبرز هذه الأسباب:

١- عند إصابة المرأة بالسرطان، حيث يلجأ الأطباء إلى الحفاظ على البويضات من التلف عند التعرض لمواد إشعاعية بغرض العلاج، إذ تؤدي المعالجة بالأشعة الكيماوية إلى إضعاف خلايا الجسم عموماً، فيتساقط شعر الجسم وتموت الخلايا التناسلية.

٢ - استخدام البويضات المجمدة في عمليات التلقيح خارج الرحم في حال عدم نجاح التلقيح من المرة الأولى، فيتم اللجوء إلى البويضات المجمدة والاستفادة منها بإعادة محاولة التلقيح مرة ثانية حتى يحصل الحمل المرغوب فيه^(١).

٣ - في حال تأخر الزواج وخوف المرأة من اقتراب سن اليأس الذي تفقد فيه القدرة على الإنجاب، فتضطر إلى تجميد بويضاتها في سن باكراً لتعزيز فرصها في الإنجاب فيما بعد.

٤ - الحصول على النسل والذرية بعد موت المرأة صاحبة البويضة، حيث يتفق الزوجان على إبقاء البويضات مجمدة إلى حين الحاجة إليها فيما لو ماتت الزوجة، فيكون التجميد طريقة سهلة لاستعادة البويضة،

(١) لبنى محمد جبر، شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، ص ٦٥، مصدر سابق.

ومن ثم إجراء التلقيح مع الحيوان المنوي، فيتحقق الإنجاب للولد بعد الموت^(١).

٥ - توفير ببيضات لنساء مميزات - كعارضات الأزياء والممثلات - لمن يرغب في اختيار أجنة بمواصفات خاصة، وهذا النظام منتشر في الغرب، حيث أنشئت لذلك بنوك خاصة، توفر (كتالوجات) لاختيار ما يناسب العميل من مواصفات، مثل لون الشعر والعينين، ولون البشرة، وفصيلة الدم، وفي أحد الأعوام أعلنت جامعة بيل الأمريكية عن توفر ببيضات لملكات جمال، سعر البيضة ١٥ ألف دولار^(٢).

(١) عباس أحمد الباز، تجميد الحيوانات المنوية والبويضات رؤية فقهية طبية، ص ٢٢١، مصدر سابق.

(٢) لبنى جبر، شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، ص ٧٦، مصدر سابق.

المطلب الثاني

حكم تجميد البويضات غير الملقحة

في مثل هذه القضايا المستجدة التي لم يرد فيها نص قاطع، أو اجتهاد يعول عليه، يتعذر القول الواحد، ويختفي الإجماع، وينتشر الخلاف، وتتعدد الآراء، ولذلك اختلف العلماء المعاصرون في مشروعية تجميد البويضات الملقحة من عدمها، وكان اختلافهم في ذلك مستمدا من المصالح والمفاسد المتعارضة التي تلقي بظلالها على هذه النازلة، وكان الخلاف في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: يجوز تجميد البويضات غير الملقحة، حيث تعتبر عملية التجميد من جملة التطورات والطفرات العلمية الجديدة في مجال الإنجاب الصناعي، وهو ما أفتت به دار الإفتاء المصرية^(١)، وقد ذهب إلى ذلك بعض العلماء المعاصرين^(٢).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

أولاً: أن تجميد البويضات من مكملات عملية طفل الأنابيب التي أجازتها المجامع الفقهية الإسلامية بين الزوج وزوجته بناءً على أنها من باب العلاج للإنجاب، والأصل في العلاج والتداوي المشروعية، وهذا مما لا خلاف فيه بين أئمة المسلمين، وإذا كان العلاج جائزاً فإن مكملاته جائزة أيضاً؛ لأن الإذن في الشيء إذن في مكملات مقصوده^(٣).

(١) فتاوى دار الإفتاء المصرية، فتوى رقم: ٤٦٨٣.

(٢) لبنى جبر، شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، ص ٦٥، مصدر سابق، د عبد الرحمن محمد أمين طالب، البنوك الطبية (واقعها وأحكامها)، ٢ / ١٣٢٠، مصدر سابق، عباس أحمد الباز، تجميد الحيوانات المنوية والبويضات رؤية فقهية طبية، ص ٢٢٤، مصدر سابق.

(٣) فتاوى دار الإفتاء المصرية، فتوى رقم: ٤٦٨٣.

ثانياً: أن عامة العلماء المعاصرين أجازوا عمليات التلقيح الصناعي، وأيدت ذلك المجامع الفقهية، ولا دليل يدل على اشتراط إجراء هذه العملية على الفور، إذن لا مانع من حفظ البويضات وتجميدها ليتم تلقيحها فيما بعد^(١).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن عملية التلقيح الصناعي إنما أجازها من أجازها من العلماء خلافاً للأصل للضرورة أو الحاجة، لما يترتب عليها من محاذير ومخاطر، فلا يجوز التأخير والدخول في محاذير أخرى^(٢).

ويجاب عن هذه المناقشة: بأن الحاجة إلى تأجيل عملية التلقيح قائمة في بعض الحالات، فالمرأة قد تحتاج إلى تأخيرها إما لمرض، أو تأخر زواج، أو رغبة الحمل بمولود آخر بعد انقطاع الطمث وانتهاء التبويض، فقد قرر الأطباء أن أفضل عمر من الناحية الفسيولوجية والطبية للحمل والولادة هو من سن (٦١ سنة) إلى سن (٢٦ سنة)، ثم تقل الخصوبة تدريجياً وتزداد مضاعفات الحمل والولادة وخاصة بعد سن (٣٥ سنة)^(٣).

ثالثاً: أن الاحتفاظ بالبويضات مجمدة يؤدي إلى عدم تعريض المرأة لمشاكل ومتاعب التنظيف وسحب البويضات والدخول إلى المستشفى في كل مرة، وما يتبع ذلك من إجراءات طبية متعبة للمرأة بدينياً ومكلفة مادياً^(٤).

الرأي الثاني: لا يجوز تجميد البويضات غير الملقحة، وبه قال بعض العلماء والباحثين المعاصرين^(٥)، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

- (١) د عبد الرحمن محمد أمين طالب، البنوك الطبية (واقعها وأحكامها)، ٢ / ١٣٢٠، مصدر سابق.
- (٢) د عبد الله عبد الواحد الخميس، بنوك الحيامن والبويضات، ٢ / ١٥٩٥، مصدر سابق.
- (٣) د محمد علي البار، أحكام تجميد وحفظ الأجنة والخلايا التناسلية، ص ١٠، الدورة الثالثة والعشرين مجمع الفقه الإسلامي الدولي - جدة.
- (٤) لبنى جبر، شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، ص ٦٥، مصدر سابق.
- (٥) د عبد الرحمن محمد أمين طالب، البنوك الطبية (واقعها وأحكامها)، ص ١٣٢٢، د شفيقة الشهاوي رضوان، تجميد البويضات بين الطب والشرع، ص ٣٨، د ط.

أولاً: أن إحدى الطرق التي تستخرج بها الببيضة تؤدي إلى إزالة غشاء البكارة، ولا يخفى الضرر المترتب على ذلك، ومن المقرر شرعا أن الضرر لا يزال بالضرر^(١).

ويناقد: بأن هناك طرقاً أخرى لاستخراج الببيضات دون الحاجة إلى إزالة غشاء البكارة.

ثانياً: القول بجواز حفظ الببيضات مدعاة للتساهل أو السقوط أمام الإغراءات التي تؤدي إلى منح هذه الببيضات لغير صاحبها، فالأطباء بشر يعترتهم النقص والهوى، وحفظ المرأة لببيضتها في جسدها أضمن بكثير من تركها لغيرها، ولمدد زمنية طويلة قد تطول وقد تقصر^(٢).

ويناقد: بأن الخشية من التساهل في حفظ الببيضات المجمدة ليس مبرراً للتحريم؛ بل قد يكون دافعاً ومحفزاً لاتخاذ إجراءات أكثر صرامة لحفظها، وهو ما تقوم به المراكز الطبية المتخصصة بذلك.

ثالثاً: أن أخذ الببيضة يقتضي كشف العورة أمام من لا يحل له النظر إليها بدون حاجة، وهو أمر محرم.

ونوقش هذا الاستدلال: بأننا نسلم بأن كشف العورة بغير حاجة لا يجوز، لكن الحاجة إلى كشف العورة هنا متحققة، وهي الرغبة في الإنجاب، وهي داخلية ضمن الحاجة إلى التداوي، وكشف العورة للتداوي يجوز^(٣).

(١) د شفيقة الشهاوي رضوان، تجميد الببيضات بين الطب والشرع، ص ٣٨، د ط.
(٢) د عبد الرحمن محمد أمين طالب، البنوك الطبية (واقعتها وأحكامها)، ص ١٣٢٢، مصدر سابق.
(٣) د عبد الله عبد الواحد الخميس، بنوك الحيامن والببيضات، ١٥٩٩/٢، مصدر سابق.

رابعاً: عدم جواز تجميد البويضات إعمالاً لقاعدة (سد الذرائع)^(١)، فإنه لو تم تجميد بويضات فتاة لم تتزوج، ولم يقدر لها الزواج، ففي هذه الحالة ماذا سيكون مصير هذه البويضات المحفوظة في المعمل؟ سيكون مصيرها: إما أن ترمى، وإما أن تستخدم لامرأة أخرى، وإما أن تستخدم في إجراء الأبحاث، وكل ذلك فيه مقال عند العلماء، وإغلاق كل هذه الأبواب فيه سد للذرائع، ودرأ لمواطن الشبهة^(٢).

ويجاب عنه: بأن تطبيق قاعدة سد الذرائع في هذه المسألة ليست بأولى من تطبيق قاعدة (المشقة تجلب التيسير)^(٣) و(إذا ضاق الأمر اتسع)^(٤)، سيما مع عدم وجود دليل قاطع على التحريم، فلا ينبغي التوسع في الأخذ بقاعدة سد الذرائع والتضييق على الناس في أمور ظنية.

يقول ابن الرفعة في معرض رده على المالكية، الذريعة على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يقطع بتوصيله إلى الحرام، فهو حرام عندنا وعندهم (يعني عند الشافعية والمالكية).

والثاني: ما يقطع بأنه لا يوصل إلى الحرام ولكنه اختلط بما يوصل، فكان من الاحتياط سد الباب، وإلحاق الصورة النادرة التي قطع بأنها لا توصل الحرام بالغالب منها الموصل إليه، قال وهذا غلو في القول بسد الذرائع.

(١) ينظر في تقرير القاعدة: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ٢ / ١٩٣، مؤسوسة القواعد الفقهية للبورنو ٥ / ٣٠.

(٢) د شفيقة الشهاوي رضوان، تجميد البويضات بين الطب والشرع، ص ٣٨، د ط.

(٣) ينظر في تقرير القاعدة: الأشباه والنظائر للسبكي ١ / ٤٩، تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي ٣ / ٤٦٦، التحبير شرح التحرير ٨ / ٣٨٤٧.

(٤) ينظر في تقرير القاعدة: المنشور في القواعد الفقهية للزركشي ١ / ١٢٠، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٨٣، شرح القواعد الفقهية للزرقا، ص ١٦٣.

والثالث: ما يحتمل ويحتمل، وفيه مراتب، ويختلف الترجيح بسبب تفاوتها.
وقال ونحن نخالفهم يعني المالكية فيها إلا القسم الأول لانضباطه وقيام الدليل
عليه أ.هـ»^(١).

فالأخذ بالذرائع لا تصح المبالغة فيه، حيث تؤدي هذه المبالغة إلى الامتناع
من أمر مباح أو مندوب أو واجب خشية الوقوع في الحرام.

الترجيح

أرى - والله أعلم - أن البيضة قبل التلقيح كالنطفة غير المنعقدة لا يتعلق بها
حكم، سواء في إسقاطها أو تجميدها - على القول بأن التجميد كالإتلاف - وقد
نص الفقهاء على ذلك، قال ابن قدامة: «ألقنت نطفة أو دما، لا تدري هل هو ما
يخلق منه الأدمي أو لا؟ فهذا لا يتعلق به شيء من الأحكام؛ لأنه لم يثبت أنه
ولد، لا بالمشاهدة ولا بالبينة»^(٢).

وقال القرطبي: «النطفة ليست بشيء يقينا، ولا يتعلق بها حكم إذا ألقنتها المرأة
إذا لم تجتمع في الرحم، فهي كما لو كانت في صلب الرجل، فإذا طرحته علقه
فقد تحققنا أن النطفة قد استقرت واجتمعت واستحالت إلى أول أحوال يتحقق به
أنه ولد»^(٣).

ومثل هذه النصوص وإن كانت في الأثر المترتب على إسقاط النطفة، فيمكن
أن ينسحب أيضا على تجميد البيضة قبل تخصيبها بالنطفة، وعليه فيباح تجميد
البيضات غير الملقحة في الجملة.

(١) البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ٨ / ٩٣، إرشاد الفحول ٢ / ١٩٦.

(٢) المغني ٨ / ١٢٠.

(٣) تفسير القرطبي ١٣ / ٨.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تجميد البويضات غير المخصبة يتبع السبب الباعث على القيام بعملية التجميد، على اعتبار أن الوسائل لها أحكام المقاصد من الندب والإيجاب والتحريم والكراهة والإباحة^(١)، فهو مشروع مباح إذا كان الباعث على القيام به مباحا، وهو محرم ممنوع إذا كان الباعث عليه محرما غير مشروع، فإذا دعت الضرورة إلى تجميدها، كأن كانت المرأة مريضة بمرض يؤدي علاجه إلى تلف البويضات، أو تخوفت المرأة من فشل عملية التلقيح الأولى، ففي كل تلك الحالات يشرع تجميد البويضات وحفظها بالقدر والمدة التي تندفع به هذه الحاجة.

أما الحالات التي لا يشرع فيها التلقيح أصلا - فضلا عن تجميد البويضات - كالتلقيح بعد انقضاء الزوجية، أو بيع هذه البويضات والتبرع بها لمن ترغب في الإنجاب بجنين بمواصفات خاصة.. فكل ذلك غير مشروع أصلا، ولا يجوز تجميد البويضات من أجله، لأن كل ما يوصل إلى الحرام فهو حرام.

ولذلك يلزم التأكيد على أن هذا الجواز مقيد بعدة ضوابط، وهي:

- ١- أن تتم عملية التخصيب بين زوجين، وأن يتم استدخال البويضة بعد التلقيح في رحم الزوجة أثناء قيام الزوجية بينها وبين صاحب الماء، ولا يجوز ذلك بعد انفصام عرى الزوجية بوفاة أو طلاق أو غيرهما.
- ٢- أن تحفظ هذه البويضات المجمدة بطريقة آمنة، تحت رقابة مشددة، بما يمنع ويحول دون اختلاطها عمداً أو سهواً بغيرها من البويضات واللقاح المحفوظة.

(١) الفوائد في اختصار المقاصد لعز الدين بن عبد السلام، ص ٤٣، ط: دار الفكر المعاصر، دار الفكر - دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤١٦، الفروق للقرافي ٣ / ١١١، عالم الكتب، د.ط، د.ت.

٣- ألا يتم وضع الببيضة بعد التلقيح في رَحمٍ أجنبيةٍ غير رحم صاحبة الببيضة، لا تبرعًا ولا بمعاوضة.

٤- ألا يكون لعملية التجميد آثار جانبية سلبية على الجنين نتيجة تأثير اللقائح بالعوامل المختلفة التي قد تتعرض لها في حال الحفظ؛ كحدوث التشوهات الخلقية، أو التأخر العقلي فيما بعد.

المبحث الثالث

التكييف الفقهي للبيضة الملقحة خارج الرحم

إن البحث عن حقيقة البيضة الملقحة خارج الرحم، ومعرفة الوقت الذي تكتسب فيه هذه البيضة إنسانيتها وهويتها الأدمية ينبغي أن يكون المنطلق لأي بحث يقصد منه معرفة حكم أي تصرف في جسده، ثم يأتي بعد ذلك اعتبار المصالح والمفاسد المترتبة على ذلك التصرف في ضوء ما يسفر عنه البحث عن تلك الحقيقة^(١).

والهدف من هذا المبحث الوصول إلى الوصف الفقهي للبيضة الملقحة خارج الرحم، في ضوء ما تقرره النصوص الشرعية، والآراء الفقهية، وذلك ببيان حكم التلقيح خارج الرحم، ثم مدي اعتبار هذه البيضة الملقحة جنينا، في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

حكم التلقيح الصناعي الخارجي

التلقيح الصناعي لاصطفاء الأجنة البشرية إما أن يكون داخل الرحم، ويسمى (التلقيح الصناعي الداخلي)، وإما أن يكون خارجه، ويسمى (التلقيح الصناعي الخارجي).

وحقيقة التلقيح الصناعي الداخلي أنه استدخال المني لرحم المرأة بدون جماع، وحكم هذا النوع من التلقيح: أنه إذا كان بماء الرجل لزوجه، جاز شرعاً، إذ لا محذور فيه، بل قد يندب إليه لتحصيل النسل، إذا كان هناك مانع شرعي من الاتصال الجنسي.

(١) محمد نعيم ياسين، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء، مجلة مجمع الفقه ٦/ ٣٨٦.

وقد نص الفقهاء القدامى على مشروعية هذا النوع من التلقيح تحت مسمى (استدخال المنى)، وترتب آثاره الشرعية عليه من إلحاق النسب وثبوت العدة، ووجوب الميراث^(١).

وأما إن كان بماء رجل أجنبي عن المرأة، لا زواج بينهما، فهو حرام؛ لأنه بمعنى الزنا الذي هو إلقاء ماء رجل في رحم امرأة، ليس بينهما زوجية، ويعد هذا العمل أيضاً منافياً للمستوى الإنساني، ومضارعاً للتلقيح في دائرة النبات والحيوان^(٢).

وقد سبقت الإشارة إلى أن هذا النوع من التلقيح لا يدخل في حدود البحث؛ لأنه لا ينتج عنه ببيضات أو أجنة ملقحة يتم تجميدها بعد ذلك.

وأما التلقيح الصناعي الخارجي، فهو إخصاب ببيضة المرأة بمنى الرجل خارج رحم المرأة، ويسمى (طفل الأنبوب)، وصور التلقيح الصناعي الخارجي متعددة، وهي في مجملها لا تخرج عن سبع صور يختلف الحكم باختلافها، ويمكن تقسيم هذه الصور إلى مجموعتين:

المجموعة الأولى: التلقيح الصناعي في إطار العلاقة الزوجية، وتضم صورتين^(٣):

الصورة الأولى: أن يتم التلقيح بين ببيضة من الزوجة، وحيوان منوي من الزوج أثناء قيام العلاقة الزوجية، ثم تزرع في رحم الزوجة صاحبة الببيضة، بموافقة الزوجين.

(١) حاشية قلوبني وعميرة ٣/ ٢٤٣، وجاء فيها: «قَالَ فِي الرَّؤُوسَةِ وَأَصْلُهَا: إِنَّ اسْتِدْخَالَ الْمَنِيِّ تَنْبُثُ بِهِ الْمُصَاهَرَةَ وَالنَّسَبَ وَالْعِدَّةَ دُونَ الْإِحْصَانِ وَالنَّحْلِيلِ وَتَقْرِيرِ الْمَهْرِ وَوُجُوبِهِ فِي الْمَفْوُصَةِ وَثُبُوتِ الرَّجْعَةِ وَالغُسْلِ وَالْمَهْرِ».

(٢) د وهبة الزحيلي ٤/ ٢٦٤٩، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية عشرة.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣ / ١٤٤، راحلي سعاد، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، ص ٢٩، مصدر سابق.

الصورة الثانية: أن يكون للزوج زوجتان أو أكثر، فيتم تلقيح ببيضة إحدى زوجاته بمني الزوج، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجة أخرى غير صاحبة الببيضة^(١).

المجموعة الثانية: التلقيح الصناعي خارج إطار العلاقة الزوجية، وفيها خمس صور^(٢):

الصورة الأولى: يجرى تلقيح ببيضة الزوجة بمني الزوج، وعندما يتم الإخصاب في أنبوب تزرع الببيضة الملقحة داخل رحم امرأة أجنبية.

الصورة الثانية: يجرى التلقيح بين ببيضة الزوجة ومني شخص أجنبي غير الزوج، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

الصورة الثالثة: يجرى التلقيح بين ببيضة امرأة أجنبية وحيوان منوي من الزوج، ليتم تلقيحها خارج الرحم، وتزرع بعد ذلك في رحم الزوجة.

الصورة الرابعة: أن تلقح ببيضة امرأة بمني رجل لا تربطهما علاقة زوجية (متبرعين)، وبعد ذلك تزرع في رحم الزوجة.

الصورة الخامسة: يتم تلقيح ببيضة امرأة غير متزوجة وحيوان منوي لرجل متبرع، وتزرع في رحم امرأة غير متزوجة.

(١) هذه الصورة التي يتم فيها زرع ببيضة زوجة ملقحة من مني زوجها في رحم زوجة أخرى لنفس الزوج غير صاحبة الببيضة، صدر بشأنها قراران في دورتين متتاليتين لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، القرار الأول نص على الجواز، وبعد إعادة بحث المسألة صدر القرار الثاني بالتحريم، وبناء على ذلك تلحق هذه الصورة بالصور التي أجمع العلماء على عدم جواز التلقيح الصناعي فيها.

(٢) يضاف إلى هذه الصور الخمس صورة سادسة لم تقع بعد، ولكنها ممكنة الوقوع في نطاق المنجزات العلمية المتتالية، وهي: (تلقيح الزوجة داخليًا، أو تلقيح ببيضتها خارجيًا، بماء زوجها المتوفى الذي حفظ مائه قبل وفاته في مصرف المني في حسابه الخاص)، وتدخل هذه الصورة ضمن حالات التلقيح الصناعي الممنوعة لانقطاع العلاقة الزوجية بالموت، فأشبهت التلقيح بمني رجل أجنبي.

أما عن حكم المجموعة الثانية: وهي عملية التلقيح خارج إطار العلاقة الزوجية، فلا خلاف بين الفقهاء القائلين بجواز التلقيح الصناعي الخارجي في عدم جوازها في كل صورها، على اعتبار أن هذه الصور تتعارض مع المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، وتخالف أحكامها، لأنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب، وتتعارض مع الكيفية الطبيعية المشروعة للإنجاب، وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي^(١).

وإنما اختلف العلماء المعاصرون في حكم التلقيح الصناعي خارج الرحم في الصورة الأولى من المجموعة الأولى، وهي الحالة التي يتم فيها ذلك بين الزوجين، بحيث يؤخذ الحيوان المنوي والبيضة من الزوجين، وبعد الانتهاء من عملية الاندماج والتخصيب تزرع اللقيحة في رحم الزوجة صاحبة البيضة، وكان الخلاف في ذلك على قولين:

القول الأول: يجوز إجراء التلقيح الصناعي الخارجي بين الزوجين بضوابط يجب الالتزام بها، وهو ما توصل إليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة بمكة المكرمة^(٢)، ودار الإفتاء المصرية^(٣)، وبه قال أكثر العلماء المعاصرين^(٤)، ومن جملة ما استدلووا به على ذلك السنة، والقياس، والمعقول:

أما السنة: فاستدلوا بقول النبي ﷺ: «تَدَاوُوا، فَإِنَّ اللَّهَ لَمْ يَصْعَدْ دَاءً إِلَّا وَصَّعَ لَهُ شِفَاءً غَيْرَ دَاءٍ وَاحِدٍ، قَالُوا وَمَا هُوَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ الْهَرَمُ»^(٥).

(١) قرار رقم (٤) بشأن أطفال الأنابيب، مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من ٨ - ١٣ صفر ١٤٠٧ هـ/ ١١ إلى ١٦ أكتوبر ١٩٨٦ م.

(٢) قرار رقم (٤) د ٣ / ٠٧ / ٨٦، مجلة المجمع ٣ / ١٤٤.

(٣) فتاوى دار الإفتاء المصرية ٢ / ٢٣٦.

(٤) لبني محمد جبر، شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، ص ٣٢.

(٥) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ١ / ١٨٠، رقم ٤٦٥، (باب ما جاء في التداوي وترك الغيبة وحسن الخلق)، والترمذي في سننه ٤ / ٣٨٣، رقم: ٢٠٣٨، (كتاب الطب - باب ما جاء في الدواء والحث عليه)، وفيه قال الترمذي: «وهذا حديث حسن صحيح».

وجه الاستدلال من الحديث: أن العقم إما أن يكون بسبب عيب خلقي أو بسبب مرض طرأ على الإنسان، وإزالة العيب الذي يحول دون تحقيق النسل جائز، بدليل جواز إزالة الرتق والقرن عند المرأة؛ أما إذا كان بسبب مرض فإن الإسلام حث على التداوي، فالتلقيح الخارجي هو طريقة لعلاج العقم، ويعتبر من التداوي فيكون جائزاً شرعاً^(١).

وأما القياس: فاستدلوا على جواز التلقيح الصناعي الخارجي بقياسه على التلقيح الطبيعي بين الزوجين؛ لانتهاء الفارق، ولأن كلا منهما يهدف إلى تحصيل النسل بطريق شرعي، فينبغي أن يأخذ حكمه، وهو الجواز^(٢).

وأما المعقول: فلأن حاجة الزوجين إلى الإنجاب غرض مشروع حثت عليه الشريعة، ودعت إليه الفطرة الإنسانية، وهذه الحاجة تتيح لهما اللجوء للوسائل الصناعية لإنجاب عند تعذر الطرق الطبيعية، عملاً بالقاعدة الشرعية: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة»^(٣).

القول الثاني: تحريم الإخصاب خارج الجسم مطلقاً، حتى لو كان بين زوجين، وبه قال بعض العلماء المعاصرين المشاركين بندوة الإنجاب في ضوء الإسلام التي انعقدت بالكويت في ١١ / ٨ / ١٤٠٣ هـ، وبعض أعضاء مجمع الفقه الإسلامي، ومنهم: الشيخ رجب التميمي^(٤)، والشيخ عبد اللطيف الرففور^(٥)، والشيخ الصديق الضرير، وغيرهم^(٦).

- (١) د طلال خلف حسين، العقم بين الطب والشرع، بحث منشور بمجلة الفريديس للفنون، جامعة تكريت، العراق، العدد ٢٧، ٢٠١٧م، ص ٢٠٦.
- (٢) جدياء رجب صيام، مقصد حفظ النسل وأثره في تكييف المستجدات الطبية في الفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية، المجلد ١٥، العدد ٢، ربيع الثاني ١٤٤٠ هـ، ص ٨٨.
- (٣) ينظر في تقرير القاعدة: المنشور في القواعد الفقهية ٢ / ٢٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٨.
- (٤) الشيخ رجب التميمي، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢ / ٢٠٣.
- (٥) د ماجدة هزاع، تحسين النسل من منظور إسلامي، ٢ / ١٩٠٢، السجل العلمي لبحوث مؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، (قضايا طبية معاصرة)، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، ١٤٣١ هـ.
- (٦) د طلال خلف حسين، العقم بين الطب والشرع، ص ٢٠٦، مصدر سابق.

واستدلوا بأدلة من القرآن والمعقول، أذكر منها ما يلي:

أولاً: القرآن: استدلوا بقول الله تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إُنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾^(١).

وجه الاستدلال: أن الله - عز وجل - بين لنا أنه يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور، ويهب لمن يشاء الذكور والإناث، ويجعل من يشاء عقيماً، والرضا بما قدره الله في ذلك واجب، ولا يجوز مخالفة قدر الله بطرق ملتوية تكون مثاراً للشك والظنون في الأنساب^(٢).

ثانياً: المعقول:

١- أن التلقيح الصناعي الخارجي يفضي إلى أن تكشف المرأة عورتها لمن لا يحل له النظر إليها من الرجال والنساء الأجانب عنها، وذلك محرم إلا عند الحاجة والضرورة لذلك، وليس من الضرورة أو الحاجة التلقيح الصناعي^(٣).

٢ - أن إنجاب الطفل يكون بالمعاشرة الطبيعية بين الزوجين بدون طرف ثالث، والمعلوم أن التلقيح خارج الجسم فيه طرف ثالث، وهو الطبيب الذي يأخذ الحيوان المنوي من الزوج والبويضة من الزوجة ويضعهما في «طبق بيتري»، ثم يضعهما بعد مدة معينة في رحم الزوجة^(٤).

(١) الشورى: ٤٩، ٥٠.

(٢) الشيخ رجب التميمي، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢ / ٢٠٤.

(٣) د ماجدة هزاع، تحسين النسل من منظور إسلامي ٢ / ١٩٠٧، مصدر سابق.

(٤) د طلال خلف حسين، العقم بين الطب والشرع، ص ٢٠٦، مصدر سابق.

٣ - أن احتمال الخطأ في العملية ممكن، وذلك أن الطبيب قد يخطئ في وضع البيوضة مع حيوان منوي لزوج آخر أو العكس، أو وضع الأجنة في رحم غير الزوجة، مما يعتريه الشك والظن في الأنساب، فيحرم بناء على القاعدة الشرعية «درو المفاسد مقدم على جلب المصالح»^(١).

٤ - أن طفل الأنابيب أو طفل التلقيح الصناعي ينظر إليه في الأسرة نظرة غير طبيعية، إذ يشيرون إليه - ولو من طرف خفي - على أنه أتى عن طريق التلقيح الصناعي، وهنا تبدو الشكوك وتظهر الريبة ويكون الفساد، والله - تعالى - أمرنا بغلق باب الفتن ودرء الفساد، وسد الذرائع^(٢).

الترجيح

في ضوء ما تقدم يترجح لدي القول بجواز عمليات التلقيح الصناعي الخارجي بين الزوجين، وذلك لما استدلوا به، ولأنه يتفق مع مقاصد الشريعة وقواعدها العامة، فالتلقيح الصناعي الخارجي صار حقيقة علمية تستفيد منها البشرية.

فالمقصد من إجراء التلقيح الصناعي هو تحصيل النسل وتنمية أسبابه، وهو من المقاصد الضرورية التي تسعى الشريعة إلى تحقيقها؛ وعلى الرغم من أن مصلحة إجراء التلقيح الصناعي في ذاتها مصلحة حاجية؛ إذ لا يلزم من عدمها انقراض النسل البشري، وفساد النظام وهلاك العالم؛ لأن الله تعالى يجعل من يشاء عقيماً، والعقم آية إلهية وسنة كونية، والسنن الكونية

(١) ينظر في تقرير القاعدة: شرح القواعد الفقهية للزرقا، ص ٢٠٥، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ١ / ٢٩١.

(٢) الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي، وما يسمى بشتل الجنين، مجلة مجمع الفقه ٢ / ٢٣٦.

لا يمكن أن تكون مخلة بتوازن العالم واستمرار نظامه؛ إلا أن منع التلقيح عند الحاجة إليه حرج ومشقة وصعوبة وعسر^(١) تدفعه النصوص الشرعية، كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٢)، وفي ضوء ما تقرره القواعد الفقهية من أن «الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق آحاد الناس»^(٣).

وأما كون المفاصد المترتبة على هذه العملية أكثر من المصالح، فليس صحيحًا؛ لأن النسل من الضرورات الخمس، والمفاصد التي تترتب على التلقيح الصناعي، كالكشف للمرأة على غير زوجها، إنما هو إخلال بالحاجيات، أو التحسينيات، وإذا تعارض الضروري مع غيره من الحاجيات، أو التحسينيات قدم الضروري، فهو أولى بالاعتبار^(٤).

وأما ما ذكره أصحاب القول الثاني من محاذير، فيمكن تلافيتها من خلال وضع ضوابط وقيود يجب الالتزام بها، سواء من الأزواج الراغبين في إجراء التلقيح الصناعي الخارجي، أو الأطباء والمؤسسات والمراكز الطبية المتخصصة في هذا المجال.

ضوابط التلقيح الصناعي الخارجي:

بناء على ترجيح القول بجواز التلقيح الصناعي الخارجي بين الزوجين باعتباره نوعاً من التداوي، فيجب أن تخضع هذه العملية لعدة ضوابط، أهمها:

- (١) جيباء رجب صيام، مقصد حفظ النسل وأثره في تكيف المستجندات الطبية في الفقه الإسلامي، ص ٩١.
- (٢) الحج: ٧٨.
- (٣) ينظر في تقرير القاعدة: المنشور في القواعد الفقهية ٢ / ٢٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٨.
- (٤) د طلال خلف حسين، العقم بين الطب والشرع، ص ٢٠٧، مصدر سابق.

١- أن تجرى هذه العملية فقط في إطار العلاقة الزوجية وبموافقة الزوجين.

٢- عدم تدخل أي عنصر أجنبي عن الزوجين في عملية التلقيح، منعاً لاختلاط الأنساب، فيحرم كل ما يؤدي إلى دخول طرف ثالث في عملية الإنجاب، كزرع الببيضة في رحم أجنبية بدلا عن الزوجة تبرعا أو بمعاوضة (الرحم الظئر)، أو تلقيح الزوجة بمني غير زوجها.

٣ - أن يكون الغرض من إجراء هذه العملية المساعدة الطبية في الإنجاب، لزوجين تعذر إنجابهما بالطرق الطبيعية، فلا يجوز أن يمتد هذا الغرض إلى أمور أخرى كالتحكم في جنس الجنين أو تحسين السلالات.

٤ - أن يقوم بالإخصاب الطبي الخارجي هيئات طبية موثوقة علميا وشرعيا، ممثلة في مراكز حكومية أو مؤسسات طبية معتمدة، تضمن عدم اختلاط الأنساب من خلال القيام بالاحتياطات والاحترازت اللازمة عند نقل المني والبويضات، وعدم استخدام مني غير الزوج وببيضة غير الزوجة في سائر مراحل الإخصاب^(١).

(١) د ميادة محمد الحسن، حكم الأجنة الفائضة في التلقيح الصناعي، ص ١٣، مصدر سابق.

المطلب الثاني

مدى اعتبار البيضة الملقحة خارج الرحم جنينا

إذا كانت الحياة الإنسانية الكاملة المعتبرة اعتبارا كاملا في الأحكام الشرعية تبدأ بولادة الشخص حيا، فما حكم البيضة الملقحة خارج الرحم؟ باعتبارها أول الأطوار الإنسانية التي يمر بها تكون الجنين، هل تعتبر جنينا تجري عليها أحكامه؟ وبالتالي يحرم تجميدها والاستفادة منها، أم أنها قبل نفخ الروح فيها لا اعتبار لها، ويباح عليها ما ذكر.

لم يتعرض الفقهاء القدامي لهذه المسألة؛ لأنها من المسائل الحادثة، وإنما تعرضوا لما هو مثلها مما يتكون داخل الرحم، فقد تناولوها من خلال مسألة اختلفوا فيها، وهي الوقت الذي يعتبر فيه الحمل جنينا، وبالتالي تثبت حرمة وتجب الغرة^(١) بالاعتداء عليه، وقد أسس العلماء المعاصرون آرائهم في الوقت الذي تبدأ فيه الحياة الإنسانية، وبه تعتبر البيضة الملقحة جنينا - حتى لو كان التلقيح خارج الرحم - على هذه المسألة التي اختلف فيها الفقهاء، على ثلاثة أقوال، بيانها كالتالي:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٢) إلى أن حرمة الجنين ووجوب الغرة في إسقاطه

تبدأ بعد نفخ الروح فيه^(٣)، أما قبلها فلا تكون حياته حقيقية، بل حياة اعتبارية

(١) الغرة: هي العقوبة الواجبة بالجناية على الجنين، ومقدارها نصف عشر الدية الكاملة، وموجب الغرة: كل جنانية ترتب عليها انفصال الجنين عن أمه ميتا، سواء أكانت الجنانية نتيجة فعل أم قول أم ترك، ولو من الحامل نفسها أو زوجها، عمدا كان أو خطأ. (الموسوعة الفقهية الكويتية ٢ / ٥٩، مادة: إجهاض).

(٢) حاشية ابن عابدين ٦ / ٥٩٠ .

(٣) اختلف الفقهاء في الوقت الذي تنفخ فيه الروح في الجنين، فجمهور الفقهاء على أنها بعد المائة وعشرين يوما الأولى، وذهب بعضهم إلى أنها تنفخ بعد الأربعين الأولى، وبعضهم بعد اثنتين وأربعين ليلة، ولكل أدلته التي لا يتسع المقام لذكرها.

يظهر أثرها في بعض الأحكام والتصرفات، كتعلق حقه بالإرث، وصحة الإيضاء له بشرطه.. إلى غير ذلك، وعليه فالبيضة الملقحة قبل نفخ الروح فيها لا تعتبر جنينا.

واستدلوا على ذلك: من القرآن والسنة والمعقول:

أما القرآن: فاستدلوا بقول الله تعالى: ﴿ثُمَّ خَلَقْنَا النَّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ﴾^(١).

وجه الاستدلال من الآية: أن قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ﴾ أي بنفخ الروح حيث يبدأ في الجنين الإحساس والتأثر، قال القرطبي: «اختلف الناس في الخلق الآخر، فقال ابن عباس والشعبي وأبو العالية والضحاك وابن زيد: هو نفخ الروح فيه بعد أن كان جمادا»^(٢).

وأما السنة: فقد روي في الصحيحين، عن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه، قال: حدثنا رسول الله ﷺ وهو الصادق المصدوق: «إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يرسل [إليه] الملك فينفخ فيه الروح، ويؤمر بأربع كلمات: يكتب رزقه وأجله وعمله وشقي أم سعيد...»^(٣).

وجه الاستدلال من الحديث: أنه صريح الدلالة في أن نفخ الروح في الجنين يكون بعد الأربعين الثالثة - أي بعد مائة وعشرين يوما، وفيه إشارة إلى أنه قبل

(١) المؤمنون: ١٤.

(٢) تفسير القرطبي ١٢ / ١٠٩.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٤ / ١١١، رقم: ٣٢٠٨، (كتاب بدء الخلق - باب ذكر الملائكة)، ومسلم في صحيحه ٤ / ٢٠٣٦، رقم، (كتاب القدر - باب كيفية خلق الأدمي في بطن أمه وكتابة رزقه وأجله..).

هذه المدة لا يكون شيئاً، ومثل هذا لا يعرف إلا من طريق الوحي، وهو من الأحاديث المستفيضة التي تلقاها أهل العلم بالقبول، وأجمعوا على تصديقها^(١).

وأما المعقول: فمن وجهين:

١- أن الحمل ما لم تحل فيه الروح لا يبعث يوم القيامة، ومن ثم فلا اعتبار لوجوده قبل نفخ الروح فيه ولا حرمة له.

٢- أن الجنين قبل نفخ الروح لا يكون حياً ولا تثبت له أحكام، ولا ينافي ذلك ظهور الخلق قبل ذلك؛ لأن نفخ الروح إنما يكون بعد الخلق^(٢).

القول الثاني: أن حرمة الجنين تثبت منذ لحظة علوقه في الرحم ولو كان دماً مجتمعاً، وبه قال جمهور المالكية^(٣)، والإمام الغزالي^(٤)، وبناء عليه فإن بداية الحياة تكون منذ التحام حيوان منوي ببيضة ليكوّن البيضة الملقحة التي تحتوي الحقيبة الوراثية الكاملة للجنس البشري عامة، وللكائن الفرد بذاته المتميز عن كل كائن آخر، وهذا ما انتهى إليه العلماء في ندوة «الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي»^(٥)، وعليه فالبيضة الملقحة خارج الرحم تعد جنيناً منذ اللحظة الأولى للتلقيح.

(١) مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية ٤ / ٩، ط: لجنة التراث العربي، د. ت.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ١ / ٢٣٠، حاشية ابن عابدين ١ / ٣٠٢.

(٣) منح الجليل شرح مختصر خليل ٩ / ٩٨، دار الفكر - بيروت، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م، بداية المجتهد ١٩٩ / ٤.

(٤) إحياء علوم الدين ٢ / ٥١، وفيه قال الإمام الغزالي: «أول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم ويختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة، وإفساد ذلك جنابة، فإن صارت مضغعة وعلقة كانت الجنابة أفحش، وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة ازدادت الجنابة تفاحشا، ومنتهى التفاحش في الجنابة بعد الانفصال حياً، وإنما قلنا: مبدأ سبب الوجود من حيث وقوع المنى في الرحم لا من حيث الخروج من الإحليل لأن الولد لا يخلق من منى الرجل وحده بل من الزوجين جميعاً».

(٥) كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣ / ٢٧٩.

وحجتهم في ذلك القرآن والسنة والمعقول:

أما القرآن: فاستدلوا منه بعموم الآيات التي تنهى عن قتل الولد مطلقا، ومنها: قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ ﴿١﴾﴾، وقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ ﴿٢﴾﴾، وقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ ﴿٣﴾﴾.

وجه الاستدلال من الآيات: فيها نهي عن قتل الولد مطلقا، وهذا يشمل ما نفخ فيه الروح، وما كان قبل ذلك، فالاعتداء في ذلك كله حرام؛ لأن فيه حياة محترمة، هي حياة القبول والاستعداد^(٤).

وأما السنة: فاستدلوا منها بما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه: «أنَّ امرأتين من هُدَيْلٍ، رَمَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى فَطَرَحَتْ جَنِينَهَا، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِيهَا بَغْرَةً، عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ»^(٥).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ قضى بالغرة في ما سقط من البطن مطلقا، ولو كان دما متجمعا، فإطلاق لفظ الجنين في الحديث يشمل في جميع أطوار تخلقه، وإذا وجبت الغرة دل على أن حياته محترمة في جميع أطواره ولا يجوز الاعتداء عليه^(٦).

واستدلوا من المعقول: بالقياس على وجوب الدية في الصغير والكبير، فإنه لما لم يقع الفرق في الولد الحي بين صغير وكبير في وجوب الدية، وجب أن لا

(١) التكوير: ٨.

(٢) الأنعام: ١٥١.

(٣) الإسراء: ٣١.

(٤) د فضل حسن عبّاس، التفسير والمفسرون (أساسياته واتجاهاته ومناهجه في العصر الحديث) ٢ /

٢٨٥، ط: دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة: الأولى، ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٩ / ١١، رقم: ٦٩٠٤، (كتاب الديات - باب جنين المرأة)، ومسلم

في صحيحه ٣ / ١٣٠٩، رقم: ١٦٨١، (كتاب القسامة - باب دية الجنين).

(٦) فاطمة الزهراء قرطبي، العلاج باستخدام الخلايا الجذعية ص ٥٩، مصدر سابق.

يقع الفرق في الحمل بين مبادئه وكماله في وجوب الغرة وثبوت الحرمة^(١).

القول الثالث: تثبت حرمة الجنين وتعتبر حياته إذا ظهرت فيه صورة الأدمي، كأصبع أو ظفر أو عين أو ما أشبه ذلك، وإلى ذلك ذهب الشافعية^(٢)، وجمهور الحنابلة^(٣)، وتخريجا على ذلك لا تكون البيضة الملقحة جنينا قبل التخلق.

واستندوا في ذلك إلى أدلة بعضها من السنة، وبعضها من المعقول:

أما السنة: فيما روى مسلم في صحيحه عن النبي ﷺ: «إذا مر بالنطفة ثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكا، فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها... الحديث»^(٤).

وجه الاستدلال: ظاهر هذا الحديث يدلُّ على أنَّ تصوير الجنين وخلق سمعه وبصره وجلده ولحمه وعظامه يكون في أول الأربعين الثانية، فيلزم من ذلك أن الجنين قبل ذلك لا يكون شيئا ولا تثبت له حرمة^(٥).

واستدلوا من المعقول بأمرين:

أحدهما: أن وجوب الغرة لثبوت الحرمة، وليس له قبل بيان خلقه حرمة، فكان هذا كالنطفة^(٦).

(١) الحاوي الكبير للماوردي ١٢ / ٣٨٥.

(٢) مختصر المزني / ٥٦، المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي ٢ / ٢١٤.

(٣) المغني لابن قدامة ٨ / ٤٠٦، الشرح الكبير على متن المقنع ٩ / ٨٣، مطالب أولي النهي ٦ / ١٠٢.

(٤) رواه مسلم في صحيحه ٤ / ٢٠٣٧، رقم: (٢٦٤٥)، (كتاب القدر - بَابُ كَيْفِيَّةِ خَلْقِ الْأَدْمِيِّ فِي بَطْنِ أُمِّهِ وَكِتَابَةِ رِزْقِهِ وَأَجَلِهِ ..)، والأشبلي في الجمع بين الصحيحين ٤ / ٢، رقم: ٤٦١٤، (كتاب القدر).

(٥) ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم ١ / ١٦٢، ط: دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٢٤ هـ.

(٦) الحاوي الكبير للماوردي ١٢ / ٣٨٦.

والثاني: قياس الجنين قبل ظهور خلقته على الإنسان بعد موته، فلما كان بعد الموت هدرا، وجب أن يكون في الأولى حياته قبل بيان الخلق هدرا^(١).

الترجيح

وبعد عرض آراء الفقهاء القدامي والمعاصرين فيما يخص تحديد لحظة بداية الحياة الإنسانية التي تثبت بها حرمة، وتوجب العقوبة بالاعتداء عليه، والتي يبنى عليها اعتبار البيضة الملقحة خارج الرحم جنينا له نفس الحرمة، وقبل الترجيح أشير إلى ما يأتي:

١ - أن جل الدراسات الحديثة أثبتت أن كل عناصر الجنس البشري متواجدة في تلك البيضة الملقحة، وقد أشار الله - تعالى - إلى ذلك في قوله سبحانه: ﴿ إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾^(٢)، والأمشاج هي الأخلاط - وتسمى (الزيجوت) - المتكونة من التحام نواة البيضة من الأنثى بنواة الحيوان المنوي من الرجل^(٣).

٢- أن الله - تعالى - خلق في الكائن الحي نوعين من الحياة^(٤):

(١) الحاوي الكبير للماوردي ١٢ / ٣٨٦.

(٢) الإنسان: ٢.

(٣) د بكر بن عبد الله أبو زيد، طرق الإنجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي، مجلة مجمع الفقه ٩٧ / ٣.

(٤) أشار بعض العلماء السابقين إلى هذين النوعين من الحياة، معتبرا أن نفخ الروح في الجنين بعد مائة وعشرين يوما هي سبب الحياة والحركة، من غير نفي لوجود حياة سابقة على ذلك ليس سببها الروح. فقد قال ابن القيم - رحمه الله: « فإن الروح إنما تتعلق به - أي بالجنين - بعد الأربعين الثالثة، وحينئذ يتحرك فلا تثبت له حركة قبل مائة وعشرين يوما، وما يقدر من حركة قبل ذلك فليست حركة ذاتية اختيارية بل لعلها حركة عارضة بسبب الأغشية والرطوبات .. ولكن الذي نقطع به أن الروح لا تتعلق به إلا بعد الأربعين الثالثة وما يقدر من حركة قبل ذلك إن صحت لم تكن بسبب الروح». (التبيان في أقسام القرآن، ص ٣٣٩، ط: دار المعرفة بيروت).

النوع الأول: الحياة السابقة على نفخ الروح وهي الحياة البيولوجية، التي توجد في الكائنات والمخلوقات كالنباتات والحيوانات، وتعرف هذه الحياة عند هذه المخلوقات ويستدل على وجودها من مظاهرها الدالة على وجود الحياة عند الكائن الحي عموماً، كالحركة والتنفس والتطور والتكاثر والانتقال من حالة إلى أخرى.

النوع الثاني: حياة الروح التي يكون فيها الكائن الحي قد مر في جميع مراحل الخلق البيولوجية واستوفى ما قدر له في هذه المرحلة من صفات وانقسامات بيولوجية تحدث في الخلايا المكونة له، وتكتمل الحياة في الكائنات الحية الثلاثة: الإنسان، الحيوان، والنبات بوجود النوعين من الحياة معاً بعد التلقيح والمزاوجة، واكتمال مراحل الخلق المقدر للكائن الحي بأمر الله - تعالى - ومشيئته^(١).

وعليه، فإن التجميد في البويضات الملقحة - إذا ما حدث - يقع على هذا النوع من الحياة، ولا يقع على حياة الروح؛ لأن حياة الروح لا تحتل التجميد، ولو وقع التجميد على حياة الروح لمات الكائن الحي يقيناً، وكذلك في النبات والحيوان، فالبذرة التي هي أصل النبات يتم تخزينها والاحتفاظ بها في ظروف بيئية مناسبة دون أن تموت فيها الحياة البيولوجية، ونطفة الحيوان يتم الاحتفاظ بها في البيئة المناسبة وتبقى فيها حياتها البيولوجية دون أن تتأثر وتستخدم في التلقيح عند الحاجة إليه^(٢).

وتأسيساً على ما سبق ذكره من أدلة الفقهاء، وبالنظر والتأمل فيما أثبتته العلم المعاصر من حقائق حول بداية حياة الجنين وتكوينه وتطوره أكدها القرآن الكريم، أرى أن الراجح ما ذهب إليه المالكية وما جاء في توصيات المنظمة الإسلامية

(١) د محمد نعيم ياسين، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء، ص ٨٨، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي ١٩٩٠م.

(٢) عباس الباز، تجميد الحيوانات المنوية والبويضات رؤية فقهية طبية، ص ٢٢١، مصدر سابق.

للعلوم الطبية من أن بداية الحياة الإنسانية تكون منذ لحظة التلقيح، حيث تبدأ الحماية الشرعية والقانونية للبيضة الملقحة من هذه اللحظة، وتزداد هذه الحماية إذا استقر الجنين في بطن أمه وتطور، كما تزداد الحماية أكثر في مرحلة نفخ الروح في جسد الجنين، كما تنشأ حماية أخرى مختلفة بخروج الجنين إلى الحياة.

وعلى الرغم من ترجيح أن بداية الحياة تكون منذ لحظة التلقيح؛ فإن البيضة الملقحة الفائضة عن عملية التلقيح الخارجي لا يمكن إضفاء وصف الجنين عليها؛ لأن الأحكام التي سوف تطبق عليها مختلفة عن تلك التي تطبق على الجنين المتواجد في الرحم، فالبيضة الملقحة في أنابيب خارج الرحم لا تجب الغرة في إتلافها، ولا يثبت لها الحق في الميراث، ولا تتقضي عدة المرأة صاحبة البيضة بإسقاطها من الأنبوب.

غاية الأمر أن البيضة في حال تلقيحها خارج الرحم تصبح في مرحلة من مراحل تطور الجنين، بل هي البذرة الأولى في تكوينه، تحظى بحماية خاصة لا ترقى إلى الحماية المقررة للجنين المستكن في الرحم، إضافة إلى ذلك فلا يمكن معاملتها معاملة الأشياء؛ لأنها تحوي كل العناصر الجينية فهي من طبيعة إنسانية كذلك^(١).

(١) سعاد راحلي، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، ص ٦١، ٦٢، مصدر سابق.

المبحث الرابع

موقف الشريعة الإسلامية من تجميد الأجنة الزائدة الملقحة صناعياً

لما كانت محاولة تجميد البويضات غير الملقحة في بداية الأمر تؤدي إلى هلاك معظمها، قام العلماء آنذاك بتسمية البويضات الملقحة الفائضة إلى مرحلة الانقسام والانشطار حتى تصل إلى (٤) أو (٨) خلايا، ثم تبريدها وتجميدها.

وقد كانت أول محاولة يتم الحمل فيها بواسطة البويضات الملقحة المجمدة قام بها الطبيبان «ترنسون»، و«موهر» من جامعة «موناش» بأستراليا في عام (١٩٨٣م)، ولكنها أجهضت في الأسبوع الثامن من الحمل، وتلك كانت أول حالة حمل لجنين مجمد، حيث فشلت في تلك التجربة (١٤) (امرأة أخرى نقل إليها) (١٥) جنينا مجمداً.

وفي عام (١٩٨٤م) في «ملبورن» بأستراليا أعلن عن ميلاد أول طفل أنابيب في العالم بعد أن كان جنينا مجمداً لمدة شهرين، فولدت الطفلة "أزري" في المركز الطبي في "ملبورن" بعملية قيصرية وكانت تزن (٢,٥) كيلو جراماً، وجاء ثاني مولود بطريقة الأجنة المجمدة عام (١٩٨٦م) في ولاية كاليفورنيا الأمريكية^(١).

وقد أجريت دراسة في عام (٢٠٠٨م) عن سلامة الأجنة بعد التجميد من قبل الجمعية الأوروبية للتناسل البشري وعلم الأجنة، وقد شملت الدراسة (٣٨٤) طفلاً ولدوا بعد عملية تخصيب اصطناعي اعتمدت على الأجنة الطازجة، و(١٠٨) أطفال ولدوا من أجنة مجمدة، وكشفت الدراسة أن الأطفال الذين يولدون من أجنة مجمدة يتمتعون بصحة أفضل، وكان الوزن عند الولادة أكبر من الأطفال الذين ولدوا من عملية نقل مباشرة للرحم^(٢).

(١) د شفيقة الشهاوي رضوان، تجميد البويضات بين الطب والشرع، ص ٢٩، د ط.
(٢) مقال بعنوان: مواليد الأجنة المجمدة أكثر صحة، جريدة الخليج، بتاريخ: ٥ / ٢ / ٢٠١٢.

من خلال ما سبق يتبين أن تجميد الأجنة الملقحة أضحى حقيقة طبية لها مراكزها ومؤسساتها، وما ذكرناه من وقائع للإنجاب بالأجنة المجمدة مر عليها عشرات السنين تدل على أن الأمر في تطور مستمر وتقدم مضطرد، فالمراكز الطبية المعنية بالإخصاب الطبي عن طريق الأجنة المجمدة تنتشر في ربوع العالم، ولا تخلو منها دولة، حتى الدول الإسلامية.

والحديث عن موقف الشريعة الإسلامية من تجميد الأجنة الزائدة، يستدعي بيان مدى مشروعية استنبات العدد الزائد منها، ودوافع عملية التجميد، وصولاً لحكم التجميد، وبيان ذلك في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول

حكم استنبات العدد الزائد من الأجنة في عمليات التلقيح الصناعي

اختلف العلماء المعاصرون في مدى مشروعية استنبات أعداد زائدة عن الحاجة من البويضات الملقحة، إذا كان بإمكان الطبيب الاقتصار على تلقيح العدد المطلوب فقط، ولهم في ذلك رأيان:

الرأي الأول: يجوز تلقيح بويضات زائدة عن الحاجة في عمليات التلقيح الصناعي الخارجي، وهو ما استقر عليه الرأي في جمعية العلوم الطبية الإسلامية الأردنية^(١)، وبه قال بعض الفقهاء المعاصرين^(٢).

واستندوا في ذلك إلى ما يأتي:

١- أن البويضات الملقحة قبل غرسها في الرحم لا حرمة لها، ولا يتعلق بها أحكام شرعية تؤدي إلى القول بالتحريم، فالقليل والكثير منها سواء.

(١) فاطمة الزهراء قرطي، العلاج باستخدام الخلايا الجذعية، ص ٢٧، مصدر سابق.
(٢) د عبد السلام داود العبادي، حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦ / ١٣٦٢.

٢ - وجود الحاجة التي تستدعي تلقيح بويضات زائدة، تحسباً لاحتمال فشل عملية طفل الأنابيب، حيث قاربت نسبة عدم النجاح فيه (٧٥٪)، واستخلاص بويضات أخرى من المبيض يترتب عليه صعوبات متعددة^(١).

٣ - أن استنبات العدد الزائد من البويضات والاحتفاظ بها مجمدة يؤدي إلى عدم تعريض المرأة لمشاكل ومتاعب التنظيف وسحب البويضات والدخول إلى المستشفى في كل مرة، وما يتبع ذلك من إجراءات طبية مرهقة للمرأة بدنياً ومكلفة مادياً^(٢).

الرأي الثاني: لا يجوز تلقيح بويضات زائدة عن الحاجة في عمليات التلقيح الصناعي الخارجي، وذهب إلى ذلك في نطاق الاجتهاد الجماعي مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة^(٣).

وقد ذهب إلى القول بالمنع على سبيل الكراهة، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، حيث قامت المنظمة ببحث هذا الموضوع تحت عنوان «الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية»، وجاء في التوصية المتعلقة بهذا الموضوع: «إن الوضع الأمثل في موضوع (مصير البويضات الملقحة) هو أن لا يكون هناك فائض منها، وذلك بأن يستمر العلماء في أبحاثهم قصد الاحتفاظ بالبويضات غير الملقحة مع إيجاد الأسلوب الذي يحفظ لها القدرة على التلقيح السوي فيما بعد، وتوصي ألا يعرض العلماء للتلقيح إلا العدد الذي لا يسبب فائضاً، فإذا روعي ذلك لم يحتج إلى البحث في مصير البويضات الملقحة الزائدة»^(٤).

(١) فاطمة الزهراء قرطي، العلاج باستخدام الخلايا الجذعية، ص ٢٧، مصدر سابق.
(٢) لبنى جبر، شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، ص ٦٥، مصدر سابق.
(٣) قرار رقم: ٥٧ (٦/٦) بشأن «البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة»، الدورة السادسة، شعبان ١٤١٠هـ، ينظر مجلة مجمع الفقه، العدد: ٦، المجلد: ٣، ص ٢١٥١، ٢١٥٢.
(٤) د عمر سليمان الأشقر، الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء، مجلة مجمع الفقه ٦ / ٦٨٧.

وحجتهم في ذلك ما يأتي:

١- أن في تلقيح بويضات زائدة عن الحاجة امتهان لكرامة الإنسان، بناء على أن الببيضة الملقحة هي أصل الحياة الإنسانية، واحترام الحياة الإنسانية يقتضي اتخاذ الإجراءات الطبية اللازمة لمنع ظاهرة الأجنة الفائضة بحيث لا يلحق من البويضات إلا ما سوف يزرع في الرحم^(١).

٢- أن إيجاد لقائح فائضة يستلزم إما إتلافها وهو محذور شرعاً؛ لأنه يعد قتلًا للجنين، أو تجميدها وحفظها في بنوك، وهذا يؤدي إلى اختلاطها عمداً أو سهواً أو خطأ، وبالتالي يوقع في اختلاط الأنساب^(٢).

٣- أن استنابات العدد الزائد من هذه اللقائح يجعلها عرضة لاستغلالها والمتاجرة بها، سيما مع ضعف الوازع الديني، وانعدام القيم الأخلاقية، ووجود الفرصة المناسبة لذلك.

الترجيح

بناء على ما سبق عرضه لوجهتي نظر المجيزين والمانعين لاستنابات العدد الزائد عن الحاجة من البويضات المخصبة، يظهر لي ترجيح القول بعدم جواز تلقيح أعداد زائدة عن المطلوب منها، وهو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني، وما انتهى إليه رأي بعض مؤسسات الاجتهاد الجماعي، وفي مقدمتها مجمع الفقه الإسلامي بجدة، وذلك حسماً لمادة النزاع حول مصير هذه اللقائح الزائدة، وتجنباً لكثير من المشكلات الدينية والأخلاقية والاجتماعية التي يثيرها وجود هذا العدد الزائد من هذه اللقائح.

(١) د عبد السلام داود العبادي، حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة ٦ / ١٣٦١.

(٢) فاطمة الزهراء قرطي، العلاج باستخدام الخلايا الجذعية، ص ٩٨، مصدر سابق.

يضاف إلى ذلك أن التلقيح الصناعي الخارجي إنما أبيض أصلا للضرورة عند تعذر التلقيح الطبيعي مع قيام الرغبة في تحصيل النسل، والضرورة تقدر بقدرها، والعدد الزائد من الأجنة الملقحة خارج عند حدود هذه الضرورة، فيبقى على أصل المنع.

وما استند إليه القائلون بجواز استنبات أعداد زائدة من البييضات من وجود الحاجة إليها في عمليات تخصيب قادمة، فمرجع ذلك هو الخبرة الطبية التي تحدد مدى الحاجة إلى زيادة العدد، ويجب أن تتضبط بالحاجة أو الضرورة لذلك، فلا يجوز أن يزداد في العدد مع إمكانية حصول التلقيح بأقل منه، ثم إن أمكن التخلص من العدد الزائد في بداية العملية قبل أن تنمو الفئحة وتتكاثر كان أولى وأحوط^(١).

المطلب الثاني

دوافع تجميد الأجنة الملقحة صناعيا

على الرغم مما قرره الفقهاء - بناء على ما سبق ترجيحه - من ضرورة الاقتصار على الأعداد المطلوبة فحسب من البييضات الملقحة، فإن وجود أعداد زائدة منها صار واقعا لا يمكن إغفاله، فقد نتج من عمليات طفل الأنابيب التي أجريت لـ (٤٣٢) امرأة في مركز واحد، (١٢٠٨) جنينا فائضا أودع الثلاجة أو جمد، وفي كل مركز من مراكز طفل الأنابيب الآن يوجد العديد من الأجنة الفائضة المجمدة^(٢).

(١) د سليمان بن عبد الله أبا الخيل، إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني (قضايا طبية معاصرة) ٢ / ٢٠٢٧.
(٢) د عبد الله حسين باسلامة، الاستفادة من الأجنة المجهضة والفائضة في زراعة الأعضاء وإجراء التجارب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦ / ١٣٧١.

وثمة فوائد ودوافع طبية وعلاجية وبحثية يهدف القائمون على هذه التقنية إلى تحقيقها، ونذكر من هذه الفوائد والدوافع ما يلي:

أولاً: استخدام الأجنة المجمدة من قبل المرأة صاحبة البويضات في التلقيح الصناعي الخارجي لمعالجة عدم الإخصاب؛ لأن إعادة شطف البويضات من المرأة عند فشل اللقحة الأولى يترتب عليه تكاليف مادية باهظة، وصعوبات بدنية على جسد المرأة، وهذا من أهم الأسباب الداعية إلى عملية تجميد الأجنة^(١).

ثانياً: استخدام الأجنة المجمدة للحصول منها على الخلايا الجذعية الجنينية لاستتساخ الخلايا المختلفة، أو لتوفير أنسجة وأعضاء جنينية لنقلها إلى من يحتاج إليها.

ثالثاً: إجراء أبحاث وتجارب متعددة يتم بواسطتها الكشف عن الأمراض الوراثية على الأجنة المجمدة أو البويضات الملقحة قبل إعادتها إلى رحم المرأة^(٢).

رابعاً: دراسة الأنسجة الجنينية على المستويات الأربعة: « الخلوي، النسيجي، العضوي، الجيني ».

فهل تعد هذه الدوافع والفوائد مبرراً كافياً، وسبباً مقبولاً للقول بجواز تجميد الأجنة الزائدة؟ هذا ما تحاول الدراسة الإجابة عنه في الفرع التالي.

(١) النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن ص ٤٣٤، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة الجزائر ٢٠١١م.
(٢) د ليلي سراج صدقة أبو العلا، بنوك الأجنة دراسة فقهية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني (قضايا طبية معاصرة) ١٤٣٨/٢.

المطلب الثالث

حكم تجميد الأجنة الملقحة صناعيا

بالنظر في تناول الفقهاء المعاصرين لمسألة التلقيح الصناعي عموما، وما يتبعها من تجميد للبييضات الملقحة، نجد أنهم فرقوا بين حالتين:

الحالة الأولى: التلقيح غير المشروع لهذه البييضات، ويشمل ذلك تلقيح ببيضة المرأة بمني غير زوجها، أو تلقيح الزوجة بمني زوجها بعد وفاته، أو بعد انتهاء الحياة الزوجية بينهما، فكل ذلك محرم بداية ويحرم تجميدها كذلك.

ويدخل في هذه الحالة التي لا يشرع فيها التجميد ولا يتصور الخلاف في عدم مشروعيته بنوك الأجنة التي تقوم على البيع أو التبرع للآخرين، أو تقوم بخلط البييضات والأجنة المجمدة ولا تهتم بقضايا النسب، كما هو الحال في الدول الغربية، ولا يتصور أن يخالف في ذلك فقيه من الفقهاء المعتمدين^(١).

الحالة الثانية: التلقيح المشروع، وهو الذي يكون بين زوجين بعقد زواج صحيح، فالأصل الذي قرره الفقهاء المعاصرون هو ألا يكون هناك فائض من البييضات الملقحة، وألا يتم تلقيح البييضات إلا بالعدد الذي لا يؤدي إلى وجود فائض منها، وإذا ما بقي شيء من هذه البييضات الملقحة بعد عملية الزرع فلا بد من التخلص منها.

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم تجميد الأجنة الفائضة عن هذا التلقيح المشروع، عند قيام الحاجة لذلك مدة من الزمن، وعلى وفق ضوابط محددة تمنع من اختلاط الأنساب، أو إساءة استخدام هذه الأجنة، والحاصل من الاختلاف في هذه المسألة قولان:

(١) د عبد الرحمن محمد أمين طالب، البنوك الطبية (واقعتها وأحكامها) ٢ / ١٣٤٦، مصدر سابق.

القول الأول: لا يجوز تجميد الأجنة الزائدة عن عمليات التلقيح الصناعي^(١)، وعلى ذلك عامة العلماء المعاصرين^(٢)، وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي بجدة^(٣)،^(٤).

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

أولاً: أن في تجميد هذه الأجنة تضييع لمقصد شرعي جاءت الشريعة بحفظه، وهو النسل، فإن تجميدها ووضعها في بنوك ربما يؤدي إلى بيعها لنساء أخريات، فتختلط بذلك الأنساب، ومنعه حفظ لهذا المقصد الضروري^(٥).

ثانياً: تجميد الأجنة الملقحة صناعياً يترتب عليه مشكلات ومخاطر أخلاقية، واجتماعية، وطبية، منها:

(١) اختلف العلماء القائلون بعدم جواز تجميد الأجنة الزائدة في كيفية التخلص من هذه الأجنة حال وجودها على قولين: الأول: لا يجوز قتل هذه الأجنة، وإنما تترك دون عناية حتى تموت؛ لأن هذه البيضة الملقحة هي أول أدوار الإنسان الذي كرمه الله تعالى، وقد قرر ذلك مجمع الفقه الإسلامي. القول الثاني: جواز إعدامها بأي وسيلة؛ لأن هذه البيضات الملقحة ليس لها حرمة شرعية من أي نوع، ولا احترام لها قبل أن تنغرس في جدار الرحم، وبه قال بعض الفقهاء المعاصرين. (مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٦٧٠/٦).

(٢) د عبد الرحمن محمد أمين طالب، البنوك الطبية (واقعها وأحكامها) ١٣٤٦ / ٢، مصدر سابق.

(٣) قرار رقم (٥٧/٦/٦)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦ / ٧٥٩.

(٤) بحث مجمع الفقه الإسلامي هذه المسألة في دورته السادسة سنة ١٤١٠ هـ، وفي ضوء الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من ٢٣ إلى ٢٦ ربيع الأول ١٤١٠ هـ الموافق ٢٣ - ٢٦ / ١٠ / ١٩٩٠ م، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، وقرر ما يلي:

في ضوء ما تحقق علمياً من إمكان حفظ البيضات غير ملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البيضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفادياً لوجود فائض من البيضات الملقحة. إذا حصل فائض من البيضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.

يحرم استخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيولة دون استعمال البيضة الملقحة في حمل غير مشروع.

(٥) د عبد الله عبد الواحد الخميس، بنوك الحيامن والبيوضات، ١٥٩٧ / ٢، مصدر سابق.

١- ستؤدي إلى تجارة الأجنة، وليس ذلك مستغربا، فتجارة بنوك المنى والأرحام المستأجرة قائمة على قدم وساق في معظم دول الغرب، ولا تزال في جدل شديد حول الأجنة المجمدة.

٢- تؤدي هذه التقنية في الإنجاب إلى إلغاء نظام الزواج، وخاصة لدى الشاذات جنسيا اللاتي يمارسن السحاق، فمن الممكن أن تذهب إلى بنك الأجنة ويلقحها الطبيب بالجنين الذي تختاره من (الكتالوج) دون أن يمسه رجل.

٣- تؤدي التقنيات الجديدة إلى ما يسمى باختيار السلالة البشرية، وتتفرغ مجموعة من النساء فقط للحمل، وذلك بأخذ الأجنة جاهزة من البنك، كما يصنع حاليا في الأبقار والأغنام والخيول والكلاب^(١).

ثالثا: أن التجميد يفتح أبوابا للتلقيح بعد موت أحد الزوجين، والإنجاب بعد موت أحد الزوجين بهذه الطريقة موجب لمشاكل شرعية واجتماعية كثيرة^(٢).

ويمكن أن تناقش هذه الأدلة: بأنها تحمل على الحالات الممنوعة التي اتفق العلماء على منعها، وهي التي يحصل فيها الاختلاط، والخروج بالبييضات الملقحة عن محيط الزوجية^(٣).

رابعا: أن التجميد يؤدي إلى تجزئة مدة الحمل إلى فترتين: فترة سابقة على التجميد، وفترة لاحقة، وقد يتراخى الفاصل الزمني بين المديتين لمدة طويلة، وقد يتجاوز مجموع المديتين المدة المحددة للحمل، كما أنه يجعل من الحمل والوضع

(١) د محمد علي البار، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب التلقيح الاصطناعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣ / ١١٠.

(٢) د عبد الرحمن محمد أمين طالب، البنوك الطبية (واقعتها وأحكامها) ٢ / ١٣٥٠، مصدر سابق.

(٣) د عبد الله عبد الواحد الخميس، بنوك الحيامن والبييضات، ٢ / ١٥٩٧، مصدر سابق.

مشروعاً مخططاً يبدأ في لحظة معينة يمكن تقديمها أو تأخيرها حسب رغبة الزوجين، وهو أمر غير مقبول أخلاقياً^(١).

القول الثاني: يجوز تجميد الأجنة الفائضة الناتجة عن التلقيح بين زوجين بضوابط وشروط ينبغي مراعاتها^(٢)، وإليه ذهب أعضاء اللجنة الفقهية بجمعية العلوم الطبية الإسلامية في الندوة المنعقدة بعمان الأردن عام ١٩٩٢م، والندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة في الكويت ١٩٨٩م بالتعاون بين مجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية^(٣).

وعليه فتوى دار الإفتاء المصرية^(٤)، وفتوى لجنة الإفتاء بوزارة الأوقاف بالكويت^(٥)، وبعض الباحثين^(٦).

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

أولاً: أن البييضات الملقحة ليس لها حرمة شرعية من أي نوع، ولا احترام لها قبل أن تنغرس في جدار الرحم^(٧).

(١) د حسن السيد حامد خطاب، بنوك الحيامن وضوابطها في الفقه الإسلامي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني (قضايا طبية معاصرة) ١٥٢٩/٢.

(٢) من هذه الضوابط ما يأتي:

أن تكون هناك حاجة ضرورية لتجميد البييضات المخصبة.

أن يتم التجميد في مركز حكومي أو مؤسسة رسمية غير ربحية، مع وجود ضمانات بتلك المؤسسات تمنع اختلاط الأجنة والتلاعب بها.

ألا تطول مدة التجميد، خشية وقوع طلاق أو وفاة لأحد الزوجين في أثناء مدة التجميد.

أن لا تخضع عمليات التجميد للأغراض التجارية على الإطلاق.

(٣) البيان الختامي والتوصيات للندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة بالتعاون بين مجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٦٧١ / ٦.

(٤) فتاوى دار الإفتاء المصرية، فتوى رقم: ٤٦٨٣.

(٥) فتوى رقم ١٥/ع/٩٤، في ١٧ / ٢ / ١٤١٥، الموافق ١٦ / ٧ / ١٩٧٤م.

(٦) د عبد الله عبد الواحد الخميس، بنوك الحيامن والبييضات، ١٥٩٧/٢، مصدر سابق.

(٧) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦ / ١٦٧٠.

ثانياً: أن الأدلة الشرعية قد دلت على مشروعة التلقيح الصناعي بين الزوجين عند تعذر الإنجاب بالطرق الطبيعية، وقد يستلزم التلقيح الصناعي حفظ الأجنة الملقحة وتجميدها فترة من الزمن حتى تزول الحاجة^(١).

ثالثاً: أن التجميد فيه مصلحة للزوج والزوجة، وتيسير سبل الإنجاب لهما، وهذا مطلوب شرعاً، فإن استخراج هذه البويضات وتلقيحها أمر مكلف، ومرهق للمريضة وزوجها، ووجود مخزون من هذه اللقاح يوفّر مبالغ طائلة على الزوجين، ويخفف من معاناتهما عند رغبتهما في إعادة المحاولة عند فشل الحمل الأول، أو تحقيق رغبتهما في حمل جديد بعد نجاح الحمل السابق^(٢).

رابعاً: أن التخلص من الأجنة والبويضات الفائضة فيه إسراف لمادة يمكن الاستفادة، لذلك لا يمتنع تجميدها لإجراء البحث العلمي عليها بدلاً من إعدامها ورميها؛ لأن الضرورة في النهاية ضرورة علاجية^(٣).

خامساً: أن التجميد فيه حفظ وصيانة للمرأة من التكتشف أكثر من مرة أمام الطبيب^(٤).

ويمكن أن تناقش هذه الأدلة بأنها مبنية على مصالح ومنافع تضعف وتتلاشي أمام مفسدة واحدة وهي اختلاط الأنساب التي يمكن أن تؤدي إليها هذه التقنية،

(١) د عبد الرحمن محمد أمين طالب، البنوك الطبية (واقعها وأحكامها)، ٢ / ١٣٤٦، بتصرف واختصار.

(٢) د ياسين بن ناصر الخطيب، بنوك الأجنة والحيامن المنوية والجينات، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، قضايا طبية معاصرة، ٢ / ١٣٨١، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ٢٠١٠م.

(٣) د مأمون الحاج علي إبراهيم، الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦ / ٣٥٣.

(٤) لبنى جبر، شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، ص ٦٧، مصدر سابق.

فإن اختلاط هذه البييضات عمداً أو سهواً أمر وارد حدوثه، والواقع الطبي لا ينكره ولا ينفيه رغم الاحتياطات والاحترازمات المتبعة.

الترجيح

وبعد عرض ما ذهب إليه الفقهاء المعاصرون في حكم تجميد الأجنة الزائدة، وبعد التأكيد على ضرورة أن تقوم الجهات المعنية بعمليات التلقيح الصناعي بالعمل الحثيث على عدم استنابات أعداد زائدة من الأجنة الملقحة، وأن توضع التشريعات الكفيلة بمنع المراكز الطبية العاملة في مجال الإخصاب الطبي من ذلك.

فإذا استدعت الضرورة وجود أعداد زائدة من هذه الأجنة، فإنه يترجح لدي ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من جواز تجميد الأجنة الزائدة من حيث الجملة، مع مراعاة أن الحكم الشرعي في عملية التجميد يقوم على أصليين من أصول الشريعة وقواعدها الكلية:

الأول: الموازنة بين المصالح التي تنشأ عن عملية تجميد البييضات والأجنة الملقحة، وبين المفسد والأضرار التي تترتب عليها، حيث يختلف هذا الحكم بين آحاد الناس، ومن فرد إلى آخر بالنظر إلى ما يترتب عليه من تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة.

الثاني: الباعث على فعل التجميد، وكذلك الباعث على طلبه، فحكم عملية تجميد البييضات والأجنة الملقحة يتبع السبب الباعث على القيام بذلك، فهو مشروع مباح إذا كان الباعث على القيام به مباحاً، وهو محرم ممنوع إذا كان الباعث عليه محرماً غير مشروع.

والحاصل من ذلك أن تجميد الأجنة الزائدة ليس ممنوعاً بإطلاق، وليس مشروعاً بإطلاق، حيث يحرم تجميد البويضات الملقحة (الأجنة) إذا كان الباعث عليه بذلها للغير، سواء أكان ذلك بمقابل مالي أم دون مقابل.

والأشدّ تحريماً أن يكون التجميد وسيلة إلى تسويق هذه الأجنة للحصول على مواصفات محددة في المولود؛ لأن هذا من نكاح الاستبضاع الذي كان في الجاهلية وحرمه الإسلام، فعن عروة بن الزبير أن عائشة - رضي الله عنها - أخبرته أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء... وذكرت منها: «كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها أرسلني إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها ولا يمسه حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب، ويفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا نكاح الاستبضاع»^(١).

أما إذا كان التجميد لغرض مشروع كإعادة تلقيح الزوجة مرة أخرى بهذه الأجنة بغية الإنجاب فيباح التجميد، شريطة أن يتم التلقيح بهذه الأجنة حال قيام الحياة الزوجية، وبرضا الزوجين، مع أخذ كافة الوسائل التقنية والطبية اللازمة لحماية هذه الأجنة من الاختلاط بغيرها، أو وصولها عمداً أو سهواً إلى غير أصحابها.

ويجب أن تنضبط الحالات التي يشرع فيها التجميد بهذين الضابطين:

الأول: أن يكون التجميد والاحتفاظ بالبويضات والأجنة الملقحة مؤقتاً ينتهي بانتهاء السبب الداعي إليه، تطبيقاً للأصل الاجتهادي القائم على أن الحكم الشرعي يدور مع علته وجوداً وعدماً؛ فإن وجد السبب المشروع كانت عملية

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٧ / ١٥ رقم: (٥١٢٧)، (كتاب النكاح - باب لا نكاح إلا بولي)، والحميدي في الجمع بين الصحيحين ٤ / ١٨٤، رقم: (٣٣٢٧).

التجميد مباحة مشروعة، وإن انتفى السبب المشروع كانت محرمة ممنوعة، فهي عملية مؤقتة تنتهي بانتهاء السبب الذي قامت من أجله؛ لأن ما أبيح للضرورة فإنه يقدر بقدرها.

الثاني: أن يتم التجميد باتباع الأساليب العلمية والطرق الطبية السليمة التي يؤمن من خلالها أن يقع الاختلاط بين البويضات عند تجميدها والاحتفاظ بها، وهذا يتحقق إذا تم إجراء هذه العملية تحت إشراف الدولة ورعايتها، ولا يعهد القيام بمثل هذا الأمر إلى شركات أو مستشفيات خاصة^(١).

وما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من منع التجميد مطلقاً - حتى في الحالات الضرورية - خوفاً من اختلاط اللقائح ونسبتها إلى غير أصحابها مما يؤدي إلى اختلاط الأنساب، فقد أجاب عنه الأطباء بأن احتمال اختلاط هذه اللقائح والخطأ في نسبتها لأصحابها ضئيل جداً هذه الايام، بل ربما يكون منعها، بعد أن فرضت الدول الغربية إجراءات شديدة في كيفية تجنب هذه الاخطاء، وقد تبعتها في ذلك معظم دول العالم^(٢).

(١) عباس أحمد الباز، تجميد الحيوانات المنوية والبويضات رؤية فقهية طبية، ص ٢٢٤، مجلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد ٤١، العدد ١، ٢٠١٤م.
(٢) د محمد علي البار، أحكام تجميد وحفظ الأجنة والخلايا التناسلية، ص ٣، مصدر سابق.

المبحث الخامس

مدى مشروعية الاستفادة الطبية من الأجنة البشرية المجمدة

تقدم أن تجميد الأجنة له دوافع وأسباب تدعو إليه، منها ما يتعلق بالإنجاب، وذلك بإعادة زرع الجنين المجمد إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة في حال قيام الحياة الزوجية، وهذا مشروع بضوابطه السالف ذكرها، إذ أن مساعدة الزوجين على الحصول على النسل بالطرق الصناعية عند تعذره بالطرق الطبيعية هو المقصد الذي من أجله شرع التلقيح الصناعي وما يتبعه من إجراءات طبية، كالتجميد.

ومن أبرز ما يتم الاستفادة فيه من الأجنة المجمدة: إجراء البحوث الطبية عليها، واستخلاص الخلايا الجذعية الجنينية منها، هاتان المسألتان اللتان لم يحسم الجدل الفقهي بشأنهما إلى الآن، بسبب اختلاف رؤية الفقهاء المعاصرين في مدى مشروعية إتلاف الأجنة البشرية لأغراض طبية، وتأثير المفسد والمصالح المترتبة على استخدام الأجنة البشرية في البحث والعلاج في الحكم.

وتتناول الدراسة في هذا المبحث موقف الشريعة الإسلامية من إتلاف الأجنة البشرية الملقحة صناعياً، وحكم إجراء التجارب الطبية على الأجنة المجمدة، واستخلاص الخلايا الجذعية الجنينية منها، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول

حكم إتلاف الأجنة البشرية الملقحة صناعيا

لم يتعرض الفقهاء السابقون لحكم القتل أو الإتلاف أو الاستفاداة البحثية من هذه اللقائح أو الأجنة؛ لأنها من القضايا الحادثة ولكنهم تعرضوا لما هو مثلها من الأجنة، وهي الأجنة التي تتكون في رحم الأم في المراحل الأولى قبل نفخ الروح فيها^(١).

فلا خلاف بين الفقهاء في تحريم إتلاف الجنين بعد نفخ الروح^(٢)، فقد نصوا على أنه إذا نفخت في الجنين الروح حرم الإسقاط؛ لأنه قتل له، حتى لو كان في بقاءه خطر على حياة الأم^(٣).

أما إسقاط الجنين وإتلافه قبل نفخ الروح فيه - وهي المرحلة المناسبة لموضوع البحث حيث لا تترك الأجنة المجمدة الملقحة صناعيا عادة إلى مراحل تتجاوز نفخ الروح فيها - فقد اختلفوا في حكمه إلى أربعة مذاهب:

المذهب الأول: يحرم إتلاف الأجنة قبل نفخ الروح فيها، وهو المعتمد عند المالكية^(٤)، والأوجه عند الشافعية^(٥)، وهو مذهب الحنابلة^(٦).

(١) اختلف الفقهاء في الوقت الذي تنفخ فيه الروح في الجنين، فجمهور الفقهاء على أنها بعد المائة وعشرين يوما الأولى، وذهب بعضهم إلى أنها تنفخ بعد الأربعين الأولى، وبعضهم بعد اثنتين وأربعين ليلة، ولكل أدلته التي لا يتسع المقام لذكرها.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٣ / ٢١٥، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٢ / ٢٦٦ - ٢٦٧، تحفة المحتاج ٩ / ٤١، الإنصاف ١ / ٣٨٦.

(٣) حاشية ابن عابدين ٢ / ٣٨٠، وفيها قال ابن عابدين: «ولو كان حيا - أي الجنين - لا يجوز تقطيعه؛ لأن موت الأم به موهوم، فلا يجوز قتل آدمي حي لأمر موهوم».

(٤) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٢ / ٢٦٦ - ٢٦٧، وفيه قال الدردير: «لا يجوز إخراج المنى المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوما»، وعلق الدسوقي على ذلك بقوله: «هذا هو المعتمد».

(٥) حاشية الشرواني ٦ / ٢٤٨، ونهاية المحتاج ٨ / ٤١٦.

(٦) الإنصاف ١ / ٣٨٦، والمغني ٧ / ٨١٦.

وحجتهم في ذلك: أن النطفة بعد الاستقرار آيلة إلى التخلق، ومهيأة لنفخ الروح فلا يجوز إسقاطها^(١).

المذهب الثاني: يباح إسقاط الجنين قبل نفخ الروح فيه، وهو ما ذكره بعض الحنفية^(٢)، فقد ذكروا أنه يباح الإسقاط بعد الحمل، ما لم يتخلق شيء منه، والمراد بالتخلق في عبارتهم تلك نفخ الروح، ولا يكون نفخ الروح عندهم إلا بعد مائة وعشرون يوماً، وقال اللخمي من المالكية يباح الإسقاط قبل أربعين يوماً^(٣)، وهو أيضاً ما قال به أبو أسحاق المروزي من الشافعية^(٤).

والإباحة قول عند الحنابلة في أول مراحل الحمل، إذ أجازوا للمرأة شرب الدواء المباح لإلقاء نطفة لا علقة^(٥).

القول الثالث: يباح إسقاط الجنين قبل نفخ الروح فيه لعذر فقط، وهو حقيقة مذهب الحنفية^(٦).

واستدلوا على ذلك: بالقياس على ما لو كسر المحرم بيض الصيد؛ فإنه يضمن؛ لأنه أصل الصيد، فلما كان يؤاخذ بالجزاء فلا أقل من أن يلحق من أجهضت نفسها إثم هنا إذا أسقطت بغير عذر، وذكروا أن من الأعدار أن ينقطع لبنها بعد ظهور الحمل وليس لأبي الصبي ما يستأجر به المرضع ويخاف هلاكه^(٧).

(١) حاشية الشرواني ٦ / ٢٤٨، ونهاية المحتاج ٨ / ٤١٦.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٣ / ٢١٥.

(٣) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني ٣ / ١٦٤.

(٤) تحفة المحتاج ٩ / ٤١.

(٥) الفروع ٦ / ١٩١، الإنصاف ١ / ٣٨٦.

(٦) حاشية ابن عابدين ٢ / ٣٨٠.

(٧) حاشية ابن عابدين ٢ / ٣٨٠.

القول الرابع: يكره إسقاط الجنين في مراحلهِ الأولى قبل نفخ الروح فيه، وبه قال بعض الحنفية^(١)، وهو رأي عند المالكية فيما قبل الأربعين يوماً^(٢)، وقول محتمل عند الشافعية^(٣).

الترجيح

والذي أراه راجحاً: تحريم إسقاط الجنين في جميع مراحلهِ قبل نفخ الروح فيه وبعده - وسواء كان الجنين ناتجاً عن تلقيح طبيعي أو صناعي - إلا لضرورة ملجئة، أو لمصلحة راجحة، كإنقاذ حياة الأم المعرضة للهلاك عند استمرار الحمل بهذا الجنين، بعد استنفاد كل الوسائل الطبية المتاحة، بحيث يتعذر الحفاظ على حياة الأم إلا بإسقاط الجنين، أو وجود تشوهات خلقية مؤثرة في حياة الجنين مستقبلاً، بناء على ما تقرره لجنة طبية موثوقة، أو تعذر إعادة الجنين الملقح خارجياً إلى رحم الأم.

وإنما ترجح لدي القول بتحريم إسقاط الجنين وإتلافه مطلقاً لغير ضرورة، لعموم الأدلة على صيانة النفس البشرية، والتي تنهى عن قتل الولد مطلقاً، ومنها: قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ﴾^(٤)، وقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ﴾^(٥)، وقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ﴾^(٦).

ففيها نهي عن قتل الولد مطلقاً، وهذا يشمل ما نفخ فيه الروح، وما كان قبل ذلك، دون فرق بين الطرق التي تكون بها هذا الولد.

(١) المصدر السابق.

(٢) حاشية الدسوقي ٢ / ٢٦٦، ٢٦٧.

(٣) نهاية المحتاج ٨ / ٤٤٢، وفيه قال الإمام الرملي: «لا يقال في الإجهاض قبل نفخ الروح إنه خلاف الأولى، بل محتمل للتنزيه والتحريم، ويقوى التحريم فيما قرب من زمن النفخ لأنه جريمة»، حاشية الجمل ٥ / ٤٩١.

(٤) التكوير: ٨.

(٥) الأنعام: ١١٥.

(٦) الإسراء: ٣١.

المطلب الثاني

إجراء التجارب الطبية على الأجنة المجمدة

على الرغم من أن إجراء الأبحاث والتجارب الطبية على الأجنة البشرية قد دخل حيز التطبيق منذ سنوات طويلة، إلا أن حرارة النقاش حول المشروعية الدينية والقانونية لذلك لم تخمد^(١)؛ لأن الاعتبارات التي تكتنفه تبدو متعارضة باختلاف التطبيق، فله ما يدعو إليه في باب حفظ النفس، وعلاج الأمراض، والوفاء بمصالح الناس المرسله، إلا أن له كذلك محاذير لدى من يأخذون بالنظرة القيمية لا المنفعية، ويدينون بحرمة اللحم الإنساني حياً أو ميتاً^(٢).

وفيما يلي بيان الأهمية الطبية لإجراء التجارب على الأجنة البشرية، ثم حكم إجراء هذه التجارب على الأجنة المجمدة باعتبارها محل البحث، وذلك على فرعين:

الفرع الأول

الأهمية الطبية لإجراء التجارب على الأجنة البشرية

تحل التجارب الطبية الصدارة في نطاق الأعمال المستحدثة في الطب نظراً لأهميتها في الوصول إلى اكتشاف أدوية وطرق علاجية حديثة للقضاء على الكثير من الأمراض.

(١) كانت دولة ألمانيا من أسبق الدول التي حظرت جميع التجارب على جنين الإنسان، أما بالنسبة للأجنة الفائضة في عمليات أطفال الأنابيب فإنها لم تكتف بمنع التجارب عليها فقط، وإنما حظرت إنشاءها أصلاً وفرضت على الأطباء عدم إنتاج بويضات ملقحة زائدة عن البويضات التي يتم إيداعها في الرحم. (د حسان تحتوت، استخدام الأجنة في البحث والعلاج، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦ / ١٣٨٠).

(٢) د حسان تحتوت، استخدام الأجنة في البحث والعلاج، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦ / ٣٨٦.

والملاحظ أن التجارب الطبية على الأجنة البشرية قد وصلت إلى مراحل بعيدة عن تلك التي بدأت منها، فبعد أن كان الجنين محلا للتجارب الطبية بهدف علاجه، انتشرت في السنوات الأخيرة تجارب من نوع آخر، حولت الجنين من محل لهذه التجارب إلى أداة أو وسيلة للوصول إلى علاج الكثير من الأمراض لأشخاص آخرين يعانون من أمراض يتطلب شفاؤها الاستعانة بالخلايا الجذعية المنتزعة من الأجنة، أو بأي عضو أو تركيبية من جسم الجنين، فيما بات يعرف طبيا باسم «الجنين الدواء»^(١).

ومن نماذج التجارب والبحوث على الأجنة البشرية في مجالات الطب المختلفة ذكر الأطباء والمختصون ما يلي:

١- في مجال دراسة السرطان، تمت دراسة مستضدات الأورام الجنينية، في كثير من أعضاء الأجنة مثل الدماغ والكبد والبنكرياس والغدة التيموبية (السعترية).

٢- وفي مجال دراسة الفيروسات، استخدمت أعضاء الأجنة مثل الكبد والرئتين والكلى لعزل الفيروسات ولإنتاج اللقاحات الفيروسية المختلفة.

٣- وفي مجال علم الدم، استخدمت أعضاء الجنين مثل الكبد والطحال ونخاع العظام في دراسة كيفية تكوين عناصر الدم المختلفة^(٢).

(١) (الجنين الدواء): تقنية طبية علاجية ظهرت ضمن ممارسات طبية حديثة مستندة إلى تقنية التلقيح الصناعي الخارجي، حيث يتم زرع أجنة لاستخدامها كوسائل لعلاج الأمراض، وأطلق الأطباء على هذه الأجنة عبارات عديدة وهي: «الجنين الدواء»، «الجنين الطبيب»، «الجنين الأمل» «الجنين المحبة» وغيرها من المسميات، إذ أصبح الجنين وسيلة فقط من أجل استخدام خلاياه لعلاج أمراض مستعصية لأشخاص آخرين، وقد انتشرت تجربة الجنين الدواء في عدة دول، وتمت ولادة طفل من جراء هذه التجربة عام ٢٠٠٠م في الولايات المتحدة الأمريكية، كما تمت ولادة طفلين في بلجيكا عام ٢٠٠٥م، وطفل واحد في إسبانيا عام ٢٠٠٨م، ونفس التجربة حدثت في فرنسا لأول مرة، حيث تم ميلاد أول طفل يستعمل كدواء في ليلة ٧ فبراير ٢٠١١م، وكل هؤلاء المولودين يستعملون لعلاج أشخاص آخرين. (سعاد راحلي، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، ص ١٠٤، ١٠٥، رسالة دكتوراة بكلية الحقوق، جامعة الجزائر ٢٠١٥م).

(٢) د محمد علي البار، إجراء التجارب على الأجنة المجهضة والأجنة المستتبة، مجلة مجمع الفقه ٦/ ٣٣٣.

٤- وفي مجال العقم، إجراء البحث العلمي للتركيز على معرفة فشل البويضات المخصبة المعادة إلى داخل الرحم في العلوق.

٥- دراسة التشوهات الخلقية الناتجة من العوامل البيئية أو عوامل أخرى كثيرة لا يعلمها الأطباء، والبحث في البويضات المخصبة قد يؤدي إلى معرفة هذه العوامل الكثيرة المجهولة، فتتصح الحامل أو التي في نيتها الحمل بالابتعاد عنها.

٦- دراسة حالات الإجهاض المتكرر، حيث يشاهد الأطباء أحيانا تحت المجهر بويضات تتخصب ولكن بعضها ينمو نمواً غير طبيعي من البداية فتضمّر وتنكمش وتفتت، وهنالك ضرورة في مثل هذه الحالات لإجراء البحث لمعرفة أسباب ذلك^(١).

٧- دراسة الصفات الوراثية في حامض النويك (DNA) في الببيضة المخصبة لتشخيص الأمراض الوراثية لمحاولة علاجها في المستقبل^(٢).

الفرع الثاني

حكم إجراء التجارب الطبية على الأجنة المجمدة

بناء على التأصيل الفقهي السابق لحكم إتلاف الجنين وإسقاطه، اختلف العلماء المعاصرون في حكم إجراء التجارب الطبية على الأجنة الزائدة الملقحة صناعياً، على رأيين:

(١) د مأمون الحاج علي إبراهيم، الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء، مجلة مجمع الفقه ٦/ ٣٥٥.
(٢) المصدر السابق.

الرأي الأول: يحرم إجراء التجارب الطبية على الأجنة الملقحة صناعيا؛ واعتبار ذلك نوعا من الإلتلاف لها والقضاء عليها^(١).

واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول:

أما السنة: فيما روي عن أَبِي هُرَيْرَةَ - رضي الله عنه - قَالَ: «أَفْتَتَلْتِ امْرَأَتَانِ مِنْ هُدَيْلٍ، فَرَمْتِ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ، فَفَقَتَلَتْهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا، فَاخْتَصَمُوا إِلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ دِيَةَ جَنِينِهَا غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ، وَقَضَى بِدِيَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا، وَوَرَّثَهَا وَلَدَهَا وَمَنْ مَعَهُمْ، فَقَالَ حَمَلُ بِنْتِ النَّابِغَةِ الْهُذَلِيِّ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، كَيْفَ أَغْرَمَ مَنْ لَا شَرِبَ وَلَا أَكَلَ، وَلَا نَطَقَ وَلَا اسْتَهَلَ، فَمِثْلُ ذَلِكَ يُطَلُّ^(٢)، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّمَا هَذَا مِنْ إِخْوَانِ الْكُهَّانِ»^(٣)، مِنْ أَجْلِ سَجْعِهِ الَّذِي سَجَعَ.

وجه الاستدلال من الحديث: فيه دلالة على أن الغرة واجبة فيما سقط من البطن، ولو كان دما متجمعا، والبيضة الملقحة تقاس عليها، فلها حرمتها واعتبارها، فلا يجوز إجراء التجارب عليها.

وأما المعقول، فمن وجهين:

أحدهما: أن البيضة الملقحة هي أول أدوار الإنسان الذي كرمه الله تعالى، وإجراء التجارب عليها يعد تعطيلا لها عن الهدف الأصلي الذي استتبتت من أجله، وهو المساعدة في الإنجاب عند عدم القدرة الطبيعية عليه، مما يعد إلتافا لها.

(١) د سليمان أبا الخيل، إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا، ٢ / ٢٠١٣، مصدر سابق.
(٢) يُطَلُّ: أي يهدر ولا يضمن، يقال طَلَّ دمه: إذا أهدر، وطَلَّه الحاكم: أهدره. (الكوكب الوهاج شرح صحيح مسلم، للهرري الشافعي ١٨ / ٣٩٨، ط: دار المنهاج - الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٧ / ١٣٥، رقم: ٥٧٥٨، (كتاب الطب - باب الكهانة)، ومسلم في صحيحه ٣ / ١٣٠٩، رقم: ١٦٨١، (كتاب القسامة - باب دِيَةِ الْجَنِينِ، وَوُجُوبِ الدِّيَةِ فِي قَتْلِ الْخَطَا، وَشِبْهِ الْعَمْدِ عَلَى عَاقِلَةِ الْجَانِي).

الثاني: أن البيوضة الملقحة في رحم الأم لها حرمتها من وقت تمام التلقيح والتقاء النطفة الذكرية بالمؤنثة؛ ومن ثم حدوث الإخصاب، وهذا يعني وجوب أن تكون هذه النطفة ذاتها لها نفس الحرمة خارج البطن، ومكان النطفة الملقحة لا يجوز أن يؤثر على حكمها من حيث القول بالحرمة من عدمه، ومن هذا المنطلق لا يجوز أن تجرى عليها التجارب^(١).

الرأي الثاني: يجوز إجراء التجارب الطبية على البييضات الملقحة طالما لم تزرع داخل الرحم، بضوابط سيأتي ذكرها، وبذلك جاءت توصيات ندوة (الإنجاب في ضوء الإسلام)، وأكدته ندوة (الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية)^(٢)، وبه قال بعض العلماء المعاصرين^(٣).

واستدلوا على ذلك: بأن البييضات الملقحة ليس لها حرمة شرعية من أي نوع، ولا احترام لها قبل أن تنغرس في جدار الرحم، وأنه لذلك لا يمتنع إعدامها بأي وسيلة، وإجراء التجارب الطبية عليها والاستفادة منها أولى من إتلافها بغير فائدة^(٤).

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه مبني على تصور أثبت الطب خطأه، فالتخليق يتم في المراحل الأولى للجنين، وتثبت حرمة بذلك^(٥).

(١) د سليمان أبا الخيل، إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا، ٢ / ٢٠١٥، مصدر سابق.
(٢) ينظر: وثائق الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة في الكويت في ٢٣ - ٢٦ ربيع الأول ١٤١٠هـ الموافق ٢٣ - ٢٦ أكتوبر ١٩٨٩م، بالتعاون بين مجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤٥٧/٦.
(٣) د محمد نعيم ياسين، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦ / ٤٥١، د مأمون الحاج علي إبراهيم، الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء، مجلة مجمع الفقه ٦ / ٣٥٣، د عمر سليمان الأشقر، الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦ / ٤٥٧.
(٤) د. عمر سليمان الأشقر، الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة ٦ / ٤٥٧، مصدر سابق.
(٥) د سليمان أبا الخيل، إسقاط العدد الزائد من الأجنة الملقحة صناعيا، ٢ / ٢٠١٦، ٢٠١٧، مصدر سابق.

الترجيح

تبين مما سبق مدى اختلاف الفقهاء - حتى في المذهب الواحد - بين إباحة إسقاط الجنين في مراحلہ الأولى، أو حرمة، أو كراهته، أو إباحتہ للضرورة، مما يعني أن المسألة لا دليل عليها يمكن اعتباره، لذلك يترجح لدي إباحة إجراء التجارب الطبية على الأجنة المجمدة للضرورة، إذا تعذر إعادتها إلى الرحم لاستكمال مسيرتها الإنسانية، وبالضوابط التي ذكرها المجيزون لذلك، والضرورة هنا إفادة البشرية بالبحث العلمي الذي يسهم في إنقاذ حياة كثير من البشر، التي هي من مقاصد الشريعة الغراء.

وإنما ترجح لدي القول بالإباحة عند الضرورة لسببين:

الأول: أن ما نحن بصدده من إجراء التجارب الطبية على بويضات ملقحة صناعياً ربما يختلف كثيراً عما اختلف فيه الفقهاء من إسقاط نطفة أو علقة في رحم امرأة، فالأولى إنما سميت جنيناً مجازاً، إذ الجنين هو ما كان مستترا في رحم الأم، وما دامت هذه البويضات الملقحة ليست في رحم الأم فلا يصدق على التخلص منها إسقاط أو إجهاض.

الثاني: أن هذه الأجنة الزائدة عند عدم إمكانية إعادتها للرحم سيتم إعدامها والتخلص منها، وإجراء البحث العلمي عليها بدلاً من إعدامها من غير فائدة ضرورة علاجية؛ لأن البحث العلمي والعلاج أمران متلازمان، ولا بد أن يسبق البحث العلاج لتحديد نوع هذا العلاج، ومدى الاستفادة منه، وعدم الضرر من تناوله^(١).

(١) د مأمون الحاج علي إبراهيم، الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء، مجلة مجمع الفقه ٦ / ٣٥٣.

ضوابط إجراء التجارب الطبية على الأجنة المجمدة:

الجنين - وان لم تنفخ فيه الروح - أصل للآدمي، والتصرف فيه في العلاج والتجارب قد يتخذ ذريعة لأعمال تنتافي مع مقاصد الشارع، والاحتياط لبعض المقاصد الشرعية يقتضي أن يقيد استخدام الأجنة في مجال التجارب العلمية والأبحاث الطبية بجملة من القيود التنفيذية، أهمها ما يلي:

١- أن يغلب على الظن تحقيق مصالح معتبرة للمجتمع من إجراء التجارب على الجنين، وأن يكون فوات هذه المصالح أخطر من مفسدة إتلاف الجنين.
٢- أن لا توجد طريقة أخرى لتحقيق المصالح المبتغاة تكون خالية من المفساد، أو ذات ضرر أقل من إجراء التجارب الطبية على الأجنة البشرية.
٣- ألا يسمح بذلك إلا لمراكز محددة ومتخصصة ومراقبة بأجهزة فعالة، بحيث لا يدخلها شيء من الأجنة ولا يخرج منها إلا أن يكون تحت نظر المراقبين^(١).

٤- أن تكون هذه الأجنة فائضة عن عمليات تلقيح كان الغرض منها الإنجاب ومعالجة العقم، ولم يكن التلقيح بهدف إجراء التجارب الطبية فحسب.
٥- أن يكون استخدام الجنين بإذن أبويه ورضاهما كليهما، لاطمئنان الأبوين من عدم استغلال لقيحتهما وزراعتها في رحم امرأة أخرى، وتسرب نسلهما إلى غيرهما^(٢).

٦- عدم تغيير فطرة الله تعالى، والابتعاد عن استغلال العلم للشر والفساد والتخريب، فتحرم الأبحاث التي ترمي إلى تغيير خلق الله في البيضة الملقحة^(٣).

(١) د محمد نعيم ياسين، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦ / ٤٥١.
(٢) د محمد نعيم ياسين، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦ / ١٤٤٨.
(٣) د عمر سليمان الأشقر، الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦ / ٤٥٧.

المطلب الثالث

الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية من الأجنة المجمدة

لقد أثارت أبحاث وتجارب الخلايا الجذعية الجنينية، والتي يتم الحصول عليها من أجنة بشرية - بشكل رئيس - يقاس عمرها بالأيام، من خلال إهلاك بعض الأجنة، بغرض العلاج الطبي أو خدمة الإنسان، عاصفة علمية ودينية وأخلاقية وإنسانية في العالم بأسره، وجعلت علوم الأحياء والبيولوجية تمر بأزمة أخلاقية حادة، الأمر الذي أحدث خلافا كبيرا في هذه المسألة دينيا وأخلاقيا وقانونيا حول مدى مشروعية استخدام هذه التقنية باستخدام الأجنة البشرية عموما، والأجنة المجمدة خاصة، مصدراً للحصول على هذه الخلايا.

ومن المناسب قبل الخوض في بيان وجهة النظر الشرعية حول هذه المسألة الوقوف على معنى الخلايا الجذعية، وأنواعها، وأهميتها، ومصادرها، وصولاً لبيان الحكم الشرعي لاستخلاص هذه الخلايا من الأجنة الزائدة، وذلك على فرعين:

الفرع الأول

ماهية الخلايا الجذعية وأنواعها وأهميتها ومصادرها

أولاً: ماهية الخلايا الجذعية: يمكن تعريف الخلايا الجذعية (E.S.C) بشكل مبسط بأنها: الخلايا التي تتميز بقدرتها على التجدد الذاتي، والتي يمكنها أن تقوم بتخليق نوع واحد أو أكثر من الخلايا والأنسجة المتخصصة التي يتكون منها الجسم، ولها عدة مسميات ومرادفات، منها: الخلايا السلائية، أو الخلايا السلفية، أو خلايا المنشأ^(١).

(١) د شعبان خلف الله، العلاج بالخلايا الجذعية، ثورة في الطب الحديث ص ٨، دار الكتب العلمية، بيروت.

ثانياً: أنواع الخلايا الجذعية: تصنف الخلايا الجذعية حسب طريقة الحصول عليها إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الخلايا الجذعية المأخوذة من الحبل السري والمشيمة: وهي المصدر الغني بالخلايا، وقد يصل عددها إلى ٢٠٠ مليون خلية، ومن هنا جاءت فكرة حفظ هذه الخلايا في «بنوك»، ويتم في هذه البنوك إجراءات تضمن عدم العبث بالخلايا، كما أنه يمكن لصاحبها أن يتابع أخبارها وأحوالها، كما يتابع رصيده من المال في البنك، وقد ذكر بعض الأطباء أنه يمكن الاحتفاظ بهذه الخلايا إلى مدة تصل إلى (٢٥) عاماً، وبعض الأطباء يقول: إنه يمكن تخزينها مدى الحياة^(١).

النوع الثاني: الخلايا الجذعية البالغة: توجد الخلايا الجذعية البالغة في الأطفال والبالغين على حد سواء، وهي مهمة لإمداد الأنسجة بالخلايا التي تموت كنتيجة طبيعية لانتهاء عمرها المحدد، ويواجه العلماء العديد من المشاكل في الاستفادة من الخلايا الجذعية البالغة، ومن هذه المشاكل:

- ١- وجودها بكميات قليلة، مما يجعل من الصعب عزلها وتقنياتها.
- ٢- ليس لها نفس القدرة على التكاثر كما هو موجود في الخلايا الجنينية.
- ٣- أن عددها قد يقل كلما تقدم الإنسان في العمر.
- ٤- تحتوي على بعض العيوب لتعرضها لبعض المؤثرات كالسموم^(٢).

النوع الثالث: الخلايا الجذعية الجنينية: وهي خلايا غير متميزة - أي غير متخصصة - لها إمكانات فائقة للتحويل إلى أي خلية في الجسم، وكل ما تحتاجه

(١) د واصف عبد الوهاب البكري، الحكم الشرعي في استخدام الخلايا الجذعية، ورقة عمل مقدمة إلى الندوة الوطنية للخلايا الجذعية المنعقدة في الفترة من ٥-٦ / ١٠/ ٢٠١١ عمان - الأردن، ص ٦.
(٢) الخلايا الجذعية، مجلة العلوم والتقنية، مجلة فصلية تصدرها مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، العدد (٩٤) السنة (٢٤)، ربيع الآخر ١٤٣١ هـ مارس ٢٠١٠م، ص ٦.

هو التعليمات الصحيحة، ومن ثم تتحول إلى صفيحة دموية أو نسيج عضلي حسب الحاجة^(١).

ويمكن الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية في أثناء المرحلة الأولى المتقدمة من مراحل نمو الجنين وتطوره قبل أن يتم زرع البويضة المخصبة في الرحم^(٢).

وتعد الأجنة الملقحة خارج الرحم السبيل الأمثل للحصول على الخلايا الجذعية الجنينية، فعند وصول البويضة الملقحة في انقساماتها إلى (١٦) خلية، فإن كل خلية تصبح لها وظيفة محددة، وكل خلية تتجه لإنتاج خط خلوي ثابت، فأحدى الخلايا تتجه لإنتاج الجلد، وتسمى خلية جلدية، والأخرى لإنتاج العظم، وتسمى خلية عظمية، والثالثة لإنتاج العصب وتسمى خلية عصبية.. وهكذا، أي بمعنى آخر تصبح الخلايا متخصصة وتمايزة^(٣).

وذهب بعض الباحثين إلى أنه قد ورد في السنة النبوية الإشارة إلى مثل هذه الخلايا، كما جاء في الحديث الذي رواه الإمام أحمد في مسنده، عن القاسم بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن عبد الله - أي ابن مسعود - قال: «مَرَّ يَهُودِيٌّ بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَهُوَ يُحَدِّثُ أَصْحَابَهُ قَالَ: فَقَالَتْ قُرَيْشٌ: يَا يَهُودِيٌّ، إِنَّ هَذَا يَزْعُمُ أَنَّهُ نَبِيُّ فَقَالَ: لَأَسْأَلُنَّهُ عَنْ شَيْءٍ لَا يَعْلَمُهُ إِلَّا نَبِيٌّ، قَالَ: فَجَاءَ حَتَّى جَلَسَ، ثُمَّ قَالَ: يَا مُحَمَّدُ، مِمَّ يُخْلَقُ الْإِنْسَانُ؟ قَالَ: « يَا يَهُودِيٌّ، مِنْ كُلِّ يُخْلَقُ: مِنْ نُطْفَةِ الرَّجُلِ، وَمِنْ نُطْفَةِ الْمَرْأَةِ، فَأَمَّا نُطْفَةُ الرَّجُلِ فَنُطْفَةٌ غَلِيظَةٌ، مِنْهَا الْعَظْمُ وَالْعَصَبُ، وَأَمَّا

(١) طارق عبد المنعم خلف، الاستفادة من الخلايا الجذعية الجنينية في العلاج والتجارب، بحث منشور بمجلة علوم الشريعة والقانون بالجامعة الأردنية، المجلد ٤١، العدد ١، سنة ٢٠١٤م، ص ٣٢٦.
(٢) د شعبان خلف الله، العلاج بالخلايا الجذعية، ثورة في الطب الحديث دار الكتب العلمية، بيروت.
(٣) طارق عبد المنعم خلف، الاستفادة من الخلايا الجذعية الجنينية، ص ٣٣٦، مصدر سابق.

نُطْفَةُ الْمَرْأَةِ فَنُطْفَةُ رَقِيقَةٍ، مِنْهَا اللَّحْمُ وَالْدَّمُ»، فَقَامَ الْيَهُودِيُّ، فَقَالَ: هَكَذَا كَانَ يَقُولُ مَنْ قَبْلَكَ»^(١).

فيفهم من الحديث الشريف، أن الجينات المسؤولة عن إنتاج صفات العظم في المرحلة السادسة عشرة أصلها من الرجل، وكذلك الجينات التي توجهت لإنتاج العصب هي من الرجل أيضا، أي من نطفته الذكرية، أما الخلايا الأخرى التي تمايزت وتوجهت لإنتاج اللحم والدم فهي من المرأة، أي من الببيضة الأنثوية، وهذا إعجاز نبوي، ينبئ عن حقيقة طبية، وإبداع تقني، يخبرنا فيه أن السر في تمايز الخلايا الجذعية وتخصصها، هو كون مصدرها من نطفة الرجل ومن نطفة المرأة^(٢).

ويرى الأطباء والباحثون أن الخلايا الجذعية الجنينية أفضل من الخلايا الجذعية البالغة بسبب بعض الفوارق المهمة بينها، منها:

- ١- أن الخلايا الجذعية الجنينية تنتج إنزيم «التليوميريز» والذي يساعدها على الانقسام وبشكل نهائي بينما الخلايا الجذعية البالغة لا تنتج هذا الإنزيم إلا بكميات قليلة أو على فترات متباعدة، مما يجعلها محدودة العمر.
- ٢- قدرة الخلايا الجذعية الجنينية على التحول إلى جميع أنواع الأنسجة الموجودة في جسم الإنسان، بينما لا تتمتع الخلايا البالغة بهذه القدرة على التحول^(٣).

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٧ / ٤٣٧، رقم: (٤٤٣٨)، وفيه قال الشيخ شعيب الأرنؤوط: «إسناده ضعيف .. وأورده الهيثمي في «المجمع» ٢٤١/٨، وقال: رواه أحمد والطبراني والبخاري بإسنادين، وفي أحد إسناديه عامر بن مدرك، وثقه ابن حبان، وضعفه غيره، وبقية رجاله ثقات، وفي إسناد الجماعة عطاء بن السائب، وقد اختلف.

(٢) طارق عبد المنعم خلف، الاستفادة من الخلايا الجذعية الجنينية، ص ٣٣٦، مصدر سابق.
(٣) الخلايا الجذعية، مجلة العلوم والتقنية، مجلة فصلية تصدرها مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، العدد (٩٤) السنة (٢٤)، ربيع الآخر ١٤٣١ هـ مارس ٢٠١٠م، ص ٦.

والتجربة الأولى التي تم فيها الحصول على الخلايا الجذعية من أجنة بشرية كانت في عام ١٩٩٨م، على يد العالم «جيمس ثومسون» من جامعة ماديون، حيث قام بعزل الخلايا الجذعية من كتلة الخلايا الداخلية للقيحة البشرية في مرحلة (البلاستولا) وتنميتها إلى أنواع مختلفة من الأنسجة والخلايا، وتكوين بعض الخطوط الخلوية من هذه الأنواع، وفي عام ٢٠٠٣م أصبحت بريطانيا أول دولة في العالم تنشئ بنكا حكوميا لصنع وتخزين خطوط من الخلايا الجذعية^(١).

ثالثا: أهمية الخلايا الجذعية في الطب الحديث: يأمل الأطباء والباحثون أن تقوم الخلايا الجذعية بثورة علاجية، يمكن من خلالها القيام بأدوار علاجية للعديد من الأمراض المستعصية، حيث يمكن أن تؤدي الخلايا الجذعية إلى ما يأتي:

١- فهم كيفية الإصابة ببعض الأمراض من خلال دراسة الخلايا الجذعية.

٢- استخدام خلايا صحيحة بدلاً من تلك المتضررة والمصابة، حيث بإمكان الخلايا الجذعية تكوين أي نوع من الخلايا، والتي من الممكن أن تستخدم لتجديد وإصلاح الأنسجة والخلايا المتضررة في جسم الإنسان، وبناء عليه يمكن أن يعول على هذه الخلايا الجذعية في الاستغناء عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية أو الصناعية^(٢).

٣- توفر الخلايا الجذعية علاجا لعدد كبير من الأمراض المستعصية، كأمراض وإصابات الحبل الشوكي، والسكري من النوع الأول، والزهايمر،

(١) طارق عبد المنعم خلف، الاستفادة من الخلايا الجذعية الجنينية، ص ٣٢٦، مصدر سابق.

(٢) فاطمة الزهراء قرطي، العلاج باستخدام الخلايا الجذعية، ص ٤٣، مصدر سابق.

وأعراض القلب، والسكتة الدماغية، والحروق، والسرطان، والتهاب المفاصل والحروق.

٤- تساعد الخلايا الجذعية في التغلب على الرفض المناعي عند زراعة بعض الأعضاء كالكلب والكلية.

٥- فحص مأمونية الأدوية الجديدة وفعاليتها وذلك قبل استخدامها على الإنسان باستخدام الخلايا الجذعية^(١).

رابعاً: مصادر الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية:

يتم الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية من ثلاثة مصادر:

الأول: الحصول على هذه الخلايا الجذعية عن طريق الأجنة المجهضة تلقائياً، أو بسبب علاجي مشروع.

الثاني: اللقائح والأجنة الفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب إذا وجدت وتبرع بها الوالدان.

الثالث: الاستتساخ العلاجي، بأخذ خلية جسدية من إنسان بالغ، واستخراج نواتها ودمجها في ببيضة مفرغة من نواتها، بهدف الوصول إلى مرحلة البلاستولا، ثم الحصول منها على الخلايا الجذعية^(٢).

ولا يدخل من هذه الأنواع والمصادر في سياق البحث إلا الخلايا الجذعية الجنينية المأخوذة من الأجنة الزائدة المجمدة، وكان لا بد من إعطاء هذه النبذة عن الخلايا الجذعية وأنواعها ومصادرها عموماً للوصول إلى ذلك.

(١) الخلايا الجذعية ودورها في علاج الأمراض. <https://www.webteb.com/articles>

(٢) د. واصف البكري، الحكم الشرعي في استخدام الخلايا الجذعية، ص ٧، مصدر سابق.

الفرع الثاني

حكم الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية من الأجنة المجمدة

تحرير محل النزاع: جعل الإسلام من مقاصده الأساسية حفظ النفس والنسل، والفقهاء الإسلامي ذو منهجية ربانية في التعامل معهما، لما يترتب على العلاج باستخدام الخلايا الجذعية من مصلحة حفظ النفس، ودفع مفسدة المرض عنها، ورفع الحرج، ودفع المشقة المترتبة على هذا الضرر، ومن هذا المنطلق قرر العلماء المعاصرون ما يلي:

١- جواز العلاج بالخلايا الجذعية من حيث الجملة، تحقيقاً للمصالح المترتبة على هذا الأسلوب العلاجي، وإثباتاً لمرونة الشريعة الإسلامية، وصلاحياتها لكل زمان ومكان، وشمولها لكل ما يستجد من حوادث ووقائع.

٢- الحصول على هذه الخلايا وتنميتها واستخدامها بهدف العلاج، أو لإجراء الأبحاث العلمية المباحة إن لم يلحق ضرراً بمن أخذت منه جائز شرعاً، في حال أن يتم الحصول عليها من الشخص البالغ بإذنه، كما يجوز أيضاً أخذها من المشيمة أو الحبل السري، أو في حالة الجنين الذي تم إجهاضه تلقائياً، أو بسبب شرعي إن أذن الوالدان.

٣- لا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية بسلوك طريق محرم لذلك، كالإجهاض المتعمد للجنين دون سبب شرعي، أو بإجراء تلقيح متعمد بين بويضة امرأة وحيوان منوي من أجنبي عنها، أو بأخذها من طفل ولو بإذن وليه؛ لأن الولي ليس له أن يتصرف فيما يخص من هو تحت ولايته إلا بما فيه النفع المحض له.

وقد صدر بذلك قرار المجمع الفقهي الإسلامي^(١)، وبه أفتت دار الإفتاء المصرية^(٢).

أما الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية من الأجنة الزائدة المجمدة، فقد اختلف فيه العلماء المعاصرون بين مؤيد ومعارض^(٣)، على قولين:

القول الأول: يجوز الحصول على الخلايا الجذعية من الأجنة الزائدة المجمدة، وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من ١٩-٢٣/١٠/١٤٢٤هـ، الذي يوافق: ١٣-١٧/١٢/٢٠٠٣م، حيث جاء في القرار المذكور في فقرته الخامسة عند تعداد حالات جواز الاستخدام ما يلي: «اللوائح الفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب إذا وجدت وتبرع بها الوالدان مع التأكيد على أنه لا يجوز استخدامها في حمل غير مشروع»^(٤).

- (١) قرار مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة بمكة المكرمة، بتاريخ ٢١/٧/٣٠٠٢م، ونصه: (أولاً: جواز الحصول على الخلايا الجذعية، وتتميتها، واستخدامها بهدف العلاج، أو لإجراء الأبحاث العلمية المباحة، إذا كان مصدرها مباحاً، ومن ذلك المصادر الآتية:
- ١- البالغون، إذا أذنوا ولم يكن في ذلك ضرر عليهم .
 - الأطفال، إذا أذن أولياؤهم لمصلحة شرعية، وبدون ضرر عليهم .
 - المشيمة أو الحبل السري، وبإذن الوالدين .
 - الجنين المسقط تلقائياً، أو لسبب علاجي يجيزه الشرع، وبإذن الوالدين .
- اللوائح الفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب إذا وجدت، وتبرع بها الوالدان، مع التأكيد على أنه لا يجوز استخدامها في حمل غير مشروع .
- ثانياً: لا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية واستخدامها إذا كان مصدرها محرماً، ومن ذلك على سبيل المثال: ١- الجنين المسقط تعمداً بدون سبب طبي يجيزه الشرع . ٢- التلقيح المتعمد بين ببيضة من متبرعة وحيوان منوي من متبرع . ٣- الاستنساخ العلاجي» .
- (٢) فتوى دار الإفتاء المصرية، بتاريخ ١٠٢/٩/٠٢م .
- (٣) الخلاف في هذه المسألة مبني على ما إذا كانت الأجنة المجمدة ناتجة عن تلقيح صناعي مشروع بين زوجين، ولم يكن القصد من التلقيح الحصول على الخلايا الجذعية أو إجراء التجارب الطبية، أما الأجنة الملقحة بين غير زوجين، أو التي كان الغرض من تلقيحها مجرد الحصول على الخلايا الجذعية أو التجارب البحثية، فالحكم فيها تحريم الحصول على الخلايا الجذعية بغير خلاف .
- (٤) قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة عشرة بمكة المكرمة، بتاريخ ١٢ / ٧١ / ٢٠٠٣ م

ويُستدل على الجواز بما يأتي:

١- أن عملية التلقيح لم تتم بغرض استخلاص الخلايا الجذعية منها،
إنما لغرض غرس

٢- البيضة المخصبة في رحم صاحبها لأجل تحصيل الولد.

٣- أنه يترتب على الانتفاع بهذه اللقائح في الحصول على الخلايا
الجذعية مصالح كثيرة، لا تقل عن مرتبة الحاجيات، بل قد تصل في
بعض الحالات إلى مرتبة الضروريات؛ وذلك عندما يترتب على الحصول
على هذه الخلايا من هذه البيضات المخصبة حفظ نفس من الهلاك.

٤- أن هذه البيضات الملقحة ما لم يتم إعادة غرسها في الرحم لمانع
فمصيورها إلى التلف، وبالتالي فإن الاستفادة منها في الحصول على
الخلايا الجذعية أولى من إهدارها^(١).

القول الثاني: لا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية الجنينية من الأجنة
الزائدة في عمليات التلقيح الصناعي، وهو ما انتهى إليه الرأي الفقهي لجمعية
العلوم الطبية الإسلامية^(٢)، وبه قال بعض الباحثين^(٣)، واستدلوا على ذلك بما
يلي:

أولاً: قول الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾^(٤).

(١) فاطمة الزهراء قرطي، العلاج باستخدام الخلايا الجذعية، ص ٥٠١، مصدر سابق.
(٢) د بدرية عبد الله الغامدي، موقف الإسلام والأديان الأخرى من الخلايا الجذعية، مجلة العلوم
والتقنية، مجلة فصلية تصدرها مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، العدد (٤٩) السنة (٤٢)، ربيع
الأخر ١٣٤١هـ مارس ٢٠١٢م، ص ٥١.
(٣) د ليلي سراج صدقة أبو العلا، بنوك الأجنة دراسة فقهية ٥٧٤١/٢، مصدر سابق.
(٤) الإسراء: ٥٧.

وجه الاستدلال من الآية: أن تنمية اللقائح إلى مرحلة الكرة الجرثومية للحصول على الخلايا الجذعية فيه مساس بكرامة الإنسان، يجعل جسده محلاً للقطع والتجارب، وهذا لا يليق بكرامة الإنسان^(١).

ويناقد هذا الاستدلال من وجهين:

١- أنه خارج عن محل النزاع؛ لأنه مبني على تعمد التلقيح والإجهاض للحصول على هذه الخلايا، وقد سبق الإشارة إلى تحريم هذه الحالة، فالمسألة الحالية لم يتم فيها تعمد التلقيح والتجميد لهذا الغرض.

٢- أن الآية الكريمة تتحدث عن تكريم الإنسان، والبيضة الملقحة المجمدة ليست إنساناً، وقد سبق تفصيل ذلك.

ثانياً: أن من قواعد الشريعة أن: (درأ المفاسد مقدم على جلب المصالح)^(٢)، والقول بالجواز يؤدي إلى زيادة حالات التلقيح بقصد الحصول على الخلايا الجذعية، وليس الحصول على الولد بالنسبة للزوجين العقيمين، وقد يتعدى ذلك إلى إجرائه بين غير الزوجين^(٣).

ويناقد: بأن لكل حالة حكمها، والتخوف من حدوث تجاوزات ليس مبرراً للتحريم، فالتلقيح بقصد الحصول على الخلايا الجذعية، أو التلقيح بين غير زوجين لا شك في تحريمه، ولا ينسحب ذلك على المسألة الحالية.

ثالثاً: وجود بدائل للأجنة المجمدة يمكن الحصول منها على الخلايا الجذعية الجنينية، وهي الأجنة المجهضة تلقائياً، والمشيمة، والحبل السري، فهي مصادر

(١) د بدرية الغامدي، موقف الإسلام والأديان الأخرى من الخلايا الجذعية، ص ١٠، مصدر سابق.

(٢) ينظر في تقرير القاعدة: الأشباه والنظائر للسبكي ١/ ١٠٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٧.

(٣) د بدرية الغامدي، موقف الإسلام والأديان الأخرى من الخلايا الجذعية، ص ١٠، مصدر سابق.

غنية بهذه الخلايا، ومن المعلوم أن هذه المخلفات يتم التخلص منها بعد الولادة، وليس فيها ضرر على الأم والطفل، وليس فيها مساس بكرامة الإنسان، فلا حاجة لاستخلاص الخلايا الجذعية من الأجنة البشرية مع وجود هذه البدائل^(١).

ويناقد هذا الاستدلال من وجهين:

١- أن الأجنة المجمدة زائدة عن حاجة التلقيح للزوجين، هي أيضا في حكم الأجنة المجهضة التي يتم التخلص منها، فلا مانع من الاستفادة منها بما فيه النفع وتحقيق المصلحة للإنسان.

٢- أن الخلايا الجذعية الجنينية التي مصدرها اللقيحات الفائضة أثبتت قدرتها في الطب على غيرها من الخلايا الأخرى في جسم الإنسان^(٢).

الترجيح

من خلال ما سبق يترجح لدي أن اللقائح الزائدة عن الحاجة في مشاريع أطفال الأنابيب، إذا استحال من الناحية الواقعية غرسها في رحم الزوجة صاحبة البويضة، كما لو توفيت بعد تلقيح ببيضتها في المختبر بمنوي زوجها، أو خيف عليها الهلاك من الحمل.. ونحو ذلك، فيجوز استخلاص الخلايا الجذعية منها، سيما إذا اجتمع مع ذلك عجز الطب عن توفير الرحم الصناعي الذي يمكن أن توضع فيه اللقيحة لتواصل تطورها، إذ تعتبر حينئذ في حكم الفاسدة، ولا يعتبر التصرف فيها إفساداً لها.

(١) د ليلي سراج ، بنوك الأجنة دراسة فقهية ٢/٤٧٤١، مصدر سابق.
(٢) طارق خلف، الاستفادة من الخلايا الجذعية الجنينية في العلاج والتجارب، ص ٣٣٣، مصدر سابق.

ويضاف إلى أدلة الجواز التي ذكرها القائلون به، أنه يفهم من أقوال بعض الفقهاء في الجنين قبل نفخ الروح أن الاستفادة الطبية من اللقيحة لا يعد قتلاً لها، ولا اعتداء عليها.

ففي الفقه الحنفي يقول ابن عابدين: «يباح لها - أي المرأة - أن تعالج في استنزال الدم ما دام الحمل مضغة أو علقة ولم يخلق له عضو، وقدرت تلك المدة بمائة وعشرين يوماً، وإنما أباحوا ذلك؛ لأنه ليس بآدمي»^(١).

وقال ابن قدامة في المغني: «وحديث الصادق المصدوق يدل على أنه - أي الجنين - لا ينفخ فيه الروح إلا بعد أربعة أشهر، وقبل ذلك فلا يكون نسمة، فلا يصلى عليه، كالجملات والدم»^(٢).

ويقول ابن حزم الظاهري في معرض الرد على من يجعل غرة الجنين الذي لم تنفخ فيه الروح للورثة: «أما قولهم: إن الغرة دية فهي كحكم الدية، وقد صح أن الدية موروثة على فرائض المواريث فالغرة كذلك، فإن هذا قياس باطل؟ لأن الجنين الذي لم ينفخ فيه الروح لم يقتل قط، فقياس دية من لم يقتل على دية من قتل باطل لو كان القياس حقاً؛ لأنه قياس الشيء على ضده، فبطل»^(٣).

وينبغي على ذلك أن الحصول على الخلايا الجذعية من الأجنة الزائدة لا يعد قتلاً لها، ولا إيذاء لآدمي في ذاته^(٤).

(١) حاشية ابن عابدين ١/ ٢٠٣.

(٢) المغني ٢ / ٩٨٣، ط: مكتبة القاهرة، ٨٦٩١.

(٣) المحلى بالآثار ١١/ ١٤٢، ط: دار الفكر بيروت، د ت.

(٤) د بدرية الغامدي، موقف الإسلام والأديان الأخرى من الخلايا الجذعية، ص ٠١، مصدر سابق.

المبحث السادس

الموازنة بين المصالح والمفاسد

المرتبة على تجميد الأجنة والاستفادة الطبية منها

تقرر في مسألة تجميد الأجنة الزائدة وما يتبعها من مسائل مترتبة على التجميد، أنها تعتبر من مستجدات هذا العصر، التي لم يثبت في حقها نص شرعي يتناولها بصفة مباشرة، ولا نظير لها تقاس عليه، فكان السبيل إلى معرفة الحكم في هذه المسائل، النظر في المقاصد الشرعية المتمثلة هنا في تتبع ما يترتب على هذا التصرف من مصالح ومفاسد، بالاستعانة بأهل الاختصاص في ذلك، ومن ثم الموازنة بين هذه المصالح وتلك المفاسد، والنظر فيما غلب منهما، وصولاً لاستنباط الحكم الصحيح بناء على هذه الموازنة:

أولاً: المفاسد المترتبة على تجميد الأجنة والاستفادة الطبية منها

ذكر المانعون من تجميد الأجنة الزائدة والاستفادة الطبية منها جملة من المفاسد والأضرار التي سيؤدي إليها هذا التجميد، وعلى الرغم من كثرة هذه المفاسد التي ذكروها إلا أنها في مجملها لا تخرج عن هذه الثلاثة:

١- إتلاف الأجنة وتعطيلها عن مواصلة النمو والتطور، حتى تصبح إنساناً كاملاً.

٢- المساس بكرامة الأدمي، وذلك بجعل مادة جسده محلاً للقطع والتشريح والتجارب، ويتمثل المساس بكرامة الكائن الإنساني في طبيعة التجارب الطبية على الجنين، والتي تهدف إلى تعديل الصفات الوراثية

للجنين، أو التلاعب في المورثات من أجل إرضاء شهوة علمية بحتة، كتجربة تهجين خلايا غير إنسانية بخلايا بشرية، أو من أجل الرضوخ إلى رغبات شخصية، كاختيار شكل الطفل الذي سيولد، باختيار لون عينيه أو بشرته.. وغيرها^(١).

٣- إساءة استخدام هذه الأجنة المجمدة بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب، إذ يمكن أن يتخذ التجميد لأغراض طبية ذريعة للمتاجرة بالأجنة، أو التبرع بها.

ثانيا: المصالح المترتبة على تجميد الأجنة والاستفادة الطبية منها

عدد المجيزون لتجميد الأجنة واستخدامها المشروع ومصالح مختلفة، أبرزها ما يأتي:

١- استخدامها في البحث والعلاج يؤدي إلى مصلحة حفظ النفس، ودفع مفسدة المرض عنها، ورفع الحرج، ودفع المشقة المترتبة على هذا الضرر.

٢- إثبات مرونة الشريعة الإسلامية، وصلاحياتها للتطبيق في كل زمان ومكان، وشمولها لما يستجد من حوادث، ووقائع؛ إذ أن هذه التقنية الطبية تعد من النوازل التي تعلق بها مصالح العباد^(٢).

ثالثا: الموازنة بين المصالح والمفاسد

هنالك معياران يتخذهما أهل العلم والاجتهاد لمعرفة قيم المصالح والمفاسد:

(١) سعاد راحلي، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، ص ٨٩١، رسالة دكتوراة بجامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١٢م.
(٢) فاطمة الزهراء قرطي، العلاج باستخدام الخلايا الجذعية، ص ٣٤، مصدر سابق.

المعيار الأول: معيار نوعي، يُرجع إلى نوع المقاصد التي يحققها الشارع في الخلق وحمايتها، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام: ضرورية، وحاجية، وتحسينية^(١).

المعيار الثاني: وهو النظر إلى عدد الأشخاص المتضررين من ترك المصلحة أو وقوع المفسدة، وقد قرر العلماء أن ما كان من المصالح والمفاسد أعم وأشمل كان أولى بالاعتبار طلباً أو دفعاً^(٢)، كما قرروا أن الحاجة إذا عمت صارت في منزلة الضرورة^(٣).

وبعد تحديد المعايير التي توزن بها المصالح والمفاسد، نشعر في وزنها في ضوء ما سبق:

١- وزن المفاسد: أعظم المفاسد التي تذكر لتجميد الأجنة هي: مفسدة إتلاف الجنين، والمساس بكرامة الأدمي، وإساءة استخدام هذه الأجنة المجمدة.

أما مفسدة إتلاف الأجنة: فالجواب عنها بما سبق الاستدلال عليه من أن إتلاف الجنين قبل نفخ الروح فيه لا ينطوي على إزهاق روح، ولا على إفساد

(١) يقول الإمام الشاطبي في تحديد مفاهيم هذه الأقسام: (الضرورية معناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهاجر وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين ... ومجموع الضروريات خمسة وهي: حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل ... وأما الحاجيات فمعناها أنها مفترق إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللائقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراعى دخل على المكلفين - على الجملة - الحرج والمشقة ... كإصابة الصيد والتمتع بالطيبات مأكلاً ومشرباً وملبساً ومسكناً ومركباً وما أشبه ذلك ... وأما التحسينيات فمعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق). (الموافقات ٢١/٢، ٢٢، ط: دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م).

(٢) الفروق للقرافي ١/ ١١٢ .

(٣) المنثور في القواعد الفقهية ٢ / ٤٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٨.

جزء من جسد تستخدمه روح آدمية؛ لأن الجنين في هذه المرحلة لا روح فيه، ولا يعتبر آدمياً؛ فهذا العمل إذن ليس قتلاً لآدمي، ولا إيذاء لآدمي في ذاته، ولا يعد التجميد تقويتاً لحياة إنسانية.

وأما مفسدة المساس بكرامة الآدمي: فيجاب عنها من وجهين:

الأول: أن الجنين في هذه المرحلة ليس آدمياً ولا جزءاً من آدمي.

الثاني: أن المساس بالكرامة الآدمية يتوقف وجوده على القصد من الفعل؛ فإن كان قصده التمثيل والتشنيع والإهانة، كان عملاً مسيئاً للكرامة الآدمية، وإن تجرد قصده عن ذلك، واتجه إلى تحقيق مصالح معتبرة لبني آدم، لم يكن في ذلك إساءة للكرامة الإنسانية، فقد استقر الاجتهاد المعاصر على جواز التبرع ببعض أعضاء الآدمي، وأجاز تشريح الجثث الآدمية لأغراض علمية وغيرها، ولم يقف معنى الكرامة حائلاً دون ذلك الاتجاه^(١).

وأما مفسدة فتح الباب أمام الاستغلال وإساءة التصرف في أجزاء الأجنة: فهذا أمر لا ينشأ عن ذات التصرف محل البحث، وإنما عن الانحراف في ممارسته، فكل مباح يمكن أن يُساء استعماله، فلا يكون ذلك سبباً في التحريم، وإنما يكون حافزاً على أخذ الاحتياطات العملية عند التنفيذ، فلا يكاد عمل من أعمال الأطباء الذي يكون محله الآدمي إلا ويدخله احتمال الاستغلال وإساءة التصرف، ولا أحد يقول بتحريم العلاج وإجراء العمليات الجراحية ونحو ذلك، والمخرج في ذلك كله هو تقييد المباحات التي تحتمل الاستغلال، والاحتياط لها في الواقع بالقيود التنفيذية، والمراقبة الفعالة، ومنع التعرف في ممارستها

(١) محمد نعيم ياسين، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء والتجارب العلمية، مجلة مجمع الفقه ٦/ ٧٣٤.

بالتشريعات الدقيقة الجامعة المانعة، وإلا فإن هذا يدخل كل باب ويؤول إلى التضييق على العباد^(١).

وخلاصة الرأي في قيمة ما ذكر من مفاصد التصرفات محل البحث أن شيئاً منها لا يعدو مرتبة التحسينيات، وأن بعضها موهوم أو مبالغ فيه، تلك هي قيمة المفاصد بحسب المعيار الأول.

وأما بحسب المعيار الثاني: (المتضررين من هذا التصرف)، فإن الضرر في المفسدة الأولى وهي إتلاف الجنين وتقويت فرصة تكوّن الولد إنما يقع على الأبوين، والمفترض أنهما أدنا بذلك، وأما المفسدة الثانية، وهي ما قيل من الإساءة إلى كرامة الأدمي بالتصرف في مادة جسده بالقطع والتشريح، فقد تقدم أنها مفسدة موهومة، ولا مجال لوصفها بالعموم أو بالخصوص، والمفسدة الثالثة المتعلقة بإساءة استخدام هذه الأجنة المجمدة، فقد سبق أنها لا تنشأ عن التصرف ذاته، وأنه يمكن الاحتياط لها وسد بابها أو التخفيف منها.

١- وزن المصالح: المصالح التي ذكرها الأطباء لاستخدام الأجنة المجمدة في التجارب العلمية، واستخلاص الخلايا الجذعية الجنينية للعلاج، فيقع بعضها في رتبة الضرورات، وبعضها في رتبة الحاجيات، وبعضها في رتبة التحسينيات، وبعضها أقل من ذلك، ويقع في مرتبة الزينة أو مرتبة الفضول.

ومثال الأولى: (الضرورات) ما يذكرونه من علاج بعض الأمراض المستعصية الخطيرة، كبعض الأمراض العصبية المستعصية، مثل مرض الشلل الرعاشي (الباركنسونزم)، ومرض الخرف المبكر (الزهايمر)؛ فإن هذه الأمراض تسبب

(١) المصدر السابق.

لأصحابها حرجاً عظيماً، وتفسد عليهم حياتهم، وإن لم تفوتها بالكلية، كما أن استخدام هذه الخلايا المأخوذة من الأجنة الزائدة في علاج هذه الأمراض فيه حفظ للعقل من التلف، وحفظ العقل من الضرورات التي حثَّ الشرع على المحافظة عليها^(١).

ومثال الثانية: (الحاجيات)، أنواع المعارف التي يحصل عليها الأطباء من إجراء التجارب على الأجنة، وتكون سبباً في الوقاية من بعض الأمراض، مثل معرفة أسباب الإجهاض التلقائي، وبعض أنواع العقم عند الرجال، واكتشاف الأمراض الوراثية والتشوهات الخلقية الخطيرة^(٢).

ومثال الثالثة: (التحسينيات)، فقد يدخل فيها ما ذكره الأطباء من تحصيل بعض العقاقير واللقاحات والمضادات المفيدة في العلاج والوقاية من أمراض تنتشر بين الناس، ولا ترجى الوقاية منها بغير ذلك^(٣).

ومثال الرابعة: (الزينة أو الفضول) فقد ذكر بعض الأطباء أن الأجنة المجمدة قد تستعمل لتحصيل منافع تقل في قيمتها عما تقدم، وربما كانت من التحسينيات، أو أقل منها، وربما كانت من باب التوسع في تلبية شهوة البحث العلمي، ولا تؤدي إلى منافع عملية، وربما كانت من قبيل التوسع في طلب مشتريات الإنسان، كاستخراج بعض مستحضرات التجميل من الأجنة فهذه لا شك في أنها منافع هابطة القيمة، ومصالح ملغاة، ولا تستحق أن توضع في كفة الميزان في مقابلة ما ذكرنا من مفاصد تجميد وإتلاف الأجنة التي لم ينفخ فيها الروح^(٤).

(١) د محمد علي البار، إجراء التجارب على الأجنة المجهضة والأجنة المستتبتة، مجلة مجمع الفقه ٣٣٣/٦.

(٢) د مأمون الحاج علي إبراهيم، الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء، مجلة مجمع الفقه ٥٥٣/٦.

(٣) سعاد راحلي، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، ص ٨٩١، رسالة دكتوراة بجامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٥١٠٢م.

(٤) محمد نعيم ياسين، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء والتجارب العلمية، مجلة مجمع الفقه ٩٣٤/٦.

رابعاً: نتيجة الموازنة

بالنظر في ميزان المفاصد والمصالح التي ذكرت لتجميد الأجنة الزائدة واستخدامها في التجارب العلمية والعلاج، ومقارنة ما أشار إليه في كل منهما، يتبين أن مصالح هذا التصرف تتفوق على مفاصده من حيث الجملة، وأما من حيث التفصيل فينبغي أن ينظر إلى كل حالة بخصوصها، وإلى قيمة المصالح التي هي مظنة لتحقيقها، ومقارنتها بما سبق ذكره من المفاصد، لما تقدم ذكره من تفاوت مصالح ذلك التصرف بحسب الحالات والأهداف.

ولذلك ينبغي أن يأخذ الحكم الشرعي لهذا التصرف ذلك المنحى، فيقال بجواز تجميد الأجنة التي لم تستقبل الروح بعد، واستخدامها في زراعة الأعضاء والتجارب العلمية، واستخلاص الخلايا الجذعية، لغرض العلاج من حيث الجملة، مع ضرورة النظر إلى كل حالة على حدة ليستبعد من هذا الجواز الحالات التي تقتصر على مصالح تحسينية أو أقل منها.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على من ختم الله تعالى به الرسالات، سيدنا محمد، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم.

أما بعد

فقد أتمَّ الله تعالى عليّ فضله، وأسبغ عليّ نعمته، وأعانني على الانتهاء من دراسة هذا الموضوع، وقد بذلت وسعي واستفرغت جهدي لإتمام هذا البحث على أكمل وجه، وللوصول إلى الحقيقة التي هي غاية كل باحث، فإن كنت قد وُفقت فمن الله - تعالى، وإن كانت الأخرى فحسبي حسن النية، وإخلاص القصد.

وقد خلصتُ من دراسة هذا الموضوع إلي بعض النتائج والتوصيات، أجمالها فيما يلي:

(أ): النتائج:

- ١- أن الدراسة الفقهية للمستجدات ضرورة شرعية تدل على سعة الشريعة ومرونتها وتجدها وصلاحيتها لكل زمان ومكان.
- ٢- أن الناظر في النوازل - سيما الطبية - في أمس الحاجة إلى مراعاة المقاصد الشرعية، والموازنة بين المصالح والمفاسد عند فهم النصوص؛ لتطبيقها على الوقائع، وإلحاق حكمها بالنوازل والمستجدات.
- ٣- أن الأجنة الزائدة في عمليات التلقيح الصناعي عبارة عن سلة من الخلايا في مرحلة التكوين عمرها أسبوع أو أكثر قليلاً، ولم يصل النمو فيها إلى مرحلة تكوين أعضاء.

٤- على الرغم من ترجيح أن بداية الحياة تكون منذ لحظة التلقيح؛ فإن البيضة الملقحة الفائضة عن عملية التلقيح الخارجي لا يمكن إضفاء وصف الجنين عليها.

٥- أن البيضة قبل التلقيح كالنطفة غير المنعقدة لا يتعلق بها حكم، سواء في إسقاطها أو تجميدها.

٦- يحرم تجميد الأجنة إذا كان السبب الباعث على فعل التجميد غير مشروع، كبيعها أو التبرع بها، ويجوز التجميد كان السبب مشروعاً، كإعادة التلقيح، أو غرض طبي مشروع.

٧- يجوز للضرورة إجراء التجارب على الأجنة المجمدة، والضرورة هنا إفادة البشرية بالبحث العلمي الذي يسهم في إنقاذ حياة كثير من البشر، التي هي من مقاصد الشريعة الغراء.

٨- اللقاح الزائدة عن الحاجة في مشاريع أطفال الأنابيب، إذا استحال من الناحية الواقعية غرسها في رحم الزوجة صاحبة البيضة، يجوز استخلاص الخلايا الجذعية العلاجية منها.

٩- المصالح المترتبة على تجميد الأجنة البشرية والاستفادة الطبية منها تتفوق على مفاسده من حيث الجملة، وأما من حيث التفصيل فينبغي أن ينظر إلى كل حالة بخصوصها

(ب): التوصيات:

١- تعزيز الجهود العلمية، المتمثلة في المؤتمرات والندوات واستنهاض جهود الباحثين الشرعيين لدراسة المستجدات المعاصرة، واستجلاء الموقف الشرعي منها في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة.

٢- العمل على التوعية الشرعية للعاملين في مجال الإخصاب الطبي والتلقيح الصناعي بقضايا النسب، وأهمية ما يقومون به وخطورته في اختلاط الأنساب وضياعها، ومدى مسؤوليتهم الشرعية عن ذلك.

٣- تفعيل رقابة المؤسسات الرسمية الحكومية على مراكز الإخصاب الطبي، بما يضمن عدم تساهل هذه المراكز في حفظ وتداول البويضات والأجنة المجمدة على النحو الذي يؤدي إلى اختلاط الأنساب، أو الاستغلال غير المشروع لهذه البويضات والأجنة.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

وصلّى الله وسلّم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه وسلّم تسليماً كثيراً

مراجع البحث

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- أبا الخيل، سليمان بن عبد الله أبا الخيل، إسقاط العدد الزائد من الأجنحة الملقحة صناعيا السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ٢٠١٠م.
- ٣- إبراهيم، مأمون الحاج علي، الاستفادة من الأجنحة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
- ٤- ابن الخباز، أحمد بن الحسين، توجيه اللع، ط: دار السلام، مصر، الطبعة: الثانية، ١٤٢٨ هـ.
- ٥- ابن القيم، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب، إعلام الموقعين، ط: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣ هـ.
- ٦- ابن تيمية، أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم الحراني، مجموع الفتاوى، ط: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
- ٧- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، مجموعة الرسائل والمسائل ط: لجنة التراث العربي، د. ت.
- ٨- ابن رجب الحنبلي، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد، جامع العلوم والحكم، ط: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.
- ٩- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط: دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.
- ١٠- ابن سلام، أبو عبید القاسم، غريب الحديث، ط: مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد- الدكن، الطبعة: الأولى، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م.

- ١١- ابن سيده، أبو الحسن علي بن إسماعيل، المحكم والمحيط الأعظم، ط: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ.
- ١٢- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، ط: دار الفكر، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.
- ١٣- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨ هـ .
- ١٤- ابن كثير، إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء ، تفسير القرآن العظيم ، دار النشر: دار الفكر - بيروت - ١٤٠١ هـ .
- ١٥- ابن منظور، محمد بن مكرم الأفيقي، لسان العرب، ط: دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى،
- ١٦- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، د.ت.
- ١٧- أبو العلا، ليلي سراج صدقة، بنوك الأجنة دراسة فقهية، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ٢٠١٠ م.
- ١٨- أبو زيد، بكر بن عبد الله، طرق الإنجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
- ١٩- الأزدي، أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد، جمهرة اللغة، ط: دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٨٧ م.
- ٢٠- الأشقر، عمر سليمان الأشقر، الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
- ٢١- آل محمود، عبد الله بن زيد، الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي، وما يسمى بشتل الجنين، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

- ٢٢- البار، محمد علي، أحكام تجميد وحفظ الأجنة والخلايا التناسلية، الدورة الثالثة والعشرين مجمع الفقه الإسلامي الدولي - جدة.
- ٢٣- البار، محمد علي، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه.
- ٢٤- البار، محمد علي، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب التلقيح الاصطناعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
- ٢٥- الباز، عباس أحمد، تجميد الحيوانات المنوية والبويضات رؤية فقهية طبية، مجلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد ٤١، العدد ١، ٢٠١٤م.
- ٢٦- باسلامة، عبد الله حسين، الاستفادة من الأجنة المجهضة والفائضة في زراعة الأعضاء وإجراء التجارب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
- ٢٧- البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ط: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
- ٢٨- البسام، عبد الله، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
- ٢٩- البكري، واصف عبد الوهاب، الحكم الشرعي في استخدام الخلايا الجذعية، ورقة عمل مقدمة إلى الندوة الوطنية للخلايا الجذعية المنعقدة في الفترة من ٥-٦ /١٠/٢٠١١ عمان - الأردن.
- ٣٠- التميمي، رجب، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
- ٣١- جبر، لبنى محمد، شعبان الصفدي، الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، رسالة ماجستير بكلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٠٧م.
- ٣٢- حتوت، حسان، استخدام الأجنة في البحث والعلاج، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
- ٣٣- حسن السيد حامد خطاب، بنوك الحيامن وضوابطها في الفقه الإسلامي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني (قضايا طبية معاصرة)، جامعة الإمام محمد بن سعود، ١٤٣١هـ.

- ٣٤- الحسن، ميادة محمد، حكم الأجنة الفائضة في التلقيح الصناعي، د.ط.
- ٣٥- حسين، طلال خلف، العقم بين الطب والشرع، بحث منشور بمجلة الفريديس للفنون، جامعة تكريت، العراق، العدد ٢٧، ٢٠١٧م.
- ٣٦- الحقييل، مساعد بن عبدالله بن حمد، تجميد أنسجة المبيض، دراسة فقهية، مجلة البحوث الإسلامية التي تصدرها هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، العدد ١٦، ١٤٤٠هـ.
- ٣٧- الحموي، أحمد بن محمد مكي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.
- ٣٨- الخرخشي، محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي، شرح مختصر خليل للخرشي، ط: دار الفكر للطباعة، بيروت، د.ت.
- ٣٩- الخطيب، ياسين بن ناصر، بنوك الأجنة والحيامن المنوية والجينات، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود، ٢٠١٠م.
- ٤٠- خلف الله، شعبان، العلاج بالخلايا الجذعية، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.
- ٤١- خلف، طارق عبد المنعم، الاستفادة من الخلايا الجذعية الجنينية في العلاج والتجارب، بحث منشور بمجلة علوم الشريعة والقانون بالجامعة الأردنية، المجلد ٤١، العدد ١، سنة ٢٠١٤م.
- ٤٢- الخميس، عبد الله عبد الواحد، بنوك الحيامن والبييضات، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني (قضايا طبية معاصرة) جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض ١٤٣١هـ.
- ٤٣- راحلي، سعاد، النظام القانوني للتجارب الطبية على الأجنة البشرية، رسالة دكتوراة بجامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١٥م.
- ٤٤- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد، نهاية المحتاج، ط: دار الفكر، بيروت، د.ت.

- ٤٥- الزبيدي، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، ط: دار الهداية، د.ت.
- ٤٦- الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط: دار الفكر - دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.
- ٤٧- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية عشرة، د.ت.
- ٤٨- الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٩ هـ.
- ٤٩- الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.
- ٥٠- الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، تشنيف المسامع بجمع الجوامع، ط: مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م.
- ٥١- السبكي، تاج الدين عبد الوهاب، الأشباه والنظائر، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.
- ٥٢- سليمان، النحوي، التلخيص الصناعي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة الجزائر ٢٠١١ م.
- ٥٣- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، ط: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م.
- ٥٤- الشرجي، باسم محمد، الإجهاض بين التجريم والإباحة، ط: المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧ م.
- ٥٥- الشهاوي، شفيقة الشهاوي رضوان، تجميد البيوضات بين الطب والشرع، د.ط.
- ٥٦- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني، دار الكتاب العربي، الطبعة: الأولى ١٤١٩ هـ، ١٩٩٩ م.

- ٥٧- صيام، جيداء رجب، مقصد حفظ النسل وأثره في تكييف المستجذات الطبية في الفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، المجلد ١٥، العدد ٢، ربيع الثاني ١٤٤٠ هـ / ديسمبر ٢٠١٨ م.
- ٥٨- طالب، عبد الرحمن محمد أمين، البنوك الطبية (واقعه وأحكامها)، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ١٤٣٠هـ.
- ٥٩- الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب، المعجم الكبير، مكتبة ابن تيمية - القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
- ٦٠- الطيار، عبد الله بن محمد، وآخرون، الفقه الميسر، ط: مَدَارُ الوَطْن، الرياض، الطبعة الأولى ٢٠١١م.
- ٦١- العبادي، عبد السلام داود، حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
- ٦٢- عباس، فضل حسن، التفسير والمفسرون (أساسياته واتجاهاته ومناهجه في العصر الحديث)، ط: دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة: الأولى، ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م.
- ٦٣- عز الدين، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، الفوائد في اختصار المقاصد لعز الدين بن عبد السلام، ص ٤٣، ط: دار الفكر المعاصر، دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤١٦.
- ٦٤- عز الدين، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ط: مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، ١٤١٤ هـ - ١٩٩١ م.
- ٦٥- عمر، أحمد مختار، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ.
- ٦٦- عمر، أحمد مختار، معجم الصواب اللغوي، ط: عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
- ٦٧- الغامدي، بدرية عبد الله، موقف الإسلام والأديان الأخرى من الخلايا الجذعية، مجلة العلوم والتقنية، تصدرها مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، العدد (٩٤) السنة (٢٤)، ١٤٣١هـ.

- ٦٨- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، ط: دار المعرفة - بيروت، د.ت.
- ٦٩- غنيمي، وفاء ، إسقاط العدد الزائد من الأجنحة الملقحة صناعياً، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ١٤٣١هـ.
- ٧٠- الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥ م.
- ٧١- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق، ط: عالم الكتب، د.ط، د.ت.
- ٧٢- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن)، دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.
- ٧٣- قرطي، فاطمة الزهراء، العلاج باستخدام الخلايا الجذعية، رسالة ماجستير بكلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشهيد حمه لخضر الجزائر، ٢٠١٥م.
- ٧٤- القزويني، أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، ط: دار الفكر، ١٣٩٩هـ، ١٩٧٩م.
- ٧٥- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي الكبير، ط: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩م.
- ٧٦- مجلة العلوم والتقنية، مجلة فصلية تصدرها مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية، العدد (٩٤) السنة (٢٤)، ربيع الآخر ١٤٣١هـ مارس ٢٠١٠م.
- ٧٧- المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية، د.ت.
- ٧٨- المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، التحبير شرح التحرير، ط: مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

٧٩- المزني، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، مختصر المزني، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ.

٨٠- مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، دار النشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، د ط،

٨١- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري، صحيح مسلم بشرح النووي، دار النشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٣٩٢، الطبعة: الطبعة الثانية.

٨٢- الهرري، محمد الأمين بن عبد الله الأزمي العلوي، الكوكب الوهاج شرح صحيح مسلم، ط: دار المنهاج، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ، ٢٠٠٩ م.

٨٣- هزاع، ماجدة، تحسين النسل من منظور إسلامي، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني (قضايا طبية معاصرة) جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ١٤٣١هـ.

٨٤- ياسين، محمد نعيم، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، ١٩٩٠م.



بيان الحال

ودلالته على الأحكام الشرعية

إعداد

د/ محمد صلاح حلمي سعد

مدرس أصول الفقه

بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

ملخص البحث

فإن من أجل نعم الله تعالى على الإنسان أن علمه البيان، ولهذا ذكر الله تعالى نعمة تعليم البيان بعد نعمتي تعليم القرآن، وخلق الإنسان، ولأهمية موضوع البيان فقد تكفل الله تعالى به فقال تعالى { إِنَّ عَلَيْنَا بَيَانَهُ } [القيامة/ ١٩]، كما أوكل إلى نبيه محمد ﷺ مهمة البيان فقال تعالى: {وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ} [النحل/44]

وهذا البحث يهدف إلى بيان ضرب من ضروب البيان للنصوص الشرعية وهو البيان بحال المبين.

كما أنه يجلي بوضوح تعدد أدوات الشارع الحنيف في بيان شريعته بما يتناسب مع الأحوال المختلفة والموضوعات المتعددة.

ولقد جاء البحث في مقدمة ومبحثين وخاتمة

المبحث الأول: تعريف البيان والإجمال

المبحث الثاني: المراد ببيان الحال ودلالته على الأحكام الشرعية

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات ومنها: أن مصطلح بيان الحال من المصطلحات التي أطلقتها بعض الأصوليين على وجه من وجوه البيان، وقد قرر الأصوليون أن كل حكاية وقعت في القرآن الكريم فلم ينكرها فهي دليل على الأحكام الشرعية، وأن كل حكاية وقع لها رد في القرآن فهي باطلة؛ وهذا التقرير هو البيان بحال القرآن، وفيه فقه عجيب، وتقرير للأحكام بديع، كما يعتبر البيان بحال القرآن هو المعتمد لدى من استدل بشرائع السابقين على الأحكام الشرعية.

ويوصي الباحث العلماء أن يتعهدوا جميع أحوالهم وأن يضبطوها بميزان الشرع؛ لأنهم موضع القدوة ومحل نظر الناس، وبأحوالهم يستدلون، ولها يتبعون.

الكلمات المفتاحية: البيان، الإجمال، بيان الحال

**Statement of the status and evidence of the
islamic rulings**

Mohamed Salah Helmy Sa'ad

**Department of Jurisprudence, Faculty of Law
and Law, Al-Azhar University, Cairo, Egypt**

E-mail: mohamedsalah.12 @azhar.edu.eg

Abstract

For the sake of Allah's grace, man must teach him the statement, and that is why Allah mentioned the grace of teaching the statement after my grace saluting the Qur'an. And the creation of man, and because of the importance of the subject of the statement, may Allah take care of him, and he said, "We have to do it." He said: "We have to bring down those who remember to be brought to the point. For people who have not been displaced to their own and to think about them.

This research is aimed at demonstrating a form of statement of the islamic texts, which is the statement in the case of the statement indicated.

It also clearly demonstrates the multiplicity of street tools in its legal statement in accordance with the various situations and topics.

The research came in the introduction, the two papers and the conclusion

The first topic: definition of the statement and the total

The second topic: what is meant to show the situation and its significance to the islamic rulings

Conclusion: The most important results and recommendations, including: that the term statement of the case is one of the terms that some fundamentalists have issued in one aspect of the statement, and the fundamentalists have decided that every story that occurred in the Holy Quran did not deny it, it is evidence of the islamic rulings, and that every story that has a response in the Qur'an is invalid;

Keywords: Statement, Total, Status Statement

مقدمة

الحمد لله الرحيم الرحمن، خلق الإنسان، علمه البيان، والصلاة والسلام على النبي العدنان، بعثه ربه بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله، فبلغ الرسالة وأدى الأمانة، ونصح للأمة، وبلغ الدين، بأبلغ عبارة وأوضح بيان، وما ترك باباً من أبواب الخير إلا ودل أمته عليه، ولا باباً من أبواب الشر إلا وحذر أمته ونهاها عنه، حتى ترك الناس على المحجة البيضاء، والشریعة الغراء، والملة الحنيفة السمحاء، فصلوات ربي وسلامه عليه وعلى آله وأصحابه أجمعين.

أما بعد:

فإن من أجل نعم الله تعالى على الإنسان أن علمه البيان، ولهذا ذكر الله تعالى نعمة تعليم البيان بعد نعمتي تعليم القرآن، وخلق الإنسان، فقال جل جلاله { الرَّحْمَنُ عَلَّمَ الْقُرْآنَ خَلَقَ الْإِنْسَانَ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ } [الرحمن/١:٤]

ولأهمية موضوع البيان فقد تكفل الله تعالى به فيبين الدين ووضحه للناس قال تعالى { إِنَّ عَلَيْنَا جَمْعَهُ وَقُرْآنَهُ فَإِذَا قَرَأْنَاهُ فَاتَّبِعْ قُرْآنَهُ ثُمَّ إِنَّ عَلَيْنَا بَيَانَهُ } [القيامة: ١٧ / ١٩] ولم يترك الله تعالى أمراً يحتاج إلى البيان حتى بينه بكتابه أو بسنة نبيه ﷺ .

قال الإمام الشافعي: "فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها. قال الله تبارك وتعالى: { كِتَابٌ أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ لِتُخْرِجَ النَّاسَ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ بِإِذْنِ رَبِّهِمْ إِلَى صِرَاطٍ الْعَزِيزِ الْحَمِيدِ } [إبراهيم: 1] وقال: { وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ } [النحل:

[44

وقال: {وَأَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ
[النحل: 89]}

وقال: {وَكَذَٰلِكَ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ رُوحًا مِّنْ أَمْرِنَا مَا كُنْتَ تَدْرِي مَا الْكِتَابُ وَلَا الْإِيمَانُ
وَلَكِن جَعَلْنَاهُ نُورًا نَّهْدِي بِهِ مَنْ نَّشَاءُ مِنْ عِبَادِنَا وَإِنَّكَ لَتَهْدِي إِلَىٰ صِرَاطٍ مُّسْتَقِيمٍ
[الشورى: 52]}^(١)

وقد أوكل الله تعالى إلى نبيه محمد ﷺ مهمة البيان فقال تعالى: {وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ
الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ} [النحل/44]

ثم قال الله تعالى لنبيه بعدها بآيات: {وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ إِلَّا لِتُبَيِّنَ لَهُمُ
الَّذِي اخْتَلَفُوا فِيهِ وَهُدًى وَرَحْمَةً لِّقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ} [النحل/64]

فقام النبي ﷺ بمهمة البيان خير قيام، فبين بأقواله كما بين بأفعاله وتقريراته
وإشاراته وأحواله.....

ولما كان موضوع البيان بهذه المكانة المرموقة والمنزلة العالية من بين
موضوعات علم أصول الفقه، فقد أولاه الأصوليون اهتمامهم ومزيد عنايتهم، ولا
أدل على ذلك من افتتاح الإمام الشافعي كتابه الرسالة بالحديث عن البيان وأنواعه
وأقسامه وأحكامه وبيان دلالاته على الأحكام الشرعية.

ولم يكتف الأصوليون بما دونه الإمام الشافعي حتى أضافوا وعرفوا وفرعوا
وقسموا وناقشوا....

وقلما تجد كتاباً أصولياً إلا وتناول موضوع البيان بالدرس والتوضيح، مع
اختلاف طرائقهم في التطويل والاختصار، والإقلال والإكثار.

(١) الرسالة للإمام الشافعي ص ١٩٠.

ومما نبه عليه الأصوليون أن البيان وسائله متعددة فمنها: البيان بالقول، والبيان بالفعل، والبيان بالتقرير، والبيان بالترك، والبيان بالمفهوم، والبيان بالإشارة، والبيان بالكتابة.....

وقد وجدت من الأصوليين من ذكر من أن أنواع البيان: البيان بالحال، بمعنى أن المبين يكون بيانه بدلالة الحال الذي هو عليه.

فبحثت عن هذا المصطلح في كتب الأصول فوجدت العناية به قليلة، حتى أدخله بعض الأصوليين في غيره من أنواع البيان، ولم أجد من خصه بمزيد عناية إلا الإمام الشاشي^(١) الحنفي في سطور معدودة في أصوله، كما وجدت تعريفا له عند الشيخ محمد عميم الإحسان البركتي^(٢) في كتابه قواعد الفقه.

ولما كان الحال هكذا رأيت أن أتناول هذا الموضوع بمزيد بيان توضيح، بأن أضم ما تناثر من مباحثه في موضع واحد، وأوضح ما خفي من عبارات الأصوليين حول هذا النوع من البيان مع التمثيل والاستدلال، وجمع القواعد والضوابط الحاكمة له، مع بيان حاجة الأمة إلى هذا النوع من البيان في الواقع المعاصر، والله الموفق وهو الهادي إلى سواء السبيل.

أولاً: مشكلة البحث

يقوم هذا البحث للإجابة على مجموعة من التساؤلات منها:

- ما هو بيان الحال، وكيف يدل على الأحكام الشرعية؟

(١) هو إسحاق بن إبراهيم، أبو يعقوب، الخراساني، الشاشي، فقيه الحنفية في زمانه، نسبته إلى الشاش - وراء نهر سيحون - وتوفي بها سنة ٣٢٥ هـ. له: أصول الشاشي. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية ١/١٣٦.

(٢) هو محمد عميم الإحسان المجددي الحسيني البركتي البنجلاديشي الماتريدي الحنفي ولد في محرم ١٣٢٩ هـ، الموافق يناير ١٩١١، وتوفي في شوال ١٣٩٥ هـ الموافق أكتوبر ١٩٧٥ م عمل رئيس الأساتذة بالمدرسة العالية بباكستان، وله مؤلفات كثيرة تزيد عن ثلاثين مؤلفاً.

- من صاحب الحال الذي يبين نصوص الشرع الحنيف بحاله؟
- ما هي الأحكام الشرعية التي يمكن بيانها بالحال؟
- ما مقدار دلالة الحال على الأحكام الشرعية؟
- ما هي درجة بيان الحال بين أنواع البيان المختلفة؟
- هل تدخل أحوال غير المعصومين في بيان الشريعة؟

ثانيا: أهمية البحث

تبرز أهمية هذا البحث في أنه يعتمد على بيان ضرب من ضروب البيان للنصوص الشرعية التي تدل على الأحكام الفرعية.

كما أنه يجلي بوضوح تعدد أدوات الشارع الحنيف في بيان شريعته بما يتناسب مع الأحوال المختلفة والموضوعات المتعددة.

كما يوضح هذا البحث طريقة دخول حملة الشريعة من العلماء الربانيين والأئمة المجتهدين في بيان الشريعة، فقد جعلهم الشرع في مكانة عالية، جعلت أحوالهم محل نظر الناس، فكانوا للناس قدوة، وللشريعة مبيينين، فكان عليهم أن يحفظوا أنفسهم في أقوالهم وأفعالهم وسائر أحوالهم، وأن تكون جميع أحوالهم محفوفة بالحيطه والحذر، لأنهم ورثة الأنبياء في بيان الشرع الحنيف، والناس يتلقفون أقوالهم وأحوالهم ويجعلونها موضع القدوة والاستدلال.

ثالثا: أهداف البحث

يهدف البحث إلى مجموعة من الأهداف منها:

- بيان مفهوم بيان الحال وموقعه في أصول الفقه الإسلامي.

• بيان أصحاب الأحوال الشريفة التي جعلها الشارع دليلاً على الأحكام الشرعية.

• بيان الأحكام التي يمكن بيانها بدلالة الحال.

• توضيح موقف العلماء من مفهوم بيان الحال وأثر ذلك في الفروع الفقهية.

• إظهار التكامل بين القواعد الأصولية والقواعد المقاصدية.

رابعاً: منهج البحث

سوف يتبع الباحث في بحثه هذا كلاً من:

• **المنهج الاستقرائي** بتتبع أطراف الموضوع وما كتبه العلماء حوله في مصادرهم المعتمدة، وإعادة تركيب ما سطره مفرقاً في سلك جامع لذلك الشتات.

• **المنهج التحليلي** عن طريق تحليل أقوال العلماء في هذه المسألة وأدلتهم للوصول إلى النتائج المرجوة.

• **المنهج الوصفي**: وذلك بتوصيف وتوضيح ما كتبه العلماء حول الموضوع مع المقارنة بين مذاهب العلماء المختلفة في هذه المسألة، وبيان أدلة كل فريق، ومناقشة هذه الأدلة للوصول إلى الراجح من هذه الأقوال.

خامساً: إجراءات البحث

سوف تكون إجراءات البحث وفقاً لما يلي:

- استقراء وجمع المسائل الأصولية المتعلقة بموضوع البحث من كتب الفقه وأصوله.

- دراسة المسائل الأصولية دراسة تحليلية مقارنة بآراء الأصوليين، مع الاستدلال والمناقشة العلمية، ثم اختيار الرأي الراجح.

- بيان أثر الاختلاف في هذه المسائل في الفروع الفقهية.
- الاعتماد في البحث التوثيق الأصولي على أمهات الكتب الأصولية حسب أقدميتها في الوجود، مع ترتيب هذه المراجع بحسب وفيات أصحابها.
- سوف أعزو الآيات القرآنية إلى سورها من المصحف الشريف، مع ذكر رقم الآية.
- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة من مظانها، مع الحكم عليها من كتب الحديث.
- التعريف بالمصطلحات الأصولية والفقهية والترجمة للأعلام المحتاج إليها بالبحث.
- ضبط الكلمات التي تحتاج إلى الضبط بالشكل.

سادسا: خطة البحث

يتكون هذا البحث من مقدمة ومبحثين وخاتمة

المبحث الأول: تعريف البيان والإجمال

المطلب الأول: تعريف البيان لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: تعريف المبين والمجمل

المطلب الثالث: وقوع الإجمال في الألفاظ والتراكيب وأسبابه

المطلب الرابع: حكم الإجمال في النصوص الشرعية

المطلب الخامس: ما يكون به بيان المجمل

المطلب السادس: وجوه البيان

المبحث الثاني: المراد ببيان الحال ودلالته على الأحكام الشرعية

المطلب الأول: تعريف بيان الحال ووجوهه

المطلب الثاني: البيان بحال القرآن

المطلب الثالث: البيان بحال النبي ﷺ

المطلب الرابع: البيان بحال أهل العلم

المطلب الخامس: البيان بحال الناس

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات

وبعد: فهذه مسألة دقيقة من مسائل علم أصول الفقه، جديرة بالبحث والتحري، وفيها فقه عجيب، ومنهج في بيان الأحكام بديع، ولهذا فقد بذلت طاقتي في جمع شتاتها، ولم آل جهداً في تحليل وبيان آراء العلماء فيها، قاصداً الحق والدليل، مؤملاً أن أكون قد أسهمت ببعض ما ينبغي أن تأخذه هذه المسألة من بحث وعناية، وأن أكون قد أدت بعض ما يجب عليّ نحوها بما أوّمل ثوابه، والله أسأل أن يجعل الحق قبلي، والاعتدال وجهتي، ومجانبة الشذوذ طريقتي، وأن يجعل هذا العمل مقبولاً عند أساتذتي، مفيداً لقارئيه، كما أسأله سبحانه أن يجعله مخلصاً لوجهه الكريم، وأن يجعله في ميزان حسناتي يوم الدين.

وصلّى الله على سيدنا محمد، وعلي الأنبياء والمرسلين، ورضي الله عن

الصحابه أجمعين، وعن التابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المبحث الأول

تعريف البيان والإجمال

اقتضت حكمة الله وإرادته أن يكون الوحي الشريف عربياً؛ لذا كان فهمه والاستدلال به على الأحكام الشرعية متوقفاً على بيان الألفاظ والتراكيب العربية وفهماها، وصار الجهل بالبيان من أهم أسباب الخطأ في الاستدلال؛ ولهذا قال الإمام الشافعي: «البيان اسم جامع لمعاني مجتمعة الأصول، متشعبة الفروع؛ فأقل ما في تلك المعاني المجتمعة المتشعبة أنها بيان لمن خوطب بها ممن نزل القرآن بلسانه، متقاربة الاستواء عنده، وإن كان بعضها أشد تأكيد بيان من بعض، ومختلفة عند من يجهل لسان العرب»^(١).

وقال عبد الله بن المعتز^(٢): «البيان ترجمان القلوب، وصقيل العقول، ومجلي الشبهة، وموجب الحجة، والحاكم عند اختصاص الظنون، والفاروق بين الشك واليقين، وهو من سلطان الرسل الذي انقاد به المستصعب، واستقام الأصيل، وبهت الكافر»^(٣).

وفي هذا المبحث أتناول البيان والإجمال بشيء من التوضيح في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف البيان لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: تعريف البيان والمجمل

(١) الرسالة للشافعي ص ٢١.

(٢) هو عبد الله بن المعتز بالله أمير المؤمنين، واسمه محمد بن جعفر المتوكل على الله بن أبي إسحاق المعتصم بالله يكنى أبا العباس كان متقدماً في الأدب، غزير العلم، حسن الشعر، وسمع المبرد وثعلبا وأبا علي العنزي، ولد لسبع بقين من شعبان سنة سبع وأربعين يعني ومائتين، ومات يوم الأربعاء لليلة خلت من شهر ربيع الآخر سنة ست وتسعين. ينظر: تاريخ بغداد ١١/٣٠٢.

(٣) ينظر: الفقيه والمتفقه للخطيب البغدادي ١/٣١٦.

المطلب الثالث: وقوع الإجمال في الألفاظ والتراكيب وأسبابه

المطلب الرابع: حكم الإجمال في النصوص الشرعية

المطلب الخامس: ما يكون به بيان المجل

المطلب السادس: وجوه البيان

المطلب الأول

تعريف البيان لغة واصطلاحاً

البيان لغة: اسم مصدر بين إذا أظهر، يقال: بين بيانا وتبيننا فهو بين، وأبان إبانة، وبين وتبين واستبان كلها بمعنى الوضوح والانكشاف، يقال: بان الشيء بيانا: اتضح فهو بين، والجمع أبيان، مثل هين وأهيناء، وكذلك أبان الشيء فهو مبين، وأبنته أي أوضحتها، واستبان الشيء: وضح، واستبينته أنا: عرفته، وتبين الشيء: وضح وظهر، والتبيين: الإيضاح، والوضوح. وكذلك: أبان الشيء فهو مُبين، وأبنته أي: أوضحتها، واستبان الشيء: ظَهَرَ^(١).

البيان اصطلاحاً: عرف الأصوليون البيان والمبين بتعريفات مختلفة لملاحظات مختلفة، فمنهم من نظر إلى فعل المبين، ومنهم من نظر إلى محل البيان، ومنهم من نظر إلى ما حصل به البيان، ومنهم من خص البيان بما سبق خفاؤه، ومنهم من أطلقه على كل إيضاح سبقه خفاء أو لم يسبقه خفاء، ومن هذه التعريفات:

التعريف الأول: البيان هو الدليل، يقال: بيّن الله الآيات لعباده، أي: نصب لهم أدلة دالة على أوامره ونواهيه. ذكره القاضي أبو بكر الباقلاني، وارتضاه إمام الحرمين، واختاره الغزالي والرازي، وصححه القاضي ابن العربي المالكي، وقال: وهذا صحيح لفظاً ومعنى، طرداً وعكساً^(٢).

التعريف الثاني: البيان هو: إخراج الشيء من حيز الإشكال إلى حيز التجلي^(٣).

(١) ينظر: الصحاح مادة (ب ي ن) ٢٠٨٣/٥، ولسان العرب ٦٧/١٣.
(٢) ينظر: التقريب والإرشاد الصغير للباقلاني ٣/٣٧٠، والبرهان لإمام الحرمين ٤٢/١، والمستصفي للغزالي ص ١٩١، والمحصل لابن العربي ص ٤٧، والمحصل للرازي ١٥٠/٣.

وهو تعريف أبي بكر الصيرفي^(١)، واختيار أبي بكر عبد العزيز^(٢) من الحنابلة^(٣). واختاره إمام الحرمين في الورقات، وقال عنه في البرهان: «وهذه العبارة وإن كانت محمولة على المقصود فليست مرضية؛ فإنها مشتملة على ألفاظ مستعارة كالحيز والتجلي، وذوو البصائر لا يودعون مقاصد الحدود إلا في عبارات هي قوالب لها تبلغ الغرض من غير قصور ولا ازدياد يفهمها المبتدئون ويحسنها المنتهون»^(٤).

التعريف الثالث: البيان هو العلم الحاصل من الدليل. وإليه ذهب أبو عبد الله البصري وغيره^(٥).

قال إمام الحرمين: «وهو غير مرضى؛ فإن الإنسان ينهي الكلام إلى حد البيان ويحسن منه أن يقول تم البيان وإن لم يفهم المخاطب وقد يقول بينت فلم يتبين»^(٦).

وقال ابن العربي عن هذا التعريف: «وهذا ضعيف؛ لأنه لو اطرده لانعكس، ولا يصح أن يقال: العلم هو البيان؛ فإنه لا يصح ذلك فيه؛ إذ البيان والتبين يقتضي سبق استبهام، فيخرج عنه علم الله تعالى»^(٧).

(١) الصيرفي: هو محمد بن عبد الله الصيرفي، الشافعي، البغدادي، الفقيه، الأصولي، المحدث، تفقه على ابن سريج، له: شرح الرسالة، ودلائل الأعلام، وغيرها، وتوفي بمصر سنة ٣٣٠ هـ. ينظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١١١، وطبقات الشافعية الكبرى ١٢٠/٣.

(٢) الشيخ، الإمام، العلامة، شيخ الحنابلة، أبو بكر عبد العزيز بن جعفر بن أحمد بن يزيد البغدادي الفقيه، تلميذ أبي بكر الخلال، ولد سنة خمس وثمانين ومائتين، وله: المقنع، والشافعي، وزاد المسافر، والخلاف مع الشافعي، ومختصر السنة، وتوفي في شوال سنة ثلاث وستين وثلاث مائة، وله ثمان وسبعون سنة. ينظر: سير أعلام النبلاء ١٤٤/١٦.

(٣) ينظر: الفصول في الأصول للجصاص ١٧/٢، والعدة لأبي يعلى ١٠٥/١، واللمع للشيرازي ص ٥٢.

(٤) ينظر: الورقات لإمام الحرمين ص ١٨، والبرهان ٣٩/١.

(٥) ينظر: نفائس الأصول شرح المحصول للقرافي ٢١٨٢/٥، وشرح مختصر الروضة للطوفي ٦٧٢/٢.

(٦) ينظر: البرهان ٣٩/١.

(٧) ينظر: المحصول لابن العربي ص ٤٧.

ورده الآمدي بأن حصول العلم عن الدليل يسمى تبيناً، والأصل في الإطلاق الحقيقة، فلو كان هو البيان أيضاً حقيقة لزم منه الترادف، والأصل عند تعدد الأسماء تعدد المسميات، تكثريراً للفائدة، ولأن الحاصل عن الدليل قد يكون علماً، وقد يكون ظناً؛ وعند ذلك فتخصيص اسم البيان بالعلم دون الظن لا معنى له، مع أن اسم البيان يعم الحالتين»^(١).

قال العضد^(٢): «البيان يطلق على فعل المبين وهو التبيين كالسلام والكلام للتسليم والتكليم، واشتقاقه من بان إذا ظهر أو انفصل، وعلى ما حصل به التبيين وهو الدليل، وعلى متعلق التبيين ومحلّه وهو المدلول، وبالنظر إلى المعاني الثلاثة اختلف تفسير العلماء له: فقال الصيرفي بالنظر إلى الأول، وهو الإخراج من حيز الإشكال إلى حيز التجلي والوضوح... وقال القاضي والأكثرين نظراً إلى الثاني إنه هو الدليل، وقال أبو عبد الله البصري نظراً إلى الثالث وهو العلم عن الدليل»^(٣).

وقال العبدري^(٤) بعد حكاية المذاهب: «الصواب أن البيان هو مجموع هذه الأمور الثلاثة، فعلى هذا يكون حده: أنه انتقال ما في نفس المعلم إلى نفس المتعلم بواسطة الدليل»^(٥).

ونقل الماوردي عن جمهور الفقهاء أن البيان إظهار المراد بالكلام الذي لا يُفهم منه المراد إلا به^(٦)، قال ابن السمعاني: «وهذا الحد أحسن من جميع الحدود»^(٧).

(١) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٢٦/٣.
(٢) هو عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار، عضد الدين، الإيجي، عالم بالأصول والمعاني والعربية، ولي القضاء، وجرّت له محنة مع صاحب كرمان، فحبسه بالقلعة، فمات مسجوناً سنة ٧٥٦ هـ، من تصانيفه: المواقف في علم الكلام، والعقائد العضدية، وشرح مختصر ابن الحاجب في أصول الفقه، وغيرها. ينظر: طبقات الشافعية الكبرى ١٠ / ٤٦، بغية الوعاة ٢ / ٧٥.
(٣) ينظر: شرح العضد على مختصر ابن الحاجب مع حاشية السعد والجرجاني ٣ / ١٢٤.
(٤) هو محمد بن محمد بن محمد بن علي بن أحمد بن مسعود، العبدري، المالكي، شارح المستصفى للغزالي، وصاحب الرحلة العبدرية، توفي نحو سنة ٧٠٠ هـ. ينظر: الديباج المذهب ٢ / ٣٢١.
(٥) ينظر: البحر المحيط للزركشي ٥ / ٩٠.
(٦) ينظر: رفع الحاجب لابن السبكي ٣ / ٤١٤، والبحر المحيط ٥ / ٩٠.
(٧) ينظر: قواطع الأدلة للسمعاني ١ / ٢٥٩.

المطلب الثاني

تعريف المبين والمجمل

ذكر الأصوليون أن المبين يطلق اصطلاحاً على معنيين:

الأول: أن يراد به ما كان من الخطاب المبتدأ المستغني بنفسه عن بيان، وهو إما أن يدل بحسب الوضع، وهو النص والظاهر، أو بحسب المعنى كالمفهوم، نحو: (إنها من الطوافين)^(١)، وما دل عليه النص بطريق التعليل كقوله: (أينقص الرطب إذا جف؟ فقالوا: «نعم» فقال: فلا إذا)^(٢)، وما دل عليه النص بواسطة العقل نحو الأمر بالشيء أمر بما لا يتم إلا به، وكقوله تعالى: {وَأَسْأَلُ الْقَرْيَةَ} [يوسف: ٨٢] فإنه لما تعذر إجراء الخطاب على ظاهره، وجب إضمار «الأهل» وما جرى مجراه، وهكذا كل خطاب دل العقل على تعيين مجازه في بادئ النظر.

الثاني: أن يراد به ما كان محتاجاً إلى البيان، وقد ورد عليه بيانه، وذلك كاللفظ المجمل إذا بين المراد منه، والعام بعد التخصيص، والمطلق بعد التقييد، والفعل إذا اقترن به ما يدل على الوجه الذي قصد منه ذلك.

قال أبو الحسين البصري: «فأما المبين فقد يراد به ما احتاج إلى بيان وقد ورد عليه بيانه، وقد يراد به الخطاب المبتدأ المستغني عن بيان»^(٣).

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الطهارة باب سؤر الهرة (٧٥) ٢٨/١، والترمذي في كتاب الطهارة، باب ما جاء في سؤر الهرة (٩٢) ١٥٣/١، وابن ماجة في كتاب الطهارة وسننها باب الوضوء بسؤر الهرة والرخصة في ذلك (٣٦٧) ١٣١/١، وأحمد في المسند ٢١١/٣٧، وصححه ابن الملقن في البدر المنير ٥٥٢/١.

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع باب في التمر بالتمر (٣٣٦١) ٢٥٧/٣، والترمذي في كتاب البيوع باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة (١٢٢٥) ٥٣٨/٣، والحاكم في المستدرک ٤٤/٢، وأحمد ١٢٢/٣، من حديث سعد بن أبي وقاص، وصححه ابن الملقن في البدر المنير ٤٧٨/٦.

(٣) ينظر: المعتمد لأبي الحسين البصري ٢٩٤/١، والمحصول للرازي ١٥٠/٣، والإحكام للآمدي ٢٦/٣، ونهاية الوصول للهندي ١٧٩٥/٥، والبحر المحيط ٩٨/٥.

وعليه فقد عرفوا المبين لغة: بأنه اسم مفعول من قولك بان الأمر يبين فهو بين، وأبان إبانة، وبين وتبين واستبان كلها بمعنى الوضوح والانكشاف^(١).

وعرفوه اصطلاحاً بأنه: «ما استقل بنفسه في الكشف عن المراد، ولا يفتقر في معرفة المراد إلى غيره»، قاله الشيرازي^(٢).

وقال القرافي: «المبين ما أفاد معناه إما بسبب الوضع أو بضميمة بيان إليه»^(٣)

أما المجمع فعرفوه لغة بأنه: هو المجموع، من أجملت الحساب، إذا جمعته، أو المحصل، من أجملت الشيء إذا حصلته، أو المبهم: من أجمل الأمر إذا أبهم. يقال: أجملت الشيء: أي حصلته، وأجملت الحساب: إذا جمعت آحاده، وجمل الشيء: جمعه، والجميل: الشحم يذاب ثم يجمع أي يجمع، وأجمل الشيء: جمعه عن تفرقة، وأجمل له الحساب كذلك، والجملة: جماعة كل شيء بكماله من الحساب وغيره، وقد أجملت الحساب إذا رددته إلى الجملة، وأجملت الحساب إذا جمعت آحاده وكملت أفرادها، أي أحصوا وجمعوا فلا يزداد فيهم ولا ينقص^(٤).

المجمع اصطلاحاً:

وردت عن الأصوليين عبارات متعددة في تعريف المجمع منها:

قال السمعاني: «المجمع ما لا يفهم منه المراد به وقيل: ما عرف معناه من

غيره»^(٥).

(١) ينظر: الصحاح مادة (ب ي ن) ٢٠٨٣/٥، ولسان العرب ٦٧/١٣، ومقاييس اللغة ١/٣٢٧.

(٢) ينظر: اللمع ص ٤٨.

(٣) ينظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٣٨.

(٤) ينظر: العين مادة (ج م ل) ١٤١/٦، والصحاح ١٦٦١/٤، ومقاييس اللغة ١/٤٨١، ولسان

العرب ١١/١٢٣.

(٥) ينظر: قواطع الأدلة ١/٢٦٣.

وقال الفخر الرازي: «ما أفاد شيئاً من جملة أشياء هو متعين في نفسه واللفظ لا يعينه». (١)

وقال ابن قدامة: «هو ما لا يفهم منه عند الإطلاق معنى» (٢).

وقال الآمدي: «هو ما له دلالة على أحد أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر بالنسبة إليه». (٣)

وقال ابن الحاجب وابن مفلح وابن السبكي: «المجمل: هو ما لم تتضح دلالته». (٤)

وهذه الحدود غير مرضية عند المحققين؛ لأنها غير جامعة أو غير مانعة. ومن التعريفات المقبولة لديهم قول المرداوي وابن النجار: ما تردد بين محتملين فأكثر على السواء. (٥)

فقوله: «ما» جنس في التعريف يشمل القول والفعل والمشارك والمتواطئ؛ إذ المجمل قد يكون قولاً، وقد يكون فعلاً.

وقوله: «تردد بين محتملين» يخرج به النص؛ لأنه لا تردد فيه؛ إذ لا يحتمل إلا معنى واحداً.

وقوله: «على السواء» احتراز عن الظاهر وعن الحقيقة التي لها مجاز. (٦)

(١) ينظر: المحصول للرازي ١٥٣/٣.

(٢) ينظر: روضة الناظر لابن قدامة ٥١٦/١.

(٣) ينظر: الإحكام للآمدي ٩/٣.

(٤) ينظر: بيان المختصر للأصفهاني ٣٥٨/٢، وأصول ابن مفلح ٩٩٩/٣، وتشنيف المسامع للزركشي ٢٦٤/٢.

(٥) ينظر: التحبير شرح التحرير للمرداوي ٢٧٥٠/٦، وشرح الكوكب المنير ٤١٣/٣.

(٦) ينظر: المراجع السابقة

المطلب الثالث

وقوع الإجمال في الألفاظ والتراكيب وأسبابه

أولاً: ما يقع فيه الإجمال

ذكر العلماء أن الإجمال إما أن يقع في الألفاظ المفردة، أو الجمل المركبة، وأن الواقع في المفردات إما أن يقع في الأسماء، أو الأفعال، أو الحروف.

أما في الأسماء؛ فكالألفاظ المشتركة؛ فإنها من قبيل المجل، وهي أخص منه؛ إذ كل مشترك مجمل، وليس كل مجمل مشتركاً، وذلك كالعين المتردد بين احتمالاته الكثيرة كالباصرة والجاسوس ونبع الماء ونحوها، والقرء المتردد بين الحيض والطهر، والشفق المتردد بين الحمرة والبياض.

قال الطوفي: «ولهذا وقع النزاع في دخول وقت عشاء الآخرة، هل هو بغيوبية حمرة الشمس، وهو مذهب أحمد والشافعي، أو بغيوبية البياض الذي هو بعدها، وهو مذهب أبي حنيفة، بناء على أن المراد من الشفق المذكور في الأثر، هو البياض أو الحمرة، ولا شك أنه لفظ مشترك بينهما لغة، لكن أكثر السلف، كابن عمر، وعبادة، وشداد بن أوس^(١)، وغيرهم فسروه بالحمرة هاهنا»^(٢).

وأما الإجمال في الأفعال؛ فنحو: بان، بمعنى: ظهر، ومنه قوله تعالى: ﴿قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ [البقرة: ٢٥٦]، ﴿وَيُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآيَاتِ﴾ [النور: ١٨]، وبمعنى: غاب واختفى، ومنه: بانئت سعاد، وبان الخليط، ومنه: البين، وهو الفراق والبعد، ومنه: قوله تعالى: ﴿لَقَدْ تَقَطَّعَ بَيْنَكُمْ﴾ [الأنعام: ٩٤]

(١) هو شداد بن أوس بن ثابت بن المنذر بن حرام بن عمرو بن زيد مناة بن عامر بن عمرو بن مالك بن النجار الصحابي، يكنى أبا يعلى، وهو ابن أخي حسان بن ثابت، ومات بفلسطين سنة ثمان وخمسين في خلافة معاوية وهو ابن خمس وسبعين سنة. ينظر: أسد الغابة ٢/٦١٣، والاستيعاب ٢/٦٩٤.
(٢) شرح مختصر الروضة ٢/٦٥٠.

ونحو: عسّس، بمعنى أقبل وأدبر. ولهذا كان قوله تعالى: {وَاللَّيْلِ إِذَا عَسَّسَ} [التكوير: ١٧]، يحتمل الأمرين، وهو أن الله عز وجل أقسم بقدرته على إقبال الليل بقوله عز وجل: {وَاللَّيْلِ إِذَا عَسَّسَ} أي: أقبل، وعلى إقبال النهار بقوله تعالى: {وَالصُّبْحِ إِذَا تَنَفَّسَ} [التكوير: ١٨] ، أو أنه سبحانه وتعالى أقسم بقدرته على إذهاب الليل بقوله عز وجل: {وَاللَّيْلِ إِذَا عَسَّسَ} ، أي: أدبر، وعلى الإتيان بالنهار بقوله تعالى: {وَالصُّبْحِ إِذَا تَنَفَّسَ} (١).

وأما الإجمال في الحروف؛ فنحو تردد «الواو» بين العطف والابتداء، في نحو قوله تعالى: ﴿وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ﴾ [آل عمران: ٧] (٢).

وكذلك «الباء» في قوله عز وجل: ﴿وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾ [المائدة: ٦] تردد بين الإلصاق الذي اختاره الحنفية، والتبويض الذي قاله الشافعية، ونقلوه عن الشافعي؛ فانبنى عليه الخلاف في القدر الواجب مسحه من الرأس (٣).

ونحو تردد «من» بين ابتداء الغاية والتبويض في آية التيمم، حيث قال تعالى: {فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ} [المائدة: ٦] ؛ فقال أبو حنيفة رحمه الله: معناها ابتداء الغاية، أي: اجعلوا ابتداء المسح من الصعيد، أو ابتدئوا المسح من الصعيد. وقال الإمام أحمد والشافعي رضي الله عنهما: هي للتبويض، أي: امسحوا وجوهكم ببعض الصعيد ؛ فلذلك اشترط عندهما أن يكون لما يتيمم به غبار، يعلق باليد، ليتحقق المسح ببعضه، ولم يشترط ذلك عند أبي حنيفة؛ لأن ابتداء المسح من الصعيد، وهو كل ما كان من جنس الأرض؛ فإذا حصل فيخرج به من عهدة النص، وهو أعم من أن يكون له غبار أو لا (٤).

(١) ينظر: شرح مختصر الروضة ٢/٦٥٠، والإبهاج ١/٢٥١.

(٢) ينظر: الأحكام للأمدى ٣/١٠.

(٣) ينظر: أصول البزدوي ص ١٠٨، وتحفة المسؤول للرهوني ٣/٢٦٨.

(٤) ينظر: شرح مختصر الروضة ٢/٦٥٢، والبحر المحيط ٣/١٩٣.

وأما المَجْمَلُ الواقع في الألفاظ المركبة؛ فكقوله عز وجل: ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فَإِنَّ مَنْ بِيَدِهِ الْعَقْدَةُ يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ هُوَ الزَّوْجُ أَوْ الْوَلِيُّ؛ وَلِذَلِكَ اِخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِيهِ: فَأَخَذَ بِالْأَوَّلِ الشَّافِعِيُّ وَقَالَ: إِذَا عَفَا الزَّوْجُ فَلَهَا الْمَهْرُ كَامِلًا، فَتَمَلَّكَ الزِّيَادَةُ، وَلَا يَكُونُ لِلزَّوْجِ حَقُّ الْمَطَالِبَةِ، وَبِالثَّانِي أَخَذَ الْإِمَامُ مَالِكٌ وَقَالَ: يَسْقُطُ النِّصْفُ الْوَاجِبُ مِنَ الْمَهْرِ (١).

ثانياً: أسباب الإجمال

قرر الأصوليون أن الإجمال تابع للاحتمال، والاحتمال في اللفظ: إما في حالة الأفراد، وإما في حالة التركيب فهناها حالان:

الأول: الإجمال في حال الأفراد، وله أسباب، منها:

أن يكون بأصل وضعه، كالاشتراك في نفس اللفظ، فإما أن تكون معانيه متضادة كالقرء للطهر والحيض، والناهل للعطشان والريان، أو متشابهة غير متضادة، فإما أن يتناول معاني كثيرة بحسب خصوصياتها فهو المشترك، وإما بحسب معنى تشترك فيه فهو المتواطئ، والإجمال كما يكون في الأسماء يكون في الأفعال كعسعس بمعنى: أقبل وأدبر، ويكون في الحروف كتردد الواو بين العطف والابتداء (٢).

أن يكون بسبب التصريف، نحو: قال؛ من القول، والقيولة، ونحو: مختار، فإنه صالح للفاعل والمفعول، تقول في الفاعل: مختار لكذا، وفي المفعول: مختار من كذا، ومنه قوله تعالى: ﴿لَا تُصَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدَهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ﴿وَلَا يُصَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢] (٣).

(١) ينظر: المستصفي للغزالي صد ١٩٠، والإبهاج ٢/٢٠٩.

(٢) ينظر: المستصفي صد ١٩٠، ونفائس الأصول ٢/٧٣٧.

(٣) ينظر: تشنيف المسامع بجمع الجوامع للزرکشي ٢/٨٣٨، والفوائد السنية شرح الألفية للبرماوي 4/298.

• أن يكون بسبب اللواحق من النقط والشكل: وهذا النوع من الإجمال يكون البيان فيه بترجيح أحد الضبطين - نقطاً أو شكلاً - على الآخر، بأن يثبت أن روايته أصح من الضبط الآخر، أو غير ذلك من وجوه الترجيح، فيتعين معناه على غيره.

ومثل له الشريف التلمساني^(١) باحتجاج الشافعية على أن بيع الحنطة في السنبيل لا يجوز بما روى أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحب حتى يفرك^(٢)، أي يخرج من سنبله.

فتقول الحنفية: قد نقل في رواية أخرى: (حتى يفرك) أي يطعم ويبلغ حد الأكل، وإذا اختلفت الرواية واللفظ واحد ثبت الاحتمال في اللفظ، فوجب أن لا يحتج به.

قال: والجواب عند الشافعية: أن الروايتين تحملان على التعدد في الأخبار، وحينئذ نقول بالموجب فيهما معاً^(٣).

الثاني: الإجمال في حال التركيب:

ويكون الإجمال في المركبات بأسباب، منها:

تردد اللفظ بين معنيين، ويسميه ابن التلمساني: اشتراك التأليف، نحو قوله تعالى: ﴿أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النَّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]؛ لتردده بين الزوج والولي^(٤).

(١) هو محمد بن أحمد بن علي الإدريسي الحسني، أبو عبد الله، العلوي المعروف بالشريف التلمساني، من أعلام المالكية، انتهت إليه إمامتهم بالمغرب، من كتبه: مفتاح الوصول إلى بناء الفروع والأصول في أصول الفقه، وشرح جمل الخونجي، وغيرها وتوفي سنة ٧٧١ هـ. ينظر: شجرة النور الزكية ١/ ٣٣٧.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٨/ ٦٤، وأحمد في المسند ٢٠/ ٨٤، والبيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٤٩٥، وضعفه البيهقي في معرفة السنن والآثار ٨/ ٨١.

(٣) ينظر: مفتاح الوصول للتلمساني ص ٤٤٤.

(٤) ينظر: مفتاح الوصول للتلمساني ص ٤٤٧.

تعدد مرجع الضمير إذا تقدمه أمران أو أمور يصلح لكل واحد منها. ومثاله:
 الضمير في «جِدَارِهِ» في قول النبي ﷺ في الصحيحين: (لَا يَمْنَعَنَّ جَارٌ جَارَهُ أَنْ
 يَغْرِزَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ)^(١) فإنه يحتمل عوده على الغارز، أي: لا يمنعه جاره أن
 يفعل ذلك في جدار نفسه، وعلى هذا: فلا دلالة فيه على القول أنه إذا طلب جاره
 منه أن يضع خشبه على جدار المطلوب منه وجب عليه التمكين، ونص عليه
 الشافعي في مختصر البويطي، ويحتمل أن يعود على الجار الآخر، فيكون فيه
 دلالة على ذلك^(٢).

الصفة إذا احتتمل عودها إلى أحد المذكورات، نحو: «زيد طبيب ماهر»؛
 لتردها بين أن تكون للمهارة مطلقاً، أو للمهارة في الطب^(٣).

تعدد المجازات المتساوية مع مانع يمنع من حمله على الحقيقة، فإن اللفظ
 يصير مجملاً بالنسبة إلى تلك المجازات؛ إذ ليس الحمل على بعضها أولى من
 الحمل على البعض الآخر، ومثّل له الفتوحى بقوله ﷺ: (لَعَنَّ اللَّهُ الْيَهُودَ، حُرِّمَتْ
 عَلَيْهِمُ الشُّحُومُ فَجَمَلُوهَا، فَبَاعُوهَا)^(٤)؛ لأن قوله ذلك لو لم يعم جميع التصرفات
 لما اتجه اللعن، فيقدر الجميع؛ لأنه الأقرب إلى الحقيقة^(٥).

فعل النبي ﷺ، إذا احتتمل وجهين احتمالاً واحداً قال الشيرازي: «مثل ما روي
 أنه جمع في السفر؛ فإنه مجمل؛ لأنه يجوز أن يكون في سفر طويل، أو في سفر
 قصير، فلا يجوز حمله على أحدهما دون الآخر إلا بدليل، وكذلك إذا قضى في

(١) أخرجه البخاري في كتاب المظالم والغصب باب: لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في
 جداره (٢٤٦٣/٣)، ومسلم في كتاب المساقاة باب غرز الخشب في جدار الجار (١٦٠٩/٣) ١٢٣٠.

(٢) ينظر: رفع الحاجب عن ابن الحاجب ٣/٣٨١، والبحر المحيط ٥/٦٥.

(٣) ينظر: الإحكام للأمدى ٣/١١.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب لا يذاب شحم الميتة ولا يباع ودكه (٢١١١) ٧٧٥/٢،
 ومسلم في كتاب المساقاة باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام (١٥٨٢) ١٢٠٧/٣ من
 حديث ابن عباس.

(٥) ينظر: الإحكام للأمدى ٣/١١، وشرح الكوكب المنير ٣/٤١٨.

عين تحتل حالين احتمالاً واحداً، مثل أن يروي أن الرجل أفطر فأمره النبي ﷺ بالكفارة فهو مجمل؛ فإنه يجوز أن يكون أفطر بجماع، ويجوز أن يكون أفطر بأكل، فلا يجوز حمله على أحدهما دون الآخر إلا بدليل^(١).

الأوامر بصيغة الخبر، كقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] وقوله: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فذهب الجمهور إلى أنها تفيد الإيجاب، وقال آخرون: يتوقف فيها حتى يرد دليل يبين المراد بها^(٢).

العام إذا خص بمجهول، نحو: قوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُنْتَلَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ١]، فإنه قد استثنى من المعلوم ما لم يعلم، فصار الباقي محتملاً، فكان مجملاً^(٣).

الوقف والابتداء كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ﴾ [آل عمران: 7] فالواو في قوله: ﴿وَالرَّاسِخُونَ﴾ متردد بين العطف والابتداء، والمعنى يكون مختلفاً^(٤).

(١) ينظر: اللمع للشيرازي صد ٥٠، وقواطع الأدلة ٢٩١/١.

(٢) ينظر: البحر المحيط ٧٣/٥.

(٣) ينظر: المعتمد ٢٢٩/١، واللمع للشيرازي صد ٥٠.

(٤) ينظر: المستصفى صد ١٩١.

المطلب الرابع

حكم الإجمال في النصوص الشرعية

ذهب داود الظاهري إلى أن الإجمال ليس واردًا في الشرع، ولا هو من أساليب تقريره للأحكام؛ ولا حجة له سوى أن الإجمال بدون البيان لا يفيد، ومع البيان تطويل، وكل من غير المفيد والتطويل لا يقع في كلام البلغاء، فضلًا عن كلام الله سبحانه وتعالى، وكلام الرسول ﷺ. (١)

وهذه حجة داحضة وشبهة مردودة؛ لأن القرآن نزل بلسان العرب، والنبى ﷺ عربي، ومن أساليب العرب الإجمال في الكلام، ثم تبيينه، والأمثلة السابقة للمجملات في الكتاب والسنة دليل على وقوعه، وخير دليل على الجواز الوقوع، ثم إن الكلام إذا أتى مجملًا ففيه فوائد متعددة:

منها: أن يكون إجماله توطئة للنفس على قبول ما يتعقبه من البيان، فإنه لو بدأ في تكليف الصلاة بها لجاز أن تنفر النفوس منها، ولا تنفر من إجمالها. **ومنها:** أن الله تعالى جعل من الأحكام جليًا، وجعل منها خفيًا ليتفاضل الناس في العمل بها، ويثابوا على الاستنباط لها، فلذلك جعل منها مفسرًا جليًا، وجعل منها مجملًا خفيًا (٢).

والذي عليه الجمهور من أن الإجمال واقع في الكتاب والسنة هو الحق، ولهذا قال الصيرفي: «النبى ﷺ عربي يخاطب كما يخاطب العرب، والعرب تجمل كلامها ثم تفسره، فيكون كالكلمة الواحدة، ولا أعلم أحدًا أبى هذا غير داود الظاهري» (٣).

وقد نص الأصوليون على أن المكلف إذا خوطب بالمجمل في عصر النبوة فعليه اعتقاد أنه حق، وأن يعقد النية على أن يعمل به متى تم بيانه، وعدم

(١) ينظر: المحصول للرازي ١٥٨/٣، والبحر المحيط ٦٠/٥، والتحبير شرح التحرير ٢٧٥٣/٦.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير ٦٠/١٦.

(٣) ينظر: البحر المحيط ٦٠/٥.

الاحتجاج به في شيء يقع فيه الخلاف، وعليه أن يتوقف عن العمل بالمجمل حتى يأتي البيان، ولا يجوز له العمل بأحد احتمالاته حتى لا يقع في الخطأ في حكم الشرع بأن يعمل بالاحتمال غير المراد^(١).

وقال الماوردي والرويانى: «يجوز التعبد بالخطاب المجمل قبل البيان؛ لأنه ﷺ بعث معاذًا إلى اليمن، وقال: (ادْعُهُمْ إِلَى شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ... الحديث)^(٢)، وتعبدهم بالتزام الزكاة قبل بيانها، وفي كيفية تعبدهم بالتزامها وجهان: أحدهما: أنهم متعبدون قبل البيان بالتزامه بعد البيان.

والآخر: أنهم متعبدون قبل البيان بالتزامه مجملًا، وبعد البيان بالتزامه مفسرًا»^(٣).

أما بعد لحوق النبي ﷺ بالرفيق الأعلى فالأكثر على أنه لم يبق مجمل في كتاب الله تعالى بعد موت النبي ﷺ؛ لقوله تعالى: { الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ } [المائدة: ٣] وإكمال الدين، وإتمام النعمة هو بيان ما في القرآن، لأنه لو بقي فيه شيء مجهول لم يكن الدين مكملًا، ولم تكن النعمة متممة إذ ذاك^(٤).

وقيل: يجوز بقاء المجمل بعد وفاته ﷺ لأنه ممكن عقلا^(٥).

وفصل إمام الحرمين وابن القشيري فجوزاه فيما لا يكلف فيه، ومنعاه فيما فيه تكليف؛ لأنه يجر إلى تكليف المحال، وهذا ما رجحه البرماوي، وقال الزركشي: **«الظاهر أن هذا تنقيح للقول الثاني لا مذهب ثالث مفصل»^(٦).**

(١) ينظر: الفصول في الأصول ٣٢٩/١، وتقويم الأدلة للدبوسي ص ١١٨، والواضح لابن عقيل ١٣١/٢، وروضة الناظر ٥١٨/١.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة باب وجوب الزكاة (١٣٣١) ٥٠٥/٢، ومسلم في كتاب الإيمان باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام (١٩) ٥٠/١ من حديث ابن عباس.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير ٦١/١٦.

(٤) ينظر: البرهان ١٥٥/١، والفاثق للهندي ٣٨٢/١، ونهاية السؤل للإسنوي ص ٢٢٦، والبحر المحيط ٢٠٣/٢.

(٥) ينظر: نهاية الوصول ١٨٦٨/٥.

(٦) ينظر: البرهان ١٦٥/١، وتشنيف المسامع ٣٢٥/١.

المطلب الخامس

ما يكون به بيان المجمل

نص الأسمندي^(١) على أن بيان الأحكام الشرعية إنما يكون بكل ما يقع به التبيين. قال: "وذلك ضروري" ثم ذكر منها: القول، والعقد بالأصابع، والكتابة، والفعل^(٢)، وزاد القرافي في ضروري البيان: العقل، والتركي، والسكوت بعد السؤال^(٣)، وزاد الباجي اثنين وهما: الإقرار على الفعل، وشاهد الحال^(٤)، وزاد الشيرازي: المفهوم، والإشارة، والقياس^(٥).

وهاك بيان هذه الضروب:

الأول: البيان بالقول:

وهو أكثر ما يكون به البيان، وذلك بأن يقول المتكلم، أو من علم مراد المتكلم: المراد بهذا الكلام كذا، كقوله تعالى: {الْقَارِعَةُ مَا الْقَارِعَةُ وَمَا أَدْرَاكَ مَا الْقَارِعَةُ} [القارعة: ١، ٢، ٣]؛ فهذا إجمال، ثم بينه بقوله: {يَوْمَ يَكُونُ النَّاسُ كَالْفَرَاشِ الْمَبْثُوثِ} [القارعة: ٤] فبين أن القارعة تكون ذلك اليوم، بهذه الصفة العظيمة.

وكذا قوله عز وجل: {وَمَا أَدْرَاكَ مَا يَوْمَ الدِّينِ ثُمَّ مَا أَدْرَاكَ مَا يَوْمَ الدِّينِ} [الانفطار: ١٧، ١٨]، ثم بينه سبحانه وتعالى بما بعده.

وقوله عز وجل: {عَلَيْهَا تِسْعَةَ عَشَرَ} [المدثر: ٣٠]؛ فهذا مجمل لاحتمال أن هؤلاء ملائكة، أو آدميون، أو شياطين، أو غيرهم من المخلوقات، ثم بينهم بقوله عز وجل: {وَمَا جَعَلْنَا أَصْحَابَ النَّارِ إِلَّا مَلَائِكَةً} [المدثر: ٣١].

(١) هو محمد بن عبد الحميد بن الحسين الأسمندي، علاء الدين، من كبار الحنفية، من أهل سمرقند، ونسبته إلى أسمند (من قراها) ولد سنة ٤٨٨ هـ، كان مناظرا، ورحل إلى بغداد وناظر علماءها، من كتبه: مختلف الرواية في الفقه، وبذل النظر في أصول الفقه، وشرح منظومة الخلافيات للنسفي وغيرها. وتوفي سنة ٥٥٢ هـ. ينظر: الجواهر المضية ٢/ ٧٤، وتاج التراجم ص ٢٤٣.

(٢) ينظر: بذل النظر للأسمندي ص ٢٨٦.

(٣) ينظر: شرح تنقيح الفصول ص ٢٧٨.

(٤) ينظر: إحكام الفصول للباقي ص ٣٠٨.

(٥) ينظر: اللمع ص ٥٣.

والقول إما أن يكون من الله تعالى كالأمثلة المذكورة، وإما أن يكون من الرسول ﷺ، كقوله: (فِيَمَا سَقَتِ السَّمَاءُ وَالْعُيُونُ أَوْ كَانَ عَثَرِيًّا الْعُشْرُ، وَمَا سُقِيَ بِالنَّضْحِ نِصْفُ الْعُشْرِ)^(١)، فهو مبين لقوله تعالى: ﴿ وَأَنَّا حَقُّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ ﴾ [الأنعام: ١٤١]، واستفدنا من هذا المثال أن السنة تبيين مجمل الكتاب، وهو الصحيح^(٢).

الثاني: البيان بالمفهوم:

والمراد بالمفهوم: ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق، بل في محل السكوت، أي: يكون حكمًا لغير المذكور، وحالًا من أحواله، والمفهوم قسمان: موافقة، ومخالفة^(٣).

القسم الأول: مفهوم الموافقة وهو أن يكون مدلول اللفظ في محل السكوت موافقًا لمدلوله في محل النطق. قال الشيرازي كقوله تعالى: {قَلَّا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ} [الإسراء: ٢٣] فيدل على أن الضرب أولى بالمنع^(٤).

القسم الثاني: مفهوم المخالفة: وهو إثبات نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه كما يقول القرافي^(٥).

ومثاله: ما جاء في الحديث: (وَفِي صَدَقَةِ الْغَنَمِ فِي سَائِمَتِهَا إِذَا كَانَتْ أَرْبَعِينَ إِلَى عَشْرِينَ وَمِائَةً شَاةً)^(٦) فدل على أنه لا زكاة في المعلوفة^(٧).

(١) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة باب العشر فيما يسقي من ماء السماء وبالماء الجاري (١٤١٢) / ٢ ٥٤٠ من حديث ابن عمر.

(٢) ينظر: للمع ٥٣، وشرح تنقيح الفصول ٢٧٨، وشرح مختصر الروضة ٢/٦٧١.

(٣) ينظر: كشف الأسرار للبخاري ٢/٢٥٣، وتشنيف المسامح ١/٣٤١.

(٤) ينظر: للمع ٥٣.

(٥) ينظر: شرح تنقيح الفصول ٥٣.

(٦) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب زكاة الغنم (١٣٨٦) / ٢ / ٥٢٧ من حديث أنس بن مالك.

(٧) ينظر: البرهان ١/١٦٦.

الثالث: البيان بالفعل:

كان النبي ﷺ يبين الأحكام بفعله مثل بيان مواقيت الصلاة وأفعالها والحج ومناسكه.

قال الهندي: «ذهب جماهير الأصوليين والفقهاء بأسرهم إلى أن الفعل قد يكون بياناً، ثم لا يظن أن من قال منهم كالغزالي وغيره أن البيان مخصوص بالدليل القولي، لم يقل بكون الفعل بياناً، لأن ذلك نزاع في التسمية بحسب الاصطلاح بسبب غلبة الاستعمال بناء على أن الغالب إنما هو البيان بالقول لا في حقيقة ما يقع به البيان ولا في جوازه، وذهب بعض المتأخرين الشاذين إلى أن البيان لا يقع بالفعل»^(١).

ويدخل في البيان بالفعل ضروب من البيان، جعلها بعضهم ضروباً مستقلة لكنها عند التحقيق أفعال ومنها:

• البيان بالإشارة:

والإشارة هي: التلويح بشيء يفهم منه النطق، فهي ترادف النطق في فهم المعنى^(٢).

والإشارة قد تكون حسية، وقد تكون معنوية، والمراد بها الإشارة الحسية كالتلويح باليد وعقد الأصابع، وقد بين بها الرسول ﷺ الأحكام الشرعية، كقول النبي ﷺ: (الشَّهْرُ هَكَذَا وَهَكَذَا)، وَحَنَّسَ الْإِبْهَامَ فِي الثَّلَاثَةِ^(٣)، ومثله كذلك حديث كعب بن مالك مع ابن أبي حدرد^(٤)؛ إذ أشار النبي ﷺ إليه بيده أن ضع النصف^(٥).

(١) ينظر: نهاية الوصول للهندي ١٨٧٣/٥.

(٢) ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي ص ٥٢.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الصوم باب قول النبي ﷺ: «إذا رأيت الهلال فصوموا، وإذا رأيتموه فأطروا» (١٩٠٨) ٢٧/٣، ومسلم في كتاب الصيام باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال (١٠٨٠) ٥٣/٧ من حديث ابن عمر.

(٤) هو عبد الله ابن أبي حدرد الأسلمي، أبو محمد، وهو صحابي على الأصح، شهد الحديبية وما بعدها، ومات سنة إحدى أو اثنتين وسبعين عن إحدى وثمانين سنة. ينظر: الطبقات الكبرى لابن سعد ٣٠٩ / ٤، والإصابة ٥٤ / ٤.

(٥) ينظر: البحر المحیط ٩٤/٥، والفوائد السنية ٣٧٧/١، والتحبير شرح التحرير ١٤٢٦/٣.

• البيان بالكتابة:

والكتابة: من الكُتَب، وهو ضم أديم إلى أديم بالخياطة، وعرفاً: ضم الحروف بعضها إلى بعض بالخط^(١).

وقد بيّن الرسول ﷺ بالكتابة ففي الحديث: كتب رسول الله ﷺ إلى جهينة: (لا تَسْتَمْتِعُوا مِنَ الْمَيْتَةِ بِإِهَابٍ وَلَا عَصَبٍ)^(٢).

ومن البيان بها: ما كتبه رسول الله ﷺ إلى الملوك والأمراء يعرض عليهم الإسلام^(٣).

• البيان بالترك:

فقد كان النبي ﷺ يبيّن الأحكام بالترك المجرد من القول، أو بالترك الذي يساعده القول؛ كسكوته عن بيان حادثة وقعت بين يديه، فإنه يدل على كونه ليس فيها حكم شرعي، وإلا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، كما روي عنه ﷺ أنه نهى عن الشرب قائماً^(٤)، ثم فعله وترك الجلوس، فدل ذلك على أن الجلوس في الشرب ليس واجباً بل مندوباً، وكرهه عليه الصلاة والسلام للجلسة الوسطى لما قام من اثنتين، فيعلم عدم وجوبها^(٥).

(١) ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي ص ٢٧٩.
(٢) أخرجه أبو داود في كتاب اللباس، باب من روى لا ينتفع بإهاب الميتة (٤١٢٩) ٤/١١٣، والترمذي في كتاب اللباس، باب جلود الميتة إذا دبغت (١٧٢٩) ٤/٢٢٢، وابن ماجة في كتاب اللباس، باب من قال: لا ينتفع من الميتة بإهاب ولا عصب ٢/١١٩٤ (٣٦١٣) من حديث عبد الله بن عكيم. وصححه ابن الملقن في البدر المنير ١/٥٨٧.
(٣) ينظر: الفصول في الأصول ٢/٣٤، واللمع ص ٥٣، والتمهيد لأبي الخطاب ٢/٢٨٥، وبذل النظر ص ٢٨٦.
(٤) أخرجه مسلم في كتاب الأشربة باب كراهية الشرب قائماً (٢٠٢٥) ٣/١٦٠١ من حديث أبي سعيد الخدري.
(٥) ينظر: المحصول للرازي ٣/١٧٥، وشرح تنقيح الفصول ص ٢٧٩، والبحر المحيط ٥/١٠٠.

وقد ذكر العلماء للترك النبوي صوراً متعددة منها:

الأول: الترك لداعي الجبلية البشرية، وهذا لا يدل في حقنا على تحريم ولا كراهة كترك النبي ﷺ أكل لحم الضب.

الثاني: الترك الذي قام دليل اختصاصه به ﷺ وهو تركه لما حرم عليه خاصة، كتركه أكل الصدقة.

الثالث: الترك خوف الافتراض على الأمة كتركه صلاة القيام في المسجد في رمضان.

الرابع: الترك لحق الغير كتركه ﷺ أكل الثوم والبصل لحق الملائكة، وهذا ترك مباح لا حرج فيه أيضاً لحق الغير.

الخامس: الترك خوفاً من وقوع مفسدة أعظم من مصلحة المطلوب كقوله ﷺ لعائشة: (لولا أن قومك حديث عهد بالجاهلية فأخاف أن تتكر قلوبهم أن أدخل الجدر في البيت وأن ألصق بابه بالأرض)^(١).

السادس: الترك بياناً أو امتثالاً لمجمل معلوم الحكم، عام لنا وله، فيستفاد حكم الترك من الدليل المبين والممتثل، كتركه ﷺ الصلاة على المنافقين لما نزل قوله تعالى: {وَلَا تُصَلِّ عَلَىٰ أَحَدٍ مِّنْهُمْ مَاتَ أَبَدًا وَلَا تَقُمْ عَلَىٰ قَبْرِهِ} [التوبة: 84].

السابع: الترك المجرد، وهو الذي ليس من الأقسام السابقة، وهو إما علم حكمه في حقه بقوله ﷺ، أو باستنباط، أو لم يعلم حكمه.

فأما ما علمنا حكمه في حقه بدليل، فينبغي أن يكون حكمنا فيه كحكمه؛ أخذاً من قاعدة المساواة في الأحكام، وأما ما لم نعلم حكمه في حقه ﷺ: فما ظهر فيه

(١) أخرجه البخاري في كتاب العلم باب من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض الناس عنه فيقعوا في أشد منه (١٢٦) / ١ / ٥٩، ومسلم في كتاب الحج باب جدر الكعبة وبابها (١٣٣٣) / ٢ / ٩٦٨.

أنه تركه تعبدًا وتقرباً نحمله على الكراهة في حقه، ثم يكون الحكم في حقنا كذلك، وما لم يظهر فيه ذلك، نحمله على أنه من ترك المباح، كتركه السير في ناحية من الطريق^(١).

قال الشيخ عبد الله الغماري -بعد أن ذكر ألوانا من التروك النبوية-: "ويحتمل تركه ﷺ وجوهاً أخرى تعلم من تتبع كتب السنة، ولم يأت في حديث ولا أثر تصريح بأن النبي ﷺ ترك شيئاً؛ لأنه حرام"^(٢).

الرابع: البيان بالإقرار:

وهو قريب من البيان بالترك، فيكون إقراره بياناً -أيضاً- إذا علم بالفعل ولم ينكره مع القدرة على إنكاره لو كان باطلاً أو حراماً^(٣).

ومثلاً له بإقراره ﷺ إثبات النسب بالقيافة فعَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ذَاتَ يَوْمٍ وَهُوَ مَسْرُورٌ، فَقَالَ: (يَا عَائِشَةُ! أَلَمْ تَرِي أَنَّ مُجَزَّزًا الْمُدَلِجِيَّ دَخَلَ عَلَيَّ، فَرَأَى أَسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ وَزَيْدًا، وَعَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ قَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا، وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ؟)^(٤).

الخامس: البيان بالقياس:

والقياس هو: مساواة فرع لأصل في علة حكمه^(٥).

قال الشيرازي: «وأما القياس فكما نص على أربعة أعيان في الربا ودل القياس على أن غيرها من المطعومات مثلها^(٦)».

- (١) ينظر: الموافقات للشاطبي ٤/٤٢٣، وحسن التفهم والدرك لمسألة الترك للغماري ص ٤.
- (٢) حسن التفهم والدرك لمسألة الترك للغماري ص ٥.
- (٣) ينظر: الفصول في الأصول ٢/٣٧، والبرهان ١/١٨٧، وتحفة المسؤول ٢/٢٠٢، والفوائد السننية ٣٧٥/١.
- (٤) أخرجه البخاري في كتاب المناقب باب مناقب زيد بن حارثة مولى النبي ﷺ (٣٧٣١) ٥/٢٣، ومسلم في كتاب الرضاع باب العمل بإلحاق القائف الولد (١٤٥٩) ٢/١٠٨٢.
- (٥) ينظر: بيان المختصر للأصفهاني ٣/٥.
- (٦) اللمع ص ٥٣.

وكقول النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه حين قال له: قبلت وأنا صائم: (أرأيت لو تمضمت)^(١). ففاس القبلة على المضمضة، وبين بذلك أن الفطر إنما يكون بما يجاوز الحلق إلى الجوف، أو بما يحصل منه مقصوده الموضوع له من المفطرات، والقبلة لم يحصل منها مقصود جنسها وهو الإنزال، كما أن المضمضة لم يحصل منها مقصود الشرب، وهو الري^(٢).

السادس: البيان بالعقل:

وهو أن بين العقل المراد من النص من غير ضميمة أخرى ومنه التخصيص بالعقل فإن التخصيص بيان^(٣).

ومثل له الشوشاوي^(٤) بقوله تعالى: {اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ} [الرعد: ١٦]، وقوله تعالى: {وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ} [البقرة: ٢٨٤]، وقوله تعالى: {كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ} [آل عمران/١٨٥] وغير ذلك مما خص الله به نفسه جل جلاله فالعقل يبين استثناء الله عز وجل من هذه الآيات وغيرها مما يختص الله به، ولهذا سمي هذا القسم بياناً عقلياً^(٥).

السابع: البيان بالقرائن:

والقرائن جمع قرينة وهي ما يدل على المراد، من غير كونه صريحاً^(٦)، والقرائن

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الصوم، باب القبلة للصائم (٢٣٨٥) ٥٤١/٢، وابن أبي شيبة في مصنفه ٢٤١/٦، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب الصيام، باب المضمضة للصائم (٣٠٣٦) ٣/٢٩٣، والحاكم في مستدرکه ٤٣١/١ وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي.

(٢) ينظر: شرح مختصر الروضة ٦٨٢/٢.

(٣) ينظر: شرح تنقيح الفصول ٢٧٩.

(٤) هو حسين بن علي بن طلحة الرجرجي الشوشاوي، كان إماماً أصولياً، فقيهاً، مفسراً، نظاراً، له: رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، والفوائد الجميلة على الآيات الجليلة، ومباحث في نزول القرآن وكتابته، ونوازل في فقه المالكية، وتوفى سنة تسع وتسعين وثمانمائة. ينظر: الأعلام للزركلي ٢/٤٤٧.

(٥) ينظر: رفع النقاب عن تنقيح الشهاب للشوشاوي ٤/٣٣٤.

(٦) ينظر: قواعد الفقه للبركتي ص ٤٢٨.

المرجحة لبعض الاحتمالات على غيرها ثلاثة: لفظية، وسياقية، وخارجية كما يقول الشريف التلمساني^(١).

أما البيان بالقرينة اللفظية: فمثاله: ما قاله ابن الأنباري^(٢) في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وهو أن القرء إذا جمع على قروء فالمراد به: الطهر، لا الحيض، والجمع قد يختلف باختلاف المعاني، وإن كان اللفظ المفرد مشتركاً، ألا ترى أن العود مشترك بين الخشبة - وجمعه إذا ذاك: أعواد - وبين آلة الغناء - وجمعه إذ ذاك: عيدان - وكذلك الأمر مشترك بين القول المخصوص - وجمعه إذ ذاك: أوامر - وبين الفعل - وجمعه إذ ذاك: أمور^(٣).

وأما القرينة السياقية: فهي ما يؤخذ من لاحق الكلام الدال على خصوص المقصود أو سابقه كما قال العطار^(٤).

ومثال البيان بها: احتجاج الحنفية وبعض المالكية على جواز انعقاد النكاح بلفظ الهبة، بقوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُمْنَةً إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، وإذا جاز انعقاد نكاح النبي ﷺ بلفظ الهبة جاز انعقاد أنكحة الأمة بالقياس عليه. فيقول الشافعي: لما قال الله تعالى: ﴿خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ دل ذلك على اختصاصه ﷺ دون المؤمنين، فيحتمل أن يكون ذلك الشيء هو جواز النكاح بلا مهر، ويحتمل أن يكون ذلك جواز انعقاد نكاحه بلفظ الهبة.

(١) ينظر: مفتاح الوصول ص ٤٥٣.

(٢) هو محمد بن القاسم بن بشار الإمام، الحافظ، اللغوي، ذو الفنون، أبو بكر، المقرئ النحوي، ولد سنة اثنتين وسبعين ومائتين، وألف الدواوين الكبار مع الصدق والدين، وسعة الحفظ، له: الوقف والابتداء، والمشكل، وغريب الغريب النبوي، وشرح المفضليات، وشرح السبع الطوال، وغيرها، وكان من أفراد العالم مات سنة أربع وثلاث مائة. ينظر: سير أعلام النبلاء ١٥/٢٧٤.

(٣) ينظر: مفتاح الوصول ص ٤٥٣.

(٤) ينظر: حاشية العطار على شرح المحلي على جمع الجوامع ١/٣٠.

ويقول الأولون: سياق الآية يرجح أن المراد ملك البضع؛ وذلك أن الآية سيقّت لبيان شرفه ﷺ على أمته، ونفي الحرج عنه، ولذلك قال تعالى: ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَرْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، ولا شك أن الخصوصية هنا ليست بإباحة لفظ له وحجره على غيره؛ إذ ليس في ذلك شرف، بل إنما يحصل الشرف بإسقاط العوض عنه^(١).

وأما القرينة الخارجية: فهي موافقة أحد المعنيين لدليل منفصل من نص أو قياس أو عمل^(٢).

فأما البيان بموافقة النص: فمثاله ما إذا قال المالكية: المراد بالقروء: الأطهار، والدليل عليه: قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: ١]، فأمر بطلاقهن طلاقاً يستعقب عدتهن، ولا تتراخى العدة عنه، وليس ذلك إلا في الطهر لا في الحيض، فإن الطلاق في الحيض حرام^(٣).

وأما البيان بموافقة القياس: فمثاله: قول المالكية، وأصحاب الشافعي: إن العدة لما كانت مأموراً بها كانت عبادة من العبادات، والشأن في العبادة أن الحيض ينافيها، ولا تتأدى فيه، فضلاً عن أن تتأدى به، ألا ترى أن الصلاة والصيام والطواف لا تصح مع الحيض! بخلاف الطهر، فالقياس يقتضي في العدة أنها تتأدى بالطهر لا بالحيض، وإذا كان كذلك وجب حمل القروء في الآية على الأطهار، لا على الحيض^(٤).

وأما البيان بموافقة عمل الصحابة: فمثاله: احتجاج العلماء علي وجوب غسل الرجلين، بقوله تعالى: ﴿ وَأَرْجُلُكُمْ ﴾ [المائدة: ٦] بالنصب، فيكون معطوفاً

(١) ينظر: مفتاح الوصول صد ٤٥٤.

(٢) ينظر: السابق صد ٤٥٦.

(٣) ينظر: المقدمات الممهدة لابن رشد الجد ١/٥١٧.

(٤) ينظر: مفتاح الوصول صد ٤٥٨.

على قوله: ﴿وَجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ﴾، ويحتمل أن يكون معطوفاً على الرأس، من قولهم: ما زيد بجبان ولا بخيل، ومع هذا الاحتمال فلا استدلال.

والجواب عند العلماء: أنه لم ينقل عن الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم إلا الغسل، ولم ينقل عنهم المسح، فكان ذلك دليلاً على أن المراد بقوله تعالى: ﴿وَأَرْجُلَكُمْ﴾ الغسل، ويكون معطوفاً على قوله: ﴿وَجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ﴾^(١).

(١) ينظر: مفتاح الوصول ص ٤٦٠.

المطلب السادس

وجوه البيان

جمهور الحنفية على أن البيان على خمسة أوجه:

النوع الأول: بيان التقرير

ومعناه تأكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز، إن كان المراد بالكلام المؤكّد حقيقته، وبما يقطع احتمال الخصوص إن كان المؤكّد عاماً.

فمن الأول قوله تعالى: { وَلَا طَائِرٍ يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ } [الأنعام: ٣٨] فقوله: {بِجَنَاحَيْهِ} بيان يقرر أن المراد بالطائر حقيقته، وهي الطائر المعروف كالحمام والعصافير مثلاً، لا مجازه كالبريد مثلاً.

ومن الثاني قوله تعالى: { فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ } [الحجر: ٣٠] فقوله: { كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ } بيان يقرر ويؤكد أن المراد بلفظ: { الْمَلَائِكَةُ } عمومهم، وأن الخصوص ليس هو المراد^(١).

النوع الثاني: بيان التفسير

وهو بيان ما كان غير واضح الدلالة، سواء أكان خفاء الدلالة فيه راجعاً إلى الجهل بأصل الوضع وهو الغريب، ومنه قوله تعالى: { إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعًا وَإِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعًا } [المعارج: ١٩ : ٢١] فإن الهلوع لفظ غريب، وقد فسرتة الآيتان بعده.

وقد يرجع خفاء الدلالة إلى تعدد الوضع وهو المشترك، أو إلى أمر عرض عند استعمال اللفظ وارتباطه بغيره من أجزاء الكلام، أو عند تطبيقه على بعض الصور.

(١) ينظر: أصول الشاشي ص ٢٤٥، وأصول البيدوي ص ٢٠٩، وأصول السرخسي ٢/٢٨.

وقد حصره بعضهم في بيان المجمل والمشارك، فإن العمل بظاهرهما غير ممكن، وإنما يوقف على المراد للعمل به بالبيان، فيكون البيان تفسيراً له، وذلك نحو قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة: ٤٣]، وقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] (١).

النوع الثالث: بيان التغيير

وهو البيان الذي فيه تغيير لموجب اللفظ من المعنى الظاهر إلى غيره، ويجري ذلك في الشرط والاستثناء نحو قول القائل لامرأته: «أنت طالق إن دخلت الدار» ونحو: «له علي ألف إلا مائة» وذلك أن آخر الكلام بيّن أن المراد بأوله غير ما دلّ عليه (٢).

ويكون بيان التغيير بالاستثناء اتفاقاً، وبالشرط إلا عند السرخسي والدبوسي إذ عندهما الشرط تبديل، والنسخ ليس ببيان؛ لأن الشرط يبديل الكلام من انعقاده للإيجاب إلى التعليق أي إلى أن ينعقد عند وجوده لا للحال فإنه رفع الحكم لا إظهار ابتداء وجوده (٣).

قال الكمال بن الهمام: «ومنه تخصيص العام وتقييد المطلق»، قال ابن أمير الحاج شارحاً: «لأنه مبين أن كلا منهما غير جار على عمومته وإطلاقه، ولزم منه تغيير كل عما هو المتبادر لسامعه من الشمول لسائر أفراده» (٤).

النوع الرابع: بيان التبديل

وهو النسخ: بأن يرد دليل شرعي متراخياً عن دليل شرعي مقتضياً خلاف حكمه، ولما كان الشارع عالماً بأن الحكم الأول مؤقت إلى وقت كذا كان دليل

(١) ينظر: تقويم الأدلة للدبوسي ص ٢٢١، وأصول البيدوي ص ٢٠٩، وأصول السرخسي ٢/٢٨.

(٢) ينظر: أصول الشاشي ص ٢٤٩، وأصول البيدوي ص ٢١٢، وأصول السرخسي ٢/٢٩.

(٣) ينظر: تقويم الأدلة ص ٢٢١، وأصول السرخسي ٢/٢٩.

(٤) ينظر: التقرير والتحرير ٣/٣٦.

الثاني بيانًا محضًا لمدة الحكم في حقه، ولما كان الحكم الأول مطلقًا كان البقاء فيه أصلًا عندنا؛ لجهلنا عن مدته، فالثاني يكون تبديلاً بالنسبة إلى علمنا، كالقتل بيان للأجل في حقه تعالى؛ لأن المقتول ميت بأجله، وفي حقه تبديل، وبيان التبديل يختص به صاحب الشرع، ولا يجوز ذلك من العباد^(١).

قال الشاشي: «وعلى هذا بطل استثناء الكل عن الكل؛ لأنه نسخ الحكم، ولا يجوز الرجوع عن الإقرار والطلاق والعتاق؛ لأنه نسخ وليس للعبد ذلك»^(٢).

النوع الخامس: بيان الضرورة وهو نوع من البيان يحصل للضرورة بغير ما وضع له في الأصل، فيحصل بالسكوت؛ إذ الموضوع للبيان إنما هو النطق، وهذا لم يقع البيان به، بل بالسكوت عنه، فحصل البيان بما لم يوضع للبيان، وهو من الدلالة غير اللفظية؛ لأن دلالاته كلها دلالة سكوت، ولكنه يلحق باللفظية في إفادة الأحكام^(٣).

وهو على أربعة أوجه منه ما ينزل منزلة المنصوص عليه في البيان، ومنه ما يكون بياناً بضرورة دفع الغرور، ومنه ما يكون بياناً بدلالة الكلام، ومنه ما يكون بياناً بدلالة حال المتكلم^(٤).

فالأول: ما هو في حكم المنطوق للزومه منه عرفاً كالأية {وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمَّهِ التُّلْتُ} [النساء: ١١] لأن بيان نصيب أحد الشريكين بيان لنصيب الآخر^(٥).

والثاني: ما بينه ضرورة دفع الغرور مثل المولى يسكت حين يرى عبده يبيع ويشترى، فجعل إنذاراً دفعاً للغرر عن الناس، وكذلك سكوت الشفيع جعل ردًا لهذا المعنى^(٦).

(١) ينظر: أصول البيهقي ص ٢١٨، وشرح التلويح على التوضيح ٢/٦٢، وفصول البدائع ٢/١٤٧.
(٢) ينظر: أصول الشاشي ص ٢٦٨.
(٣) ينظر: أصول الشاشي ص ٢٦١، وأصول البيهقي ص ٢١٧، وبديع النظام لابن الساعاتي ٢/٥٠٩.
(٤) ينظر: أصول السرخسي ٢/٥٠.
(٥) ينظر: بديع النظام ٢/٥٠٩.
(٦) ينظر: أصول السرخسي ٢/٥١.

والثالث: ما يدل على تعيين تمييز معدود تعورف حذفه؛ ضرورة طول الكلام بسبب ذكره، مثل ما إذا قال رجل: لفلان عليّ مائة ودينار أو مائة ودرهم.
قال الحنفية: العطف جُعل بيانًا للأول، وجُعل من جنس المعطوف، وكذلك: لفلان علي مائة وقفيز حنطة.

وقال الشافعي: «القول قوله في المائة؛ لأنها مجملة فأليه بيانها، والعطف لا يصلح بيانًا؛ لأنه لم يوضع له، كما إذا قال: مائة، وثوب، وشاة، ومائة، وعبد»^(١).
والرابع: ما بينه حال الساكت القادر كسكوت النبي ﷺ عن تغيير ما يعاينه من قول أو فعل من مسلم، حتى لو سكت عما سبق نهيه كان نسخا لا استغناء عنه بما سبق؛ لأنه تقرير على منكر، وإلا لما صدق مدحهم بقوله: **لَوْ يَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ** {آل عمران: 104} إذ المراد عن كل منكر^(٢).

وهذا النوع من أنواع البيان جعله الإمام الشاشي وجها مستقلا من وجوه البيان، وسماه بيان الحال، وهذا ما أتناوله بالتفصيل في المبحث التالي.

(١) ينظر: كشف الأسرار للبخاري ١٥٢/٣.
(٢) ينظر: أصول الشاشي ص ٢٦١، وأصول السرخسي ٥٠/٢.

المبحث الثاني

المراد ببيان الحال ودلالته على الأحكام الشرعية

لما كان البيان عند جمهور الحنفية البيان مقسماً إلى وجوه متعددة منها:
بيان التقرير، وبيان التفسير، وبيان التغيير، وبيان التبديل، وبيان الضرورة، وزاد بعضهم: بيان العطف، وبيان الحال...

فسوف أتناول هذا المبحث بيان الحال بشيء من التفصيل والإيضاح في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف بيان الحال ووجوهه

المطلب الثاني: البيان بحال القرآن الكريم

المطلب الثالث: البيان بحال النبي ﷺ

المطلب الرابع: البيان بحال أهل العلم

المطلب الخامس: البيان بحال الناس

المطلب الأول

تعريف بيان الحال

بيان الحال مركب إضافي من كلمتين بيان، وحال، أما البيان فقد سبق تعريفه.

وأما الحال فالمراد به الصفة التي عليها الشيء، وهو يذكر ويؤنث فيقال: حال حسن، وحال حسنة، وقد يؤنث بالهاء فيقال: حالة، واستحال الشيء تغير عن طبعه ووصفه، وحالات الدهر وأحواله: صروفه، وحال الإنسان ما عليه الإنسان في الزمن الجاري^(١).

قال البركتي في قواعد الفقه: "بيان الحال هو الذي يكون بدلالة حال المتكلم"^(٢). فالمراد بالحال هو حال المبين الذي تولى توضيح المحتاج إلى البيان، وبيانه يقع بدون كلامه، بل بدلالة حاله والهيئة التي هو عليها.

والذي وقفت له على ذكر "بيان الحال" هو الإمام الشاشي في أصوله فقد قسم البيان إلى سبعة وجوه فقال: "البيان على سبعة أنواع: بيان تقرير، وبيان تفسير، وبيان تغيير، وبيان ضرورة، وبيان حال، وبيان عطف، وبيان تبديل"^(٣).

وقواه الحافظ محمد بركات اللكنوي^(٤) في أحسن الحواشي على أصول الشاشي بقوله: "هذا التقسيم اختاره المصنف، وقسمه عامة الأصوليين على خمسة أقسام، وجعلوا بيان الحال وبيان العطف من أنواع بيان الضرورة، وحاصل التقسيمين واحد، لكن ما ذكره المصنف رحمه الله أقرب إلى الفهم"^(٥).

(١) ينظر: العين للخليل مادة (ح ول) ٢٩٩/٣، ولسان العرب ١١/١٩٠، وتاج العروس ٢٨/٣٧٥.

(٢) قواعد الفقه ص ٢١٢.

(٣) أصول الشاشي ص ٢٤.

(٤) هو الشيخ الإمام محمد بركات الله بن محمد أحمد الله بن محمد نعمت الله اللكنوي السهالوي الهندي صاحب التحقيقات المفيدة والمصنفات العديدة منها: التحقيقات المنطقية على شرح الشمسية، ورفع الاشتباه عن شرح السلم وغيرها وتوفي سنة ١٣٢٣هـ. ينظر: مقدمة أحسن الحواشي ص ١٠.

(٥) أحسن الحواشي على أصول الشاشي ص ١٥٩.

وقد مثل له الشاشي بقوله: "فمثاله: فيما إذا رأى صاحب الشرع أمراً معانية فلم يبه عن ذلك كان سكوته بمنزلة البيان أنه مشروع، والشفيع إذا علم بالبيع وسكت كان ذلك بمنزلة البيان بأنه راض بذلك، والبكر إذا علمت بتزويج الولي وسكتت عن الرد كان ذلك بمنزلة البيان بالرضاء والإذن، والمولى إذا رأى عبده يبيع ويشترى في السوق فسكت كان ذلك بمنزلة الإذن فيصير مأذوناً في التجارات، والمدعى عليه إذا نكل في مجلس القضاء يكون الامتناع بمنزلة الرضاء بلزوم المال بطريق الإقرار عندهما، أو بطريق البذل عند أبي حنيفة رحمه الله، فالحاصل أن السكوت في موضع الحاجة إلى البيان بمنزلة البيان"^(١). وكل هذه الأمثلة يفهم منها أن بيان الحال يعتمد على سكوت المبين عن إنكار القول الذي يسمعه، أو الفعل الذي يفعل بحضرتة، فقد تقرر من تصرفات الشرع في شرع الأحكام أنه لو كان ممنوعاً لم يسكت عنه.

وقد ذكر الشاشي جملة من الأمثلة يقع فيها البيان بدلالة حال المبين الذي قد يكون صاحب الشرع، فيقع البيان بدلالة الحال في القرآن الكريم، ويقع البيان بدلالة الحال في السنة النبوية، وكذا يقع البيان بدلالة حال العلماء المجتهدين، كما يقع البيان بدلالة حال المبين من الناس إذا كان البيان مطلوباً منه، وكل حالة من هذه الحالات لها أحكامها وضوابطها التي أتناولها بالتفصيل فيما يأتي.

(١) ينظر: أصول الشاشي ص ٢٦١.

المطلب الثاني البيان بحال القرآن الكريم

الذي تقرر عند الأصوليين أن كل حكاية وقعت في القرآن الكريم فلم ينكرها فهي صحيحة، وتبنى الأحكام الشرعية عليها، وأن كل حكاية وقع لها رد قبلها أو بعدها في القرآن فهي باطلة؛ فإن القرآن سمي فرقانا، وبرهانا، وبياننا، وتبياننا لكل شيء، وهو حجة الله على الخلق على الجملة والتفصيل والإطلاق والعموم، وهذا المعنى يأبى أن يحكى فيه ما ليس بحق ثم لا ينبه عليه^(١).

والآيات المقررة لهذه القاعدة كثيرة:

• منها: قوله تعالى: { وَمَا قَدَرُوا اللَّهَ حَقَّ قَدْرِهِ إِذْ قَالُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ عَلَى بَشَرٍ مِنْ شَيْءٍ } [الأنعام: ٩١] فأعقبه الله تعالى بقوله: { قُلْ مَنْ أَنْزَلَ الْكِتَابَ الَّذِي جَاءَ بِهِ مُوسَى نُورًا وَهُدًى لِلنَّاسِ } [الأنعام: ٩١] .

• ومنها: قوله تعالى: { وَجَعَلُوا لِلَّهِ مِمَّا ذَرَأَ مِنَ الْحَرْثِ وَالْأَنْعَامِ نَصِيبًا } [الأنعام: ١٣٦] فرد القرآن على زعمهم بقوله: { بَرَعْمِهِمْ }، وبقوله: { سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ } [الأنعام: ١٣٦].

• ثم قالوا بعدها: { هَذِهِ أَنْعَامٌ وَحَرْتٌ حَجْرٌ لَا يَطْعَمُهَا إِلَّا مَنْ نَشَأُ بِرَعْمِهِمْ وَأَنْعَامٌ حُرِّمَتْ ظُهُورُهَا وَأَنْعَامٌ لَا يَذْكُرُونَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا } [الأنعام: ١٣٨] فرد عليهم القرآن بقوله: { افْتِرَاءٌ عَلَيْهِ سَيَجْزِيهِمْ بِمَا كَانُوا يَفْتَرُونَ } [الأنعام: ١٣٨] .

• ثم قالوا بعدها: { مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِدُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَى أَرْوَاجِنَا وَإِنْ يَكُنْ مَيْتَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَاءُ } [الأنعام: ١٣٩] فأبطل القرآن ضلالهم بقوله: { سَيَجْزِيهِمْ وَصَفَهُمْ إِنَّهُ حَكِيمٌ عَلِيمٌ قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا

(١) ينظر: الموافقات ٤/١٥٨.

بَعِيرٍ عِلْمٍ وَحَرَّمُوا مَا رَزَقَهُمُ اللَّهُ افْتِرَاءً عَلَى اللَّهِ قَدْ ضَلُّوا وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ {
[الأنعام: ١٣٩، ١٤٠]

• ومن الآيات المقررة لهذه القاعدة قوله تعالى على لسان الكافرين: {وَقَالَ
الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ هَذَا إِلَّا افْتِرَاءُ وَعَآنَةُ عَلَيْهِ قَوْمٌ آخَرُونَ} [الفرقان: ٤] فرد عليهم
بقوله: {فَقَدْ جَاءُوا ظُلْمًا وَزُورًا} [الفرقان: ٤] .

• ثم قالوا: { وَقَالُوا أَسَاطِيرُ الْأَوَّلِينَ اكْتَتَبَهَا فَهِيَ تُمْلَى عَلَيْهِ بُكْرَةً وَأَصِيلًا }
[الفرقان: ٥] فرد القرآن بقوله: {قُلْ أَنْزَلَهُ الَّذِي يَعْلَمُ السِّرَّ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ}
الآية [الفرقان: ٦].

• ومنها: قوله تعالى: {وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا} [مريم: ٨٨] فرد القرآن
بقوله: {لَقَدْ جِئْتُمْ شَيْئًا إِدًّا تَكَادُ السَّمَاوَاتُ يَنْقَطِرُنَ مِنْهُ وَتَنْشَقُّ الْأَرْضُ وَتَجْرُ الْجِبَالُ
هَذَا أَنْ دَعَوْا لِلرَّحْمَنِ وَلَدًا وَمَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا} [مريم: ٨٩: ٩٢].

• ومنها: ما حكاه الله عن قوم من الأعراب في قوله: {قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا {
[الحجرات: 14] فإن الله تعالى رد عليهم بقوله: {قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا
وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ} [الحجرات: 14] .

• ومنها: قول الله تعالى حكاية عن الكافرين: {وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ أَنْفِقُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ
اللَّهُ قَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لِلَّذِينَ آمَنُوا أَنْطَعِمُ مَنْ لَوْ يَشَاءُ اللَّهُ أَنْطَعِمَهُ} [يس: 47] ؛ فرد
عليهم القرآن بقوله: {إِنْ أَنْتُمْ إِلَّا فِي ضَلَالٍ مُبِينٍ} [يس: 47]

قال الشاطبي: ”ولا طراد هذا الأصل اعتمده النظار؛ فقد استدلت جماعة من
الأصوليين على أن الكفار مخاطبون بالفروع، بقوله تعالى: { قَالُوا لَمْ نَكُ مِنْ
الْمُصَلِّينَ وَلَمْ نَكُ نُطْعِمُ الْمُسْكِينِ } الآية [المدثر: 44-43] ؛ إذ لو كان قولهم
باطلا لرد عند حكايته“^(١).

(١) ينظر: الموافقات ٤/١٦١.

ثم قال: ”ورأيت منقولاً عن سهل بن عبد الله⁽¹⁾ أنه سئل عن قول إبراهيم، عليه السلام: { رَبِّ أَرِنِي كَيْفَ تُحْيِي الْمَوْتَى } [البقرة: 260]؛ فقيل له: أكان شاكا حين سأل ربه أن يريه آية؟ فقال: لا، إنما كان طلب زيادة إيمان إلى إيمان، ألا تراه قال: { أَوَلَمْ نُؤْمِنْ قَالِ بَلَى } [البقرة: 260] فلو عمل شكا منه لأظهر ذلك؛ فصح أن الطمأنينة كانت على معنى الزيادة في الإيمان“⁽²⁾.

ثم قال: ”ومن تتبع مجاري الحكايات في القرآن عرف مداخلها، وما هو منها حق مما هو باطل؛ فقد قال تعالى: { إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ } [المنافقون: 1] إلى آخرها فإن هذه الحكاية ممزوجة الحق بالباطل فظاهرها حق وباطنها كذب، من حيث كان إخبارا عن المعتقد وهو غير مطابق؛ فقال تعالى: { وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ } [المنافقون: 1] تصحيحاً لظاهر القول، وقال: { وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ } [المنافقون: 1] إبطالاً لما قصدوا به...

وقال تعالى: { وَمِنْهُمْ الَّذِينَ يُؤَدُّونَ النَّبِيَّ وَيَقُولُونَ هُوَ أَدْنَى } [التوبة: 61] أي: يسمع الحق والباطل، فرد الله عليهم فيما هو باطل، وأحق؛ فقال: { قُلْ أَدْنَىٰ خَيْرٌ لَّكُمْ }، الآية [التوبة: 61] ولما قصدوا الإذابة بذلك الكلام قال تعالى: { وَالَّذِينَ يُؤَدُّونَ رَسُولَ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ } [التوبة: 61].“⁽³⁾

وقد استدل العلماء بهذا الأصل المقرر في مواضع متعددة، ومن ذلك:

(1) هو سهل بن عبد الله بن يونس أبو محمد التستري، الصوفي، الزاهد، صحب خاله محمد بن سوار، ولقي في الحج ذا النون المصري، ولم يكن له نظير في الورع، وكان صاحب كرامات، ومواعظ حسنة، وتوفي في المحرم، سنة ثلاث وثمانين ومائتين. ينظر: سير أعلام النبلاء ١٣/٣٣٠، والوفيات ١١/١٦.

(2) ينظر: الموافقات ٤/١٦١.

(3) ينظر: الموافقات ٤/١٦٤-بتصرف.

مشروعية العزل:

العزل هو أن يجامع، فإذا قارب الإنزال نزع فأنزل خارج الفرج^(١).

وقد اختلف الفقهاء في حكمه على ثلاثة مذاهب: هي الإباحة مطلقاً، والمنع مطلقاً، والإباحة إذا كان برضى الزوجة.

قال في المجموع: "العزل برضى الحرة جائز عند أبي حنيفة ومالك وأحمد، وعند ابن حزم يحرم العزل، وعند الشافعية وجهان، أحدهما المنع واليه ذهب الروياني في بحر المذهب، وكرهه العمراني في البيان"^(٢).

وعمدة المبيحين حديث الصحيحين عن جابر قال: "كنا نعزل على عهد النبي ﷺ والقرآن ينزل" قال سفيان^(٣): "لو كان شيئاً ينهى عنه لنهانا عنه القرآن"^(٤).

قال ابن دقيق العيد: «يستدل به من يجيز العزل مطلقاً، واستدل جابر بالتقرير من الله تعالى على ذلك وهو استدلال غريب، وكان يحتمل أن يكون الاستدلال بتقرير الرسول ﷺ لكنه مشروط بعلمه بذلك، ولفظ الحديث لا يقتضي إلا الاستدلال بتقرير الله تعالى»^(٥).

قال ابن القيم: "وقد احتجّ به جابر في تقرير الربّ في زمن الوحي... وهذا من كمال فقه الصحابة وعلمهم، واستيلائهم على معرفة طرق الأحكام ومداركها، وهو يدل على أمرين:

- (١) ينظر: روضة الطالبين للنووي ٢/٢٠٥.
- (٢) ينظر: المجموع شرح المذهب ١٦/٤٢٣.
- (٣) هو سفيان بن عيينة بن ميمون الهلالي، الكوفي، محدث الحرم المكي، ولد بالكوفة سنة ١٠٧هـ، وسكن مكة، وكان حافظاً ثقة واسع العلم، له: الجامع في الحديث، وكتاب في التفسير، توفي سنة ١٩٨هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء ٨/٤٥٤، وفتح الباري لابن حجر ٩/٣٠٥.
- (٤) أخرجه البخاري في كتاب المغازي باب غزوة بني المصطلق، من خزاعة، وهي غزوة المريسيع (٤١٣٨) ٥/١١٥، ومسلم في كتاب النكاح باب حكم العزل (١٤٣٨) ٢/١٠٦٢.
- (٥) أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ٢/٢٠٨.

أحدهما: أن أصل الأفعال الإباحة، ولا يَحْرَمُ منها إِلَّا ما حَرَّمَهُ اللهُ على لسان رسوله.

الثاني: أنَّ علم الرب تعالى بما يفعلون في زمن شرع الشرائع ونزول الوحي وإقراره لهم عليه دليل على عفوهِ عنه^(١).

عدد أهل الكهف

استدل جمهور المفسرين على أن أصحاب الكهف كانوا سبعة وثامنهم كلبهم بأن الله تعالى لما حكى قول بعضهم أنهم: {ثَلَاثَةٌ رَابِعُهُمْ كَلْبُهُمْ} [الكهف: 22]، وأنهم: {خَمْسَةٌ سَادِسُهُمْ كَلْبُهُمْ} [الكهف: 22]، أعقب ذلك بقوله: {رَجْمًا بِالْغَيْبِ} [الكهف: 22]؛ أي: ليس لهم دليل ولا علم غير اتباع الظن، والظن لا يغني عن الحق شيئا، ولما حكى قولهم: {سَبْعَةٌ وَثَامِنُهُمْ كَلْبُهُمْ} [الكهف: 22]؛ لم يتبعه بإبطاله، بل قال: {قُلْ رَبِّي أَعْلَمُ بِعَدَّتِهِمْ مَا يَعْلَمُهُمْ إِلَّا قَلِيلٌ} [الكهف: 22]؛ فدل السياق على صحته دون القولين الأولين^(٢). فقال ابن عباس "أنا من ذلك القليل الذي يعلمهم"^(٣).

قال القاسمي: "ذهب أكثر المفسرين إلى أن قول الخائضين الأخير، وهو أنهم سبعة وثامنهم كلبهم، هو الحق؛ لأنه لم يوصف بكونه رجما بالغيب كما وصف الأولان"^(٤).

قال ابن تيمية: "إنه تعالى أخبر عنهم بثلاثة أقوال، ضعف القولين الأولين، وسكت عن الثالث، فدل على صحته؛ إذ لو كان باطلا لرده كما ردهما"^(٥).

- (١) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ٢/٢٧٩.
- (٢) ينظر: الموافقات ٤/١٦٢.
- (٣) أخرجه الإمام أحمد في فضائل الصحابة (١٥٥٧) ٢/٨٤٥، والطبراني في المعجم الأوسط ٦/١٧٥.
- (٤) ينظر: محاسن التأويل للقاسمي ٧/١٩.
- (٥) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ١٣/٣٦٧.

حجية شرع من قبلنا

من القواعد الأصولية التي يمكن بناؤها على أصل الإقرارات القرآنية مسألة حجية شرع من قبلنا؛ إذ المعتمد لدى من قرر الاستدلال على حجية شرائع السابقين، واعتبرها مصدراً من مصادر الأحكام هو إقرار القرآن لتلك الشرائع، وسكوته عن إنكارها؛ إذ لو كانت تلك الشرائع باطلة لما أقرها القرآن الكريم ولأبطلها، كما أبطل كثيراً من أقوال السابقين وشرائعهم^(١).

وقد عرفوا شرع من قبلنا بأنه الأحكام التي شرعها الله بواسطة أنبيائه الذين أرسلهم إلى تلك الأمم كسيدنا إبراهيم وسيدنا موسى عليهم الصلاة والسلام^(٢).

والأحكام الواردة في شرائع السابقين ليست على درجة واحدة فقد قسم العلماء الأحكام الواردة في شرائع السابقين إلى قسمين:

القسم الأول: أحكام تعبدت بها الأمم السابقة في شرعها، وطريق ثبوتها غير الكتاب والسنة، فمصادرها غير موثوق بها عندنا، فهذا القسم لا خلاف بين أهل العلم في أن أحكامه لسنا متعبدين بها، قال القرافي: «قسم لم نعلمه إلا من كتبهم ونقل أخبارهم الكفار، فلا خلاف أن التكليف لا يقع به علينا، ولا في حق رسول الله ﷺ لعدم الصحة في النقل»^(٣).

ولا عبرة بما حكاه السرخسي عن بعض مجهول رأى أن ما في شرعهم شرع لنا ما لم ينسخ، دون تمييز بين ما ورد في الكتاب والسنة الصحيحة وبين ما في كتبهم^(٤).

(١) ينظر: الموافقات ٤/١٦٠.

(٢) ينظر: أصول الفقه الإسلامي للدكتور/ زكي الدين شعبان ص ١٨٩.

(٣) ينظر: نفائس الأصول شرح المحصول ٦/٢٣٧١.

(٤) ينظر: أصول السرخسي ٢/٩٩.

القسم الثاني: أحكام تعبدت بها الأمم السابقة، وطريق ثبوتها الكتاب والسنة الصحيحة، فهذا القسم لا يأخذ حكماً واحداً، بل فيه تفصيل، وذلك لأنه يتنوع إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: أحكام ثبت بالكتاب والسنة الصحيحة أنها كانت شرعاً لمن قبلنا، وقام الدليل الشرعي على أن المسلمين مطالبون بها، فلا خلاف في أنها شرع لنا بشرع نبينا لا بشرع من قبله، قال القرافي: «وقسم انعقد الإجماع على التكليف به، وهو ما علمنا شرعاً أنه كان شرعاً لهم، وأمرنا في شرعنا بمثله». (١)

ومن هذه الأحكام:

الصلاة والزكاة: كانتا في شرائع السابقين، وأمرنا بها في شرعنا، قال عن سيدنا عيسى: {وَأَوْصَانِي بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ مَا دُمْتُ حَيًّا} [مريم: ٣١]

الحج: كان في شريعة سيدنا إبراهيم قال تعالى: { وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا } [الحج: ٢٧]

الصيام: قال تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ } [البقرة: ١٨٣]

النوع الثاني: أحكام ورد ذكرها في الكتاب والسنة الصحيحة على أن السابقين كانوا متعبدين بها، وقام الدليل في الشريعة الإسلامية على أن المسلمين غير متعبدين بها، بل هي منسوخة في حقهم، فهذا النوع لا خلاف بين العلماء في أننا غير مكلفين به، ومن هذه الأحكام:

استرقاق السارق: كان في شريعة سيدنا يعقوب قال تعالى: { قَالُوا جَزَاءُ مَنْ وَجَدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاءُ كَذَلِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ } [يوسف: ٧٥]

(١) ينظر: نفائس الأصول ٦/٢٣٧١.

تحريم كل ذي ظفر: كان في شريعة سيدنا موسى قال تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا كُلَّ ذِي ظُفْرٍ وَمِنَ الْبَقَرِ وَالْعَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا أَوْ الْحَوَايَا أَوْ مَا اخْتَلَطَ بِعَظْمٍ ذَلِكَ جَزَيْنَاهُمْ بِبَعْغِهِمْ وَإِنَّا لَصَادِقُونَ﴾ [الأنعام: ١٤٦]

تحريم الغنائم: على الأمم السابقة قال ﷺ: (أعطيت خمساً لم يعطهن أحد من الأنبياء قبلي: نصرت بالرعب مسيرة شهر، وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً، وأيما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصل، وأحلت لي الغنائم، وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى الناس كافة، وأعطيت الشفاعة)^(١).

النوع الثالث: أحكام ورد ذكرها في الكتاب والسنة الصحيحة على أنها مشروعة في حق الأمم السابقة، ولم يدل الكتاب أو السنة على أنها شرع لنا، ولا على أنها منسوخة في حقنا، فهذا النوع محل اختلاف بين العلماء ولهم فيه قولان:

الأول: أنه ليس شرعاً لنا، وهو قول بعض الأشاعرة، والمعتزلة، وهو أحد قولي الإمام الشافعي، ورواية عن الإمام أحمد اختارها أبو الخطاب الكلوزاني، ورجحه إمام الحرمين وابن السمعاني والغزالي والرازي والآمدي والبيضاوي والإسنوي^(٢).

الثاني: أنه شرع لنا، سواء ثبت بدليل قطعي كالكتاب، أو ظني كخبر الواحد، وهو قول جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة وبعض الشافعية وطائفة من المتكلمين، وهو أرجح الرأيين عن الإمام الشافعي، وإليه ميله كما قال إمام الحرمين، وهو رواية عن الإمام أحمد، واختاره من الحنفية محمد بن الحسن

(١) أخرجه البخاري في كتاب المساجد، باب قول النبي ﷺ جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً (٤٢٧/١، ١٦٨/١، ومسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة (٥٢١/١، ٣٧٠)، من حديث سيدنا جابر بن عبد الله.

(٢) ينظر: قواطع الأدلة ٣١٧/١، والمستصفي ص ١٦٦، والإحكام للآمدي ١٤٧/٤، والإبهاج ٢٧٦/٢، والتمهيد للكلوزاني ٤١١/٢، وميزان الأصول للسمرقندي ص ٦٩٤.

وأبو يوسف والكرخي والماتريدي والجصاص، والدبوسي واليزدوي والسرخسي والخبازي^(١) والكمال بن الهمام.

واختاره من المالكية أبو الوليد الباجي وأبو عبد الله القرطبي^(٢) والقرافي.

ومن الشافعية ابن سريج والشيرازي وابن برهان، ومن الحنابلة القاضي أبو يعلى وابن اللحام^(٣).

وهؤلاء قالوا: إن الله تعالى أخبرنا عن أحكام كثيرة شرعها في حق الأمم السابقة، كما أخبرنا بأخبارهم وحكاياتهم، وإذا كان لإخبارنا بحكاياتهم فائدة هي أخذ العبرة والعظة، فلا فائدة لحكاية شرعهم سوى أن نعمل به إذا لم يكن في شرعنا ما يمنع من العمل به، ولإقراره وعدم إنكاره في القرآن الكريم.^(٤)

وقد قسم العلماء ما لم ينكره القرآن من شرائع السابقين إلى قسمين:

الأول: ما كان شريعة سماوية لنبي من الأنبياء، أو قولاً من أقواله، أو فعلاً من أفعاله، فهذا جاء احتجاج الأكثر به في كثير من الأحكام ومنها:

استدل جمهور الفقهاء لصحة قسمة المهايأة بما في قصة سيدنا هود: **لَوْ تَبَيَّنْهُمْ أَنْ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ** { القمر: ٢٨ } والمهايأة: تقاسم منافع الشيء المشترك بحسب الزمان أو غيره، بأن يستعمله كل من الشريكين فترة معينة^(٥).

(١) الخبازي: هو عمر بن محمد بن عمر الخبازي الخجندي، أبو محمد، جلال الدين، الفقيه، الحنفي، من أهل دمشق، ولد سنة ٦٢٩هـ، وجاور بمكة سنة، له: المغني في أصول الفقه، وشرح الهداية، وتوفي سنة ٦٩١هـ. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية ١/٣٩٨.

(٢) القرطبي: هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري، الخزرجي، الأندلسي، القرطبي، المالكي، رحل إلى المشرق، واستقر بأسبوط، وتوفي بها سنة ٦٧١هـ، له: الجامع لأحكام القرآن، والتذكرة، والأسنى شرح أسماء الله الحسنى، وغيرها. ينظر: الديباج المذهب ٢/٣٠٨.

(٣) ينظر: تقويم الأدلة ٢٥٣/٣، والعدة ٧٥٣/٣، والتبصرة ٢٨٥، والبرهان ١/٣٣١، وأصول اليزدوي ٢٣٢، وأصول السرخسي ٩٩/٢، والإحكام للأمدى ٤/١٤٧، والمغني للخبازي ٢٦٥، وشرح مختصر الروضة ٣/١٦٩، والإبهاج ٢/٢٧٦، والبحر المحيط ٤/٣٤٩، ومختصر ابن اللحام ١٦٦.

(٤) ينظر: التمهيد لأبي الخطاب ٢/٤٢٥، وشرح اللمع للشيرازي ٥٢٩، والتبصرة ٢٨٦.

(٥) ينظر: المبسوط للسرخسي ١٨/٥٥، وإرشاد السالك إلى أشرف المسالك للبغدادى ١/٩٩، وكفاية

• واستدل المالكية والشافعية والحنابلة على جواز الجعالة بقول سيدنا يوسف: {وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ} (١).

• واستدل الشافعية والحنابلة (٢) على جواز جعل منفعة الحر صدقاً كالخياطه والبناء وتعليم القرآن وما أشبه ذلك مما يصح استنجاره عليه بقوله تعالى: {قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ} [القصص: ٢٧].

الثاني: أن يكون الذي لم ينكره القرآن ليس شريعةً سماويةً، ولا قولاً أو فعلاً لنبي من الأنبياء؛ فهذا النوع أضعف من سابقه، فيقوى فيه الخلاف، لأن الأول لما كان في الأصل شريعة لنبي، وكان لدينا من الأدلة أمره تعالى لنبينا بالاعتداء بهدي الأنبياء السابقين، كان ذلك دليلاً خاصاً لحجيته، زيادة على أصل الإقرار من الله تعالى، أما ما لم يكن نبياً فليس لدينا من الأدلة على حجيته إلا ذكره في القرآن من غير إنكار فيكون حجة ما لم يعارضه ما هو أقوى منه.

وقد مثل له العلماء بقول الذين غلبوا على أمر أهل أصحاب الكهف: {لَتَتَّخِذَنَّ عَلَيْهِمْ مَسْجِداً} [الكهف: ٢١] فقد اختلف العلماء في الاستدلال به على مشروعية اتخاذ المساجد على القبور:

فمنعه جماعة مستدلين بأن الغالبين على أمرهم هم أهل النفوذ والسلطان فاتخذوا المسجد بغلبتهم وقوتهم لا بشريعتهم وإيمانهم.

• **قال ابن رجب الحنبلي:** «فجعل اتخاذ القبور على المساجد من فعل أهل الغلبة على الأمور، وذلك يشعر بأن مستندة القهر والغلبة واتباع الهوى، وأنه

النبية شرح التنبيه لابن الرفعة ٣١٣/١٨.

(١) ينظر: الشرح الكبير للرددير ٦٠/٤، والمجموع ١١٥/١٥، والمغني لابن قدامة ٣٧٥/٦.

(٢) ينظر: المجموع ٣٢٨/١٦، والمغني ٧/٨.

ليس من فعلِ أهلِ العلمِ والفضلِ المتبعينَ لما أنزلَ اللهُ على رسلِهِ من الهُدَى»^(١).

وذهب جماعة إلى أن الغالبيين هم الموحدون، فقاموا باتخاذ المسجد إلى جوارهم للعبادة فيه، والافتداء بالصالحين والتبرك بزيارتهم، ولم ينكر عليهم القرآن.

• قال الشوكاني: «ذكر اتخاذ المسجد يشعر بأن هؤلاء الذين غلبوا على أمرهم هم المسلمون، وقيل: هم أهل السلطان والملك من القوم المذكورين فإنهم الذين يغلبون على أمر من عداهم، والأول أولى. قال الزجاج: هذا يدل على أنه لما ظهر أمرهم غلب المؤمنون بالبعث والنشور لأن المساجد للمؤمنين»^(٢).

• وقال الحافظ السيد أحمد بن صديق الغماري: «قوله تعالى: {قَالَ الَّذِينَ غَلَبُوا عَلَىٰ أَمْرِهِمْ} [الكهف: ٢١] هم المؤمنون على الصحيح؛ لأن المسجد إنما يبنيه المؤمنون، وأما الكافرون فقالوا: {ابْنُوا عَلَيْهِم بُنْيَانًا} [الكهف: ٢١]، والدليل من هذه الآية: إقرار الله تعالى إياهم على ما قالوا وعدم رده عليهم، فإن الله تعالى إذا حكى في كتابه عن قوم ما لا يرضاه ذكر معه ما يدل على فساده وبنبه على بطلانه إما قبله وإما بعده، فإذا لم يبنه على ذلك دل على رضاه تعالى به، وعلى صحته إن كان عملاً، وصدقه إن كان خبراً كقوله تعالى قوله تعالى: {إِذْ قَالُوا مَا أَنزَلَ اللَّهُ عَلَىٰ بَشَرٍ مِّنْ شَيْءٍ} [الأنعام: ٩١] فإنه أعقبه بقوله: {قُلْ مَنْ أَنزَلَ الْكِتَابَ الَّذِي جَاءَ بِهِ مُوسَىٰ نُورًا وَهُدًى لِلنَّاسِ} [الأنعام: ٩١]»^(٣).

• يقول الدكتور علي جمعة: «وجه الاستدلال بالآية أنها أشارت إلى قصة أصحاب الكهف، حينما عثر عليهم الناس، فقال بعضهم: بنينا عليهم بنيانا، وقال آخرون: لنتخذن عليهم مسجدا، والسياق يدل على أن الأول قول المشركين،

(١) ينظر: فتح الباري لابن رجب ٣/١٩٣.

(٢) ينظر: فتح القدير للشوكاني ٣/٣٢٩.

(٣) ينظر: إحياء المقبور من أدلة استحباب بناء المساجد والقباب على القبور للغماري ص ٤١.

والثاني قول الموحدين، والآية طرحت القولين دون استتكار، ولو كان فيهما شيء من الباطل لكان من المناسب أن تشير إليه، وتدل على بطلانه بقرينة ما، وتقريرها للقولين يدل على إمضاء الشريعة لهما، بل إنها طرحت قول الموحدين بسياق يفيد المدح، وذلك بدليل المقابلة بينه وبين قول المشركين المحفوف بالتشكيك، بينما جاء قول الموحدين قاطعاً {لَتَنخِذَنَّ} [الكهف: ٢١] نابغاً من رؤية إيمانية، فليس المطلوب عندهم مجرد البناء، وإنما المطلوب هو المسجد^(١).

• **ولما كان الأمر محتملاً تردد بعض العلماء في ترجيح إحدى الجهتين** فقال ابن كثير: «حكى ابن جرير في القائلين ذلك قولين: أحدهما: إنهم المسلمون منهم. والثاني: أهل الشرك منهم، فالله أعلم، والظاهر أن الذين قالوا ذلك هم أصحاب الكلمة والنفوذ، ولكن هل هم محمودون أم لا؟ فيه نظر»^(٢).

قلت: والذي أراه أنه يمكن الجمع بين القولين، بتحرير معنى كلمة الاتخاذ الواردة في الآية والأحاديث، فإن العلماء اختلفوا في المراد باتخاذ القبر مسجداً على محملين:

الأول: أن الاتخاذ هو السجود لصاحب القبر تعظيماً وعبادة كما يسجد المشركون للأصنام والأوثان، وهذا شرك صريح، وعليه تحمل الأحاديث الواردة في لعن اليهود والنصارى لاتخاذهم القبور مساجد.

والثاني: أن الاتخاذ هو بناء قبر بجوار مسجد، أو مسجد بجوار قبر، وقصد الصلاة فيه عبادة لله عز وجل، فهذا الاتخاذ ليس بممنوع، فقد دلت نصوص العلماء على مشروعيته، ومن ذلك:

• **قال البخاري: «باب ما يكره من اتخاذ المساجد على القبور» قال ابن حجر شارحاً: «قال ابن رشيد^(٣) الاتخاذ أعم من البناء؛ فلذلك أفرده بالترجمة،**

(١) ينظر: البيان لما يشغل الأذهان د/ علي جمعة ص ٢٥١ المقطع للنشر والتوزيع.

(٢) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١٣٣/٥.

(٣) هو محمد بن عمر بن محمد بن عمر بن إدريس بن محمد بن رشيد أبو عبد الله السبتي روى البخاري عن عبد العزيز الغافقي، ثم رحل إلى الإسكندرية، وجاور بمكة والمدينة، وله: الرحلة الشرقية، وفهرست مشايخه، والصرائط السوي في اتصال سماع جامع الترمذي، والمحاكمة بين الإمامين، وتلخيص كتاب القوانين في النحو، وغيرها، وتوفي سنة إحدى وعشرين وسبع مائة. ينظر: الوافي

ولفظها يقتضي أن بعض الاتخاذ لا يكره، فكأنه يفصل بين ما إذا ترتبت على الاتخاذ مفسدة أو لا»^(١).

وقال القاضي البيضاوي: «لما كانت اليهود والنصارى يسجدون لقبور الأنبياء تعظيماً لشأنهم ويجعلونها قبلة، ويتوجهون في الصلاة نحوها، فاتخذوها أوثاناً لعنهم الله، ومنع المسلمين عن مثل ذلك ونهاهم عنه.

• أما من اتخذ مسجداً في جوار صالح، أو صلى في مقبرته، وقصد به الاستظهار بروحه، أو وصول أثر من آثار عبادته إليه، لا التعظيم له والتوجه نحوه فلا حرج عليه، ألا ترى أن مرقد إسماعيل -عليه السلام- في المسجد الحرام عند الحطيم، ثم إن ذلك المسجد أفضل مكان يتحرى المصلي لصلاته، والنهي عن الصلاة في المقابر مختص بالمقابر المنبوذة، لما فيها من النجاسة»^(٢).

ومن تأمل كلام العلامة الألويسي في هذا الموضوع يجده جامعاً شافياً فقد قال عند تفسير قوله تعالى { لَتَتَّخِذَنَّ عَلَيْهِمْ مَسْجِدًا } [الكهف: ٢١]: «مذهبنا في شرع من قبلنا إنه يلزمنا على أنه شريعتنا، لكن لا مطلقاً، بل إن قصه الله تعالى علينا بلا إنكار - وإنكار رسوله ﷺ كإنكاره عز وجل -.

وقد سمعت أنه عليه الصلاة والسلام لعن الذين يتخذون المساجد على القبور، على أن كون ما ذكر من شرائع من قبلنا ممنوع، وكيف يمكن أن يكون اتخاذ المساجد على القبور من الشرائع المتقدمة مع ما سمعت من لعن اليهود والنصارى حيث اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد.

والآية ليس فيها أكثر من حكاية قول طائفة من الناس، وعزمهم على فعل

بالوفيات ٤/١٩٩.

(١) ينظر: فتح الباري لابن حجر ٣/٢٠٠.

(٢) تحفة الأبرار شرح مصابيح السنة للبيضاوي ١/٢٥٧.

ذلك، وليست خارجة مخرج المدح لهم والحض على التآسي بهم، فمتى لم يثبت أن فيهم معصوماً لا يدل فعلهم، فضلاً عن عزمهم على مشروعية ما كانوا بصدد، ومما يقوي قلة الوثوق بفعلهم القول بأن المراد بهم الأمراء والسلاطين كما روي عن قتادة.

وعلى هذا: لقال أن يقول: إن الطائفة الأولى كانوا مؤمنين عالمين بعدم مشروعية اتخاذ المساجد على القبور، فأشاروا بالبناء على باب الكهف وسده وكف التعرض عن أصحابه، فلم يقبل الأمراء منهم، وغازطهم ذلك حتى أقسموا على اتخاذ المسجد، وكأن الأولين إنما لم يثيروا بالدفن مع أن الظاهر أنه هو المشروع إذ ذاك في الموتى، كما أنه هو المشروع عندنا فيهم لعدم تحققهم موتهم، ومنعهم من تحقيقه أنهم لم يقدروا كما أخرج عبد الرزاق وابن المنذر عن وهب بن منبه على الدخول عليهم لما أفيض عليهم من الهيبة {ولهذا قالوا رَبُّهُمْ أَعْلَمُ بِهِمْ} [الكهف:21]

وإن أبيت إلا حسن الظن بالطائفة الثانية فلك أن تقول: إن اتخاذهم المسجد عليهم ليس على طرز اتخاذ المساجد على القبور المنهي عنه الملعون فاعله، وإنما هو اتخاذ مسجد عندهم، وقريباً من كهفهم، وقد جاء التصريح بالعندية في رواية القصة عن السدي ووهب، ومثل هذا الاتخاذ ليس محظوراً؛ إذ غاية ما يلزم على ذلك أن يكون نسبة المسجد إلى الكهف الذي هم فيه كنسبة المسجد النبوي إلى المرقد المعظم ﷺ، ويكون قولهم {لَتَتَّخِذَنَّ عَلَيْهِمْ} على هذا لمشاكلة قول الطائفة ابنوا عَلَيْهِمْ .

• **وإن شئت قلت:** إن ذلك الاتخاذ كان على الكهف فوق الجبل الذي هو فيه، وفي خبر مجاهد أن الملك تركهم في كهفهم وبنى على كهفهم مسجداً وهذا أقرب لظاهر اللفظ^(١).

(١) روح المعاني للألوسي ٢٢٧/٨.

المطلب الثالث

البيان بحال النبي ﷺ

سبق توضيح أن بيان الحال يكون من الشارع إذا رأى أمراً معاينة فلم ينه عنه، كان سكوته بمنزلة البيان أنه مشروع، ولهذا قال العلماء: "إن السكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان" (١).

ولقد قرر الأصوليون أن الشارع يطلق على من صدر عنه الشرع، وأن مصدر الأحكام الشرعية لجميع أفعال المكلفين هو الله سبحانه وتعالى، فهو الحاكم وإليه يرجع الأمر كله.

كما قرر الأصوليون أن الرسول ﷺ مبلغ عن الله رسالته، ومظهر وحي الله تعالى في القضايا المختلفة، ومن هذه الجهة كان النبي ﷺ شارعاً بمعنى أنه مظهر لوحي الله وشريعته، وبهذا الاعتبار كانت وظيفة النبي ﷺ بيان الأحكام الشرعية بمعنى إظهارها وتوضيحها (٢).

وقد قرر الأصوليون أن النبي ﷺ كان يبين الأحكام بما أمكنه من وسائل البيان كالأقوال والأفعال وما يدخل فيها من الكتابة والإشارة والسكوت والترك والتقرير. ومما ذكره الأصوليون في باب بيان النبي ﷺ أنه كان يبين الأحكام بحاله، بمعنى أنه كان إذا رأى أمراً غير مشروع كان لا يسكت عليه، بل ينكره ويرده، فإن سكت فإن سكوته يكون تقريراً على الفعل وتشريعاً له، إذ الشارع لا يسكت على منكر، إلا إذا تقرر عندهم بطلانه، فعندها يمكن السكوت إحالة على ما تقدم من البيان (٣).

(١) ينظر: أصول البزدوي ص ١٦٠، وميزان الأصول ص ٧٢٨.

(٢) ينظر: قواطع الأدلة ٣٢٢/١.

(٣) ينظر: البرهان ١/١٨٧، وشرح مختصر الروضة ٢/٦٢، والموافقات ٤/٧٥.

وقد قرر الأصوليون أن السكوت هو الغالب على حال البشر، فإن لم يكن هناك ما يستدعي القول فهذا السكوت لا دلالة له، أما إن كان هناك ما يستدعي القول، فإن النبي ﷺ كان يتكلم ويبين الأحكام، وإلا كان تأخيراً للبيان عن وقت الحاجة وهو لا يجوز.

فإن سكت النبي ﷺ عن بيان الأحكام كان سكوته على ثلاثة أقسام: إما أن يسكت لعدم توفر الدواعي لإصدار الحكم، وإما أن يسكت لمانع من الموانع، وإما أن يسكت مع توفر الدواعي لإصدار الحكم.

فأما القسم الأول: وهو أن يسكت عند عدم توفر الدواعي لإصدار الحكم كالسكوت عما لم يقع في زمانه ﷺ من حوادث، أو عما وجد في بيئات أخرى غير بيئته ولم يطلع عليه، فمثل هذا الترك لا يدل على حكم أصلاً، إذ هو عدم دليل، لا استدلال بالترك والسكوت، فإذا وجدت مظنة العمل به بعد انقضاء زمن التشريع احتاج الأمر إلى حكم جديد يلائم تصرفات الشارع في مثله، وهو الذي قال فيه الشاطبي: " أن يسكت عنه لأنه لا داعية له تقتضيه، ولا موجب يقدر لأجله؛ كالنوازل التي حدثت بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ فإنها لم تكن موجودة ثم سكت عنها مع وجودها، وإنما حدثت بعد ذلك؛ فاحتاج أهل الشريعة إلى النظر فيها وإجرائها على ما تقرر في كلياتها، وما أحدثه السلف الصالح راجع إلى هذا القسم؛ كجمع المصحف، وتدوين العلم، وتضمين الصناع، وما أشبه ذلك مما لم يجر له ذكر في زمن رسول الله ﷺ، ولم تكن من نوازل زمانه، ولا عرض للعمل بها موجب يقتضيها؛ فهذا القسم جارية فروعه على أصوله المقررة شرعاً بلا إشكال" (١).

(١) ينظر: الموافقات ٣/١٥٧.

وأما القسم الثاني: وهو أن يسكت مع وجود حكم في المسألة يعلمه النبي ﷺ لوجود مانع من الموانع التي يترك الكلام لأجلها، فلا يكون سكوته هذا من بيان الحال، والموانع التي يترك النبي ﷺ الكلام لأجلها كثيرة منها:

• أن يسكت النبي ﷺ عن الجواب لمهلة النظر والتدبر في المسائل التي يجتهد فيها أو لعدم وجود حكم شرعي في المسألة؛ فإنه ﷺ كان يسكت انتظاراً للوحي إذا سئل عن حادثة ليس فيها حكم، كما روى جابر: "جاءت امرأة سعد بن الربيع بابنتي سعد إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، هاتان ابنتا سعد قتل معك يوم أحد، وإن عمهما أخذ جميع ما ترك أبوهما، وإن المرأة لا تتكح إلا على مالها، فسكت رسول الله ﷺ حتى أنزلت آية الميراث، فدعا رسول الله ﷺ أبا سعد بن الربيع فقال: (أعط ابنتي سعد ثلثي ماله، وأعط امرأته الثمن، وخذ أنت ما بقي)"^(١).

• ومنها: أن يكون السائل قد سأل عما لم يقع، فيترك جوابه لعدم الحاجة إلى البيان حينئذ، ولاشعار السائل بتكلفه، وفي ذلك من الكراهة ما فيه.

• ومنها: أن يكون عقل بعض السامعين لا يحتمل الجواب، فيسكت عن جوابه لئلا يكون الجواب فتنة له. قال البخاري: "باب من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض الناس فيقعوا في أشد منه". ثم روى حديث عائشة في تركه ﷺ نقض الكعبة^(٢).

• ومنها: أن يكون السائل متلبساً بمعصية ظاهرة هي أكبر من التي يسأل عنها وأهم منها، فمن ذلك أن يكون السائل كافراً معانداً، أو منافقاً فاجراً، وقد قال الله تعالى لنبيه: {فَأَعْرِضْ عَنْ مَنْ تَوَلَّىٰ عَنْ ذِكْرِنَا وَلَمْ يُرِدْ إِلَّا الْحَيَاةَ الدُّنْيَا}

[النجم: 29]

(١) أخرجه ابن ماجة في كتاب الفرائض باب فرائض الصلب (٢٧٢٠)/٢/٩٠٨، والترمذي في الفرائض باب ما جاء في ميراث البنات (٢٠٩٢)/٣/٤٨٥، والحاكم في المستدرک (٧٩٥٤)/٤/٣٧٠ وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

(٢) ينظر: صحيح البخاري ٣٧/١.

ومنها: أن يكون السكوت في ذاته جواباً، كمن استأذن في فعل شيء، فسكت عن الإذن له، دل على عدم الإذن، ومن ذلك ما روى أبو هريرة، قال: " عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قلت: يا رسول الله إني رجل شاب، وأنا أخاف على نفسي العنت، ولا أجد ما أتزوج به النساء، فسكت عني، ثم قلت: مثل ذلك، فسكت عني، ثم قلت: مثل ذلك، فسكت عني، ثم قلت مثل ذلك، فقال النبي ﷺ: (يا أبا هريرة، جف القلم بما أنت لاق، فاخص على ذلك أو ذر)^(١).

قال ابن حجر: "فيه...جواز السكوت عن الجواب لمن يظن أنه يفهم المراد من مجرد السكوت"^(٢).

وأما القسم الثالث: وهو أن يسكت النبي ﷺ مع توفر الدواعي لإصدار الحكم، وذلك بأن يسكت عن إنكار قول أو فعل وقع بين يديه أو في عصره وعلم به، فترك إنكاره دليل مشروعيته، لأن النبي ﷺ لا يقر على باطل، وهذا القسم المسمى بالإقرار أو التقرير، وقد عرفوه: «بأن يسكت النبي ﷺ عن إنكار قول أو فعل قيل أو فعل بين يديه، أو في عصره وعلم به»^(٣).

ولا تكمن حجية الإقرار في مجرد السكوت عن الإنكار والكف عن التغيير؛ إذ الإقرار لا يعني دائماً الرضا بالأمر المقر به، وإنما ينظر فيه: فإن تضمن هذا الإقرار الرضا والموافقة فهو إقرار يحتج به، وإن لم يتضمن ذلك فهو غير معتد به. فالضابط إذاً ليس هو مجرد السكوت، وإنما ما يحف به من قرائن الحال، ولذلك اشترط الأصوليون لحجية الإقرار شروطاً توضح أن حال النبي ﷺ عند سكوته هو الرضا بالأمر المقر به منها:

(١) أخرجه البخاري في كتاب النكاح باب ما يكره من التبتل والخضاء (٥٠٧٦) ٤/٧.

(٢) ينظر: فتح الباري لابن حجر ١٢٠/٩

(٣) ينظر: البحر المحیط ٥٤/٦.

الشرط الأول: أن يعلم النبي ﷺ بالأمر، فإن لم يعلم به لا يكون سكوته حجة، وهو ظاهر من لفظ التقرير، وخرج من هذا ما فعل في عصره مما لم يطلع عليه غالباً، ولم يعلم انتشاره انتشاراً يبلغ النبي ﷺ فهل يجعل ذلك سنة وشريعة من شرائعه؟ جزم الشيخ أبو إسحاق الشيرازي بأنه لا يدل، وحكى الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني فيه قولين عن الإمام الشافعي^(١).

وقال ابن السمعاني: "إذا قال الصحابي: "كانوا يفعلون كذا" فإن أضافه إلى عصر الرسول ﷺ وكان مما لا يخفى مثله حمل على إقرار الرسول وصار شرعاً. وإن كان مثله يخفى فإن تكرر منهم وكثر حمل على إقراره؛ لأن الأغلب فيما كثر منهم أنه لا يخفى عليه، كما روى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: "كنا نخرج صدقة الفطر في زمان رسول الله ﷺ صاعاً من بر أو صاعاً من شعير أو صاعاً من تمر"^(٢).

وعلى هذا إذا أخرج الراوي الرواية مخرج التكثر بأن قالوا: "كانوا يفعلون كذا" حمل الرواية على علمه وإقراره، فصار كالمقول شرعاً، وإن تجرد عن لفظ التكثر كقوله: "فعلوا كذا" فهو محتمل ولا يثبت شرعاً باحتمال"^(٣).

الشرط الثاني: أن يكون قادراً على الإنكار، كذا قال ابن الحاجب والشريف التلمساني وغيرهما. ولم يرتض ابن السبكي والزرکشي هذا الشرط؛ محتجين بأن الفقهاء ذكروا أن من خصائصه ﷺ عدم سقوط وجوب تغيير المنكر بالخوف على نفسه بعد إخبار ربه تعالى بعصمته في قوله: {وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ} [المائدة: 67]^(٤).

- (١) ينظر: البحر المحيط ٥٦/٦.
(٢) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة باب: صدقة الفطر صاع من طعام (١٥٠٦) ١٣١/٢، ومسلم في كتاب الزكاة باب زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير (٩٨٥) ٦٧٩/٢.
(٣) ينظر: قواطع الأدلة ٣١٤/١ - يتصرف -.
(٤) ينظر: شرح العصد على ابن الحاجب ٣٠٠/٢، ومفتاح الوصول للتلمساني ص ٥٨٤، ورفع الحاجب ١٢٤/٢، والبحر المحيط ٥٧/٦.

الشرط الثالث: كون المقر على الفعل منقاداً للشرع، سامعاً مطيعاً، فالممتنع كالكافر لا يكون التقرير في حقه دالاً على الإباحة ونقل ابن دقيق العيد الإجماع على هذا الشرط^(١).

وهناك شروط أخرى ذكرها بعض العلماء منها:

أن يكون التقرير بعد ثبوت الشرع، فأما ما كان يقر عليه قبل استقرار الشرع، حين كان داعياً إلى الإسلام فلا. وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة^(٢).

• **ومنها:** أن لا يتقدم على تقريره إنكارٌ سابق، فإذا ذم الرسول فاعلاً بعد إقراره على فعل مثله، دل على حظره بعد إباحته، وإن كان الآخر هو الذم بعد الإقرار دل على الحظر بعد الإباحة، قرره ابن السمعاني، وقال: "إذا علم من حال مرتكب المنكر أن الإنكار عليه يزيده إغراء على فعل مثله، فإن علم به غير الرسول لم يجب عليه الإنكار؛ لئلا يزداد من المنكر بالإغراء، وإن علم به الرسول ففي وجوب إنكاره وجهان:

أدهما: لا يجب لهذا التعليل، وهو قول المعتزلة.

والوجه الثاني: يجب إنكاره ليزول بالإنكار توهم الإباحة، وهذا الوجه أظهر، وهو قول الأشعرية، ومن هذا الوجه يكون الرسول مخالفاً لغيره؛ لأن الإباحة والحظر شرع مختص بالرسول دون غيره^(٣).

• وشرط ابن القشيري أن لا نجد للسكوت محملاً سوى التقرير ورفع الحرج، فلو كان مشتغلاً ببيان حكم مستغرقاً فيه، فرأى إنساناً على أمر ولم يتعرض له، فلا يكون تركه ذلك تقريراً إذ لا يمكنه تقرير جميع الموانع بمرة واحدة.

(١) ينظر: كشف الأسرار للبخاري ١٤٩/٣، وشرح الإمام بأحاديث الأحكام لابن دقيق ٩٢/١، ورفع الحاجب ١٢٤/٢، والتحبير شرح التحرير ١٤٩٣/٣.

(٢) ينظر: البحر المحيط ٥٨/٦.

(٣) ينظر: قواطع الأدلة ٣١٣/١.

قال: "ولهذا أقول: ليس كل ما كان عليه الناس في صدر الشرع، ثم تغير الأمر لا يدعى فيه النسخ، بل إذا ثبت حكم شرعي، ثم تغير فهو النسخ، فأما ما كان عليه الناس في الجاهلية، ثم قرر الرسول فيه حكماً، فلا يقال: كان ذلك المتقدم شرعاً مستمراً ثم نسخ، إذ ربما لم يتفرغ الرسول لبيانه، أو لم يتذكره، مثاله: قول الخصم في نكاح المشركات: كان قد تقرر في ابتداء الإسلام انتفاء الحظر في المنكوحات، ثم طرأ الحظر، فنسخ ذلك الحكم، وهذا مجازفة؛ إذ من الممكن أنهم كانوا، ولم يكن ذلك شرعاً، بل جرياً على حكم الجاهلية، ثم بين النبي ﷺ أنه لا تجوز الزيادة على أربع بياناً مبتدأ، وأما إذا أمكن أن يكون سكوته محمولاً على أن جبريل -عليه السلام- لم يبين له بعد ذلك الحكم، لم يقطع بمشروعية ذلك التقرير، بل يقال بانتفاء الحكم؛ إذ لا عثور فيه على شرع؛ لاندثار الشرائع المتقدمة، فهذا لا يقضى فيه بحكم أصلاً"^(١).

درجات التقرير

بين العلماء أن تقارير النبي ﷺ ليست على درجة واحدة في بيان الأحكام وتوضيحها، بل التقرير على مراتب بعضها أقوى وأدل على الأحكام من بعض: **الصورة الأولى:** أن يخبر النبي ﷺ عن وقوع فعل في الزمن الماضي على وجه من الوجوه، ويحتاج إلى معرفة حكم من الأحكام، هل هو من لوازم ذلك الفعل، فإذا سكت عن بيان كونه لازماً دل على أنه ليس من لوازم ذلك الفعل، كما لو أخبر بإتلاف يحتاج إلى معرفة تعلق الضمان أو عدمه، كإتلاف خمر الذمي مثلاً، فسكوته يدل على عدم تعلق الضمان به، وكما لو أخبر عن وقوع العبادة المؤقتة على وجه ما، ويحتاج إلى معرفة حكم القضاء بالنسبة إليها، فإذا لم يبينه دل على عدم وجوب القضاء.

(١) ينظر: البحر المحيط/٦/٥٩.

الصورة الثانية: أن يسأل عن قول أو فعل، لا يلزم من سكوته عليه مفسدة في نفس الأمر، لكن قد يكون ظن الفاعل أو القائل يقتضي أن تترتب عليه مفسدة على تقديم امتناعه، فهل يكون هذا السكوت دليلاً على الجواز، بناءً على ظن المتكلم أو لا؛ لأنه لا يلزم منه مفسدة في نفس الأمر، ومثاله: استبشاره ﷺ بإلحاق القائف بنسب أسامة بن زيد، فإن الذين لا يعتبرون إلحاق القائف يعتذرون بأن الإلحاق مفسدة في صورة الاشتباه، ونسب أسامة لاحق بالفراش في حكم الشرع، فلا تتحقق المفسدة عندهم في نفس الأمر، لكن لما كان الطاعنون في النسبة اعتقدوا أن إلحاق القافة صحيح، اقتضى ذلك الظن منهم مع ثبوت النسب شرعا عدم المفسدة في إلحاق القائف.

الصورة الثالثة: أن يخبر عن حكم شرعي بحضرة ﷺ فيسكت عنه فيدل ذلك على الحكم، كما لو قيل بحضرة: هذا الفعل واجب أو محظور إلى غيرهما من الأحكام.

الصورة الرابعة: أن يخبر بحضرة عن أمر ليس بحكم شرعي، يحتمل أن يكون مطابقاً، وأن لا يكون، فهل يكون سكوته دليلاً على مطابقته؟ كحلف عمر بحضرة أن ابن صياد هو الدجال، ولم ينكر عليه، فهل يدل على كونه هو؟ وفي ترجمة بعض أهل الحديث ما يشعر بأنه ذهب إلى ذلك.

الصورة الخامسة: ما يبلغ النبي ﷺ عن أصحابه، ويعلمه ظاهراً من حالهم، ويتقرر عنده من عاداتهم، مما سببه الانتشار والاشتهار، فلا يتعرض له بنكير، كنوم الصباية قعوداً ينتظرون الصلاة، فلا يأمرهم بتجديد الطهارة، وكعلمه بأن أهل الكتاب يتعاملون بالربا، ويشربون الخمر فلا يتعرض لهم، ذكره ابن السمعاني وقال: "ويتصل بهذا ما استدل أصحابنا به من سقوط الزكاة في أشياء سكت النبي

ﷺ عنها من الزيتون والرمان ونحوهما؛ وذلك أنه كان لا يخفى عليه أن الناس يتخذونها كما يتخذون الكروم والنخيل، وكان الأمر في إرساله المصدقين والسعاة في أقطار الأرض ظاهراً بيناً، وكان إذا بعثهم كتب لهم الكتب فيقرءوها بحضرته ويشهد عليها، ولو كان يجب فيها شيء لأمر بأخذه، ولو أمر لظهر كما ظهر غيره من الأشياء التي انتظمها الوجوب والإباحة، فلما لم يكن كذلك دل على سقوط الزكاة عنها^(١).

ومما سبق يتبين بوضوح أن البيان بدلالة حال النبي ﷺ في الحقيقة يشمل الجزء الأكثر من السنة النبوية الدالة على الأحكام الشرعية، وما عداه من أنواع البيان الأخرى كالبيان بالأقوال والأفعال لا يساوي إلا قدرًا قليلاً بالنسبة إلى البيان بحال النبي ﷺ، وإن كان ما نقل إلينا من الأقوال والأفعال في الواقع أكثر بكثير مما نقل بدلالة بيان الحال، فقد كان البيان بحال النبي ﷺ نوعاً من التعليم الصامت للصحابة الكرام، الذي ظهرت ثمرته في توسيع مداركهم في استنباط الأحكام الشرعية، حتى أكاد أجزم أن المعلومات التي حصلت للصحابة من البيان بحال النبي ﷺ كانت أوسع معلوماتهم، وأكثرها شمولاً لأبواب التشريع الإسلامي، وهذا يكشف لنا عن جانب من جوانب قوة علم الصحابة بالشرعية، ويقوي قول من قال بأن أقوالهم في شؤون الدين حجة لازمة^(٢).

(١) ينظر: شرح الإمام ٩٢/١، والبحر المحيط ٥٩/٦.

(٢) ينظر: أفعال الرسول ﷺ ودلالاتها على الأحكام الشرعية للأشقر ١٢٩/٢.

المطلب الرابع

البيان بحال أهل العلم

مما هو مقرر أن البيان قد يكون بيان تشريع، وقد يكون بيان توضيح، وأن حظ العلماء من البيان إنما هو من النوع الثاني، إذ التشريع من خصائص الله وحده قال تعالى { أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ } [الأعراف:54] وقال: { إِنْ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ } [الأنعام:57]

والقدر الذي أعطاه الله للعلماء من البيان وهو بيان التوضيح دائرته كبيرة ومجاله واسع وشأنه خطير.

وقد فرق الأصوليون بين من بلغ رتبة الاجتهاد من العلماء وبين من لم يبلغها، ولكل قسم من هذين القسمين حظه من البيان، وخاصة البيان بالحال وهذا ما أتناوله فيما يلي:

القسم الأول: البيان بحال المجتهدين من العلماء

عرف العلماء الاجتهاد لغة بأنه افتعال من جهد يجهد إذا تعب وبلغ أقصى قوته وطاقته، يقال: جهد الرجل في كذا: أي جد فيه وبالع، وجهدت الرجل: إذا حملته على أن يبلغ مجهوده، ورجل مجهود: إذا جهده غيره، والاجتهاد يكون فعل شاق، فيقال: اجتهد في حمل الرحى لا في حمل خردلة.^(١)

وقد ذكر الأصوليون للاجتهاد تعريفات متقاربة في ألفاظها ومعانيها منها:

قال الشيرازي والسمعاني: استقراغ الوسع وبذل المجهود في طلب الحكم

الشرعي.^(٢)

(١) ينظر: الصحاح مادة (ج هـ د) ٤٦٠/٢، ومقاييس اللغة ٤٨٦/١، ولسان العرب ١٣٣/٣.

(٢) ينظر: اللع ص ١٢٩، وقواطع الأدلة ٣٠٧/٢.

وقال البيضاوي: استقراغ الوسع في درك الأحكام الشرعية.^(١)

وبيان المجتهدين بحال المجتهدين يكون عند سكوتهم عن مسألة قال فيها بعضهم بحكم وسكت عنها الباقر وهو المسمى بالإجماع السكوتي.
قال الشاشي: "وبهذا الطريق -بيان الحال- قلنا: الإجماع ينعقد بنص البعض وسكوت الباقرين"^(٢).

فأما الإجماع فقد ذكروا أنه يطلق على معنيين:

أحدهما: العزم على الشيء، ومنه قوله تعالى: {فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ} [يونس: 71] أي اعزموا.

والثاني: الاتفاق، ومنه قوله تعالى: {وَأَجْمِعُوا أَنْ يَجْعَلُوهُ فِي غِيَابَتِ الْجُبِّ} [يوسف: 15]^(٣).

وقد جعل بعض العلماء كالغزالي والرازي الإجماع مشترك بين العزم والاتفاق^(٤) وقال عبد العزيز البخاري: "والفرق بين المعنيين أن الإجماع بالمعنى الأول متصور من واحد، وبالمعنى الثاني لا يتصور إلا من الاثنين فما فوقهما"^(٥).

الإجماع اصطلاحاً:

ذكر الأصوليون للإجماع تعريفات كثيرة مختلفة؛ بسبب ذكرهم بعض أركان وشروط الإجماع في تعريفاتهم، ومنها:

قول أبي الحسين البصري: الإجماع هو اتفاق من جماعة على أمر من الأمور إما فعل أو ترك.^(٦)

(١) ينظر: الإبهاج ٣/٢٣٦، ونهاية السؤل ص ٣٩٤.

(٢) ينظر: أصول الشاشي ص ٢٦٢.

(٣) ينظر: الصحاح مادة (ج م ع) ٣/١١٩٨، ومقاييس اللغة ١/٤٧٩، ولسان العرب ٨/٥٣.

(٤) ينظر: المستصفي ص ١٣٧، والمحصول للرازي ٤/١٩.

(٥) ينظر: كشف الأسرار للبخاري ٣/٢٢٦.

(٦) ينظر: المعتمد ٢/٣.

وقال الفخر الرازي والقرافي والبيضاوي: اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد ﷺ على أمر من الأمور. (1)

وقال صدر الشريعة: هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد -عليه الصلاة والسلام- في عصر على حكم شرعي. (2)

وهذه التعريفات معظمها متقارب، ولعل الراجح منها قول صدر الشريعة هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ في عصر على حكم شرعي؛ فقد اقتصر على ذكر أساسيات الإجماع من غير أن يتعرض لشروطه التي هي محل خلاف بين العلماء.

وجمهور العلماء على أن الإجماع حُجَّة شرعية وهو الحق؛ لقوله تعالى: لَوْ مَنَّ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُضَلِّهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا}. [النساء: 115] (3).

وقد قسم العلماء الإجماع إلى قسمين: صريح وسكوتي.

قال الطوفي: "الإجماع إما نطقي أو سكوتي؛ فالنطقي: ما كان اتفاق مجتهدي الأمة جميعهم عليه نطقاً، بمعنى أن كل واحد منهم نطق بصريح الحكم في الواقعة نطقاً أو إثباتاً، والسكوتي: ما نطق به البعض وسكت البعض". (4)

وجعل الحنفية الإجماع السكوتي من باب الرخص؛ يقول البيهقي: "وأما ركنه فنوعان عزيزة ورخصة؛ أما العزيمة: فالتكلم منهم بما يوجب الاتفاق منهم، أو شروعاتهم في الفعل فيما كان من بابيه؛ لأن ركن كل شيء ما يقوم به أصله،

(1) ينظر: المحصول للرازي ٢٠/٤، وشرح تنقيح الفصول صد ٣٢٢، والإبهاج ٢/٣٤٩.

(2) ينظر: شرح التلويح على التوضيح ٨١/٢.

(3) ينظر: الفصول في الأصول ٣/٢٧١، والعدة ٤/١٠٥٧، والتبصرة صد ٣٤٩، والبرهان ١/٣٥، وأصول البيهقي صد ٢٤٥، والمستصفي صد ١٣٨، والإحكام للآمدي ١/٢٠٠.

(4) ينظر: شرح مختصر الروضة ٣/١٢٦-بتصرف-.

والأصل في نوعي الإجماع ما قلنا، وأما الرخصة فأن يتكلم البعض ويسكت سائرهم بعد بلوغهم، وبعد مضي مدة التأمل والنظر في الحادثة^(١).

وقد تعددت عبارات الأصوليين في تصوير الإجماع السكوتي، ومن أجمعها قول عبد العزيز البخاري: "وصورة المسألة: ما إذا ذهب واحد من أهل الحل والعقد في عصر إلى حكم في مسألة قبل استقرار المذاهب على حكم تلك المسألة، وانتشر ذلك بين أهل عصره، ومضي مدة التأمل فيه، ولم يظهر له مخالف كان ذلك إجماعاً"^(٢).

وقول ابن السبكي: "إذا قال بعض المجتهدين قولاً في المسائل التكليفية الاجتهادية، وعرفه الباقر وسكتوا عن الإنكار، فإن ظهرت عليهم أمارات الرضا بما ذهبوا إليه فهو إجماع"^(٣).

ورضا الساكتين يعرف بواحد من أمور منها:

الأول: فقد الإنكار لمقالة الناطقين، ولكن لا يكفي فقد الإنكار إلا بشرط اشتها المسألة وانتشارها؛ إذ لو لم تشتهر لم يدل السكوت على الرضا؛ لجواز أنهم ما عرفوها.

الثاني: أن يشتهر القول ولا يكون للساكتين عذر من الإنكار كخوفهم من الفرقة والفتنة وغيرهما مما يبيح السكوت عن الإنكار، وهو التأدية إلى أنكر منه أو عدم قبوله.

الثالث: أن تكون المسألة من المسائل القطعية؛ إذ المخطئ فيها آثم، فلو لم يكن السكوت عن رضئ لأنكره لوجوبه، ولو لم ينكره مع ذلك لكانوا قد أجمعوا على ضلاله^(٤).

(١) ينظر: أصول البزدوي ص ٢٣٩، وكشف الأسرار للبخاري ٢٢٨/٣.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للبخاري ٢٢٨/٣.

(٣) ينظر: الإبهاج ٣٧٩/٢.

(٤) ينظر: إجابة السائل شرح بغية الأمل للصنعاني ص ١٦٢.

وقد اختلف العلماء في الإجماع السكوتي هل هو مختص بالصحابة؟ أم هو عام في الصحابة وغيرهم؟

فذهب جماعة من العلماء إلى أن الإجماع السكوتي يختص بعصر الصحابة وهو الذي اختاره أبو الحسين البصري والماوردي، والصيرفي، وابن القطان، وابن الصباغ، والشيخ أبو حامد الإسفراييني، والغزالي، وابن برهان، والقاضي عبد الوهاب، والقاضي أبو يعلى وابن عقيل وابن تيمية وابن قدامة وغيرهم، وقالوا: إن منصب الصحابة لا يقتضي السكوت عن حكم مع مخالفتهم فيه، وهذا لا يجيء في حق غيرهم.^(١)

وذهب فريق من العلماء إلى أن الإجماع السكوتي لا يختص بالصحابة، بل هو عام في حق كل عصر من عصور المجتهدين، وهو الذي صرح به الحنفية في كتبهم، واختاره إمام الحرمين في البرهان، وابن رشد الحفيد، والفخر الرازي، والآمدي، وابن الحاجب، والقرافي، والطوفي والبيضاوي، والمرداوي، وابن النجار وغيرهم.

وهؤلاء يرون أنه لا فرق بين الصحابة وغيرهم من المجتهدين، فالكل يجب عليه أن ينكر المنكر إذا سمع به.^(٢)

وقال ابن السمعاني: "وقد قال بعض أصحابنا: إن هذا الإجماع فيما إذا وجد القول المنتشر من أحد الصحابة في سائر الصحابة، فأما في التابعين ومن بعدهم فلا، ولا يعرف فرق صحيح بين الموضوعين، والأولى التسوية بين الجميع"^(٣).

(١) ينظر: المعتمد/٢/٦٥، والعدة/٤/١١٧٠، والحاوي الكبير/١/٣٠، والمستصفي ص١٥١، والواضح/٥/٢٠١، والوصول إلى الأصول/٢/١٢٤، والمسودة ص٣٣٥، والبحر المحيط/٤/٥٠٦.
(٢) ينظر: الفصول في الأصول/٣/٢٨٩، والبرهان/١/٢٧٠، وميزان الأصول ص٥١٦، والضروري في الأصول لابن رشد ص٩٣، والمحصول للرازي/٤/١٥٣، والإحكام للآمدي/١/٢٥٢، وشرح تنقيح الفصول ص٣٣٠، وبيان المختصر/١/٥٧٥، ونهاية السؤل ص٢٩٦، والبحر المحيط/٤/٥٠٦، وفواتح الرحموت/٢/٢٣٢.
(٣) ينظر: قواطع الأدلة/٢/٨.

حجية الإجماع السكوتي

وقد وقع اختلاف العلماء فيما إذا قال أحد المجتهدين قولاً في إحدى المسائل التكليفية الاجتهادية، وعرفه الباكون وسكتوا عن الإنكار، وظهرت عليهم أمارات الرضا بما ذهبوا إليه هل يكون هذا السكوت منهم إجماعاً أولاً يكون؟ وكان خلافهم على مذاهب متعددة، وقيل أن أذكرها أحرر محل النزاع في المسألة.

تحريز محل النزاع:

اتفق العلماء على أنه إذا قال أحد المجتهدين قولاً في مسألة مقطوع بحكمها بأن كانت غير اجتهادية وسكت عنه الباكون، فلا يعتبر هذا السكوت إجماعاً، بل سكوتهم لا يكون دليلاً على موافقتهم أصلاً.

كما اتفق العلماء على أنه إذا قال أحد المجتهدين قولاً في مسألة غير تكليفية كقول القائل: "عمار أفضل من حذيفة"، فإن هذا السكوت لا يدل على شيء، ولا يعتبر سكوتهم في هذه الحال إجماعاً، بل لا بد أن يكون سكوتهم عن قول في مسألة تكليفية.

كما اتفقوا على أنه إذا لم يبلغ هذا القول جميع أهل العصر، فلا يكون سكوتهم إجماعاً.

كما اتفقوا على أنه إذا بلغهم وسكتوا لغير اختيار، كأن كانوا في حالة النقية فلا يكون إجماعاً؛ لأن ترك النكير في حالة النقية أمر مشروع، فلا يدل ذلك على الرضا بذلك الحكم.

واتفقوا على أن السكوت إذا كان قبل مضي مدة التأمل لا يكون إجماعاً؛ لأن السكوت والامتناع عن الرد قبل مضي مدة التأمل حلال شرعاً، فلا يدل على الرضا.

واتفق العلماء على أنه إذا قال المجتهد قولاً في مسألة اجتهادية بعد استقرار المذاهب، فإن سكوت العلماء عنه لا يكون إجماعاً؛ لأن المذاهب قد تقررت وصارت معلومة، فلا يدل السكوت على الموافقة، بل يكون سكوتهم في هذه الحال اكتفاءً بما عرف عنهم من قبل.

أما إذا قال المجتهد قولاً في مسألة اجتهادية تكليفية، قبل استقرار المذاهب، وبلغ قوله جميع أهل عصره، وسكتوا عن الإنكار عنه، اختياراً منهم، وبعد مضي مدة النظر والتأمل في المسألة، فهل يكون هذا السكوت إجماعاً على هذا القول؟ فهذا محل الخلاف بين العلماء.^(١)

المذهب الأول: أن الإجماع السكوتي حجة وإجماع، وهو أرجح الأقوال المنسوبة للإمام الشافعي.

قال الزركشي: "ويشهد له أن الشافعي -رحمه الله تعالى- احتج في كتاب الرسالة لإثبات العمل بخبر الواحد وبالقياس أن بعض الصحابة عمل به، ولم يظهر من الباقيين إنكار لذلك، فكان ذلك إجماعاً، إذ لا يمكن أن ينقل ذلك نصاً عن جميعهم، بحيث لا يشذ منهم أحد، وإنما نقل عن جمع مع الاشتهار بسكوت الباقيين"^(٢).

وهذا ما اختاره جماعة من الشافعية كالأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني وابن السمعاني.

وكون الإجماع السكوتي حجة وإجماعاً هو مذهب جمهور الحنفية كالذبوسي والبيزدي والسرخسي والنسفي.

(١) ينظر: الفصول في الأصول ٢٨٦/٣، وقواطع الأدلة ٧/٢، والمحصول للرازي ١٥٧/٤، والبحر المحيط ٥٠٣/٤، وأصول ابن اللحام ٧٧، وشرح الكوكب المنير ٢٥٤/٢، وفواتح الرحموت ٢٣٢/٢.
(٢) ينظر: البحر المحيط ٤٩٥/٤.

وهو مذهب جمهور المالكية واختاره الباجي، وقال القاضي عبد الوهاب: «هو الذي يقتضيه مذهب أصحابنا».

وهو مذهب أحمد وأكثر أصحابه كأبي يعلى وأبي الخطاب وابن عقيل وابن تيمية.^(١)

وقد استدلت أصحاب هذا المذهب على قولهم بأن الإجماع السكوتي حجة وإجماع بأدلة منها:

الدليل الأول: أنه لو اشترط لانعقاد الإجماع أن ينص كل واحد من المجتهدين على رأيه صراحة لأدى ذلك إلى عدم انعقاد الإجماع أبداً؛ لأنه يتعذر اجتماع أهل كل عصر على قول يسمع منهم، والمتعذر معفو عنه؛ لقوله تعالى: لَوْ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ [الحج: ٧٨] والمعتاد في كل عصر أن يتولى كبار العلماء إبداء الرأي ويُسلم الباقيون لهم، فثبت بذلك أن سكوت الباقيين دليل على أنهم موافقون على قول من أعلن رأيه في المسألة، فكان إجماعاً وحجّة.^(٢)

الدليل الثاني: الوقوع؛ حيث إن المجتهدين من التابعين كانوا إذا حدثت حادثة بينهم ولم يجدوا حكماً لها في نص ووجدوا قولاً فيها لصحابي، وعلموا أن هذا القول قد انتشر وسكت بقية الصحابة عن الإنكار فإن التابعين لا يجوزون العدول عن ذلك القول، بل يعملون به؛ بناءً على أنه قول قد أجمع عليه.^(٣)

(١) ينظر: الفصول في الأصول ٢٨٨/٣، وتقويم الأدلة ص ٢٨، والمعتمد ٦٥/٢، والعدة ١١٧٠/٤، والتبصرة ص ٣٩١، والبرهان ٢٧٠/١، وأصول البزدي ص ٢٣٩، والواضح ٢٠١/٥، والمحصول للرازي ١٥٣/٤، والمسودة ص ٣٣٥، وبيان المختصر ٥٧٥/١، والإبهاج ٣٧٩/٢، وأصول ابن مفلح ٤٢٦/٢، ونهاية السؤل ص ٢٩٦، والبحر المحيط ٤٩٥/٤، وأصول ابن اللحام ص ٧٧، وتيسير التحرير ٢٤٦/٣.

(٢) ينظر: الفصول في الأصول ٢٨٥/٣، وشرح مختصر الروضة ٨٣/٣، وكشف الأسرار البخاري ٢٣٠/٣.

(٣) ينظر: المعتمد ٦٧/٢، والمستصفي ص ١٥٢، والمحصول للرازي ١٥٧/٤، والتمهيد لأبي الخطاب ٣٢٨/٣.

الدليل الثالث: أن سكوتهم ظاهر في الموافقة؛ إذ يبعد سكوت الكل مع اعتقاد المخالفة عادة، فكان ذلك محصلاً للظن بالاتفاق. (١)

الدليل الرابع: القياس على حجية الإقرار من النبي ﷺ على الفعل، فكما أن إقرار النبي ﷺ على ما يسمعه أو يراه دليل على رضاه وتصويبه، فكذلك سكوت المجتهدين وإقرارهم؛ لأنهم شهداء الله في الأرض بنص السنة الصحيحة. (٢)

قال السمعاني: إن أهل الإجماع معصومون من الخطأ، والعصمة واجبة لهم كما تجب للنبي ﷺ ثم إذا رأى النبي ﷺ مكلفاً يقول قولاً في أحكام الشرع فسكت عنه، كان سكوته تقريراً منه إياه على ذلك، ونزل ذلك منزلة التصريح بالتصديق في إبداء ذلك، كذلك هاهنا يكون كذلك في حق أهل الإجماع، وينزل سكوتهم منزلة التصريح بالموافقة^(٣).

المذهب الثاني: أنه ليس بإجماع ولا حجة، وهو قول داود الظاهري وابنه، وهو اختيار عيسى بن أبان، وأبي عبد الله البصري، وعزاه جماعة إلى الشافعي، منهم القاضي الباقلاني واختاره وقال: «إنه آخر أقواله»، ولهذا قال الغزالي والرازي والآمدني: «إن الشافعي نص عليه في الجديد»، وقال إمام الحرمين: «إنه ظاهر مذهبه»، ولهذا قال: «لا ينسب إلى ساكت قول». (٤)

وقد استدل أصحاب هذا المذهب على قولهم بأن الإجماع السكوتي ليس بحجة ولا إجماع بأن مذهب المجتهد لا يعلم إلا بقوله الصريح الذي لا يتطرق إليه أي احتمال، أما سكوت الساكت فإنه يحتمل أنه سكت لكونه راضياً بالحكم الذي أعلنه ذلك المجتهد، ويحتمل أنه سكت لأنه لم يجتهد في تلك المسألة بل تركها،

(١) ينظر: بيان المختصر ٥٧٥/١، ورفع الحاجب ٢/٢١٢، وإرشاد الفحول ١/٢٢٤.

(٢) ينظر: شرح مختصر الروضة ٣/٨٣.

(٣) ينظر: قواطع الأدلة ٢/٦.

(٤) ينظر: المراجع السابقة.

ويحتمل أنه اجتهد فيها ولم يتوصل إلى حكم معين فيها، ويحتمل أنه اجتهد فيها وتوصل إلى حكم مخالف لرأي المجتهد المعلن، ولكنه سكت لعارض طراً عليه لم يظهره لنا، ويحتمل أنه اجتهد وتوصل إلى حكم مخالف لرأي المجتهد المعلن، ولكنه سكت لاعتقاده أن كل مجتهد مصيب، وإذا كان السكوت يحتمل هذه الاحتمالات، فلا يدل السكوت على الرضا لا قطعاً، ولا ظاهراً، وهو معنى قول الإمام الشافعي: «لا ينسب لساكت قول»، وإذا كان الأمر كذلك فلا يكون سكوتهم مع انتشار قول المجتهد المعلن له إجماعاً ولا حُجَّة.

ونوقش: بأن المجتهد إذا سكت بعد أن يعلن المجتهد الآخر رأيه مدة يستطيع من خلالها التفكير في المسألة، فإن سكوته يدل على رضاه بذلك الرأي المعلن، فيكون إجماعاً وحُجَّة، وما ذكرتموه من احتمالات فخلاف الظاهر.

فقولكم: إنه سكت لعدم اجتهاده في المسألة فلا يقبل؛ لأنه خلاف عادة العلماء عند نزول الحوادث، ولأنه يؤدي إلى خلو العصر من حُجَّة لله تعالى، لأننا إذا جوزنا أن يكون المجتهد المعلن لرأيه قد أخطأ، والمجتهد الساكت لم يجتهد فقد خلا العصر من حُجَّة، وقد قال النبي ﷺ: (لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق) (1).

وقولكم: إنه اجتهد ولم يتوصل إلى حكم فهذا بعيد؛ ويؤدي إلى خلو العصر عن القائم بحُجَّة الله تعالى.

وقولكم: إنه لما توصل إلى الحكم فلم يظهره لعارض فهو خلاف الظاهر من عادة العلماء وأهل الحق.

(1) أخرجه البخاري في كتاب الاعتصام بالسنة، باب قول النبي ﷺ لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين (٦٨٨١/٦/٢٦٦٧ من حديث المغيرة بن شعبة، ومسلم في كتاب الإمارة، باب قوله ٢ لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق (١٩٢٠/٣/١٥٢٣ من حديث ثوبان).

وقولكم: إنه سكت لاعتقاده أن كل مجتهد مصيب فهو خلاف الظاهر؛ فإن من عادة من يعتقد أن كل مجتهد مصيب أن يأخذ بمذهب ويخالف غيره فيه، وينظر غيره ويبين أن مذهبه هو الصحيح بخلاف مذهب غيره، خاصة وأن هذا لم يقع ولم يوجد في عصر الصحابة، ولم ينقل إلينا أن واحداً من الصحابة سكت عن الإنكار لاعتقاده صواب المجتهدين.⁽¹⁾

المذهب الثالث: أنه حجة وليس بإجماع، والمقصود أنه يكون حجة ظنية لا إجماعاً قطعياً، ونسبه المرادوي وابن النجار للإمام أحمد بن حنبل وأصحابه، وهو مذهب أبي هاشم الجبائي، والصيرفي، واختاره الأمدي وابن الحاجب في الكبير، وهو أحد الوجهين عند الشافعية كما قال الشيخ أبو حامد الإسفراييني والشيرازي، وقال الروياني: «وهذا الخلاف راجع إلى الاسم؛ لأنه لا خلاف أنه حجة يجب اتباعه، ويحرم مخالفته قطعاً».⁽²⁾

وقد استدل أصحاب هذا المذهب على قولهم بأنه حجة، ولا يسمى إجماعاً بأن سكوت المجتهدين بعد علمهم بالحكم يدل دلالة ظاهرة على الموافقة، فيكون قول ذلك المجتهد المعلن مع سكوت الباقي من المجتهدين عن الإنكار، وقدرتهم على ذلك حجة يجب العمل به كخبر الواحد والقياس، وإنما لم نقل إنه إجماع؛ لأن سكوت الباقيين من المجتهدين يحتمل بعض الاحتمالات التي تؤثر على وصوله إلى درجة الإجماع.

ونوقش: بأن هذه الاحتمالات لا تعتبر إلا إذا قام عليها دليل، وقد تقدم من القرائن ما ينفي هذه الاحتمالات، فيكون حجة وإجماعاً، غاية الأمر أن المتقدمين لا يسمونه إجماعاً، وهذا خلاف في التسمية، ولا مشاحة في الاصطلاح.⁽³⁾

(1) ينظر: المعتمد ٢/٦٨، والمستصفي ١٥٢، والإحكام للأمدي ١/٢٥٢، وشرح مختصر الروضة ٣/٨١.

(2) ينظر: العدة ٤/١١٧٠، والتمهيد لأبي الخطاب ٣/٣٢٣، والمسودة ٣٣٥، وكشف الأسرار للبخاري ٣/٢٢٩، والبحر المحيط ٤/٤٩٥، والتقرير والتحبير ٤/١٦٠٤، والتحبير شرح التحرير ٤/١٦٠٤.

(3) ينظر: قواطع الأدلة ٢/٥، وكشف الأسرار للبخاري ٣/٢٣٠، وبيان المختصر ١/٥٧٩.

المذهب الرابع: أنه إجماع إن كان فتياً لا حكماً، وهو قول ابن أبي هريرة^(١).
واستدل عليه بأن المفتي لا سلطان له، فإذا أفتى بشيء وسكت عنه المجتهدون
فهذا دليل الرضا منهم بهذه الفتوى، بخلاف إذا كان حكماً من حاكم؛ لأن حكم
الحاكم لا يعترض عليه، فلا يكون سكوتهم دليل الرضا بحكمه.

ونوقش: بأن هذا ليس من محل النزاع، فالسكوت إذا كان تقيّة لا يعتبر في
الإجماع السكوتي^(٢).

المذهب الخامس: أنه إجماع إن كان حكماً لا فتوى، وهو قول أبي إسحاق
المروزي^(٣).

واستدل له بأن الحكم لا يكون إلا عن مشورة، بخلاف الفتوى فإنها تكون
عن اجتهاد فردي، ولا شك أن المشورة توجب أن يكون الحق مع المجمعين على
الحكم.

ونوقش: بأن حكم الحاكم قد يكون عن اجتهاده منفرداً من غير مشورة فلا
فرق، إضافة إلى أن حكم الحاكم لو صار إجماعاً لما جاز نقضه، وهو خلاف
المتفق عليه^(٤).

قلت: وهذه أشهر المذاهب التي أوردها العلماء في الإجماع السكوتي، وقد ذكر
بعض العلماء في المسألة أقوالاً أخرى، إلا أنها عند التحقيق راجعة إلى المذاهب
السابقة، وبعضها خارج عن محل النزاع، والذي أختاره في هذه المسألة القول
بأن الإجماع السكوتي حجة وإجماع؛ لقوة أدلته، بخلاف أدلة غيره فلم تسلم من

(١) ينظر: العدة ١١٧٠/٤، وقواطع الأدلة ٤/٢، والمستصفي ص ١٥١، والتحبير شرح التحرير ٤/١٦٠٤.

(٢) ينظر: المحصول للرازي ٤/١٥٧، وشرح مختصر الروضة ٣/٧٩، وكشف الأسرار للبخاري ٣/٢٣٠.

(٣) ينظر: كشف الأسرار للبخاري ٣/٢٣٠.

(٤) ينظر: قواطع الأدلة ٥/٢، والبحر المحيط ٤/٥٠٠، والتحبير شرح التحرير ٤/١٦٠٩.

المناقشات، ولهذا استدل العلماء على كثير من الأحكام بدلالة الإجماع السكوتي ومن تلك الأحكام:

حكم قتل الجماعة بالواحد

اختلف الفقهاء في حكم قتل الجماعة إذا قتلوا واحداً على ثلاثة أقوال:

الأول: أنهم يقتلون به، وهو المروي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب والمغيرة بن شعبة وابن عباس، وبه قال سعيد بن المسيب وأبو سلمة وعطاء وقتادة، وهو مذهب مالك والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، مستدلين بإجماع الصحابة رضي الله عنهم فروى سعيد ابن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً، وقال: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم جميعاً»^(١)، وعن علي أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلاً، وعن ابن عباس أنه قتل جماعة بواحد، ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فكان إجماعاً.

الثاني: أنهم لا يقتلون وتجب الدية عليهم يروي ذلك عن ابن الزبير والزهري وابن سيرين وربيعه وداود وابن المنذر.

والثالث: أنه يقتل منهم واحد، ويأخذ من الباقي حصصهم من الدية؛ لأن كل واحد منهم مكافئ له فلا يستوفى أبداً إلا ببديل واحد كما لا تجب ديات لمقتول واحد وروي ذلك عن معاذ وابن الزبير والزهري^(٢).

حكم المسح على الجورب

اختلف الفقهاء في الجورب هل يأخذ حكم الخف فيجوز المسح عليه على

قولين:

(١) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ٨٧/٢، والشافعي في المسند ص ٢٠٠، وعبد الرزاق في المصنف ٤٧٥/٩، وابن أبي شيبة في المصنف ٤٢٩/٥.

(٢) ينظر: الهداية ٤٥٢/٤، وبداية المجتهد ١٨٢/٤، والحاوي الكبير ٢٧/١٢، والمغني لابن قدامة ٢٧٠/٨.

الأول: يجوز المسح على الجورب بشرطين: أحدهما أن يكون صفيقا، لا يبدو منه شيء من القدم، والثاني أن يمكن متابعة المشي فيه. وهو مختار الإمام أحمد بن حنبل وأصحابه.

قال ابن المنذر: «يروى إباحة المسح على الجوربين عن تسعة من أصحاب رسول الله ﷺ: علي، وعمار، وابن مسعود، وأنس، وابن عمر، والبراء، وبلال، وابن أبي أوفى، وسهل بن سعد، وبه قال عطاء، والحسن، وسعيد بن المسيب، والنخعي، وسعيد بن جبير، والأعمش، والثوري، والحسن بن صالح، وابن المبارك، وإسحاق، ويعقوب، ومحمد، مستدلين بأن الصحابة - رضي الله عنهم - مسحوا على الجوارب، ولم يظهر لهم مخالف في عصرهم، فكان إجماعاً؛ ولأنه سائر لمحل الفرض، يثبت في القدم، فجاز المسح عليه كالنعل»^(١).

والثاني: قال الأئمة أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، والأوزاعي، ومجاهد: لا يجوز المسح عليهما، إلا أن ينعلا؛ لأنهما لا يمكن متابعة المشي فيهما، فلم يجز المسح عليهما كالرقيقين^(٢).

حكم تغسيل الزوج زوجته

اختلف العلماء في تغسيل الزوج زوجته الميتة على قولين:

الأول: أنه يجوز للزوج أن يغسل الرجل زوجته عند الضرورة؛ وهو قول الإمام مالك والشافعي والمشهور عن الإمام أحمد، وهو قول علقمة، وعبد الرحمن بن يزيد بن الأسود، وجابر بن زيد، وسليمان بن يسار، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، وقتادة، مستدلين بما روى ابن المنذر أن الإمام علياً - رضي الله عنه - غسل

(١) ينظر: الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف لابن المنذر ٤٦٢/١.

(٢) ينظر: العناية ١٥٧/١، وبداية المجتهد ٢٦/١، والمجموع شرح المهذب ٤٩٩/١، والمغني لابن قدامة ٢١٥/١.

السيدة فاطمة -رضي الله عنها- واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكروه، فكان إجماعاً.

الثاني: لا يجوز للزوج أن يغسل زوجته الميتة، وهو قول الإمام أبي حنيفة، والثوري، ورواية ثانية عن الإمام أحمد؛ لأن الموت فرقة تبيح أختها، وأربعاً سواها، فحرمت النظر واللمس كالطلاق^(١).

حكم بيع السرجين النجس^(٢)

اختلف العلماء في بيع السرجين على قولين:

الأول: أنه لا يجوز بيع السرجين النجس، وبهذا قال مالك، والشافعي وأحمد، لأنه مجمع على نجاسته؛ فلم يجز بيعه كالميتة، ولأنه رجيع نجس، فلم يجز بيعه، كرجيع الأدمي.

الثاني: يجوز بيع السرجين، وهو مذهب الإمام أبي حنيفة؛ لأن أهل الأمصار يتبايعونه لزروعهم من غير نكير، فكان إجماعاً^(٣).

القسم الثاني: البيان بحال غير المجتهدين من العلماء

يرى جماعة من العلماء أن جميع العلماء يبينون الأحكام بأحوالهم فسكوتهم عن أي قول أو فعل يقع بحضرتهم يعد تقريراً له، ودليلاً على اعتباره شرعاً، إذ ليس لهم ترك إنكار المنكر، وممن تبنى هذا الرأي الإمام الشاطبي، وقد عد الإقرار راجعاً إلى الفعل، معللاً ذلك بأن الكف فعل، وكف المفتي عن الإنكار إذا رأى فعلاً من الأفعال كتصريحه بجوازه، كما رجح ذلك ابن حامد الحنبلي إذا كان سكوت المجتهد عند المعارضة^(٤).

(١) ينظر: المبسوط ٦٩/٢، والذخيرة للقرافي ٤٥١/٢، والحاوي الكبير ١٥/٣، والمغني لابن قدامة ٣٩٠/٢.

(٢) السرجين: بفتح السين وكسرهما، ويقال: السرقين بكسرهما وفتحها وهو فارسي معرب، وهو الزبل. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ص ١٧٦.

(٣) ينظر: البناءة ٢٠١/١٢، والمدونة ١٩٨/٣، والحاوي الكبير ٣٨٣/٥، والمغني لابن قدامة ١٩٢/٤.

(٤) ينظر: تهذيب الأجابة لابن حامد ص ٥١، والموافقات ٢٦٥/٥.

وقالوا: إن إنكار المنكر من الوظائف الأساسية التي قام بها المخلصون من العلماء، ولم يبالوا بما يترتب عليه من المضرات، ولهذا فإن العالم لا يمكن أن يسكت على ما يفعل أو يقال بحضرتة، أو على ما يعلم به، إن كان مما ينكره ولا يرتضيه، فيحمل سكوته على موافقته على ذلك، وبالتالي فإن ذلك يعد رأياً له، وتصح نسبته إليه.

كما استدلو بقياس حال المفتي على حال النبي ﷺ، فكما أن تقارير رسول الله ﷺ تعد صحيحة ومنسوبة إليه، فكذلك تقارير العلماء؛ لأن العلماء ورثة الأنبياء.

وقالوا: إن سيرة الصحابة تشهد لمثل هذا الاعتبار، فلم يكن الصحابة يسكتون على ما ينكرونه من قول أو فعل، إلا إذا افتقدوا الدليل، وتدل أحكام الوقائع الجزئية المنقولة عنهم على وجود معارضات كثيرة من بعضهم لبعض^(١).

قال الشاطبي: "الفتوى من المفتي تحصل من جهة القول، والفعل والإقرار... وأما الإقرار؛ فراجع في المعنى إلى الفعل؛ لأن الكف فعل، وكف المفتي عن الإنكار إذا رأى فعلاً من الأفعال كتصريحه بجوازه، وقد أثبت الأصوليون ذلك دليلاً شرعياً بالنسبة إلى النبي ﷺ؛ فكذا يكون بالنسبة إلى المنتصب بالفتوى، ومن هنا ثابر السلف على القيام بوظيفة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولم يبالوا في ذلك بما ينشأ عنه من عود المضرات عليهم بالقتل فما دونه، ومن أخذ بالرخصة في ترك الإنكار فر بدينه واستخفى بنفسه، ما لم يكن ذلك سبباً للإخلال بما هو أعظم من ترك الإنكار؛ فإن ارتكاب خير الشرين أولى من ارتكاب شرهما، وهو راجع في الحقيقة إلى أعمال القاعدة في الأمر بالمعروف

(١) ينظر: تهذيب الأجوبة لابن حامد ص ٥١، والمواقفات ٥/٢٦٥.

والنهي عن المنكر“^(١).

بينما ذهب أكثر العلماء إلى أن سكوت العلماء وعدم إنكارهم لا يعد تقريراً، ولا يدخل في بيان الحال؛ ولهذا الرأي ذهب الأكثرون من علماء الحنابلة، وهو مقتضى مذهب الإمام الشافعي الذي نقل عنه أنه ”لا ينسب إلى ساكت قول“.

ومما احتج به أصحاب هذا الرأي:

• أن السكوت لا يتحتم أن يكون دالاً على الرضا، فهو كما يحتمل الموافقة، يحتمل المخالفة^(٢).

• إن العلماء كانوا يرون غيرهم من العلماء يأتون بعباداتهم من صلاة وغيرها، مما فيه مخالفة لوجهات نظرهم في المسألة، فلا ينكرون عليهم ذلك، ولا يخاصمونهم فيه، وإذا كان الأمر كذلك فلا يصح أن ينسب رأي لمن سكت منهم بناءً على ذلك^(٣).

• أن دلالة البيان بحال المجتهدين تعتمد على عصمة الأمة الثابتة بحديث (لا تجتمع أمتي على ضلالة)^(٤) بينما سكوت آحاد العلماء لا يبلغ مبلغ سكوت المجتهدين في الإجماع السكوتي^(٥).

قلت: وإذا كان المرجح أن سكوت العلماء غير المجتهدين لا يصلح أن يكون بياناً بدلالة الحال لفقدهم دليل العصمة، ولتعدد احتمالات السكوت الكثيرة التي لا تكون عند المجتهدين، فمن الواجب أن أقول: إذا كان للعلماء هذه المنزلة

(١) ينظر: الموافقات ٥/٢٦٥

(٢) ينظر: تهذيب الأجابة ص ٥٥.

(٣) ينظر: تهذيب الأجابة ص ٥٥.

(٤) أخرجه الترمذي في كتاب الفتن، باب لزوم الجماعة ٤/ ٤٦٦ (٢١٦٧) والحاكم في المستدرک، كتاب العلم ١/ ٢٠٠ (٣٩٤) من حديث أنس بن مالك، وصححه الهيثمي في مجمع الزوائد ٥/ ٢٦٣.

(٥) ينظر: قواطع الأدلة ٢/٦.

الكبيرة، والناس يتخذونهم موضع القدوة والتأسي، ومنهم من يستدل على الأحكام بأحوالهم، فليتقوا الله في كل ما يأتون ويذرون، وليعلموا أنهم على موقع عظيم من المسؤولية التي تحتم عليهم مراعاة التقوى والتخلق بالورع في جميع أقوالهم وأفعالهم وأحوالهم، وليعلموا أن زلة العالم تستعظم شرعا، وتصير صغيرته كبيرة، من حيث كانت أقواله وأفعاله وأحواله جارية في العادة على مجرى الاقتداء، فإذا زل حملت زلته عنه؛ لأنه موضوعٌ مناراً يهتدى به، ولهذا شبه العلماء زلة العالم بكسر السفينة؛ لأنها إذا غرقت غرق معها خلق كثير...

قال الشاطبي: "إذا اعتبر هذا المعنى في كل من هو في مظنة الاقتداء ومنزلة التبيين؛ ففرض عليه تفقد جميع أقواله وأعماله، ولا فرق في هذا بين ما هو واجب وما هو مندوب أو مباح أو مكروه أو ممنوع؛ فإن له في أفعاله وأقواله اعتبارين: أحدهما: من حيث إنه واحد من المكلفين فمن هذه الجهة يتفصل الأمر في حقه إلى الأحكام الخمسة.

والثاني: من حيث صار فعله وقوله وأحواله بياناً وتقريراً لما شرع الله - عز وجل - إذا انتصب في هذا المقام؛ فالأقوال كلها والأفعال في حقه إما واجب وإما محرم، ولا ثالث لهما؛ لأنه من هذه الجهة مبين، والبيان واجب لا غير"^(١).

فالواجب على العالم أن يحافظ على القيام بشعائر الإسلام، وظواهر الأحكام كإقامة الصلوات في مساجد الجماعات، وإفشاء السلام للخواص والعوام، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والصبر على الأذى بسبب ذلك، صادعا بالحق عند السلاطين باذلا نفسه لله، لا يخاف فيه لومة لائم، ذاكراً قوله تعالى: **وَأَصْبِرْ عَلَىٰ مَا أَصَابَكَ إِنَّ ذَٰلِكَ مِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ** {لقمان: 17} .

(١) ينظر: الموافقات ٤/٩١.

وكذلك يقوم بإظهار السنن، وإخماد البدع، ويقوم لله في أمور الدين وما فيه من مصالح المسلمين على الطريق المشروع، والمسلك المطبوع، ولا يرضى من أفعاله الظاهرة والباطنة بالجائز منها، بل يأخذ بالأكمل؛ فإن العلماء هم القدوة وإليهم المرجع في الأحكام، وهم حجة الله على العوام، وقد يراقبهم للأخذ عنهم من لا ينظرونه، ويقتدي بهديهم من لا يعلمونه، وإذا لم ينتفع العالم بعلمه فغيره أبعد عن الانتفاع به، كما قال الشافعي: "ليس العلم ما حفظ، العلم ما نفع"^(١).

(١) ينظر: العقد التليد في اختصار الدر النضيد للدمشقي ص ٨٣.

المطلب الخامس

البيان بحال الناس

قرر العلماء أن بيان الحال يكون بسكوت صاحب الشرع عما رآه من أقوال أفعال فلم ينفه عنها، فيكون سكوته بيانا لمشروعية ما شاهده ولم ينكره، هذا بالنسبة لصاحب الشرع سواء مشرعا للأحكام أو مظهرا لها.

أما بالنسبة لعامة الناس فهل يدخلون في قاعدة بيان الحال، فيبينون الأحكام بسكوتهم وعدم إنكارهم، أم لا يدخلون في قاعدة بيان الحال؟

الذي قرره العلماء أن الأصل العام في سكوت الناس "أن لا ينسب لساكت قول" وهي من العبارات الرشيقة للإمام الشافعي، التي لا تتعارض مع قاعدة بيان الحال، فإن الإقرارات المعصومة قد قامت الأدلة على حجيتها كما تقدم، وما نص عليه الشافعي قاعدة عامة لكنها مقيدة بقاعدة "السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان" فيستثنى من القاعدة الأولى ما قام الدليل على أن القول ينسب للساكت عند الحاجة إلى البيان، ومن الفروع التي رأى بعض الفقهاء اعتبار سكوت الساكت بيانا بحاله:

سكوت البكر إذا استؤذنت في إنكاحها، فهو منها بمنزلة الإذن الصريح، لورود الدليل الدالّ على ذلك، وهو قول النبي ﷺ: (البكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها)^(١) ولهذا قال البزدوي: "سكوت البكر في الإنكاح يجعل بيانا لحالها التي توجب ذلك وهو الحياء"^(٢).

ومنها: سكوت الشفيح إذا علم بالبيع وسكت كان ذلك بمنزلة البيان بأنه راض

بذلك^(٣).

(١) أخرجه مسلم في كتاب النكاح باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت

(١٤٢١) ٢/١٠٣٧ من حديث ابن عباس.

(٢) ينظر: أصول البزدوي ص ٢١٧.

(٣) ينظر: أصول الشاشي ص ٢٦٢.

ومنها: سكوت المدعى عن اليمين التي تلزمه المسمى بالنكول، فإنه جعل بياناً لحال في الناكل وهو امتناعه عن أداء ما لزمه مع القدرة عليه وهو اليمين^(١).

فقد جعل أبو يوسف ومحمد النكول بياناً لحال في الناكل وهو امتناعه عن أداء ما لزمه مع القدرة عليه وهو اليمين إذا لزمته، فلا يكون امتناعه عن أدائها بعد الوجوب مع القدرة عليه إلا للاحتراز عن الوقوع في أمر أعظم منه وهو اليمين الكاذبة؛ إذ المسلم لا يمتنع عن أداء الواجب إلا لأمر أعظم منه، على ما يدل عليه حاله، فيكون بياناً بهذه الدلالة، وخالفهما الإمام أبو حنيفة - رحمه الله - فلم يجعل سكوت الناكل إقراراً؛ لأن الامتناع كما يدل على الاحتراز عن اليمين الكاذبة، يدل على الاحتراز عن نفس اليمين والفداء عنها اقتداء بالصحابة وعملا بظاهر قوله تعالى {وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ} [البقرة: 224]^(٢).

ومنها: سكوت المزكي عند سؤاله عن الشاهد؛ فإنه تعديل إذا كان المزكي عالماً، لأن حالته الدينية تدل على أنه لو لم يكن عدلاً لما سكت عنه^(٣).

ومنها: إذا وضع رجل متاعه عند رجل وهو يراه فسكت صار مودعاً^(٤).

ومن الفروع التي تندرج تحت الاختلاف في البيان بحال الناس ما حكاه الإمام الإسنوي في التمهيد فقد ذكر عدداً من تلك المسائل:

أحدها: إذا أتلف شيئاً، ومالكة ساكت، يلزمه الضمان، وفي مثله في قاطع الطريق إذا قتل: وجهان: أحدهما: أنه يجب أيضاً، قال الإمام: وهما مفرعان على القول بأنه لا يجوز الاستسلام لمن قصد قتله، ومأخوذان من التردد في

(١) ينظر: أصول البيهقي ص ٢١٧.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للبخاري ١٥٠/٣.

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٣١.

(٤) ينظر: فتح القدير للكمال بن الهمام ٢٦٥/٣.

المعنى الذي أسقط الشارع به مهر الزانية هل هو كون الوطاء غير محترم أو لأن التمكين رضى عرفاً.

الثاني: إذا قام فاسق في ملاء من الناس فقال للقاضي: "هذا شاهد عدل"، ولم ينكر عليه أحد، لم تثبت عدالته عندنا، خلافاً لأبي حنيفة، قاله في البحر، وتقييده بالفاسق يشعر بأنه لو كان المتكلم بذلك عدلاً كفى في التزكية سكوتهم، والمتجه خلافه، وكأن التقييد للإعلام بالثبوت عند الحنفية بطريق الأولى.

الثالث: إذا استؤذنت البكر فسكتت فإنه يكفي على الصحيح، وقيل: لا كالثيب. وهذا بخلاف ما لو عقد على البكر بحضورها وسكتت، فهل يصح ويغني عن استئذانها؟ وجهان: الصحيح: أنه لا يغني عنه.

الرابع: إذا زوج صغير بصغيرة، ثم دبت الزوجة فارتضعت من أم الزوج رضاعاً محرماً، وكانت الأم مستيقظة ساكته، فهل يحال الرضاع على الكبيرة لرضاها به، أم لا لعدم فعلها كالنائمة؟ فيه وجهان: أحدهما: في زوائد الروضة الثاني.

الخامس: إذا حلف لا يدخل الدار، فحمل بغير أمره، وكان قادراً على الدفع، فهل هو كدخوله مختاراً؟ فيه وجهان: الظاهر منها في الرافي أنه لا يكون، وفي النهاية: أن الأكثرين على خلافه.

السادس: إذا خرج أحد المتبايعين من المجلس مكرهاً، فإن منع الفسخ بأن سد فمه لم ينقطع خياره. وقيل: فيه وجهان من القولين في الموت.

وإن لم يمنع فكذلك في أصح الوجهين، وبه قطع بعضهم، فعلى هذا إذا زال عنه الإكراه نظر إن كان مستقراً في المجلس امتد الخيار امتداد ذلك المجلس، وإن كان ماراً فإذا فارق في مروره فكان الزوال انقطع خياره.

السابع: إذا فعل مع الصائم ما يقتضي الإفطار، فإن طعن جوفه وكان قادراً على دفعه فلم يفعل ففي فطره وجهان: أقيسهما: أنه لا يفطر؛ إذ لا فعل له، كذا ذكره في شرح المهذب، ومثل هذا إذا نزلت النخامة إلى الباطن، وكان قادراً على مجها، فتركها حتى جرت بنفسها، فوجهان: أوقفهما لكلام الأئمة كما قاله الرافعي أنه يفطر لتقصيره.

الثامن: إذا حلق شخص رأس المحرم بغير إذنه، فإن كان مكرهاً أو نائماً فالفدية على الحالق في أصح القولين، والثاني على المملوق، وإن لم يكن كذلك لكنه سكت فلم يمنعه، ففيه وجهان: أصحهما: أنه كما لو حلق بإذنه.

التاسع: إذا عقد واحد من أهل الشوكة البيعة لواحد، والباقون ساكتون انعقدت ولايته، كذا ذكره الهروي في الإشراف، قال: وكذلك إذا عقد رئيس الكفار الهدنة لأهل بلده أو إقليمه وسكت الباقيون.

العاشر: إذا نقض بعض المشركين الهدنة، وسكت الباقيون فلم ينكروا على الناقض بقول ولا فعل انتقض عهدهم، وإن أنكروا بالفعل بأن اعتزلوهم، أو بالقول بأن بعثوا إلى الإمام بأنا مقيمون على العهد لم ينتقض، قاله الرافعي.

الحادي عشر: إذا استدخلت المرأة ذكر الزوج المولى عنها لم تتحل يمينه، وهل تحصل به الفيئة ويرتفع حكم الإيلاء؟ وجهان: أصحهما: نعم وقطع به كثيرون.

الثاني عشر: إذا استلحق بالغا بنفسه بأن قال: هذا ولدي، فسكت، فإنه لا يلحقه، بل لا بد من تصريحه بالتصديق، كذا جزم به الرافعي في أواخر كتاب الإقرار، ثم خالف ذلك في كتاب الشهادة في الباب الثالث منه، في الفصل الثاني المعقود للشهادة بالتسامع فجزم هناك بأنه يكفي السكوت^(١).

(١) ينظر: التمهيد للإسنوي ص ٤٥٣.

وقد نظم الكمال بن الهمام مجموعة من المسائل التي اعتبر كثير من العلماء السكوت فيها رضا فقال:

قبض الأبين صداقها إذن في فاسد، وإذا اشترى قن كان الخيار له كذا سنوا وأبو الوليد إذا انقضى الزمن ينفى به الإسكان إذ ضنوا أو وضع مال ذا له يرنو غير الأبين بذاك قد منوا نسب شره من به ضغن هذا متاعي بعه يا معن وتصرفوا زما فلم يدنو	سكوت بكر في النكاح، وفي قبض المملك والمبيع ولو وكذا الصبي وذو الشراء إذا مولى الأسير يباع وهو يرى وعقيب شق الزق أو حلف وعقيب قول مواضع نمضي وبلوغ جارية وزوجها وكذا الشفيع وذو الجهالة في وإذا يقول لغيره فسكت وإذا رأى ملكا يباع له
--	---

ثم قال شارحا: قولي: **سكوت بكر** يشمل ما قبل النكاح وما بعده: أعني إذا زوجها فبلغها فسكتت، وقبض المملك يدخل فيه الموهوب والمتصدق به إذا قبض بمرأى من المملك فسكت كان قبضا معتبرا يثبت به الملك.

وكذا **المبيع** ولو في بيع فاسد إذا قبضه المشتري بمرأى من البائع فسكت صح، فيسقط حق حبس البائع إياه إلى استيفاء الثمن، فليس له أن يسترده بل يطالب بالثمن...

وأبو الوليد: إذا سكت ولم ينغه حتى مضت أيام التهنئة على الخلاف في مقدار زمنه هو الأسبوع أو مدة النفاس لزمه فلا ينتفي بعد.

والسكوت **عقيب شق رجل زقه** حتى سال ما فيه لا يضمن الشاق ما سال.

و**عقيب الحلف** على أن لا أسكن فلانا، وفلان ساكن فيحنت، فإن قال عقبه اخرج فأبى لم يحنت.

وعقيب قول مواضع: أي رجل واطع غيره على أن يظهر بيع تلجئة، ثم قال بدا لي أن أجعله بيعا نافذا بمسمع من الآخر فسكت ثم عقد كان نافذا.

وعقيب وضع رجل متاعه بحضرته وهو ينظر إليه يكون قبولا للوديعة فيلزمه حفظها ويضمن بتركه.

والشفيع إذا بلغه بيع ما يشفع فيه فسكت كان تسليمًا.

وذو الجهالة: أي مجهول النسب إذا بيع فسكت فهو إقرار بالرق، فلا يقبل دعواه الحرية إلا ببينة.

وإذا يقول رجل لغيره بع متاعي فسكت ثم باعه بعد يكون سكوته قبولا للوكالة، فلا يكون بيع فضولي. ثم قال: والاستقراء يفيد عدم الحصر وهذه المشهورة المحصورة^(١).

(١) ينظر: فتح القدير على الهداية للكامل بن الهمام ٢٦٤/٣.

الخاتمة

فبعد هذه الرحلة مع البيان بأنواعه المختلفة وخاصة بيان الحال يمكن التوصل إلى مجموعة من النتائج أهمها:

- أن من أجل نعم الله تعالى على الإنسان أن علمه البيان، ولهذا فقد تكفل الله تعالى به قبل أن يجعله وظيفة الأنبياء والمرسلين والعلماء المخلصين.
- أهتم الأصوليون بموضوع البيان وما يتعلق به حتى قدمه الإمام الشافعي في كتابه الرسالة على سائر أبواب أصول الفقه.
- يطلق البيان على فعل المبين وهو التبيين، وعلى ما حصل به التبيين وهو الدليل، وعلى متعلق التبيين ومحلّه وهو المدلول، ولهذا تعددت تعريفات العلماء لمصطلح البيان.
- إجمال الكلام ثم تبيينه بعد ذلك أحد الأساليب العربية التي نزل القرآن موافقاً لها.
- يكون بيان المجل بالقول، ومفهومه، وبالفعل وما يندرج تحته من الإشارة والكتابة والسكوت والإقرار كما يكون بالقياس والعقل وقرائن الأحوال.
- مصطلح بيان الحال من المصطلحات التي أطلقتها بعض الأصوليين على وجه من وجوه البيان، التي جعلها أكثرهم صورة من صور بيان الضرورة.
- قرر الأصوليون أن كل حكاية وقعت في القرآن الكريم فلم ينكرها فهي صحيحة، وتبنى الأحكام الشرعية عليها، وأن كل حكاية وقع لها رد قبلها أو بعدها في القرآن فهي باطلة؛ وهذا التقرير هو البيان بحال القرآن، وفيه فقه عجيب، وتقرير للأحكام بديع.

- يعتبر البيان بحال القرآن هو المعتمد لدى من استدل بشرائع السابقين على الأحكام الشرعية.
- كان النبي ﷺ يبين الأحكام بما أمكنه من وسائل البيان كالأقوال والأفعال وما يدخل فيها من الكتابة والإشارة والسكوت والترك كما كان يبين بحاله وتقريره.
- يكون البيان بحال المجتهدين دليلاً إذا ما أجمعوا على مسألة شرعية وسكت بعضهم عن إنكار ما أجمعوا عليه وهو الدليل المسمى بالإجماع السكوتي.
- أدخل بعض الأصوليين أهل العلم في البيان بالحال، فاعتبر سكوتهم حجة شرعية، وهو قول غير مرضي.
- على العلماء تعهد جميع أحوالهم وضبطها بميزان الشرع؛ لأنهم موضع القدوة ومحل نظر الناس، وبأحوالهم يستدلون، ولها يتبعون.
- يدخل الناس في بيان الحال في بعض الصور التي تندرج تحت قاعدة السكوت في موضع الحاجة إلى البيان.

المراجع

أولاً: كتب التفسير

١. تفسير القرآن العظيم لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تحقيق: محمد حسين شمس الدين دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون بيروت الطبعة: الأولى ١٤١٩ هـ.
٢. روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني لأبي الفضل محمود الألوسي، تحقيق: علي عبد الباري عطية دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ.
٣. فتح القدير في التفسير لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت الطبعة: الأولى - ١٤١٤ هـ.
٤. محاسن التأويل لمحمد جمال الدين بن محمد سعيد بن قاسم الحلاق القاسمي تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلميه - بيروت الطبعة: الأولى - 1418 هـ.

ثانياً: كتب الحديث وعلمه

٥. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد مطبعة السنة المحمدية.
٦. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير لابن الملقن سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري تحقيق مصطفى أبو الغيط، وعبد الله بن سليمان، وياسر كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع-الرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٥ هـ- ٢٠٠٤ م.
٧. تحفة الأبرار شرح مصابيح السنة للقاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي، تحقيق: لجنة مختصة بإشراف نور الدين طالب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م.
٨. سنن ابن ماجه لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر - بيروت.
٩. سنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي - بيروت.
١٠. سنن البيهقي الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م، تحقيق: محمد عبد القادر عطا.
١١. سنن الترمذي لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي، دار إحياء التراث العربي-بيروت، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرين.

- ١٢ . سنن النسائي الكبرى المؤلف لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١ - ١٩٩١، تحقيق د. عبد الغفار سليمان البنداري، وسيد كسروي حسن.
- ١٣ . شرح الإمام بأحاديث الأحكام لتقي الدين أبي الفتح محمد بن علي بن وهب ابن مطيع القشيري، المعروف بابن دقيق العيد حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه: محمد خروف العبد الله دار النوادر، سوريا، الطبعة: الثانية، 1430 هـ - 2009 م.
- ١٤ . صحيح البخاري (الجامع الصحيح) لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، دار ابن كثير-بيروت، الطبعة الثالثة ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م تحقيق د. مصطفى ديب البغا.
- ١٥ . صحيح مسلم لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربي-بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
- ١٦ . فتح الباري شرح صحيح البخاري لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز ومحب الدين الخطيب، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر.
- ١٧ . فتح الباري شرح صحيح البخاري لزين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين البغدادي ثم الدمشقي الشهير بابن رجب الحنبلي، دار ابن الجوزي-السعودية ١٤٢٢هـ الطبعة الثانية، تحقيق: طارق عوض الله.
- ١٨ . مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
- ١٩ . المستدرک على الصحيحين لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩٠م تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا.
- ٢٠ . مسند الإمام أحمد بن حنبل لأبي عبد الله أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.
- ٢١ . مسند الشافعي لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٢٢ . مصنف عبد الرزاق لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المكتب الإسلامي-بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي.
- ٢٣ . المصنف في الأحاديث والآثار لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، مكتبة الرشد-الرياض، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ، تحقيق: كمال يوسف الحوت.

٢٤ . المعجم الأوسط لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، دار الحرمين - القاهرة ١٤١٥هـ، تحقيق: طارق عوض الله، وعبد المحسن إبراهيم.

٢٥ . معرفة السنن والآثار لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق الدكتور/ عبدالمعطي أمين قلعجي، الناشر: جامعة الدراسات الإسلامية بكراتشي، باكستان، ودار الوعي، حلب، سورية، ودار الوفاء بالمنصورة، مصر، الطبعة الأولى، سنة (١٤١١ هـ - ١٩٩١ م)

٢٦ . موطأ الإمام مالك لأبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي، دار القلم - دمشق، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ-١٩٩١م تحقيق د. تقي الدين الندوي.

ثالثاً: كتب أصول الفقه:

٢٧ . الإبهاج في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي لعلي بن عبد الكافي السبكي، وابنه عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ.

٢٨ . إجابة السائل شرح بغية الأمل لمحمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، تحقيق: القاضي حسين أحمد السياغي، والدكتور حسن محمد مقبولي الأهدل، مؤسسة الرسالة-بيروت، الطبعة الأولى ١٩٨٦م.

٢٩ . أحسن الحواشي على أصول الشاشي لمولانا بركت الله بن محمد اللكنوي تحقيق محمد سعيد أنور المظاهري الهندي دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

٣٠ . إحكام الفصول في أحكام الأصول لأبي الوليد الباجي، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي-بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

٣١ . الإحكام في أصول الأحكام لأبي الحسن علي بن محمد الأمدي، دار الكتاب العربي- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ تحقيق د. سيد الجميلي.

٣٢ . أصول البزدوي (كنز الوصول إلى معرفة الأصول) لعلي بن محمد البزدوي الحنفي، مطبعة جاويد بريس-كراتشي.

٣٣ . أصول السرخسي لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني، دار الكتاب العلمية- بيروت- لبنان.

٣٤ . أصول الشاشي لأبي علي أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي، دار الكتاب العربي- بيروت ١٤٠٢هـ.

٣٥ . أصول الفقه الاسلامي للدكتور/ زكي الدين شعبان، منشأة المعارف-الإسكندرية.

٣٦. أصول الفقه المسمى الفصول في الأصول للإمام أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق د. عجيل جاسم النشمي، نشر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية-الكويت.
٣٧. أصول الفقه لأبي عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، شمس الدين المقدسي الحنبلي حققه وعلق عليه وقدم له: الدكتور فهد بن محمد السّدحان، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م.
٣٨. إعلام الموقعين عن رب العالمين لمحمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م.
39. أفعال الرّسول صلى الله عليه وسلم ودلائلها على الأحكام الشّرعيّة لمحمد سليمان الأشقر العتيبي مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان الطبعة: السادسة، ١٤٢٤هـ.
٤٠. البحر المحيط في أصول الفقه لبدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، تحقيق: د/عمر سليمان الأشقر، ود/ عبد الستار أبو غده، نشر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ/١٩٩٢م.
٤١. بديع النظام الجامع بين أصول البيزوي والإحكام لأبي العباس مظفر الدين أحمد بن علي بن تغلب البغدادي الشهير بابن الساعاتي المتوفى سنة ٦٩٤هـ، تحقيق: مصطفى محمود الأزهرى، ومحمد حسين الدمياطي، دار ابن القيم-الرياض، الطبعة الأولى ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م.
٤٢. بذل النظر في الأصول لمحمد بن عبد الحميد الأسمندي، تحقيق: الدكتور/ محمد زكي عبد البر، دار التراث القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ/١٩٩٢.
٤٣. البرهان في أصول الفقه لأبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، دار الوفاء-المنصورة، الطبعة الرابعة، ١٤١٨، تحقيق: د. عبد العظيم محمود الديب.
٤٤. بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب لمحمود بن عبد الرحمن بن أحمد بن محمد، أبو الثناء، شمس الدين الأصفهاني تحقيق: د/ محمد مظهر بقاء، دار المدني-السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.
٤٥. التبصرة في أصول الفقه لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، دار الفكر-دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ، تحقيق د. محمد حسن هيتو.
٤٦. التعبير شرح التحرير في أصول الفقه لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الحنبلي تحقيق د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد-الرياض ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

٤٧. التحصيل من المحصول لسراج الدين محمود بن أبي بكر الأرموي المتوفى سنة ٦٨٢هـ، تحقيق: الدكتور/ عبد الحميد أبو زنيد، مؤسسة الرسالة-بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

٤٨. تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السؤل لأبي زكريا يحيى بن موسى الرهوني تحقيق: الدكتور الهادي بن الحسين شبيلي، ويوسف الأخضر القيم دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي، الإمارات الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م

٤٩. تشنيف المسامع بجمع الجوامع للسبكي، تأليف الإمام بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، تحقيق د. عبد الله ربيع ود. سيد عبد العزيز، طبعة مؤسسة قرطبة-القاهرة، الطبعة الثانية ٢٠٠٦م.

٥٠. التقريب والإرشاد الصغير للقاضي أبي بكر محمد بن الطيب الباقلاني المتوفى سنة ٤٠٣هـ، قدم له وحققه: الدكتور/ عبد الحميد علي أبو زنيد، مؤسسة الرسالة-بيروت الطبعة الثانية ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

٥١. التقرير والتحرير لابن أمير الحاج محمد بن محمد الحنبلي، دراسة وتحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.

٥٢. تقويم الأدلة في أصول الفقه لأبي زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي، تحقيق: الشيخ خليل الميس، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.

٥٣. التمهيد في أصول الفقه لأبي الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني، تحقيق: الدكتور/ مفيد محمد أبو عثمة، مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ-١٩٨٥م.

٥٤. التمهيد في تخرج الفروع على الأصول لأبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي، مؤسسة الرسالة-بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ، تحقيق د. محمد حسن هيتو.

٥٥. تهذيب الأجوبة لأبي عبد الله الحسن بن حامد بن علي بن مروان البغدادي الحنبلي تحقيق: السيد صبحي السامرائي عالم الكتب، مكتبة النهضة العربية الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م

٥٦. تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمر بادشاه دار الفكر - بيروت.

٥٧. حاشية العطار على شرح المحلي على جمع الجوامع لتاج الدين السبكي، تأليف الشيخ حسن العطار، دار الكتب العلمية-بيروت ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩م.

٥٨. حسن التفهم والدرك لمسألة الترك لأبي الفضل عبد الله محمد الصديقي الغماري بدون بيانات.
٥٩. الرسالة للإمام محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق: الشيخ/ أحمد محمد شاكر، مكتبه الحلبي، مصر الطبعة: الأولى، ١٣٥٨هـ/١٩٤٠م.
٦٠. رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب لتاج الدين أبي النصر عبد الوهاب ابن علي بن عبد الكافي السبكي، عالم الكتب-بيروت، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م، الطبعة الأولى، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود.
٦١. رفع النقاب عن تنقيح الشهاب لأبي علي حسين بن علي بن طلحة الرجراجي الشوشاوي، تحقيق: الدكتور أحمد محمد السراح، دار الرشد-الرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.
٦٢. روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لابن قدامة المقدسي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.
٦٣. شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، للإمام عبيد الله ابن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية-بيروت ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.
٦٤. شرح العضد لمختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب مع حواشي الشريف الجرجاني والسعد التفتازاني والهروي والجزاوي، تحقيق محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.
٦٥. شرح الكوكب المنير لتقي الدين أبي البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز ابن علي الفتوح المعروف بابن النجار، تحقيق: محمد الزحيلي، ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٦٦. شرح للمع لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي-بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٨-١٩٩٨م.
٦٧. شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، دار الفكر-بيروت ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.
٦٨. شرح مختصر الروضة لأبي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي الصرصري، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.

٦٩. الضروري في أصول الفقه أو مختصر المستصفي لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الشهير بابن رشد الحفيد تقديم وتحقيق: جمال الدين العلوي تصدير: محمد علال سيناصر، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، الطبعة: الأولى ١٩٩٤م.
٧٠. العدة في أصول الفقه للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف الفراء، حققه وعلق عليه د. أحمد بن علي بن سير المبارك، نشر جامعة الملك أحمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الثانية ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠م.
٧١. العقد التليد في اختصار الدر النضيد لعبد الباسط بن موسى بن محمد بن إسماعيل العلمي ثم الموقت دمشقي الشافعي تحقيق: الدكتور/ مروان العطية مكتبة الثقافة الدينية الطبعة الأولى 1424هـ-٢٠٠٤م
٧٢. الفائق في أصول الفقه لصفي الدين محمد بن عبد الرحيم بن محمد الأرموي الهندي الشافعي تحقيق: محمود نصار دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، 1426 هـ - 2005 م
٧٣. فصول البدائع في أصول الشرائع لمحمد بن حمزة بن محمد، شمس الدين الفناري الرومي، تحقيق: محمد حسين محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.
٧٤. الفقيه والمتفقه لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي، المعروف بالخطيب البغدادي تحقيق: عادل بن يوسف العزازي، دار ابن الجوزي بالسعودية، سنة ١٤١٧هـ.
٧٥. فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت لابن عبد الشكور البهاري، تأليف العلامة عبد العلي محمد نظام الدين الأنصاري، المطبعة الأميرية ببولاق الطبعة الأولى ١٣٢٢هـ.
٧٦. الفوائد السننية في شرح الألفية للحافظ شمس الدين محمد بن عبد الدائم البرماوي تحقيق عبد الله رمضان موسى، مكتبة التوعية الإسلامية بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤٣٦هـ/٢٠١٥م.
٧٧. قواطع الأدلة في الأصول لأبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ-١٩٩٩م.
٧٨. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيهقي للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٧٩. اللمع في أصول الفقه لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، دار الكتب العلمية،

الطبعة الثانية ١٤٢٤ هـ/ ٢٠٠٣ م.

٨٠. متن الورقات لأبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، الملقب بإمام الحرمين تحقيق: د. عبد اللطيف محمد العبد.

٨١. المحصول في أصول الفقه للقاضي أبي بكر بن العربي المعافري المالكي، تحقيق: حسين علي البدري دار البيارق-الأردن، الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ-١٩٩٩ م.

٨٢. المحصول في علم الأصول للإمام محمد بن عمر بن الحسين الرازي، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية-الرياض، الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ تحقيق د. طه العلواني.

٨٣. المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لأبي الحسن علي بن محمد الشهير بابن اللحام، نشر جامعة الملك عبد العزيز-مكة المكرمة، تحقيق د. محمد مظهر بقا.

٨٤. المستصفى في علم الأصول لحجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي.

٨٥. المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، مكتبة المدني القاهرة، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.

٨٦. المعتمد في أصول الفقه لأبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري، دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ، تحقيق: خليل الميس.

٨٧. المغني في أصول الفقه لأبي محمد عمر بن محمد بن عمر الخبازي، تحقيق د. محمد مظهر بقا، نشر جامعة أم القرى-مكة المكرمة، الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ.

٨٨. مفتاح الوصول في علم الأصول لأبي عبد الله محمد بن أحمد الحسني التلمساني تحقيق: محمد علي فركوس المكتبة المكية - مكة المكرمة، مؤسسة الريان بيروت الطبعة: الأولى ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م

٨٩. الموافقات في أصول الفقه لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشاطبي المالكي، تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان دار ابن عفان الطبعة: الأولى ١٤١٧ هـ/ ١٩٩٧.

٩٠. ميزان الأصول في نتائج العقول في أصول الفقه للإمام علاء الدين أبي بكر محمد بن أحمد السمرقندي (٥٣٩ هـ) تحقيق: الدكتور/ محمد زكي عبد البر، دار التراث القاهرة، الطبعة الثانية ١٤١٨ هـ/ ١٩٩٧.

٩١. نفائس الأصول في شرح المحصول للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد ابن إدريس القرافي، تحقيق: الشيخ/ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ/ علي محمد معوض، مكتبة نزار

مصطفى الباز، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

٩٢. نهاية السؤل شرح منهاج الوصول للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.

٩٣. نهاية الوصول في دراية الأصول للشيخ صفي الدين محمد بن عبد الرحيم الأرموي الهندي، تحقيق: د. صالح ابن سليمان اليوسف ود. سعد بن سالم الشويح، المكتبة التجارية بمكة.

٩٤. الواضح في أصول الفقه لأبي الوفاء، علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي الظفري تحقيق: الدكتور/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.

٩٥. الوصول إلى الأصول لأبي الفتح أحمد بن علي بن برهان البغدادي، تحقيق: د. عبد الحميد علي أبو زنيد، مكتبة المعارف-الرياض، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.

رابعا: كتب الفقه والفتاوى والقواعد الفقهية:

٩٦. إحياء المقبور من أدلة استحباب بناء المساجد والقباب على القبور تأليف الحافظ السيد أبي الفيض أحمد بن الصديق الغماري، دار الإمام العسقلاني بيروت الطبعة الأولى ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م.

٩٧. إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، لعبد الرحمن بن محمد البغدادي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الثالثة.

٩٨. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان للعلامة زين الدين ابن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.

٩٩. الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري تحقيق: أبي حماد صغير أحمد بن محمد حنيف دار طيبة - الرياض - السعودية الطبعة: الأولى - ١٤٠٥ هـ، ١٩٨٥م

١٠٠. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، تنقيح: خالد العطار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع-بيروت ١٤١٥هـ.

١٠١. البناية شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد ابن حسين الحنفي بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية- بيروت-لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ-

- ٢٠٠٠م.
١٠٢. البيان لما يشغل الأذهان للأستاذ الدكتور/ علي جمعة محمد عبد الوهاب، دار المقطم القاهرة.
١٠٣. الحاوي في فقه الشافعي للإمام الماوردي، دار الكتب العلمية-بيروت الطبعة الأولى ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
١٠٤. الذخيرة لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، تحقيق محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي-بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
١٠٥. روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلى محمد معوض، دار الكتب العلمية-بيروت.
١٠٦. الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير مع تقارير للعلامة المحقق الشيخ محمد عيش، طبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه-القاهرة.
١٠٧. العناية شرح الهداية لمحمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين الرومي البابرّي، دار الفكر.
١٠٨. فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، دار الفكر-بيروت.
١٠٩. قواعد الفقه لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي، نشر الصدف ببلشرز.
١١٠. كفاية النبيه في شرح التنبيه لأحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبي العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
١١١. المبسوط لشمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
١١٢. المجموع شرح المذهب للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، دار الفكر-بيروت ١٩٩٧م.
١١٣. مجموع فتاوى ابن تيمية لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني، تحقيق: عبد الرحمن محمد قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
١١٤. المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

١١٥ . المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني للإمام أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ.

١١٦ . المقدمات الممهدة لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي تحقيق: الدكتور محمد حجي دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ .

١١٧ . الهداية شرح بداية المبتدي لأبي الحسن علي بن بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيباني، المكتبة الإسلامية.

كتب اللغة والمعاجم:

١١٨ . تاج العروس من جواهر القاموس لأبي الفيض محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الملقب بمرتضى الزبيدي، دار الهداية.

١١٩ . تحرير ألفاظ التنبيه لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي تحقيق: عبد الغني الدقر، دار القلم - دمشق الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.

١٢٠ . التوقيف على مهمات التعاريف لمحمد عبد الرؤوف المناوي، دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ تحقيق د. محمد رضوان الداية.

١٢١ . الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية) لإسماعيل بن حماد الجوهري، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة الرابعة ١٩٩٠م.

١٢٢ . العين لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ) تحقيق: د/ مهدي المخزومي، ود إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.

١٢٣ . لسان العرب لمحمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، دار صادر - بيروت.

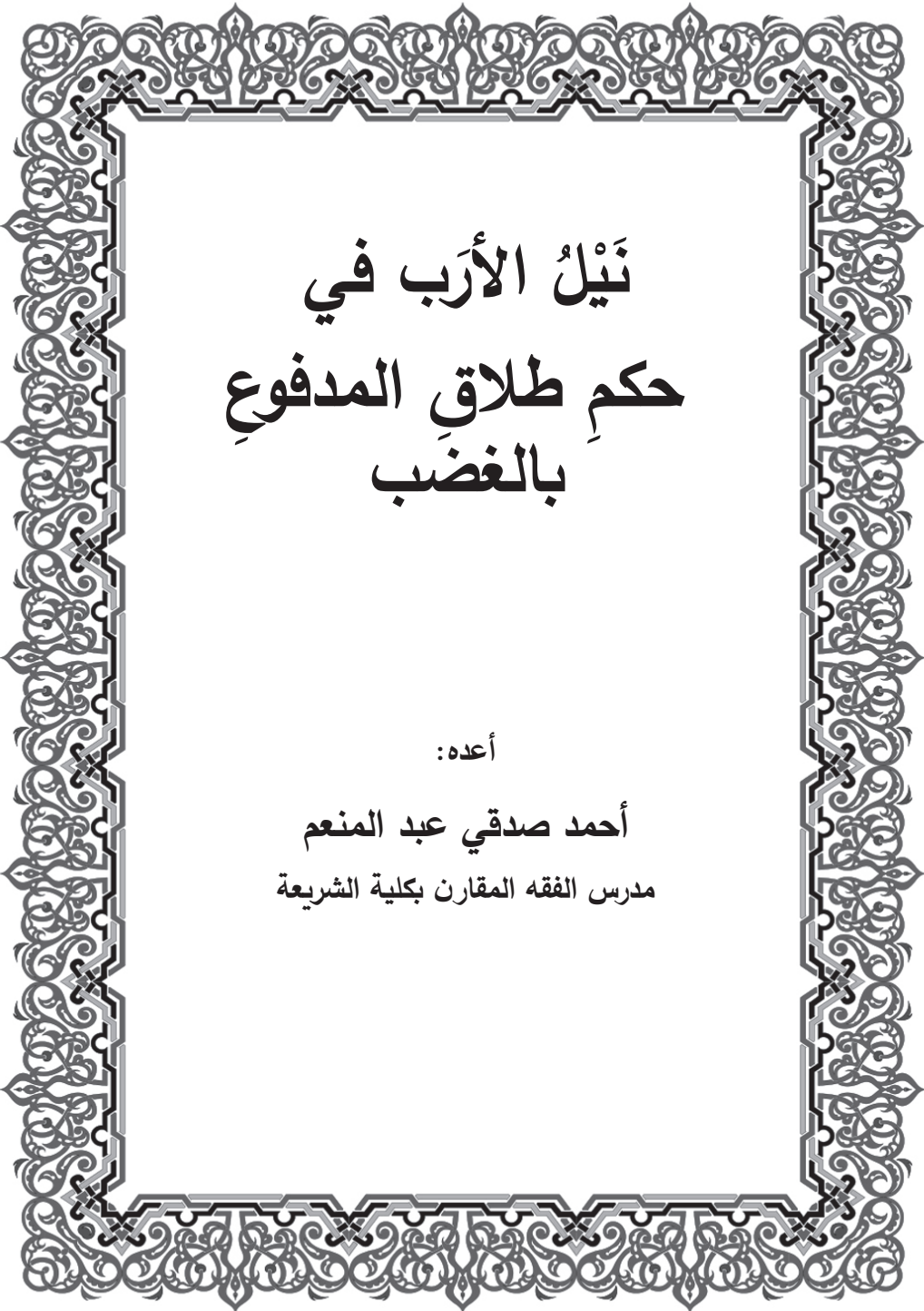
١٢٤ . مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، اتحاد الكتاب العرب ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

كتب التاريخ والتراجم

١٢٥ . الاستيعاب في معرفة الأصحاب لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم القرطبي تحقيق: علي محمد الجاوي، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.

١٢٦ . أسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية.

١٢٧ . الإصابة في تمييز الصحابة لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي، دار



نَيْلُ الأَرَبِ فِي حَكْمِ طَلَاقِ المَدْفُوعِ بِالغَضَبِ

أعدّه:

أحمد صدقي عبد المنعم
مدرس الفقه المقارن بكلية الشريعة

دُرّة البَحْثِ

(إِيَّاكَ أَنْ تُهْمَلَ قَصْدَ الْمُتَكَلِّمِ وَنِيَّتَهُ وَعُرْفَهُ، فَتَجْنِي عَلَيْهِ وَعَلَى الشَّرِيعَةِ، وَتَنْسَبَ إِلَيْهَا مَا هِيَ بَرِيئَةٌ مِنْهُ، وَتُلْزَمَ الْحَالِفَ وَالْمَقْرَرَ وَالنَّاذِرَ وَالْعَاقِدَ مَا لَمْ يَلْزَمَهُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ بِهِ؛

فَفَقِيهِ النَّفْسَ يَقُولُ: مَا أُرِدْتُ؟

وَنَصْفَ الْفَقِيهِ يَقُولُ: مَا قَلْتُ؟

فَاللَّغْوُ فِي الْأَقْوَالِ نَظِيرُ الْخَطَا وَالنَّسْيَانِ فِي الْأَفْعَالِ، وَقَدْ رَفَعَ اللَّهُ الْمَوْأَخِذَةَ بِهَذَا وَهَذَا كَمَا قَالَ الْمُؤْمِنُونَ: «رَبَّنَا لَا تَوَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا» فَقَالَ رَبُّهُمْ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: قَدْ فَعَلْتِ).

ابن القيم - رحمه الله -

إعلام الموقعين (٣ / ٤٨)

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله الذي جعل دينه سما يسيرا، ووضع عن أهله ما لا طاقة لهم به، وصلى الله على نبيه المجتبي وعبد المصطفى أزكى صلاة وخير سلام وآله وصحبه ومن تبعهم على النهج السوي والطريق المرضي وبعد، فهذا بحث سميته « نيل الأرب بحكم طلاق مدفوع الغضب » حاولت فيه أن أصل إلى أرجح الأقوال لأهل العلم في هذه القضية، وأن أتقصى ما أنتجته قرائح الفقهاء مستتيرا بها.

أهمية البحث

من الأهمية بمكان تجديد النظر الفقهي في مسألة طلاق مدفوع الغضب وهل يقع أم لا يقع؛ نظرا لما آل إليه حال أهل زماننا من غلبة الضغوط المعيشية وغلاء الأسعار وتسارع الأمراض العضوية والنفسية والعصبية واعتكار صفو الحياة وضيق الأنفس، مما ينعكس - مع الأسف - على وثاق الحياة الزوجية الغليظ، ويأتي عليه بالوهاء والضعف إن لم يكن بالقطع والانفصال.

فكثيرا ما تضيق صدور الأزواج بمطالب الزوجات، وكثيرا ما يلحن على تنفيذ ما لهن من رغبات، غير عابئات بحالات العسرة والنائبات، مع تنكب كثير من الناس منهج الرعاية الأخلاقية من الوفاء وحفظ الجميل وحسن العهد، ومع أدنى اختلاف تتفجر براكين الخصومات، وتشتعل نار العداوات بعد أن كانت الصداقات والقربات، وغاب سوق الحلم والتصبر وسعة الصدر وقامت سوق الطيش والنزق واشتعال الثائرة في كثير من أخلاق أهل زماننا، مما يشعل فتيل الأزمت ويؤدي إلى الرمي بلفظ الطلاق في سورة الغضب وضيق الصدر.

ثم بعد أن تقع الواقعة الموجهة يسعى الجميع ركضا للبحث عن المخارج والتماس الرخص وانتحال المعاذير، ليعود للمنزل استقراره ويبقى للأسرة عصامها.

ولما كان كثير من قضايا الطلاق حاصلة في حال اندفاع بسبب الغضب مع دعوى الكثيرين منهم أنهم ما خطر الطلاق على أذهانهم وما استجلبه إلا الغضب المتمكن، لزم إعادة النظر الفقهي في هذه المسألة التي عم بها البلاء في ديار المسلمين؛ تحريا لمراد الله تعالى وانصياعا لمقاصد شرعه الشريف وتيقظا في ذات الوقت لمرامي الألفاظ ومقتضيات الكلمات وما يقوم بها من موانع تمنع نفوذها.

منهج البحث

استخدمت في هذا البحث منهجين علميين:

أولا: المنهج الاستقرائي

ومن خلاله تقصيت مذاهب الأئمة الأربعة وغيرهم من الفقهاء، وذلك من خلال الكتب الفقهية المعتمدة في المذاهب وكذلك كتب شروح الحديث لتبين المراد بحديث « لا طلاق في إغلاق » وكذلك كتب أئمة اللغة الأوائل والأصوليين.

ثانيا: منهج الموازنة الفقهي « الفقه المقارن »

وبه بينت موضع الاتفاق بين الفقهاء في محل البحث وموضع الاجتهاد وسبب الخلاف، مع ذكر أدلة كل مذهب وما ورد عليها من مناقشات، انتهاء إلى القول الذي ظهر لي رجحانه .

أسئلة البحث

وحول هذه القضية تثار في الواقع عدة أسئلة نطمح أن يسعف هذا البحث بالإجابة عنها...

١/ ما مقاصد التشريع الإسلامي في نظام الطلاق؟

٢/ هل يعتبر الغضب من موانع الطلاق؟

٣/ هل للغضب درجات يعتبر ببعضها ولا يعتبر بالآخر؟

٤/ هل غضب كل أحد بحسبه؟

٥/ هل تعتبر الظروف الضاغطة في تقييم حالة الغضب؟

خطة البحث

قسمت البحث إلى ما يلي:

مقدمة واحتوت على أهمية البحث ومنهجه وأسئلته.

المطلب الأول: توصيف الغضب وأثره على إرادة الإنسان.

المطلب الثاني: تحقيق رواية حديث الإغلاق.

المطلب الثالث: تفسير لفظ « الإغلاق » عند أئمة اللغة .

المطلب الرابع: تفسير لفظ الإغلاق عند الأصوليين.

المطلب الخامس: تفسير لفظ الإغلاق عند الفقهاء .

المطلب السادس: مناقشة تفسير الإغلاق بالغضب.

المطلب السابع: تحقيق مذاهب الفقهاء حول حكم الطلاق في الغضب.

الفرع الأول: طلاق الذي ذهب عقله بسبب الغضب.

الفرع الثاني: طلاق الذي لم يذهب عقله بسبب الغضب (مدفوع الغضب).

المطلب الثامن: مذاهب الفقهاء وأدلتهم في طلاق مدفوع الغضب.

المطلب التاسع: تفاوت الغضب وأثره في حكم الطلاق.

المطلب العاشر: في السياسة الفقهية لحكم طلاق مدفوع الغضب.

المطلب الأول

توصيف الغضب وأثره على إرادة الإنسان

الغضب حالة نفسية تغير على الإنسان طبيعته واعتدال مزاجه وقد يشتد فيفقد الإنسان إرادته ويكون حاملا له على تصرفات غير مقصودة له لو كان في حال الاعتدال ما أقدم عليها.

يقول **الجرجاني** - رحمه الله-: [الغضب: تغير يحصل عند غليان دم القلب؛ ليحصل عنه التنفي للصدر، وقيل: غليان دم القلب لإزادة الانتقام] (١).

ويقول **الإمام الشافعي** - رحمه الله-: [الغضبان مَخُوف على أمرين، أحدهما: قلة التثبت، والآخر: أن الغضب قد يتغير معه العقل ويتقدم به صاحبه على ما لم يكن يتقدم عليه لو لم يكن غضب] (٢).

ولحجة الإسلام **الغزالي** - رحمه الله- بيان كاشف عن حقيقة الغضب وآثاره نوره لأهميته حيث يقول:

[ومهما اشتدت نار الغضب وقوى اضطرامها أعمت صاحبها وأصمته عن كل موعظة فإذا وعظ لم يسمع بل زاده ذلك غضبا وإذا استضاء بنور عقله وراجع نفسه لم يقدر؛ إذ ينطفئ نور العقل وينمحي في الحال بدخان الغضب؛ فإن معدن الفكر الدماغ.

ويتصاعد عند شدة الغضب من غليان دم القلب دخان مظلم إلى الدماغ يستولي على معادن الفكر وربما يتعدى إلى معادن الحس فتظلم عينه حتى لا يرى بعينه وتسود عليه الدنيا بأسرها ويكون دماغه على مثال كهف اضطرمت

(١) التعريفات للجرجاني (ص: ١٦٢)، الحدود الأنيقة لذكريا الأنصاري (ص: ٧٣).

(٢) الأم للشافعي ط دار الوفاء (٨ / ٢١١).

فيه نار فاسود جوه وحمى مستقره وامتلاً بالدخان جوانيه وكان فيه سراج ضعيف فانمحي أو انطفأ نوره فلا تثبت فيه قدم ولا يسمع فيه كلام ولا ترى فيه صورة ولا يقدر على إطفائه لا من داخل ولا من خارج، بل ينبغي أن يصبر إلى أن يحترق جميع ما يقبل الاحتراق، فكذلك يفعل الغضب بالقلب والدماغ، وربما تقوى نار الغضب فتقني الرطوبة التي بها حياة القلب فيموت صاحبه غيظاً كما تقوى النار في الكهف فينشق وتتهد أعاليه على أسفله، وذلك لإبطال النار ما في جوانبه من القوة الممسكة الجامعة لأجزائه، فهكذا حال القلب عند الغضب وبالحقيقة فالسفينة في ملتطم الأمواج عند اضطراب الرياح في لجة البحر أحسن حالا وأرجى سلامة من النفس المضطربة غيظاً؛ إذ في السفينة من يحتال لتسكينها وتدبيره، وينظر لها ويسوسها، وأما القلب فهو صاحب السفينة وقد سقطت حيلته إذا أعماه الغضب وأصمه.

ومن آثار هذا الغضب في الظاهر: تغير اللون، وشدة الرعدة في الأطراف، وخروج الأفعال عن الترتيب والنظام، واضطراب الحركة والكلام حتى يظهر الزبد على الأشداق، وتحمر الأهداق، وتنقلب المناخر، وتستحيل الخلقة.

ولو رأى الغضبان في حالة غضبه قبح صورته لسكن غضبه حياءً من قبح صورته واستحالة خلقتة، وقبح باطنه أعظم من قبح ظاهره، فإن الظاهر عنوان الباطن، وإنما قبحت صورة الباطن أولاً، ثم انتشر قبحها إلى الظاهر ثانياً، فتغير الظاهر ثمرة تغير الباطن فقس الثمرة بالثمرة فهذا أثره في الجسد.

وأما أثره في اللسان فانطلاقه بالشتم والفحش من الكلام الذي يستحي منه ذو العقل، ويستحي منه قائله عند فتور الغضب، وذلك مع تخطيط النظم واضطراب اللفظ.

وأما أثره على الأعضاء فالضرب والتهجم والتمزيق والقتل والجرح عند التمكّن من غير مبالاة، فإن هرب منه المغضوب عليه أو فاته بسبب وعجز عن التّشفي رجع الغضب على صاحبه فمزق ثوب نفسه ويلطم نفسه، وقد يضرب بيده على الأرض ويعدو عدو الواله السكران والمدهوش المتحير، وربما يسقط سريعاً لا يطيق العدو والنهوض بسبب شدة الغضب، ويعتريه مثل الغشية، وربما يضرب الجمادات والحيوانات فيضرب القصة مثلاً على الأرض، وقد يكسر المائدة إذا غضب عليها، ويتعاطى أفعال المجانين فيشتم البهيمة والجمادات ويخاطبها^(١).

أقول: وبعد هذا التوصيف الدقيق لحالة الغضب يتبين جلياً أن الغضبان لا يكون في حال صحيحة، بل هو أقرب إلى المرض واختلال القوى الطبيعية النفسية منه إلى الصحة، وقد لزم هذا البيان ليتم استصحابه في تضاعيف البحث، فالحكم على الشيء فرع عن تصوره.

المطلب الثاني

تحقيق رواية حديث الإغلاق

ورد حديث عائشة - رضي الله عنها - عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق » أو قال « غلاق ».

وهو يعتبر عمدة في أدلة من يُلغون طلاق الغضبان، ولذا لزم الاستقصاء في تخريجه وبيان منزلته الحديثية من حيث القبول أو الرد ، وأتناول ذلك في عدة فروع...

(١) إحياء علوم الدين (٣/١٦٨)، ونحو ذلك مذكور في الذريعة إلى مكارم الشريعة للراغب الأصفهاني (ص ٢٤٣).

الفرع الأول

تخريج الحديث

- ١/ أخرجه أبو داود في سننه (٣/ ٥١٤)، باب في الطلاق على غلط، بسنده عن ابن إسحاق، عن ثور بن يزيد الحمصي، عن محمد بن عبيد بن أبي صالح الذي كان يسكن إيليا (بيت المقدس)، قال: خرجت مع عدي بن عدي الكندي حتى قدمنا مكة، فبعثني إلى صفيّة بنت شيبّة، وكانت قد حفّظت من عائشة، قالت: سمعت عائشة تقول: سمعت رسول الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يقول: «لا طلاق ولا عتاق في غلاق».
- ٢/ وأخرجه أحمد في مسنده (٤٣/ ٣٧٨).
- ٣/ وابن أبي شيبه في مصنفه (٤/ ٨٣)، باب من لم ير طلاق المكره شيئاً.
- ٤/ والبخاري في التاريخ الكبير (١/ ١٧١).
- ٥/ والدارقطني في سننه (٥/ ٦٥).
- ٦/ وأبو يعلى الموصلي في مسنده (٧/ ٤٢١).
- ٧/ والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٢/ ١٢٨).
- ٨/ وابن الأعرابي في معجمه (١/ ٢٦٣).
- ٩/ والطبراني في معجم الشاميين (١/ ٢٨٧).
- ١٠/ وأخرجه ابن ماجه في سننه (٣/ ٢٠١)، باب طلاق المكره والناسي^(١).

(١) أسنده ابن ماجه عن محمد بن إسحاق عن ثور، عن عبيد بن أبي صالح، عن صفيّة بنت شيبه به. وتلاحظ في إسناده ابن ماجه أمرين: تسمية شيخ ثور بن يزيد ب «عبيد بن أبي صالح» وهو وهم والصواب «محمد بن عبيد بن أبي صالح» كما قرره الحافظ المزي في التهذيب. حذف قصة الخروج إلى مكة مع عدي بن عدي، وهذا لا يؤثر شيئاً في الرواية. وينظر: تهذيب الكمال للحافظ المزي (١٩/ ٢١٦)، (٢٦/ ٦٣)، ولهذا الوهم أخرته في التخريج.

أقول: وفي هذا الإسناد علتان من جهة الرواية:

الأولى: تدليس محمد بن إسحاق.

الثانية: ضعف محمد بن عبيد بن أبي صالح (١).

ولكن مع البحث وجدت دواء لهاتين علتين:

أما العلة الأولى: وهي علة تدليس ابن إسحاق، فدواؤها أنه قد وردت عنه رواية يصرح فيها بالتحديث^(٢)، والصحيح عند المحدثين في شأن رواية المدلس أنه إذا صرح بالتحديث فقد أمنت غائلة تدليسه وانتفتت العلة به، وأيضا فقد أخرج الحاكم في المستدرك (٢٣٦/٢) رواية للحديث عن أبي صفوان الأموي عن ثور بن يزيد ولكنه أسقط من الإسناد محمد بن عبيد.

أقول: وهذا انقطاع؛ فليس ثور بن يزيد من الرواة عن صفية بنت شيبة^(٣) ولكن استقدنا من رواية أبي صفوان هذا كونه متابعا لابن إسحاق في روايته عن ثور فإزاداد رواية ابن إسحاق - بعد تصريحه بالتحديث - قوة^(٤).

وأما العلة الثانية:

وهي ضعف محمد بن عبيد بن أبي صالح، فدواؤها ما يلي:

أولا: ذكره ابن حبان في الثقات^(٥)، وهذا يعني وجود الخلاف بين النقاد في توثيقه وتضعيفه، فأبو حاتم ضعفه وابن حبان ذكره في الثقات فلو اعتبرنا شدة أبي حاتم ومساهلة ابن حبان لأمكن أن يقال إنه حسن الحديث توسط بين القولين .

(١) ينظر: الجرح والتعديل لابن أبي حاتم (١٠/٨)، وذكره الحافظ ابن حجر في التقریب (٤٦٥)، وقال: ضعيف.

(٢) رواية تصريح ابن إسحاق بالتحديث عن ثور بن يزيد أخرجها الإمام أحمد في مسنده (٣٧٨/٤٣)، والبخاري في التاريخ الكبير من طريق الإمام أحمد (١٧١/١).

(٣) ينظر ترجمتها في تهذيب الكمال للحافظ المزي (٢١٢/٣٤) وليس ثور من الرواة عنها مباشرة.

(٤) قال الحافظ السيوطي: [والصحيح التفصيل، فما رواه بلفظ محتمل لم يبين فيه السماع فمرسل لا يقبل وما بين فيه كسمعت وحدثنا وأخبرنا وشبهها فمقبول محتج به]. ينظر: تدريب الراوي له (١/٢٢٩).

(٥) ينظر: الثقات لابن حبان (٣٧١/٧).

ثانياً: ما رواه الدارقطني في سننه (٦٥ / ٥) والبيهقي في السنن الكبرى (٣٥٧/٧) بإسنادهما عن قزعة بن سويد، نا زكريا، ومحمد بن عثمان، جميعاً عن صفية بنت شيبة به.

فهذه متابعه لمحمد بن عبيد بن أبي صالح في روايته عن صفية، تابعه عليها زكريا بن إسحاق ومحمد بن عثمان.

ومقرر لدى المحدثين أن الراوي الضعيف إذا تابعه متابع على روايته خف الضعف وتبين أن للرواية أصلاً^(١).

ثالثاً: وردت متابعه في الرواية لصفية بنت شيبة، من طريق عطاء بن أبي رباح عن عائشة، عن النبي صلى الله عليه وسلم به، فهذه متابعه تؤكد أن للحديث أصلاً^(٢).

خلاصة البحث الإسنادي

بعد الاستقصاء في تخريج الحديث وتتبع رواياته نخلص إلى ما يلي:

- ضعّف بعض المحدثين هذا الحديث؛ لما فيه من العلل التي سبق

بيانها^(٣).

(١) يقول الإمام النووي: (ما كان ضعفه لضعف حفظ راويه الصدوق الأمين زال بمجيئه من وجه آخر وصار حسناً، وكذا إذا كان ضعفها لإرسال زال بمجيئه من وجه آخر، وأما الضعف لفسق الراوي فلا يؤثر فيه موافقة غيره). ينظر: تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي (١ / ١٧٨).

(٢) أخرجه البخاري في التاريخ الكبير (١ / ١٧١)، وذكره ابن أبي حاتم في العلل (٤ / ١١٠).

(٣) منهم الإمام أبوحاتم الرازي، فقد سأله ابنه - كما ورد في علل الحديث - في موضعين (٤ / ١٢٠، ١٠٩):الموضع الأول: سألت أبي عن حديث رواه محمد بن إسحاق ، عن ثور بن زيد الديلي، عن محمد بن عبيد ، عن صفية بنت شيبة، عن عائشة، عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: لا طلاق ولا عتاق في غلاق.

ورواه عطف بن خالد ؛ قال: حدثني محمد بن عبيد، عن عطاء، عن عائشة، عن النبي(صلى الله عليه وسلم)

قلت: أيهما الصحيح؟ قال: حديث صفية أشبه.

قال محققه: هذا من باب الترجيح النسبي، وهو لا يقتضي الصحة.

واستدل على ذلك بالموضع الثاني وفيه:

سألت أبي عن حديث رواه عطف بن خالد ، عن أبي صفوان ، عن محمد بن عبيد، عن عطاء بن

- صحح بعضُ المحدثين الحديثَ وذكر أنه على شرط مسلم^(١).
- حسَّن بعض المحدثين هذا الحديث لما ثبت لديهم من طرقٍ إسنادية تشهد بأن الحديث أصلاً^(٢).
- بلغت مصادر تخريج هذا الحديث خمسة عشر مصدراً من دواوين السنة، مما يطمئن معه الخاطر إلى ترجيح ثبوته.

والرأي المختار الراجح لدي - بعد طول البحث في سنده - أن الحديث يصلح أن يرتقي لدرجة الحسن لذاته، ومن ثم فهو صالح للاحتجاج به في الأحكام بلا مطعن، أو في أقل تقدير لا يصح الإنكار على من احتج به؛ لأن تصحيحه وتضعيفه من قبيل الخلاف السائغ المتكافيء، ومعلوم أنه لا يتوجه الإنكار في الأحكام الاجتهادية سواء في الفقه أو في الأسانيد الحديثية، وتحسين هذا الحديث أو تضعيفه من أمور الاجتهاد بناء على ما أدى إليه نظر كل طائفة وبحتها.

ولما كان سنده لا ينتهز لدرجة الصحيح لذاته تجنب الإمام البخاري روايته

أبي رباح، عن عائشة، عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: لا طلاق ولا عتاق في غلاق؟ قال أبي: روى هذا الحديث محمد بن إسحاق، عن ثور بن زيد، عن محمد بن عبيد - يعني ابن أبي صالح - عن صفية بنت شيبه، عن عائشة، عن النبي (صلى الله عليه وسلم). قلت لأبي: أيهما أشبه؟ قال: أبو صفوان وابن إسحاق جميعاً ضعيفين. أقول: وهذا يحتتمل من الإمام أبي حاتم أنه يضعف الحديث ويحتمل أنه يساوي بين الراويين في الضعف فلا مزية لأحدهما على الآخر، وأيضاً فما المانع أن تعتبر متابعة أبي صفوان لمحمد بن إسحاق تقوية للرواية وتجعل الحديث يرتقي إلى رتبة الحسن. ومنهم: الإمام عبدالحق الإشبيلي في الأحكام الوسطى (٣/ ٢٠٠)، وتعبه ابن القطان في (بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام (٤/ ٢٥١) بقوله: (ورده بمحمد بن عبيد، ولم يعرض منه لإين إسحاق). وأرى أنه لا حاجة لرده بمحمد بن إسحاق إذا كان مدار الحديث على من فوقه، هذه واحدة والأخرى أن محمد ابن إسحاق قد صرح بالسماع في رواية أحمد بن حنبل عنه فلم يبق فيه مطعن من جهة تدليسه، وقد ضعفه من المعاصرين محققوا مسند الإمام أحمد (٤٣/ ٣٧٨).

(١) قال الحاكم في المستدرک (٢/ ٢٣٦): هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه. وتعبه الذهبي في التلخيص مع المستدرک (٢/ ٢١٦) بقوله: (كذا قال يعني الحاكم قلت ومحمد بن عبيد لم يحتج به مسلم وقال أبو حاتم ضعيف)، وقال محققوا مسند أحمد (٤٣/ ٣٩٧): (محمد بن عبيد لم يرو له مسلم أصلاً، ولم يحتج بمحمد بن إسحاق، إنما روى له متابعة).

(٢) من المعاصرين المحدث محمد ناصر الدين كما في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (٧/ ١١٣).

في كتابه « الصحيح » مع تصريحه بلفظ من ألفاظه في ترجمة باب من أبواب كتاب الطلاق^(١)، وقد رواه في التاريخ الكبير كما مر ذكره في تخريج الحديث.

المطلب الثالث

تفسير لفظ « الإغلاق » عند أئمة اللغة .

جرت عادة الفقهاء أن يتطرقوا إلى الوضع اللغوي للألفاظ الشرعية لما له من أثر عميق على مدلولاتها؛ ولا عجب فاللغة العربية هي وعاء الشريعة ومنها منطلق الفهم عن الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم.. وكثيرا جدا يلتقي المعنى اللغوي بالمعنى الاصطلاحي ولو في جزء من الدلالة..

وبعد استقراء جميع ما أتيج لي من مصادر اللغة تبين لي ما يلي:

جمهور أهل اللغة وواضعي المعاجم والغريب وشرح الحديث فسروا لفظ (الإغلاق) الوارد في حديث عائشة - رضي الله عنها - بالإكراه، ولسنا بحاجة إلى حصر ذلك؛ لكنثرت^(٢).

ولكن الجديد الذي أركز على ذكره هنا تفسير طائفة أخرى معتبرة من أئمة اللغة للفظ «الإغلاق» بالغضب الذي تصحبه حدة ؛ أي أنه ليس مجرد تغيير المزاج المعتدل بل هو خروجه إلى انحراف عن الاعتدال بغضب شديد غير عادي..

- جاء في معجم العين للخليل بن أحمد الفراهيدي:

(١) حيث قال: باب الطلاق في الإغلاق والكره، والسكران والمجنون وأمرهما، والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره. أقول: وعطفه بين الإغلاق والكره يقتضي تغايرهما في المعنى، فيما أن يكون الإغلاق بمعنى الغضب ويكون الكره بمعنى الإكراه، أو بالعكس فيكون الإغلاق بمعنى الإكراه ويكون الكره بمعنى الضيق والضرر والغضب. والاحتمال الأول أقرب ينظر: صحيح البخاري (٧/٤٥).

وينظر: فتح الباري (٩/٣٩٨).

(٢) ينظر - مثلا-: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (ص١٤٩) لأبي منصور الأزهري، تهذيب اللغة (٣٦/٨) له أيضا، لسان العرب لابن منظور، تاج العروس للزبيدي مادة (غلق).

[غلق: احتد فلان فنشبت في حدته فَعَلِقَ أَي: غَضِبَ] (١).

ولم يتعرض الإمام الخليل لتفسير الإغلاق بالإكراه أصلاً، وهو إمام متقدم في أهل اللغة ومعجمه أول كتاب وضع في معاجم العربية وهو من أئمة القرن الثاني ت: (سنة ١٧٠هـ) ولذلك كله دلالة على استعمال لفظ الإغلاق بإزاء معنى شدة الغضب وحدته.

- وجاء في تهذيب اللغة للأزهري (ت: ٣٧٠) بعد ذكر الإكراه :-

[عن ابن الأعرابي: أَعْلَقَ زَيْدٌ عَمْرًا عَلَى شَيْءٍ يَفْعَلُهُ، إِذَا أَكْرَهَهُ عَلَيْهِ وَيُقَالُ: أَعْلَقَ فُلَانٌ فَعَلِقَ غَلَقًا، إِذَا أُغْضِبَ فَعَضِبَ، وَاحْتَدَّ.. الْعَلِقُ: الْكَثِيرُ الْغَضَبِ، قَالَ عَمْرُو بْنُ شَاسٍ: فَأَعْلَقَ مِنْ دُونِ امْرِئٍ إِنْ أَجْرْتُهُ... فَلَا أَبْتَعِي عَوْرَاتِهِ غَلَقَ الْبُعْلُ.

أَي: أَغْضِبُ غَضَبًا شَدِيدًا، وَيُقَالُ: الْعَلِقُ: الضَّيْقُ الْخُلُقِ الْعَسِرُ الرَّيْضَا] (٢).

- وقال الجوهري: [ويقال: احتد فلان فنشبت في حدته وغلق] (٣).

- وقال ابن سيده: [وغلق في حدته غلقًا: نشب] (٤).

وقال القاضي عياض: [وقيل الإغلاق هنا الغضب واليه ذهب أهل العراق] (٥).

(١) العين (٤/ ٣٥٥)، الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ)، المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، الناشر: دار ومكتبة الهلال.

(٢) تهذيب اللغة (٨/ ٣٧)، محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (المتوفى: ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م. (٣) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٤/ ١٥٣٨)، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت الطبعة: الرابعة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.

(٤) المحكم والمحيط الأعظم (٥/ ٣٨٦)، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده [ت: ٤٥٨هـ]، المحقق: عبد الحميد هنداوي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.

(٥) مشارق الأنوار على صحاح الآثار (٢/ ١٣٤)، عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن ليحيى السبتي، أبو الفضل (المتوفى: ٥٤٤هـ)، دار النشر: المكتبة العتيقة ودار التراث.

- وقال ابن الأثير: [وَفِي كِتَابِ عُمَرَ إِلَى أَبِي مُوسَى «إِيَّاكَ وَالْغَلَقَ وَالضَّجْرَ»
الْغَلَقُ بِالتَّحْرِيكِ: ضَيْقُ الصَّدْرِ وَقَلَّةُ الصَّبْرِ. وَرَجُلٌ غَلِقَ: سَيِّئُ الْخُلُقِ^(١).
- وقال الكفوي: [الإغلاق: يعم الإكراه والغضب والجنون ، وكل أمر يغلق
على صاحبه علمه وقصده مأخوذ من غلق الباب]^(٢).
- وقال الفيومي: [غَلِقَ الرَّجُلُ غَلَقًا مِثْلُ ضَجْرٍ وَغَضِبَ وَزْنَا وَمَعْنَى وَيَمِينُ
الْغَلَقِ أَي يَمِينُ الْغَضَبِ]^(٣).
- ويقول النسفي: [الغلق بالغين المعجمة هو الضجر أيضا، وسوء الخلق
وقلة الصبر من الانغلاق]^(٤).
- وقال ابن فارس: [غلق) الغين واللام والقاف أصل واحد صحيح يدل على
نشوب شيء في شيء]^(٥).
- أقول: وهذا يشمل الغضب؛ لأنه ينشب في النفس فيغير حالتها ويحيل مزاجها.
وحكى الإمام القدوري الحنفي في موسوعته «التجريد» عن إمامين كبيرين
من أئمة اللغة هما: «ابن قتيبة، وابن دريد» ما مفاده تفسيرهما للإغلاق بالغضب؛
حيث قال:

(١) النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/ ٣٨٠)، أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد
ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: ٦٠٦هـ)، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت،
١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي.

(٢) كتاب الكليات (ص: ١٥٢)، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، دار النشر: مؤسسة
الرسالة - بيروت - ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري.

(٣) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (٢/ ٤٥١)، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي،
أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت.

(٤) طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية (ص: ١٣٠)، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو
حفص، نجم الدين النسفي (المتوفى: ٥٣٧هـ)، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد.

(٥) مقاييس اللغة مادة (غلق)، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى:
٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

[وإن حملنا اللفظ على الغضب - كما قال ابن قتيبة - وهو قريب من تغير الخلق الذي قاله ابن دريد فكأنه عليه السلام نهى عن الطلاق في حال الغضب؛ لأن الإنسان يندم عند سكون غضبه في العادة] (١).

أقول: وحكاية القدوري عن هذين الإمامين اللغويين تفسيرهما للإغلاق بالغضب وتغير الخلق ضميمة تؤكد تأصل هذا المدلول للفظ للإغلاق عند اللغويين.

وإن كان القدوري نفسه قد ذهب في فقه الحديث إلى أن النهي لإرشاد المسلم ألا يقدم على الطلاق حال الغضب وليس يعني هذا - عنده - أن إصدار لفظ الطلاق حال الغضب غير واقع (٢).

وذكر ابن القيم عن أبي بكر عبد العزيز - من الحنابلة - قوله: (سألت أبا محمد، وابن دريد، وأبا عبد الله، وأبا طاهر النحويين عن قوله «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق» قالوا: يريد الإكراه؛ لأنه إذا أكره انغلق عليه رأيه .. فقلت لبعضهم: والغضب أيضا، فقال: ويدخل فيه الغضب؛ لأن الإغلاق [وجهان] أحدهما: الإكراه والآخر ما دخل عليه مما ينغلق به رأيه عليه) (٣).

وخلاصة هذا المطلب اللغوي:

أن طائفة من أئمة اللغة المعتمدين قد فسروا لفظ الإغلاق بالغضب الحاد إلى جنب تفسير آخرين له بالإكراه فهو إذن من قبيل المشترك اللفظي أي أنه يطلق على معنيين إطلاقا حقيقيا وهما معنى الإكراه ومعنى الغضب، وحينئذ فينبغي عند

(١) التجريد للقدوري (١٠ / ٤٩٢٤)، وجاء في جمهرة اللغة لابن دريد: (٢ / ٩٦٠): رجل غلق: سيئ الخلق. وينظر أيضا في إيراد الإغلاق بمعنى الإكراه وبمعنى الغضب لسان العرب، وتاج العروس مادة (غلق).

(٢) ينظر: التجريد للقدوري (١٠ / ٤٩٢٤).

(٣) إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان (ص: ٢٩).

بيان فقه الحديث أن يقال: إنه يشمل المعنيين جميعا، لصلاحية تناولهما في اللغة على درجة واحدة، وأن قصره على مسمى الإكراه فقط تحكم بلا دليل.

المطلب الرابع

تفسير لفظ الإغلاق عند الأصوليين

وبعد ما ذكرنا من صلاحية لفظ « الإغلاق » لأن يكون مشتركا لفظيا نبين ما قرره جمع من الأصوليين بهذا الشأن:

ذكر الإمام الإسنوي في مسألة رواية الحديث بالمعنى للعارف عدة مذاهب ومنها ما ذهب إليه الماوردي والرويانى من أنه يجوز للصحابي ولا يجوز لغيره ثم قال:

أعني الماوردي والرويانى: إنا إذا جوزنا فشرطه أن يكون مساويا له في الجلاء والخفاء وإلا فيمتنع كقوله عليه الصلاة والسلام لا تطلق في إغلاق فلا يجوز التعبير عنه بالإكراه وإن كان هو معناه؛ لأن الشارع لم يذكره كذلك إلا لمصلحة فنكل استنباطه للعلماء.

وكذا ذكره غير واحد من الأصوليين مثلا لما يخفى معناه فلا يجوز نقله إلا بحرفه ونصه ولا يعبر عنه بمعناه^(١).

وبين ابن تيمية أن للأئمة أعدارا في ترك بعض الحديث ومن أسباب ذلك عدم معرفته بدلالة الحديث.. تارة لكون اللفظ الذي في الحديث غريبا عنده، مثل لفظ «المزابنة» و«المخابرة» و«المحاكلة» و«الملامسة» و«المنابذة» و«الغرر»؛ إلى غير ذلك من الكلمات الغربية التي قد يختلف العلماء في تفسيرها.

(١) ينظر: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول (ص: ١٦٥) البحر المحيط للزركشي (٦/ ٢٧٦)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول (١/ ١٥٨)، ونقله بعض المحدثين في علوم الحديث مثل السخاوي في فتح المغيث بشرح ألفية الحديث (٣/ ١٣٩).

وكالحديث المرفوع: { لا طلاق ولا عتاق في إغلاق } فإنهم قد فسروا «الإغلاق» بالإكراه، ومن يخالفه لا يعرف هذا التفسير^(١).

وقد ذكر التلمساني في «مئارات الغلط» الغلط في اللفظ المفرد وهو أنواع منها: الغلط من جهة اللفظ بأن يكون الاشتراك في جوهر اللفظ ومادته بأي نوع من أنواع الاشتراك - أعني في الوضع - أو بكونه حقيقة في أحد المعنيين مجازاً في الآخر، أو منقولاً، أو نحو ذلك

وذكر من أمثلة ذلك في الفقهيات «الإغلاق» في قوله صلى الله عليه وسلم: لا طلاق في إغلاق، فإنه مشترك بين الإكراه والجنون^(٢).

وعند الأصوليين من الحنفية هو من قبيل المشترك والمشارك مجمل فلا يتعين أحد معنيه إلا بقرينة، ولذا فإن من قال: يحمل اللفظ المشترك على معنيه معاً ذهب إلى أنه لا يقع طلاق المكره مستدلين بقوله - صلى الله عليه وسلم - : « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»، حملاً للفظ «إغلاق» على معنيه وهما: «الجنون والإكراه»، وهو مذهب كثير من الفقهاء وهو الحق. أما من منع حمل اللفظ المشترك على معنيه فعندهم أن حكمه:

التوقف؛ لأنه مجمل، فلا يحمل اللفظ على معنيه ولا على أحدهما إلا بقرينة، ولذلك قالوا بوقوع طلاق المكره، وهم كثير من الحنفية^(٣).

أقول: وحمل اللفظ الشرعي إذا كان مشتركاً لفظياً على معنيه أولى من حمله على أحدهما دون الآخر بشرط ألا يحصل تناقض بين المعنيين، وهنا لا تناقض بل المقصود ظاهر في المعنيين فالإرادة مسلوبة عند المكره ومسلوبة عند

(١) ينظر: رفع الملام عن الأئمة الأعلام لابن تيمية (ص: ٢٦).

(٢) ينظر: مئارات الغلط في الأدلة للتلمساني (ص: ٧٦٦).

(٣) ينظر: المهذب في علم أصول الفقه المقارن (٣/ ١١٠٦).

الغضبان غضبا شديدا فكلاهما لا يصفوا قراره فيما يقدم عليه من الطلاق بل لسبب خارجي عنه أقدم على الطلاق.

وهذا من صور سعة الشرع ويسره؛ ليتسع الاجتهاد للفقهاء في تلمس مقصد الشارع من نصوصه وإلحاق النظير بنظيره، يقول الزركشي:

(اعلم أن الله تعالى لم ينصب على جميع الأحكام الشرعية أدلة قاطعة، بل جعلها ظنية قصدا للتوسيع على المكلفين؛ لئلا ينحصر في مذهب واحد لقيام الدليل عليه) ^(١).

ولئن قرر أهل العلم في الأدلة التي تتعارض في الظاهر أن الجمع بينها واجب إذا أمكن، لأن إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما، فكذا هنا إذا كان لفظ الدليل يحتمل عدة معان يمكن الجمع بينها فيجب المصير إلى الجمع وألا يقطع بمعنى دون الآخر، لاسيما إذا تقارب مقتضاهما، وبالله التوفيق.

(١) ينظر: البحر المحيط في أصول الفقه (٨ / ١١٩)، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، الناشر: دار الكتبي، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

المطلب الخامس

تفسير لفظ الإغلاق عند الفقهاء

لما كان معظم فقه البحث دائر على نفي الطلاق في الإغلاق الوارد في الحديث الذي رواه الإمامان أبو داود وابن ماجه في سننهما، والحاكم في مستدركه وغيرهم من حديث عائشة - رضي الله عنها مرفوعا: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق».

لزم التعرض لتفسير الفقهاء لهذا اللفظ المجمل...

وقد تنوعت آراء العلماء من الفقهاء والأصوليين والمحدثين واللغويين وغيرهم في تحديد معنى الإغلاق، وأنا أذكر ما قرره كل منهم في تفسير لفظ «الإغلاق» لتبين حقيقته على وجهها، ولنبدأ بطائفة الفقهاء، وبالبحث وجدنا لهم مذهبين في تفسيره:

المذهب الأول: تفسير لفظ الإغلاق بالجنون وليس بالإكراه ولا الغضب، وإلى ذلك ذهب الحنفية^(١).

قال أبو بكر الجصاص: (أما قوله عليه الصلاة والسلام: «لا طلاق في إغلاق»: فلا دلالة فيه على حكم طلاق المكره؛ لأن المكره غير مغلق عليه، وإنما المعني فيه المجنون؛ لأنه مغلق عليه في التصرف من سائر الوجوه، وهو مأخوذ من: أغلق عليه بابه، ومنع من التصرف من سائر الوجوه، وهذا هو صفة المجنون، فأما المكره فتصرفه جائز في سائر ما يتصرف فيه في غير ما أكره عليه، فلا يقال: إنه مغلق عليه، كما لا يقال لمن أغلق عليه أحد أبواب البيت، وهو يمكنه الخروج من سائر الأبواب: إنه مغلق عليه ممنوع من الخروج^(٢).

(١) شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٨ / ٥)، وينظر: التجريد للقدوري (١٠ / ٤٩٢٥).

(٢) شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٨ / ٥).

المذهب الثاني: تفسير الإغلاق بالإكراه، وهو مذهب الجمهور من المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣)، ولا شك أنهم سيعتبرون الجنون مانعا من الطلاق من جهة القياس الأولوي.

المذهب الثالث: فسر جمع من الفقهاء لفظ: «الإغلاق» أو «الغلاق» بالغضب، ولا شك أنهم سيعتبرون الإكراه والجنون مانعين من الطلاق من باب أولى.

وممن ورد عنه ذلك:

١/ الإمام مسروق الكوفي من فقهاء التابعين^(٤).

٢/ الإمام الشعبي من فقهاء التابعين^(٥).

٣/ أبو جعفر الباقر - من فقهاء آل البيت عليهم رضوان الله - ؛ حيث قال:

(لا طلاق إلا على سنة، ولا طلاق إلا على طهر من غير جماع، وكل طلاق في غضب أو يمين أو عتق فليس بطلاق إلا لمن أراد الطلاق)^(٦).

٤/ الإمام أحمد بن حنبل في رواية ؛ حيث قال: وحديث عائشة - رضي الله

(١) الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٧٤٧)، شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٣٣).

(٢) الحاوي الكبير (١٠/ ٥٥٣)، مغني المحتاج (٤/ ٤٧٠).

(٣) المغني (٨/ ٢٦٠)، كشاف القناع عن متن الإقناع (٥/ ٢٣٥).

(٤) حكاه عنه الإمام ابن بطال في شرحه لصحيح البخاري (٦/ ١٣٧) حيث قال: وروى عن مسروق، والشعبي، وجماعة أن الغضبان لا يلزمه يمين ولا طلاق ولا عتق، واحتجوا بقوله عليه السلام: (لا طلاق في إغلاق، ولا عتق قبل ملك) وفي حديث الأشعريين رد لهذه المقالة؛ لأن النبي - عليه السلام - حلف وهو غاضب ثم قال: (والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها) وهذه حجة قاطعة، وكذلك فعل أبو بكر. وأما الحديث (لا طلاق في إغلاق) فليس بثابت، ولا مما يعارض به مثل هذه الأحاديث الثابتة، وتأول المديون والكوفيون معنى هذا الحديث (لا طلاق في إغلاق) يعني لا طلاق في إكراه، هذا معنى الحديث عندهم.

(٥) المرجع السابق.

(٦) إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان (ص ٦٤).

عنها - سمعت النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»، يعني الغضب، قال ابن القيم: هذا نص أحمد حكاه عنه الخلال، وأبو بكر في «الشافعي»، و «زاد المسافر»، فهذا تفسير أحمد^(١).

٥/ الإمام البخاري في صحيحه وهو من فقهاء المحدثين؛ حيث عنون ترجمة أحد أبواب كتاب الطلاق بقوله: (باب الطلاق في الإغلاق والكراه والسكران والمجنون وأمرهما والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره).

وعطف الكراه على الإغلاق، والعطف يقتضي المغايرة، فظهر من صنيعه أنه يعني بالإغلاق الغضب ويعني بالكراه الإكراه.

قال الحافظ ابن حجر: (وقول البخاري: «.. والكراه» هو في النسخ بضم الكاف وسكون الراء، وفي عطفه على الإغلاق نظر، إلا إن كان يذهب إلى أن الإغلاق الغضب)^(٢).

قال ابن الملقن: وكان البخاري يرى أن الإغلاق غير الإكراه، ولهذا غاير بينهما^(٣).

وقال العيني: ظاهره أنه عطف على قوله: (في الإغلاق) لكن هذا لا يستقيم إلا إذا فسر الإغلاق بالغضب^(٤).

أقول: وقد وقفت على تبويب للإمام عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه بقوله (باب طلاق الكراه)^(٥). وساق فيه الأخبار الدالة على عدم وقوع طلاق المكراه،

- (١) زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم (٥ / ١٩٥)، وكذا حكاه عنه ابن مفلح في الفروع (١١ / ٩)، وعمامة كتب المذهب على تفسير الإغلاق بالإكراه؛ ومن هنا تكون هذه رواية ثانية عن أحمد.
- (٢) ينظر: فتح الباري لابن حجر (٩ / ٣٨٩).
- (٣) ينظر: التوضيح لشرح الجامع الصحيح لابن الملقن (٢٥ / ٢٧٥).
- (٤) ينظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري (٢٠ / ٢٥٠).
- (٥) ينظر: مصنف عبد الرزاق (٦ / ٤٠٦).

بل وذكر أقوال من أوقعوه أيضا، فدلنا ذلك على استعمالهم لفظ الكره بمعنى الإكراه، ومنه قوله تعالى {وَلَهُ أَسْلَمَ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا} [آل عمران: ٨٣] وقوله تعالى: {لَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا} [النساء: ١٩] وقوله تعالى: {قُلْ أَنْفِقُوا طَوْعًا أَوْ كَرْهًا} [التوبة: ٥٣] وقوله تعالى: {أَنْتِنَا طَوْعًا أَوْ كَرْهًا} [قصص: ١١]. وبهذا نتأكد أن مراد البخاري بالإغلاق هو الغضب وليس الإكراه.

٦/ الإمام أبو داود في سننه؛ وهو من فقهاء المحدثين؛ فإنه أخرج حديث عائشة لا طلاق ولا إعتاق في غلاق قال أبو داود: «الغلاق أظنه الغضب» وترجم الباب على الحديث بقوله: «باب في الطلاق على غلط» وفي بعض النسخ «على غيظ»^(١).

٧/ الفقيه المالكي القاضي إسماعيل بن إسحاق وهو كبير المالكية بالعراق ومقدمهم، نقله عنه ابن القيم في الزاد^(٢).

(١) سنن أبي داود، تحقيق: الأرنؤوط (٣/ ٥١٤). قال في بذل المجهود في حل سنن أبي داود (٨/ ١٧٦):

في بعض النسخ: «على غيظ» بدل «على غلط». ونقل في الحاشية عن «فتح الودود»: أي في حالة الغضب، وهكذا في كثير من النسخ، قال في عون المعبود (٦/ ٢٦١): وفي بعضها على غلط، فالمعنى في حالة يخاف عليه الغلط وهي حالة الغضب، والأقرب أنه غلط والصواب غيظ والله أعلم. ولفظ «غلاق» هكذا بدون ألف في أوله، وقد حكى الحافظ ابن حجر عن الإمام البيهقي قوله: إنه روي على الوجهين، قال الحافظ: ووقع عند ابن ماجه في هذا الحديث الإغلاق بالألف وترجم عليه طلاق المكره، فإن كانت الرواية بغير ألف هي الراجحة فهو غير الإغلاق. قال المطرزي: قولهم إياك والغلق أي الضجر والغضب. ينظر: فتح الباري لابن حجر (٩/ ٣٨٩). أقول: ولكن الإمام الخطابي تناول شرح الحديث في معالم السنن الذي هو شرح سنن أبي داود على لفظ «إغلاق» بإثبات الهمزة، وبين أنه الإكراه، فلعله اختلاف نسخ أو رواية. ينظر معالم السنن للخطابي (٣/ ٢٤٢).

(٢) سنن أبي داود، ت: الأرنؤوط (٣/ ٥١٤). هكذا بدون ألف في أوله، وقد حكى الحافظ ابن حجر عن الإمام البيهقي قوله: إنه روي على الوجهين، قال الحافظ: ووقع عند ابن ماجه في هذا الحديث الإغلاق بالألف وترجم عليه طلاق المكره، فإن كانت الرواية بغير ألف هي الراجحة فهو غير الإغلاق. قال المطرزي: قولهم إياك والغلق أي الضجر والغضب. ينظر: فتح الباري لابن حجر (٩/ ٣٨٩). أقول: ولكن الإمام الخطابي تناول شرح الحديث في معالم السنن الذي هو شرح سنن أبي داود على لفظ «إغلاق» بإثبات الهمزة، وبين أنه الإكراه، فلعله اختلاف نسخ أو رواية. ينظر معالم السنن للخطابي (٣/ ٢٤٢).

٨ / الفقيه أحمد ابن تيمية الحنبلي.

حكى تلميذه ابن القيم عنه:

[قال شيخنا: وحقيقة الإغلاق أن يغلق على الرجل قلبه، فلا يقصد الكلام، أو لا يعلم به، كأنه انغلق عليه قصده وإرادته.

قلت - أي ابن القيم-: قال أبو العباس المبرد: الغلق: ضيق الصدر، وقلة الصبر بحيث لا يجد مخلصا.

قال شيخنا: ويدخل في ذلك طلاق المكره والمجنون، ومن زال عقله بسكر أو غضب، وكل من لا قصد له ولا معرفة له بما قال.

والغضب على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يزيل العقل، فلا يشعر صاحبه بما قال، وهذا لا يقع طلاقه بلا نزاع. والثاني: ما يكون في مبادئه بحيث لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول وقصده، فهذا يقع طلاقه.

الثالث: أن يستحكم ويشدد به، فلا يزيل عقله بالكلية، ولكن يحول بينه وبين نيته بحيث يندم على ما فرط منه إذا زال، فهذا محل نظر، وعدم الوقوع في هذه الحالة قوي متجه. [١].

٩ / الفقيه ابن القيم الحنبلي

حيث يقول: (من قواعد العلم: أن اللفظ الذي يجري على لسان العبد خطأ من فرح شديد، أو غيظ شديد، ونحوه، لا يؤاخذ به، ولهذا لم يكن هذا كافرا بقوله: أنت عبدي وأنا ربك.

(١) زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم (٥/ ١٩٥).

ومعلوم أن تأثير الغضب في عدم القصد يصل إلى هذه الحال، أو أعظم منها، فلا ينبغي مؤاخذه الغضبان بما صدر منه في حال شدة غضبه من نحو هذا الكلام، ولا يقع طلاقه بذلك، ولا رَدُّهُ، وقد نص الإمام أحمد على تفسير الإغلاق في قوله صلى الله عليه وسلم «لا طلاق في إغلاق» بأنه الغضب، وفسره به غير واحد من الأئمة، وفسروه بالإكراه والجنون (١).

١٠ / الفقيه ابن عابدين الحنفي؛ حيث قرر مذهب الحنفية في عدم وقوع طلاق المدهوش (٢) وهو الذي ذهب عقله بسبب خوف أو حياء أو مصيبة فاجأته، ونحو ذلك.

فقال: والذي يظهر لي أن كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول، بل يكتفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل كما هو المفتى به في السكران على ما مر، ولا ينافيه تعريف الدهش بذهاب العقل فإن الجنون فنون، ولذا فسره في البحر باختلال العقل وأدخل فيه العته والبرسام والإغماء والدهش ...

وقال: فالذي ينبغي التعويل عليه في المدهوش ونحوه إناطة الحكم بغلبة الخلل في أقواله وأفعاله الخارجة عن عاداته، وكذا يقال فيمن اختل عقله لكبر أو لمرض أو لمصيبة فاجأته: فما دام في حال غلبة الخلل في الأقوال والأفعال لا تعتبر أقواله وإن كان يعلمها ويريدها لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصولها عن الإدراك صحيح كما لا تعتبر من الصبي العاقل (٣).

(١) مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين (١/ ٢٢٦).
(٢) قال ابن عابدين - بعد أن ساق تقسيم ابن القيم للغضب - ثم قال: وهذا الموافق عندنا لما مر في المدهوش، لكن يرد عليه أنا لم نعتبر أقوال المعتوه مع أنه لا يلزم فيه أن يصل إلى حالة لا يعلم فيها ما يقول ولا يريد وقد يجاب بأن المعتوه لما كان مستمرا على حالة واحدة يمكن ضبطها اعتبرت فيه واكتفى فيه بمجرد نقص العقل، بخلاف الغضب فإنه عارض في بعض الأحوال، لكن يرد عليه الدهش فإنه كذلك. الحاشية له (٣/ ٢٤٤).
(٣) رد المحتار (٣/ ٢٤٤).

١١ / الحافظ المزني الفقيه الشافعي

حكى عنه تلميذه الحافظ ابن عبدالهادي: (قال شيخنا الحافظ المزني - تغمده الله برحمته- : والصواب أنه تعم الإكراه والغضب ، والجنون ، وكل أمر يغلق على صاحبه علمه ، وقصده مأخوذ من غلق الباب ، بخلاف مَنْ عَلِمَ ما يتكلم به وقصده وأراده فإنه انفتح له بابه ولم يغلق عليه ، والله أعلم) (١) .

وبعد هذا البيان من هذه الطائفة (٢) من أهل العلم ومنهم الإمام أحمد بن حنبل والإمام أبو داود صاحب السنن، ولاسيما أن الإمام أحمد - رحمه الله- يعرف عنه التحري في متابعة السلف الصالح وأنه لا يكاد ينفرد بقول ليس له فيه قذوة أو سابق من تابعي أو صحابي.

قال الميموني- تلميذه -: قال لي أحمد: يا أبا الحسن، إياك أن تتكلم في مسألة ليس لك فيها إمام (٣).

بعد هذا النقل عن الفقهاء يتبين لنا أن بعض فقهاء الشافعية خالفوا ما سبق ذكره مثل الإمام ابن حجر الهيثمي:

(ومنعوا تفسيره بالغضب؛ للاتفاق على وقوع طلاق الغضبان. قال البيهقي: وأفتى به جمع من الصحابة ولا مخالف لهم منهم).

وقول الشرواني مُحَسِّبًا عليه:

(قوله: قال البيهقي إلخ) إثبات للاتفاق (قوله: وأفتى به) أي بوقوع طلاق الغضبان وقوله: ولا مخالف إلخ أي فكان إجماعا سكوتيا(٤).

(١) تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي (٣ / ٢١٤).

(٢) قال ابن بطال في شرح البخاري (٦/١٣٧): (وروى عن مسروق، والشعبي، وجماعة أن الغضبان لا يلزمه يمين ولا طلاق ولا عتق) وعندما نتأمل قوله: « وجماعة» يظهر لنا أن عددا من السلف قال بذلك وليس انفرادا لبعضهم .

(٣) سير أعلام النبلاء ط الرسالة (١١ / ٢٩٦).

(٤) ينظر حاشية الجمل على شرح المنهج (٤ / ٣٢٤).

وقول ابن رجب: (ما يقع من الغضبان من طلاق وعتاق، أو يمين، فإنه يؤخذ بذلك كله بغير خلاف) (١).

كيف حكى الهيثمي الاتفاق، وكيف ينفي ابن رجب الخلاف، مع ما سقناه من كلام أعيان الفقهاء من صدر الأمة وأعلام متأخريها؟؟

ومن عجيب ما رأيت ما ذكره الإمام أبو الحسن الأشعري - رحمه الله - في كتابه « مقالات الإسلاميين » وهو كتاب في الفرق والعقائد قوله:

[واختلفوا في الطلاق لغير العدة، فقال أكثر الناس: عصى ربه وبانت منه امرأته. وكذلك إذا طلقها ثلاثا فقد لحقها الطلاق ثلاثا. وقال قائلون: لا يقع الطلاق لغير العدة، وليس طلاق الثلاث شيئا، ولا يقع الطلاق حتى يطلقها واحدة للعدة وهي طاهر من غير جماع، ويُشهد على ذلك شاهدين، ولا يكون غضبانا، ويكون قاصدا إلى الطلاق راضيا به. وقال قائلون إذا طلقها ثلاثا كانت واحدة] (٢).

أقول: وذكره لتلك المسائل من باب الطلاق وهي تتعلق بأثر الطلاق البدعي، ولزوم الإشهاد على الطلاق، وطلاق الغضبان، وطلاق المكره، إشارة منه أنها كانت مقالات فقهية شائعة أخذت حيزا من الفكر والوقت بين أهل العلم في زمانه أو قبل زمانه وتمكنت حتى حازت أهمية جُلَى بسطرها في كتاب الفرق والعقائد، والزمان بعدُ في أوليات الأمة لم تنصرم منها خمسة قرون.

وقد أجاد ابن حزم حين قال:

(اتفقوا أن طلاق المسلم العاقل البالغ الذي ليس سكران ولا مكرها ولا غضبان ولا مكرها ولا محجورا ولا مريضا لزوجته التي قد تزوجها زواجا صحيحا جائز إذا لفظ به بعد النكاح مختارا له حينئذ) (٣).

فهذه إشارة منه إلى وقوع الخلاف القديم بين أهل العلم في حالة السكران والمكره والغضبان...

(١) ينظر: جامع العلوم والحكم (١/٣٧٥).

(٢) مقالات الإسلاميين للإمام الأشعري - إحياء التراث (ص: ٤٦٩).

(٣) مراتب الإجماع لابن حزم (ص: ٧١).

المطلب السادس

مناقشة تفسير الإغلاق بالغضب

ذكر الفارسي قول من قال إن الإغلاق هو الغضب. وقال: إنه غلط؛ لأن أكثر طلاق الناس في حال الغضب، إنما هو الإكراه.

وقال ابن المرابط: الإغلاق: حرج النفس، وليس يقطع على أن مرتكبه فارق عقله حتى صار مجنوناً، فيدعي أنه كان في غير عقله، ولو جاز هذا جاز لكل واحد من خلق الله، ممن يجوز عليه الحرج، أن يدعي في كل ما جناه أنها كانت في حال إغلاق، فتسقط عنه الحدود..

ورده أيضاً ابن السّيد فقال: لو كان كذلك لم يقع من أحد طلاق؛ لأن أحداً لا يطلق حتى يغضب^(١).

أقول: وهذا إيراد قوي ولكن يمكن مناقشته بما يلي:

أولاً: قد يسلم هذا إذا قلنا إن كل الغضب لا يقع معه الطلاق، لكن الحاصل غير ذلك فالغضب الطبيعي المعتاد الذي تستقر معه الإرادة ويتحرر فيه القصد لا يؤثر في صحة الطلاق بل يقع به الطلاق؛ لعدم المانع ولا يخلو إنسان يريد قطع اتصاله بزوجه من قدر من الغضب، لو تصورنا مثلاً امرأة لا تتجب، أو سيئة الخلق، ونحو ذلك فقرر الرجل أن يطلقها فلا شك أن سيقدم على الطلاق وهو غضبان لشعوره بالخديعة مثلاً أو نكد العيش ولكن هذا لا يؤثر في صحة طلاقه بالاتفاق.

لكن الكلام هنا في الغضب المثير الدافع على الطلاق بمجرد ثورانه، نعم له أسباب، لكنه تمحض سبباً للطلاق؛ بحيث لولاه ما تحركت إرادة الزوج إلى الطلاق.

(١) ينظر: التوضيح لشرح الجامع الصحيح (٢٥ / ٢٧٥)، شرح سنن أبي داود لابن رسلان (٩ / ٦١٠)، فتح الباري لابن حجر (٩ / ٣٨٩).

ثانيا: كأنى بالمعترض على تفسير الإغلاق بالغضب يقول: هذا قول يعطل شرعية الطلاق، ويجعله نظاما شكليا لا واقع لتنفيذه.

والجواب: وجه القرآن الكريم في غير ما آية إلى أن يكون الفراق جميلا وبالمعروف، فما المانع أن يلتزم الزوج بهذا التوجيه فيوقع طلاقه عن إرادة تامة واضحة غير مشوبة بعيب يخل بالقصد التام والوعي الأكيد عند فصام عروة الزوجية، ويراعي بقية مطلوبات الشرع للطلاق ككونه سنيا لا بدعيا، وحينئذ يقع طلاقه ويبقى نظام الطلاق قائما معتبرا في حق من أقدم عليه وفق هدي الشرع.

ثالثا: لا يتشوف الشرع إلى تنفيذ الطلاق على كل من لفظ به لسانه، بل وضع الشرع الطلاق مخرجا وحلا لمشاكل التنافر الزوجي المستعصية، فلا يمكن القول إن الشرع يتسارع في إيقاع الطلاق على الناس، بل إنه يتريث في هذا ليطباق بين مقاصده المرعية من تشريع الطلاق وبين مرادات المكلفين من التلفظ به^(١).

(١) يقول ابن تيمية: (والطلاق في الأصل مما يبغضه. وهو أبغض الحلال إلى الله وإنما أباح منه ما يحتاج إليه الناس كما تباح المحرمات للحاجة). الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٣/ ٢٨٧)، ويقول ابن القيم: (والله سبحانه يبغض الطلاق في الأصل .. والشيطان وحزبه قد أغروا بإيقاع الطلاق، والتفريق بين المرء وزوجه، ويقول: أحب شيء إلى الشيطان أن يفرق بين الرجل وبين حبيبه ليتوصل إلى تعويض كل منهما عن صاحبه بالحرام.. والوصول لما كان أحب شيء إلى الله ورسوله كان أبغض شيء إلى عدو الله فهو يسعى في التفريق بين المتحابين في الله المحبة التي يحبها الله). ينظر: إغاثة اللهفان من مصادب الشيطان (١/ ٢٨٠) روضة المحبين ونزهة المشتاقين (ص: ٢١٨) كليهما له،

ويقول الدهلوي: (اعلم أن في الإكثار من الطلاق وجريان الرسم بعدم المبالاة به مفسد كثيرة، وذلك أن ناسا ينقادون إلى لشهوة الفرج، ولا يقصدون إقامة تدبير المنزل ولا التعاون في الارتقاات ولا تحصين الفرج، وإنما مطمح أبصارهم التلذذ بالنساء وذوق لذة كل امرأة، فيهيجهم ذلك إلى أن يكثروا الطلاق والنكاح، ولا فرق بينهم وبين الزناة من جهة ما يرجع إلى نفوسهم، وإن تميزوا عنهم بإقامة سنة النكاح والموافقة لسياسة المدينة، .. وأيضا ففي جريان الرسم بذلك إهمال لتوطين النفس على المعاونة الدائمة أو شبه الدائمة، وعسى إن فتح هذه الباب أن يضيق صدره أو صدرها في شيء من محقرات الأمور، فيندفعان إلى الفراق، وأين ذلك من احتمال أعباء الصحبة، والإجماع على إدامة هذا النظم؟ وأيضا فإن اعتيادهم بذلك وعدم مبالاة الناس به وعدم حزنهم عليه يفتح باب الوقاحة، وألا يجعل كل منهما ضرر الآخر ضرر نفسه، وأن تخون كل واحد الآخر يمهد لنفسه إن وقع الافتراق، وفي ذلك ما لا يخفى). حجة الله البالغة (٢/ ٢١٣).

رابعاً: ما أبداه بعض أهل العلم من خشية اعتبار الغضب عائقاً عن المسؤولية الشخصية، بأن يجني كل جان جرماً ثم يتذرع بالغضب ليفلت بجريته...

نعم هذا تخوف في محله ولكنه يفارق ما نحن فيه تماماً، فالطلاق حل لعصمة زوجية هي في المبداء والمنتهى مسؤولية عائدة على الزوج وزوجته في الأساس، فلن يضيع حق أحد أو تنتهك حرمة أحد أجنبي بلا ضمان . ثم إنه لا قائل بأن الغضب مانع من ترتيب الآثار العقابية على من تعاطى جرائم معينة، فلا تلازم هنا إن أمعنا النظر.

المطلب السابع

تحقيق مذاهب الفقهاء حول حكم الطلاق في الغضب

الفرع الأول

من ذهب عقله بسبب الغضب

حين يشتد بالإنسان الغضب بحيث يزول عقله المفكر فلا يدري ما يقول ويتعطل إدراكه ولا يعي ما يصدر منه، فهو في هذه الحال شبيهه بالمجنون والمعتوه والمغمى عليه ولا طلاق لهؤلاء؛ فلا اعتبار لطلاقه لانعدام القصد والإرادة وفقدان مناط التكليف وهو العقل.

وهذه بعض النصوص الفقهية التي تؤيد ذلك ..

أولاً عند الحنفية:

قرر فقهاء الحنفية أن طلاق المدهوش لا يقع

يقول الكاساني في شروط الطلاق الخاصة بالزوج:

(ومنها أن لا يكون معتوها ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغميا عليه ولا نائما
فلا يقع طلاق هؤلاء)^(١).

(والمراد بالمدهوش من ذهب عقله من دَهَل أو وَلَه. والذاهل: المتحير، والوله:
الحنن أو ذهاب العقل خوفا، فيكون نوعا من الجنون)^(٢).

ويقول ابن عابدين:

(وقال في الخيرية - أي فتاوى خير الدين الرملي -: غلط من فسره هنا
بالتحير؛ إذ لا يلزم من التحير - وهو التردد في الأمر - ذهاب العقل.

وسئل - نظما - فيمن طلق زوجته ثلاثا في مجلس القاضي وهو مغتاض
مدهوش فأجاب نظما أيضا بأن الدهش من أقسام الجنون فلا يقع)^(٣).

وقال أيضا:

(لا يقع طلاق المدهوش، وأفتى به الخير الرملي فيمن طلق وهو مغتاض
مدهوش؛ لأن الدهش من أقسام الجنون، ولا يخفى أن من وصل إلى حالة لا
يدري فيها ما يقول كان في حكم المجنون)^(٤).

يقول الخليل بن أحمد في معجمه العين:

(الدهش: ذهاب العقل، من الذهل والوله ونحوه)^(٥).

أقول: فهو يعني بذلك أي عارض نفسي يعرض للعقل فلا يبقي معه قوة
الإدراك صحيحة على حالها المعتاد. فقد يكون فرحا أو حزنا أو غضبا أو حياء

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٣/ ١٠٠) شرح فتح القدير (٣/ ٤٨٧)، موسوعة مسائل
الجمهور في الفقه الإسلامي (٢/ ٧٢٩)، وهذا رد على الحافظ ابن حجر في الفتح، فإنه قال بأن هذا
لا يعرف عن الحنفية.

(٢) ينظر مفاده في: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٣/ ٢٦٨).

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٢٤٤).

(٤) ينظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٦٩).

(٥) ينظر: العين للخليل بن أحمد (٣/ ٣٩٨).

أو خوفا... ومن ذلك الرجل الذي قال «اللهم أنت عبي وأنا ربك» قال صلى الله عليه وسلم: «أخطأ من شدة الفرح»، حيث وهبت له أسباب الحياة بعد أن ينس منها.

ثانيا: عند المالكية

قال الصاوي: (يلزم طلاق الغضبان ولو اشتد غضبه خلافا لبعضهم ودعوى أنه من قبيل الإكراه باطل، وكل هذا ما لم يغب عقله بحيث لا يشعر بما صدر منه فإنه كالمجنون)^(١).

ثالثا: عند الشافعية

قال في فتح المعين:

(واتفقوا على وقوع طلاق الغضبان وإن ادعى زوال شعوره بالغضب)^(٢).

وقال في إعانة الطالبين:

(سئل الشمس الرملي عن الحلف بالطلاق حال الغضب الشديد المخرج عن الإشعار: هل يقع الطلاق أم لا؟ وهل يفرق بين التعليق والتجيز أم لا؟ وهل يصدق الحالف في دعواه شدة الغضب وعدم الإشعار؟ فأجاب: بأنه لا اعتبار بالغضب فيها. نعم: إن كان زائل العقل عذر. وقوله: وإن ادعى زوال شعوره: أي إدراكه)^(٣).

رابعا: عند الحنابلة

قال ابن مفلح: (ويدخل في كلامهم: من غضب حتى أغمي أو غشي عليه. قال الشيخ تقي الدين: بلا ريب، ويقع ممن غير غيِّره » أي غير الغضب مزاجه

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢/ ٥٤٢).

(٢) فتح المعين: بشرح قرة العين بمهمات الدين (ص: ٥٠٧).

(٣) إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (٩/ ٤).

النفسي» في ظاهر كلامهم؛ لأن «أبا موسى أتى النبي - صلى الله عليه وسلم - يستحمله، فوجده غضبان، وحلف: لا يحملهم، وكفر» (١) الحديث؛ ولأنه قول ابن عباس؛ ولأنه من باطن كالمحبة الحاملة على الزنا (٢).

وقال **الحجاوي**: (إن غضب حتى أغمي أو أغشي عليه، لم يقع طلاقه في تلك الحال لزوال عقله فأشبهه المجنون) (٣).

وقال **البهوتي**: (لا يقع طلاق من غضب حتى أغمي عليه أو غضب حتى أغشي عليه لزوال عقله أشبه المجنون) (٤).

وقد نفى **ابن القيم** وقوع **الخلافة** في هذه الحالة من الغضب حيث قال: (والغضب على ثلاثة أقسام: أحدها: ما يزيل العقل، فلا يشعر صاحبه بما قال، وهذا لا يقع طلاقه بلا نزاع).

وقال: (والغضبان الذي يمنعه الغضب من معرفة ما يقول وقصده، فهذا من أعظم الإغلاق، وهو في هذا الحال بمنزلة المبرسم، والمجنون، والسكران، بل أسوأ حالاً من السكران؛ لأن السكران لا يقتل نفسه، ويلقي ولده من علو، والغضبان يفعل ذلك، وهذا لا يتوجه فيه نزاع أنه لا يقع طلاقه، والحديث يتناول هذا القسم قطعاً).

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٥٠/١٠)، ولفظه من حديث أبي موسى حدث أنه أتى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في نفر من الأشعرين يستحمله فأثاه وهو يقسم ذوداً من إبل الصدقة فقلت يا رسول الله احملنا وهو غضبان فقال: «والله لا أحملك ولا أجد ما أحملك عليه». ثم أتى بنهب ذود غر الذرى فأعطانا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خمس ذود غر الذرى فقلت تغفلنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لا نفلح أبداً فأثيناه فقلنا يا رسول الله كنت حلفت أن لا تحملنا فقال: «إني لست أنا حملتكم ولكن الله حملكم والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللت عن يميني»: وأصله في البخاري كتاب فرض الخمس (١٩ / ٤).

(٢) الفروع لابن مفلح (٩/٩).

(٣) كشف القناع عن متن الإقناع (٥/٢٣٥).

(٤) شرح منتهى الإرادات (٣/٧٤).

وقال: (... أن يبلغ به الغضب نهايته، بحيث يُنْعَلِقُ عليه بابُ العلم والإرادة، فلا يعلم ما يقول ولا يريد، فهذا لا يتوجَّهُ خلافٌ في عدم وقوع طلاقه).

تعقيب:

ذهب مؤلفوا كتاب: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي^(١) إلى صحة كلام ابن القيم في نفيه الخلاف عند شدة الغضب المزيل للعقل وأن الحنفية فقط هم الموافقون على ذلك في كلامهم عن طلاق المدهوش وذهب المؤلفون إلى عدم صحة نفي الخلاف في مذهب المالكية والشافعية.

وقال د/ مصطفى السباعي في كتابه المرأة بين الفقه والقانون (ص: ١١٠):

(وأما المدهوش وهو الغضبان الذي فقد تمييزه من شدة الغضب أو المرض وأغيرهما حتى أصبح لا يعي ما يقول، فقد ذهب الأئمة الثلاثة إلى صحة طلاقه، ولكن أبا حنيفة ذهب إلى عدم صحته، وهذا هو المعقول وهو الذي أخذ به القانون.

أقول: في هذه النسبة إلى فقه الأئمة الثلاثة نظر، والصواب ما قاله ابن القيم فقد ذكرنا كلام الصاوي من المالكية وكلام الرملي من الشافعية وكلام الحجاوي والبهوتي من الحنابلة^(٢)، وكلامهم مفيد بأن الغضب إذا اشتد بحيث يزيل الإدراك فلا يقع معه طلاق.

ويؤيده المعقول؛ فكيف يترتب أثر على من زال عقله والعقل مناط التكليف.

(١) ينظر: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي (٣/ ٥٠٢).

(٢) ينظر: ما مضى نقله عن هؤلاء الفقهاء في هذا المطلب (ص ٤٦٢/٤٦٦).

الفرع الثاني

طلاق من لم يذهب عقله بسبب الغضب

وهنا صورتان:

الأولى: أن يكون الغضب عاديا تبقى معه القوى المدركة ويكون قرار الطلاق صحيحا ولا عيوب تلحق الإرادة فيقع الطلاق في هذه الحال بلا خلاف بين أهل العلم؛ لتوفر الشروط وانتفاء الموانع.

الثانية: أن يكون الغضب شديدا ولكنه لا يصل إلى زوال العقل بل يبقى الإدراك موجودا ومعنى الإدراك، الشعور بما قاله وفعله، ولكن الإرادة غير صحيحة ومعنى عدم صحة الإرادة أنه غير كامل الرضا عن قوله ومقتضياته؛ لأن الغضب هو المؤثر في إصدار الطلاق فلولا الغضب ما أقدم على التلفظ بالطلاق. وهذا هو ما اصطلحت عليه ب (مدفوع الغضب)

وهذه الحال محل اجتهاد ونظر بين الفقهاء وهي صلب موضوع بحثنا لتحقيق القول الراجح فيه.

وما نذكره الآن من كلام الفقهاء في وقوع طلاق الغضبان متوجه إلى هاتين الصورتين

أولا: مذهب الحنفية

لا عبرة بحالة الغضب عند الحنفية، فيقع لديهم طلاق الغضبان ومن نصوصهم الفقهية في ذلك:

(إذا كان بينهما غضب وذكر الطلاق وقالت: طلقني، فقال لها: أنت حرام، أو أنت خلية، أو أنت برية، أو أنت بائنة، فإنها في القضاء طالق بائن، ولا

يُدينُ في القضاء. وأما فيما بينه وبين الله تعالى فإن لم يكن عَنَى الطلاق فهي امرأته^(١).

أقول: فلم يعتبروا أن الغضب مانعا من نفوذ اللفظ، بل اعتبروا دلالة الحال بالغضب قرينة على قصد الطلاق بهذه الألفاظ الكنائية غير الصريحة.

قال الطحاوي:

(وحال الغضب يدل على قصد الطلاق والبينونة بهذه الألفاظ، فكذلك لم يصدق على أنه لم يرد الطلاق)^(٢).

وعندما تحدثوا عن طلاق المكره قالوا:

المكره قاصد إلى اللفظ ليدفع عن نفسه أعظم الضررين بأيسرهما. ألا ترى أنه لو قيل له لم طلقت؟ لقال: اخترت الطلاق على ذهاب نفسي؛ ولأنه معنى ينفي الرضا بزوال الملك فلم يتمتع وقوع الطلاق مع صحة القول كشرط الخيار؛ ولأنه معنى من جهة الأجنبي يزيل الاختيار، فلم يمنع وقوع الطلاق كالغضب)^(٣).

أقول: فهذا تصريح بأن الغضب لا يمنع وقوع الطلاق عندهم، بل قد قاسوا الإكراه على الغضب.

وفسروا حديث «لا طلاق في إغلاق» بأحد وجهين:

الأول: كأنه - عليه السلام - نهى عن الطلاق في حال الغضب؛ لأن الإنسان يندم عند سكون غضبه في العادة، وهذا إن حملنا اللفظ على الغضب.

أقول: وكأنه عندهم نهى للإرشاد ولا يمنع نفوذ الحكم إذا وقعت مخالفته.

(١) الأصل للإمام محمد بن الحسن الشيباني (٤/٤٥٥).

(٢) شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٥/٥٩)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٣/١٠٦).

(٣) ينظر: التجريد للقدوري (١٠/٤٩١٦).

الثاني: حمل الخبر على الجنون وقالوا: المجنون المغلق عليه في الحقيقة؛ لأن طلاقه لا يقع بوجهه، فأما حمله على الإكراه فلا وجه له في اللغة فلا يجوز التشاغل به^(١).

ثانياً: مذهب المالكية

لم يعتبر المالكية الغضب مانعاً من وقوع الطلاق ومن نصوصهم الفقهية في ذلك:

(لا اختلاف في المذهب في أن النذور واليمين بالطلاق لازمان في الغضب كما يلزم فيه جميع الحدود من القتل والقذف وغير ذلك؛ إذ ليس الغاضب بمجنون فالقلم عنه غير مرفوع... وما روي من أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا طلاق ولا إعتاق في إغلاق» معناه عندنا: في إكراه؛ لأن الإغلاق هو الإطباق من أغلقت الباب فكأن المكره قصر عن الفعل وأغلق عليه حتى فعله، وقول من قال: إن الإغلاق الغضب لا يصح؛ لأن الطلاق أكثر ما يكون في الغضب)^(٢).

قال **الدسوقي:** (يلزم طلاق الغضبان ولو اشتد غضبه خلافاً لبعضهم، كذا ذكر السيد البليدي في حاشيته)^(٣).

ثالثاً: مذهب الشافعية

قال الإمام الشافعي:

(وسواء فيما يلزم من الطلاق ولا يلزم تكلم به الزوج عند غضب أو مسألة طلاق أو رضا وغير مسألة طلاق، ولا تصنع الأسباب شيئاً إنما تصنعه الألفاظ؛ لأن السبب قد يكون ويحدث الكلام على غير السبب، ولا يكون مبتدأ الكلام

(١) ينظر: التجريد للقدوري، السابق.

(٢) ينظر: البيان والتحصيل (٣/ ١٥٠).

(٣) الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (٢/ ٣٦٦).

الذي له حكم فيقع فإذا لم يصنع السبب بنفسه شيئا لم يصنعه بما بعده ولم يمنع ما بعده أن يصنع ما له حكم إذا قيل^(١).

وعندما تكلم الإمام الشافعي عن لفظ «خالعتك أو فاديتك وشبههما» بين أنه لا يكون طلاقا إلا بنية؛ لأنه ليس صريحا في الطلاق فيفتقر إلى النية سواء كان في رضا أو غضب، فلا عبرة لديه بدلالة الحال هنا عكس ما قرره الحنفية.

(وإذا قال لها قد خالعتك أو فاديتك أو ما أشبه هذا لم يكن طلاقا إلا بإرادته الطلاق لأنه ليس بصريح الطلاق (قال): وسواء كان هذا عند غضب أو رضا وذكر طلاق أو غير ذكره إنما أنظر إلى عقد الكلام الذي يلزم لا سببه)^(٢).

قال الماوردي:

(أما صريح الطلاق، فيستوي حكمه في الغضب والرضى، وعند مسألة الطلاق، وفي الابتداء وهذا متفق عليه، وأما كنايات الطلاق فحكمها عندنا في الغضب والرضى سواء.

وعند مسألة الطلاق وفي الابتداء أنه لا يقع إلا بنيته وإرادته)^(٣).

رابعا: مذهب الحنابلة

لا يعتبر الغضب بمجرد مانعا من وقوع الطلاق عند جملة فقهاء الحنابلة بل يعتبر الغضب مانعا من الطلاق إذا بلغ مبلغا عظيما فسبب الإغماء .

قال ابن قدامة: (الطلاق والظهار وسائر الأيمان سواء في الغضب والرضا)^(٤).

وقال: (إذا قال لها في الغضب: أنت حرة فهذا اللفظ كناية في الطلاق، إذا

نواه به وقع، ولا يقع من غير نية، ولا دلالة حال)^(٥).

(١) الحاوي الكبير (١٠ / ١٥٥).

(٢) الأم للشافعي (٥ / ٢١١).

(٣) الأم للشافعي (٥ / ٢٧٦).

(٤) المغني (٨ / ٥٢٥).

(٥) المغني لابن قدامة (٧ / ٣٨٨).

أقول: وهذا دليل على أن الغضب المجرّد حال التصريح يقع معه الطلاق بلا تردد .

وقال **الحجاوي**: (والغضبان مكلف في حال غضبه بما يصدر منه من كفر وقتل نفس وأخذ مال بغير حق وطلاق وغير ذلك)

وقال **الشيباني**: (الغضبان مكلفٌ، في حال غضبه، بما يصدر منه من كفرٍ، وقتلٍ نفسٍ، وأخذٍ مالٍ بغير حقٍّ، وطلاقٍ، وغير ذلك) (١).

المطلب الثامن

مذاهب الفقهاء وأدلتهم في طلاق مدفوع الغضب

الكلام هنا عن صورة معينة من الغضب والتي تنوع فيها اجتهاد الفقهاء إلى قولين وهو الغضب الذي يبقى معه بعض إدراك فلم يذهب عقل الغاضب بالكلية ومع ذلك فما دفعه إلى الطلاق إلا الغضب فلولا ما طلق، وعند تقصي ما يستقر في خلد نرى أنه حريص على عمارة بيته ولا يريد انفصام عروة الزوجية

سبب الخلاف

يمكن أن نقول إن سبب الخلاف في حالة الغضبان الذي لم يذهب عقله (مدفوع الغضب) هو: وجود منزلة مترددة بين الغضبان ذاهب الوعي الذي اتفق الفقهاء على عدم وقوع طلاقه وبين الغضبان العادي الذي يمتلك من إرادته ويقدم على الطلاق مختاراً طائعا واتفقوا على وقوع طلاقه فيأخذ شبيها من هذا وشبيها من هذا .. أما شبيهه بالأول فهو في عدم تمحيص الإرادة ولحوق القادح بها؛ لأنها ليست خالصة من نفسه بل هيجهها الغضب ودفعها للطلاق.

(١) نيل المأرب بشرح دليل الطالب (٢/ ٢٢٩).

وأما شبهه بالثاني فهو في بقاء قدر من الإدراك يعي به ما يقول وكان يمكنه الامتناع عن التطليق لو أحسن السيطرة على نفسه.

ونظرا لهذا التردد بين الشبهين وقع الخلاف بين الفقهاء فمن غلب في نظره التحاقه بالأول لم يوقع طلاقه ومن غلب في نظره التحاقه بالثاني أوقع طلاقه وهذا هو صلب البحث ومقصوده الأعظم.

يقول ابن القيم في طلاق الغضبان:

(إذا كان يعلم ما يقول، ولكن يتكلم به حرجا وضيقا وغلقا، لا قصدا للوقوع، فهو يشبهه المبرسم والهاجر من الحمى من وجه، ويشبهه المكره القاصد للتكلم من وجه، ويشبهه المختار القاصد للطلاق من وجه، فهو متردد بين هذا وهذا وهذا، ولكن جهة الاختيار والقصد فيه ضعيفة، فإنه يعلم من نفسه أنه لم يكن مختارا لما صدر منه من خراب بيته، وفراق حبيبه، وكونه يراه في يد غيره، فإن كان عاقلا لا يختار هذا إلا ليدفع به ما هو أكره إليه منه، أو ليحصل به ما هو أحب إليه، فإذا انتفى هذا وهذا لم يكن مختارا لذلك.

وهذا أمر يعلمه كل إنسان من نفسه، فصار تردده بين المريض المغلوب، والمكره والمحمول على الطلاق، وأيهما كان فإنه لا ينفذ طلاقه^(١).

تحرير محل النزاع

ومن المهم أن نخرج بعض الصور من موضع الخلاف لئتمحض لنا وجه المسألة:

يقول ابن القيم:

(هذا كله في الغضبان الذي يكره ما قاله حقيقة، فأما من هو مرید له، على

(١): إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان (ص ٥٣).

تقدير عدم غضبه لاقتضاء سبب ذلك ؛ فليس من هذا الباب، كمن زنت امرأته فغضب فطلقها؛ لأنه لا يرى المُقام مع زانية، فلم يقصد بالطلاق إطفاء نار الغضب، بل التخلص من المُقام مع زانية، فهذا يقع طلاقه. فتأمل هذا الفرق فإنه حرف المسألة ونكتتها وهذا بخلاف من خاصمته امرأته وهو يعلم من نفسه إرادة المقام معها على الخصومة وسوء الخلق ولكن حملة الغضب على أن شفى نفسه بالتكلم بالطلاق كسرا لها وإطفاء لنار غضبه (١).

وقال أيضا: (لا كلام في الغضبان العالم بما يقول، القاصد المختار لحكمه دفعا لمكروه البقاء مع الزوجة، وإنما الكلام في الذي اشتد غضبه حتى ألجأه الشيطان إلى التكلم بما لم يكن مختارا للتكلم به، كما يلجئه إلى فعل ما لم يكن يفعلُه - لولا الغضب -) (٢).

أقول: وتخرج هذه الصورة وأمثالها عن محل النزاع لتمكن الإرادة عند الغضبان ووضوح قصده في مفارقة هذه الزوجة التي تلصق به العار والشنار، فلم يكن الغضب حينئذ مانعا من صحة الإرادة وإنما كان مؤكدا لصحتها داعما لاستقرارها في فؤاده فيقع الطلاق مع الغضب بلا إشكال.

أدلة القائلين بوقوع طلاق الغضبان الذي لم يذهب عقله حتى وإن كان مدفوعا
بالغضب

أولا: أدلة السنة

- حديث خولة بنت ثعلبة امرأة أوس بن الصامت أنها راجعت زوجها، فغضب، فظاهر منها وكان شيئا كبيرا قد ساء خلقه وضجر، وأنها جاءت إلى

(١) ينظر: إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان (ص: ٤٨).

(٢) ينظر: إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان (ص: ٤٦).

النبي صلى الله عليه وسلم، فجعلت تشكو إليه ما تلقى من سوء خلقه، فأنزل الله آية الظهر، وأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بكفارة الظهر» في قصة طويلة. وخرجها ابن أبي حاتم من وجه آخر عن أبي العالية: «أن خويلة غضب زوجها فظاهر منها، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم، فأخبرته بذلك، وقالت: إنه لم يرد الطلاق، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: « ما أراك إلا حرمت عليه»، وذكر القصة بطولها، وفي آخرها، قال: فحول الله الطلاق، فجعله ظهاراً^(١).

وجه الدلالة: أن هذا الرجل ظاهر في حال غضبه، وكان النبي صلى الله عليه وسلم يرى حينئذ أن الظهر طلاق، وقد قال: إنها حرمت عليه بذلك، يعني: لزمه الطلاق، فلما جعله الله ظهاراً مكفراً ألزمه بالكفارة، ولم يبلغه^(٢).

- **حديث** ضمضم بن جوس اليمامي، قال: قال لي أبو هريرة: يا يمامي، لا تقولن لرجل: والله لا يغفر الله لك، أو لا يدخلك الله الجنة أبداً. قلت: يا أبا هريرة، إن هذه لكلمة يقولها أحدهما لأخيه وصاحبه إذا غضب. قال: فلا تقلها، فإني سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: « كان في بني إسرائيل رجلان، كان أحدهما مجتهداً في العبادة، وكان الآخر مسرفاً على نفسه، فكانا متآخيين، فكان المجتهد لا يزال يرى الآخر على ذنب، فيقول: يا هذا، أقصر. فيقول: خلني وربّي، أبعثت علي قيباً؟ » قال: « إلى أن رآه يوماً على ذنب استعظمه، فقال له: ويحك، أقصر. قال: خلني وربّي، أبعثت علي رقيباً»، قال: « فقال: والله لا يغفر الله لك، أو لا يدخلك الله الجنة أبداً. قال أحدهما، قال: فبعث الله إليهما ملكاً، فقبض أرواحهما، واجتمعا عنده، فقال للمذنب: اذهب فادخل الجنة برحمتي، وقال

(١) ينظر: مسند أحمد ط الرسالة (٤٥ / ٣٠٠)، جامع العلوم والحكم (١ / ٣٧٥).

(٢) جامع العلوم والحكم لابن رجب، ت الأرنبوط (١ / ٣٧٥).

للآخر: أكنّت بي عالما، أكنّت على ما في يدي قادرا ، اذهبوا به إلى النار». قال: « فوالذي نفس أبي القاسم بيده، لتكلم بكلمة أوبقت دنياه وآخرته»^(١).

وجه الدلالة:

أن هذا الرجل غضب لله، ثم تكلم في حال غضبه لله بما لا يجوز، وحتّم على الله بما لا يعلم، فأحبط الله عمله، فكيف بمن تكلم في غضبه لنفسه، ومتابعة هواه بما لا يجوز؟^(٢).

- **حديث** عمران بن حصين: أنهم كانوا مع النبي صلى الله عليه وسلم في بعض أسفاره وامرأة من الأنصار على ناقّة، فضجرت فلعنّتها فسمع النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: خذوا متاعها ودعوها»^(٣).

- **حديث** جابر قال: «سرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة ورجل من الأنصار على ناضح له، فتلّدن عليه بعض التلّدن، فقال له: سر، لعنك الله، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: انزل عنه، فلا تصحبنا بملعون، لا تدعوا على أنفسكم، ولا تدعوا على أولادكم، ولا تدعوا على أموالكم لا توافقوا من الله ساعة يسأل فيها عطاء، فيستجيب لكم»^(٤).

وجه الدلالة من الحديثين:

فهذا كله يدل على أن دعاء الغضبان قد يجاب إذا صادف ساعة إجابة، وأنه ينهى عن الدعاء على نفسه وأهله وماله في الغضب^(٥).

ونوقش: بدلالة قوله تعالى: { ولو يعجل الله للناس الشر استعجالهم بالخير لقضي إليهم أجلهم } [يونس: ١١] ، ومعناه: دعاء الرجل على نفسه أو أهله أو

(١) رواه أحمد في مسنده (٤٧ / ١٤) وقال محققه: إسناده حسن.

(٢) جامع العلوم والحكم (٣٧٣/١).

(٣) صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب: النهي عن لعن الدواب وغيرها، (٤ / ٢٠٠٤).

(٤) صحيح مسلم، كتاب الزهد والرقائق، باب حديث جابر .. (٤ / ٢٣٠٤).

(٥) جامع العلوم والحكم (٣٧٣ / ١).

ماله إذا غضب عليهم وهو تفسير مجاهد وقتادة، كأن يقول: اللهم لا تبارك فيه، اللهم العنه فلو عجل له ذلك، لأهلك من دعا عليه، فأماته^(١).

أقول: فهذا يدل على أنه لا يستجاب جميع ما يدعو به الغضبان على نفسه وأهله وماله، وما يصدر منه من طلاق حال الغضب لم يستقر في خاطره ولا انعقد عليه قلبه، ومن ثم لا يؤاخذ الله به.

وأجيب على ذلك: بأن الحديث دل على أنه قد يستجاب لمصادفته ساعة إجابة^(٢).

- **حديث** ابن عباس، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «عَلِّمُوا، وَيَسِّرُوا، وَلَا تَعْسِرُوا، وَإِذَا غَضِبْتُمْ فَاسْكُتْ، وَإِذَا غَضِبْتُمْ فَاسْكُتْ»^(٣).

- **وجه الدلالة:** الحديث يدل على أن الغضبان مكلف في حال غضبه بالسكوت، فيكون حينئذ مؤاخذا بالكلام، وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر من غضب أن يتلافى غضبه بما يسكنه من أقوال وأفعال، وهذا هو عين التكليف له بقطع الغضب، فكيف يقال: إنه غير مكلف في حال غضبه بما يصدر منه^(٤).

- **حديث** أبي هريرة، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم»^(٥).

(١) ينظر: إغاثة اللفهان في حكم طلاق الغضبان (ص: ٣٢).

(٢) ينظر: جامع العلوم والحكم (١/ ٣٧٣)، تفسير الطبري (١٥/ ٣٥).

(٣) مسند أحمد (٤/ ٣٣٨)، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب الأدب، ما ذكر في الغضب مما يقوله الناس (٥/ ٢١٦) وقال محقق مسند أحمد: حسن لغيره.

(٤) جامع العلوم والحكم (١/ ٣٧٤).

(٥) صحيح البخاري، كتاب الأيمان والنذور، باب إذا حنث ناسيا في الأيمان (٨/ ١٣٥).

وجه الدلالة: أن الغضبان قد تكلم بشيء حدث به نفسه فلم يتجاوز عنه بل نفذ عليه أثر قوله، ومفهوم الحديث أن من عمل أو تكلم بشيء قد حدث به نفسه فقد لزمه أثر ما قال أو فعل.

وقد يناقش: بأن الغضبان إذا طلق في الحال التي نتناولها لا يكون قد حدث نفسه بالإقدام على الطلاق ولكن سورة الغضب هي التي أخرجت منه اللفظ دون أن يراجع نفسه ويحدثها بالإقدام .

ثانيا: دليل الأثر

- جاء رجل إلى ابن عباس ، فقال: يا ابن عباس إني طلقت امرأتي ثلاثا وأنا غضبان ، فقال: «إن ابن عباس لا يستطيع أن يحل لك ما حرم عليك عصيت ربك وحرمت عليك امرأتك»^(١).

- أتى رجل عثمان بن عفان - رضي الله عنه - في خلافته وقد ركب، فسأله فقال: إن لي إليك حاجة يا أمير المؤمنين، قال: إني الآن مستعجل فإن أردت أن تركب خلفي حتى تقضي حاجتك فركب خلفه فقال: إن جاراً لي طلق امرأته في غضبه ولقي شدة، فأردت أن أحتسب بنفسي ومالي فأتزوجها، ثم أبنتني بها ثم أطلقها فترجع إلى زوجها الأول، فقال له عثمان: لا تتكحها إلا نكاح رغبة.

ونوقش هذا الأثر بأن: إسناده ضعيف، فيه محمد بن عبد الرحمن بن عَنَج وهو مجهول، أخرج له مسلم في «صحيحه» متابعة والتجيب لم يسمع من عثمان بن عفان رضي الله عنه^(٢).

(١) قال ابن رجب: خرجه الجوزجاني والدارقطني بإسناد على شرط مسلم. وينظر: سنن الدارقطني (٢٥/٥).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى»: (٢٠٨/٧) والبخاري في «التاريخ الكبير»: (١٥٢/١) وابن حزم في المحلى (٤٢٨/٩)، التحجيل في تخريج ما لم يخرج من الأحاديث والآثار في إرواء الغليل (ص: ٣٦٩).

ثالثا: من فتوى التابعين

عن الحسن البصري قوله: طلاق السنة أن يطلقها واحدة طاهرا من غير جماع، وهو بالخيار ما بينه وبين أن تحيض ثلاث حيض، فإن بدا له أن يراجعها كان أملاك بذلك، فإن كان غضبان، ففي ثلاث حيض، أو في ثلاثة أشهر إن كانت لا تحيض ما يذهب غضبه،

لقد بين الله لئلا يندم أحد في طلاق كما أمره الله. (١).

رابعا: من المعقول

جعل كثير من العلماء الكنايات مع الغضب كالصريح في أنه يقع بها الطلاق ظاهرا؛ ولا يقبل تفسيرها مع الغضب بغير الطلاق، ومنهم من جعل الغضب مع الكنايات كالنية، فأوقع بذلك الطلاق في الباطن أيضا، فكيف يجعل الغضب مانعا من وقوع صريح الطلاق (٢)؟

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب (٣٧٧/١).

(٢) جامع العلوم والحكم (٣٧٧/١).

مانعوا وقوع طلاق الغضبان وأدلتهم (١)

ذهب إلى منع وقوع طلاق الغضبان من متقدمي الفقهاء الإمام أحمد بن حنبل في رواية، وهو ظاهر اختيار الإمام البخاري، وأبي داود صاحب السنن وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة والمزي من الشافعية، وابن عابدين من الحنفية.

واستدل أهل هذا المذهب بالكتاب والسنة والآثار والمعقول...

أولاً: الكتاب ومنه عدة أدلة:

الدليل الأول:

يمكن أن نستدل على عدم وقوع طلاق الغضبان بما ورد في التنزيل العزيز من آيات رفع الحرج عن المكلفين، نحو قوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾ [المائدة: ٦]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] وقوله تعالى ﴿مَا كَانَ عَلَى النَّبِيِّ مِنْ حَرَجٍ فِيمَا فَرَضَ اللَّهُ لَهُ﴾ [الأحزاب: ٣٨].

(١) أوردت - أملا التوفيق من الله تعالى - عدة أدلة يمكن الاستدلال بها على هذا المذهب، إضافة إلى ما أورده العلامة ابن القيم في رسالة وافية سماها «إغاثة اللفهان في حكم طلاق الغضبان» ومبنى هذه الرسالة على حكم طلاق الغضبان متوسط الغضب (وهو ما سمّيته مدفوع الغضب) ويدل عليه قوله:

الغضبُ ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يحصل للإنسان مبادئه وأوائله، بحيث لا يتغيّر عليه عقله، ولا ذهنه، ويَعْلَمُ ما يقول ويقصده، فهذا لا إشكال في وقوع طلاقه، وعتقه، وصحة عقوده، ولا سيما إذا وقع منه ذلك بعد تردّد فكره. القسم الثاني: أن يبلغ به الغضب نهايته، بحيث يُتَعَلَّقُ عليه بابُ العلم والإرادة، فلا يعلم ما يقول ولا يريد، فهذا لا يتوجّه خلافه في عدم وقوع طلاقه، كما تقدم..

القسم الثالث: من تَوَسَّطَ في الغضب بين المرتبتين، فتعدى مبادئه، ولم ينته إلى آخره بحيث صار كالمجنون، فهذا مَوْضِعُ الخلاف، ومحلّ النظر.

والأدلة الشرعية تدلّ على عدم نفوذ طلاقه، وعتقه، وعقوده التي يُعْتَبَرُ فيها الاختيار والرضا، وهو فرع من الإغلاق، كما فسّره به الأئمة، وقد ذكرنا دلالة الكتاب على ذلك من وجوه، وأما دلالة السنة، فَمُنْ وجوه...».

وقد انتصر ابن القيم في رسالته لعدم وقوع طلاق الغضبان متوسط الغضب، وساق أدلة كثيرة على ذلك وأنا أذكرها باعتبارها أظهر أدلة المانعين من وقوع طلاق الغضبان، وقد سردتها ملخصة مختصرة من رسالته بنفس ألفاظه لتدل على المقصود مباشرة دون استطراد مع تصرف يسير.

وجه الدلالة: أقول: إن هذه الآيات تصرح برفع الحرج عن المكلف وهذا عام في كل أمور الدين ومنها الطلاق . وإيقاع الطلاق، في حال الغضب حرج بالغ، ووجه الحرج أن يترتب على لفظ المرء أثر لم يعقد عليه نيته ولم يتوجه إليه عزمه، وإنما استخرجه منه شيء غير الإرادة الصحيحة، والتفريق بينه وبين زوجته من أخرج الحرج وفيه من المفاسد والجراح النفسية والاجتماعية ما لا يخفى، ومقتضى رفع الحرج ألا يؤخذ بتلفظه بالطلاق حال الغضب لعدم تمحض قصده أن يحل عقدة الزوجية بل هو مشوب بشوب تكدر خاطر وتغير النفس.

الدليل الثاني:

قوله تعالى: {لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ} [المائدة: ٨٩]

وجه الدلالة: من صور لغو اليمين كونه في الغضب والله سبحانه جعل لغو اليمين مقابلا لكسب القلب ومعلوم أن الغضبان لم يكسب قلبه عقد اليمين ولا قصدها والله سبحانه قد رفع المؤاخذة بلفظ جرى على اللسان لم يكسبه القلب ولا يقصده فلا تجوز المؤاخذة بما رفع الله المؤاخذة به؛ وتفسير لغو اليمين بأنه اليمين في الغضب ورد عن ابن عباس وطاووس^(١).

ولا تنافي بين هذا القول وبين قول ابن عباس وعائشة إن لغو اليمين هو قول الرجل لا والله وبلى والله ، وقول عائشة وغيرها: أيضا إنه يمين الرجل على الشيء يعتقدده كما حلف عليه، فيتبين بخلافه ؛ فإن الجميع من لغو اليمين، والذي فسر لغو اليمين بأنها يمين الغضب يقول بأن النوعين الآخرين من اللغو^(٢).

(١) أورد ابن القيم في إغاثة اللهفان (ص: ٣١) عن ابن جرير بإسناده إلى خالد، عن عطاء، عن وسيم، عن ابن عباس قال: «لغو اليمين أن تحلف وأنت غضبان»، وقال محققه: إسناده ضعيف؛ عطاء بن السائب اختلط، وخالد روى عنه بعد الاختلاط، ووسيم مجهول.

(٢) إغاثة اللهفان (ص: ٣١).

فإذا كان من وجوه لغو اليمين التي لا يلزم صاحبها كفارة أن يحلف وقت الغضب، فكذا لا يترتب على الطلاق في الغضب أثر لعدم انعقاد القلب وعزمه على إنفاذه.

ونوقش الاستدلال بهذه الآية:

بأنه قد صح عن غير واحد من الصحابة أنهم أفتوا أن يمين الغضبان منعقدة وفيها الكفارة، وما روي عن ابن عباس مما يخالف ذلك فلا يصح إسناده^(١).

والجواب من وجهين:

الأول: حكى الإمام الشافعي - رحمه الله - تفسيراً للغو اليمين عن عائشة رضي الله عنها فقال: ولغو اليمين كما قالت عائشة - رضي الله تعالى عنها - والله تعالى أعلم قول الرجل لا والله وبلى والله ذلك إذا كان على اللجاج، والغضب، والعجلة لا يعقد على ما حلف عليه^(٢).

الثاني: نقل ابن القيم عن ابن بزيمة شارح كتاب الأحكام لعبد الحق الإشبيلي قوله: وهذا قول علي وابن عباس وغيرهما من الصحابة إن الأيمان المنعقدة كلها في حال الغضب لا تلتزم. قال ابن القيم: وفي سنن الدارقطني بإسناد فيه لين من حديث ابن عباس يرفعه: «لا يمين في غضب ولا عتاق فيما لا يملك» وهو وإن لم يثبت رفعه فهو قول ابن عباس^(٣).

الدليل الثالث:

قوله تعالى: { وَلَوْ يُعَجِّلُ اللَّهُ لِلنَّاسِ الشَّرَّ اسْتِعْجَالَهُمْ بِالْخَيْرِ لَقَضَيْ إِلَيْهِمْ أَجْلَهُمْ } [يونس: ١١]

(١) جامع العلوم والحكم (١/ ٣٧٧).

(٢) إعلام الموقعين عن رب العالمين (٣/ ٤٧).

(٣) المرجع السابق.

وجه الدلالة: جاء في التفسير عن مجاهد: هو قول الإنسان لولده وماله إذا غضب عليهم «اللهم لا تبارك فيه والعنه» فلو يعجل لهم الاستجابة في ذلك كما يستجاب في الخير لأهلكهم.

فانتفض الغضب مانعا من انعقاد سبب الدعاء؛ لأن الغضبان لم يقصده بقلبه فإن عاقلا لا يختار إهلاك نفسه وأهله وذهاب ماله وقطع يده ورجله وغير ذلك بما يدعو به فاقتضت رحمة العزيز العليم أن لا يؤاخذ بذلك ولا يجيب دعاءه؛ لأنه عن غير قصد منه.

الدليل الرابع:

قوله تعالى {وَلَمَّا رَجَعَ مُوسَىٰ إِلَىٰ قَوْمِهِ غَضْبَانَ أَسِفًا قَالَ بِئْسَمَا خَلَفْتُمُونِي مِنْ بَعْدِي أَعَجَلْتُمْ أَمْرَ رَبِّكُمْ وَأَلْقَى الْأَلْوَابَ وَأَخَذَ بِرَأْسِ أَخِيهِ يَجُرُّهُ إِلَيْهِ} [الأعراف: ١٥٠]

وجه الدلالة:

أن موسى «صلوات الله عليه» لم يكن ليلقي ألواحا كتبها الله تعالى، وفيها كلامه من على رأسه إلى الأرض فيكسرهما اختيارا منه لذلك ولا كان فيه مصلحة لبني إسرائيل ولذلك جره بلحيته ورأسه وهو أخوه، وإنما حمله على ذلك الغضب فعذره الله سبحانه به ولم يعتب عليه بما فعل؛ إذ كان مصدره الغضب الخارج عن قدرة العبد واختياره فالمتولد عنه غير منسوب إلى اختياره ورضاه^(١)، فكذاك يقال في طلاق الغضبان الذي لم يرد الطلاق وإنما دفعه الغضب إليه، فلا عبرة بلفظه في حال غياب قصده واختياره.

الدليل الخامس:

قوله تعالى: {وَلَمَّا سَكَتَ عَنْ مُوسَى الْغَضِبُ أَخَذَ الْأَلْوَابَ} [الأعراف: ١٥٤]

(١) إغاثة اللهفان (ص: ٣٤).

وجه الدلالة:

جاء اللفظ القرآني بقوله «سكت» ولم يأت بلفظ «سكن» تنزيلاً للغضب منزلة السلطان الأمر الناهي الذي يقول لصاحبه: افعَل، لا تفعل. فهو مستجيب لداعي الغضب الناطق فيه المتكلم على لسانه وإذا كان الغضب هو الناطق على لسانه الأمر الناهي له لم يكن ما جرى على لسانه في هذا الحال منسوباً إلى اختياره ورضاه فلا يتم عليه أثره^(١).

الدليل السادس:

قوله تعالى: { وَإِمَّا يَنْزَغَنَّكَ مِنَ الشَّيْطَانِ نَزْغٌ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ } [الأعراف: ٢٠٠].

وجه الدلالة: ورد هذا التوجيه الإلهي بالاستعاذة بالله في ثلاثة مواضع من القرآن، وما يتكلم به الغضبان في حال شدة غضبه، من طلاقٍ أو شتمٍ ونحوه، هو من نزغات الشيطان، فإنه يُلجئُه إلى أن يقول ما لم يكن مختاراً لقوله، فإذا سُري عنه علم أن ذلك من إلقاء الشيطان على لسانه، مما لم يكن برضاه واختياره. وإذا كان هذا السبب وأثره من إلقاء الشيطان، لم يكن من اختيار العبد؛ فلا يترتب عليه حكمه^(٢).

الدليل السابع:

يمكن الاستدلال بقول الله تعالى: {وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ} [النور: ٦١]

(١) إغاثة اللفهان (ص: ٣٥).

(٢) يقول ابن القيم: (والغضب من الشيطان، وأثره منه، كما في الصحيح أن رجلين استبأ عند النبي - صلى الله عليه وسلم - حتى أحمرَّ وجهُ أحدهما وانتفخت أوداجه، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إني لأعلم كلمة لو قالها لذهب عنه ما يجد: أعوذ بالله من الشيطان الرجيم» وفي السنن أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إن الغضب من الشيطان، وإن الشيطان من النار، وإنما تطفأ النار بالماء، فإذا غضب أحدكم فليتوضأ »).

وجه الدلالة: أن الغضب مرض من الأمراض، وداء من الأدواء، فهو في أمراض القلوب نظير الحمى والوسواس والصرع في أمراض الأبدان، فالغضبان المغلوب في غضبه كالمريض والمحموم، والمصروع المغلوب في مرضه^(١).

أقول: فالغضب حال اختلال نفسي طارئ على حال اعتدال الصحة النفسية فهو نوع مرض بهذا الاعتبار؛ لأن المرض علة طارئة على حال صحة البدن، وكما يقع الاختلال في البدن بالمرض العضوي يقع الاختلال في النفس بالمرض النفسي فمنه الضعيف الذي لا يؤثر أثرا بالغا، ومنه ما يتدخل بالقوة فينشيء أثرا ذميما في الغالب.

الدليل الثامن:

يمكن الاستدلال بقوله تعالى على لسان المؤمنين: { رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ } [البقرة: ٢٨٦]

وجه الدلالة: لقد استجاب الله دعاء المؤمنين في هذه الآية بقوله: «قد فعلت»^(٢) ومن ثم وقع على غير طاقة الإنسان فيما يخص نفسه ولا عدوان فيه على غيره يكون مرفوع الأثر، ومن هذا الاندفاع في الغضب بتلفظ الطلاق هو من قبيل ما لا طاقة للإنسان به من حيث نتيجته وأثره، إنه ما قصد خراب بيته ولا قطع ميثاق زواجه وإنما هرب من دافع الغضب بإلقاء هذه العبارة فهو معدوم الطاقة على التحكم في صنيعه والله أعلم.

ذلك أن (من الناس من إذا لم ينفذ غضبه قتله غضبه، ومات أو مرض أو غشي عليه، كما يذكر عن بعض العرب أن رجلا سبه، فأراد أن يرد على الساب.

(١) إغاثة اللهفان (ص: ٥٣).

(٢) روى هذه القصة جماعة من المحدثين منهم الإمام مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان قوله تعالى: { وإن تبدوا ما في أنفسكم أو تخفوه } (١١٥/١)، برقم (١٩٩)، عن أبي هريرة قال: لما نزلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم { الله ما في السماوات وما في الأرض وإن تبدوا ما في أنفسكم أو تخفوه يحاسبكم به الله }.

فأمسك جليس له بيده على فمه، ثم رفع يده لما ظن أن غضبه قد سكن، فقال: قتلنتي! رددت غضبي في جوفي!. ومات من ساعته، فإذا نفذ مثل هذا غضبه يقتل أو ظلم لغيره، لم يعذر بذلك، كالسكران، وأما إذا نفذ بقول فإنه يمكن إهدار قوله، وأن لا يترتب أثره عليه، كما أهدر الله سبحانه دعاءه ولم يترتب أثره عليه، ولم يستجبه له، إذا تكلم بالطلاق دواء لهذا المرض، وشفاء له، بإخراج هذه الكلمة من صدره، وتنفسه بها؛ فمن كمال هذه الشريعة ومحاسنها وما اشتملت عليه من الرحمة والحكمة والمصلحة أن لا يؤاخذ بها، ويلزم بموجبها، وهو لم يلزمه (١).

الدليل التاسع:

قول الله تعالى: { لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم } [البقرة: ٢٢٥].

وجه الدلالة: جعل الله تعالى سبب المؤاخذة كسب القلب، وكسبه هو إرادته وقصده. ومن جرى على لسانه الكلام من غير قصد واختيار، بل لشدة غضب وسكر أو غير ذلك، لم يكن من كسب قلبه، لأن المؤاخذة إنما ترتبت على الأقوال؛ لكونها أدلة على ما في القلب من كسبه وإرادته (٢).

الدليل العاشر:

يمكن الاستدلال بقول تعالى لنبيه الكريم { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأُزْوَاجِكُ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعَنَّ وَأُسْرِحَنَّ سَرًا جَمِيلًا } [الأحزاب: ٢٨]

وقوله تعالى لعباده المؤمنين: { وَسَرِّحُوهُنَّ سَرًا جَمِيلًا } [الأحزاب: ٤٩]

(١) إغاثة اللفهان (ص: ٥٤).

(٢) إغاثة اللفهان (ص: ٤٦) بتصرف من تقديم وتأخير.

{فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ} [البقرة: ٢٢٩]

{فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ} [البقرة: ٢٣١]

{فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ} [الطلاق: ٢]

وجه الدلالة:

معنى الآية الأولى: وأطلقن على ما أذن الله به، وأدب به عباده^(١)،

وفيها أمر الله - تعالى - نبيه المجتبي أن يسرح - إن أراد - سراحا جميلا، موافقا لمراد الشرع وهديه، فإذا كان الشرع قد نهى عن الغضب وبين أنه من الشيطان وجمة في جوف ابن آدم فلا يكون إيقاع الطلاق حال الغضب من الامتثال لأمر الله بالسراح الجميل.

وفي الآيات المتوجهة للمؤمنين أيضا تصريح بالفراق الجميل والسراح الجميل والفراق بالمعروف، وحالة الاندفاع بالغضب لا تنطبق مع كل هذه الأوامر الإلهية؛ فلم يكن مآدونا بها شرعا، وحيث ذلك كذلك فلا يعتد بأثرها، والمعدوم شرعا كالمعدوم حسا^(٢)، والقاعدة الشرعية تقرر أن: «الأمر بالشيء نهى عن ضده^(٣)، فأحسان الطلاق وتجميله مأمور به وإساءته منهي عنها والطلاق في هذه الحالة إساءة فيكون منهيها عنها والنهي يقتضي فساد المنهي عنه^(٤)، وقد قال صلى الله عليه وسلم « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد »^(٥).

(١) ينظر: تفسير الطبري (١٩ / ٨٤).

(٢) ينظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (٢ / ٨٦٨).

(٣) ينظر: التبصرة في أصول الفقه للشيرازي (ص: ٨٩)، الواضح في أصول الفقه لابن عقيل (٣ / ١٥٠).

(٤) ينظر: للمع في أصول الفقه للشيرازي (ص: ٢٥)، المستصفي للغزالي - (٢ / ٩٩).

(٥) صحيح البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم، فأخطأ خلاف الرسول من غير علم، فحكمه مردود (٩ / ١٠٧)، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور (٣ / ١٣٤٣).

ثانياً: الأدلة من السنة على عدم وقوع طلاق مدفوع الغضب:

الدليل الأول:

حديث عمر بن الخطاب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى» (١)

وجه الدلالة:

دل الحديث بعمومه على أن أي عمل لا عبرة به عند الله إلا إذا صاحبه النية، والطلاق عمل يحتاج إلى نية؛ لأنه إنهاء لميثاق غليظ تم عقده بكلمة الله تعالى وإذنه، فكيف يقع نقضه بغير كلمة الله تعالى وإذنه، وهو في ذلك يحمل شوباً من معنى التعبد فتوقف نفوذه على النية، والحاصل أن طلاق المدفوع بالغضب لم تتحقق نيته لإرادة الفراق، بل اندفع متأثراً بغضب ساقه إلى لفظ الطلاق، فكان مقتضى الحديث عدم وقوع طلاقه (٢).

(١) صحيح البخاري، باب بدء الوحي، كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ (٦ / ١).

(٢) وهذا بخلاف الأفعال التي ترتب ضماناً ومسؤولية كالجنايات والبيوعات فلا مدخل للنية فيها، لكن الطلاق لما كان حلاً لعقد أوثقه الله، كان فيه شيء من معنى العبادة، فاعتبرت فيه النية، فإن قيل: صريح الطلاق لا يتوقف على نية فكيف تطلبون نية في طلاق الغضبان؟

أقول: ثمة فارق بين الصراحتين؛ لأن الصريح استغنى بصراحته عن النية وهي شيء خفي، وأما الذي طلق مدفوعاً بالغضب المجرّد فصراحة اللفظ عنده ضعيفة؛ لكونها ليست صراحة خالصة بإرادة محققة، فلزم البحث في شأنه عن النية على اعتبار ما ذكرت والله تعالى أعلم.

وقد ذكر الإمام البخاري حديث الأعمال تحت باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون... قال ابن حجر: الحكم إنما يتوجه على العاقل المختار العامد الذّاكر وشمل ذلك الاستدلال بالحديث؛ لأن غير العاقل المختار لا نية له فيما يقول أو يفعل. ينظر: صحيح البخاري (٦ / ١)، فتح الباري لابن حجر (٩ / ٣٨٩).

الدليل الثاني:

يمكن أن يستدل من السنة بما وقع في حديث لعائشة - رضي الله عنها - حال غضبها أنها قالت للنبي صلى الله عليه وسلم: ألسنت تزعم أنك رسول الله؟ قالت: فتبسم. قال: أو في شك أنت يا أم عبد الله؟ « قالت: قلت: ألسنت تزعم أنك رسول الله؟ أفلا عدلت؟ وسمعتني أبو بكر وكان فيه غرب - أي حدة - فأقبل علي فلطم وجهي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « مهلا يا أبا بكر » فقال: يا رسول الله أما سمعت ما قالت؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إن الغيري لا تبصر أسفل الوادي من أعلاه، إِنَّمَا التَّجَنِّي فِي الْقَلْبِ »^(١).

وجه الدلالة:

أن النبي صلى الله عليه وسلم اعتذر عنها فيما بدر منها من كلام لا يليق بجنابه الشريف، بل لو حمل على ظاهره دون رعاية قرينة الحال لكان ظاهره التشكيك في عدله ونبوته وهذا يخرج من الملة والعياذ بالله، لكنها لم تقصد ذلك

(١) رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده (٨ / ١٢٩)، وقال محققه: رجاله ثقات، ورواه أبو الشيخ في أمثال الحديث (ص: ٩٦)، وقال الألباني: هذا سند ضعيف؛ وفيه علتان: الأولى: عنعنة ابن إسحاق؛ فقد كان يدلس.

والأخرى: ضعف سلمة بن الفضل - وهو الأبرش - قال الحافظ في « التقريب »: « صدوق كثير الخطأ ». ينظر: سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة (٦ / ٥٥٥) ولفظه عند أبي الشيخ عن عائشة، قالت: خَرَجْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي حَجَّةِ الْوُدَاعِ فَأَخْرَجَ مَعَهُ نِسَاءَهُ، وَكَانَ مَتَاعِي فِيهِ خِفٌّ فَكُنْتُ عَلَى جَمَلٍ نَاجٍ، وَكَانَ مَتَاعُ صَفِيَّةَ بِنْتِ حُيَيٍّ فِيهِ ثِقَلٌ، وَكَانَتْ عَلَى جَمَلٍ بَطِيءٍ فَتَبَاطَأْنَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: « حَوَّلُوا مَتَاعَ عَائِشَةَ عَلَى جَمَلٍ صَفِيَّةَ وَحَوَّلُوا مَتَاعَ صَفِيَّةَ عَلَى جَمَلٍ عَائِشَةَ لِيَمْضِيَ الرُّكْبُ »، فَلَمَّا رَأَيْتُ ذَلِكَ قُلْتُ: يَا لَعْبُدِ اللَّهِ، غَلَبْنَا هَذِهِ الْيَهُودِيَّةَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: « يَا أُمَّ عَبْدِ اللَّهِ إِنَّ مَتَاعَكَ كَانَ فِيهِ خِفٌّ، وَمَتَاعُ صَفِيَّةَ كَانَ فِيهِ ثِقَلٌ فَبِطَأَ بِالرُّكْبِ، فَحَوَّلْنَا مَتَاعَكَ عَلَى بَعِيرِهَا وَحَوَّلْنَا مَتَاعَهَا عَلَى بَعِيرِكَ »، قُلْتُ: أَلَسْتَ تَزْعُمُ أَنَّكَ رَسُولُ اللَّهِ؟ قَالَ: فَتَبَسَّمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: « أَفِي شَكِّ أَنْتِ يَا أُمَّ عَبْدِ اللَّهِ؟ » قُلْتُ: أَلَسْتَ تَزْعُمُ أَنَّكَ رَسُولُ اللَّهِ؟ فَهَلَّا عَدَلْتَ؟ فَسَمِعَنِي أَبُو بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَكَانَ فِيهِ صَرْبٌ مِنْ حِدَّةٍ فَأَقْبَلَ عَلَيَّ يَلْطُمُ وَجْهِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: « مَهْلًا يَا أَبَا بَكْرٍ » قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَمَا سَمِعْتَ مَا قَالَتْ؟ قَالَ: « إِنَّ الْغَيْرِي لَا يُبْصِرُ أَسْفَلَ الْوَادِي مِنْ أَعْلَاهُ، إِنَّمَا التَّجَنِّي فِي الْقَلْبِ ».

من قريب ولا بعيد، وإنما حملها غضب الغيرة على هذا اللفظ المستوحش ، فاعتذر عنها وناط المؤاخذة بما ينعقد عليه القلب من فكر واعتقاد وقال « إنما التجني في القلب ». فهذا يدل على عدم مؤاخذة الغضب ومثله من يصدر طلاقاً حال الغضب .

الدليل الثالث:

حديث أبي هريرة، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لَيْسَ الشَّدِيدُ بِالصُّرَعَةِ، إِنَّمَا الشَّدِيدُ الَّذِي يَمْلِكُ نَفْسَهُ عِنْدَ الْغَضَبِ »^(١).

وجه الدلالة: بين النبي الكريم صلى الله عليه وسلم أن الذي يملك نفسه عند الغضب هو الشديد؛ أي: قوي النفس صلب الأعصاب ؛ إذ يستطيع أن يتحكم في إرادته، ولا يتسنى ذلك لكل الناس بدليل ضمنية قوله صلى الله عليه وسلم « المؤمن القوي خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف، وفي كل خير »^(٢)، فالشديد قادر مستطيع أن يملك نفسه فله مزية مدحه والثناء عليه والضعيف لم يذم لأن هذه طاقته وإمكاناته ومن ثم لا ينفذ ما صدر حال ضعفه لاسيما إذا راعينا دلالة قوله تعالى: « لا يكلف الله نفسا إلا وسعها » « إلا ما آتاها ». فهذا وسعه وتلك طاقته.

الدليل الرابع:

حديث عائشة - رضي الله عنها - قالت: سمعت النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول: « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق »^(٣).

(١) صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب الحذر من الغضب (٨ / ٢٨).
(٢) صحيح مسلم، كتاب القدر، باب في الأمر بالقوة وترك العجز والاستعانة بالله وتفويض المقادير لله (٤ / ٢٠٥٢).
(٣) مر تخريجه وتحقيق درجته ص (٤) من هذا البحث.

وجه الدلالة: يمكن تقريره بما يلي:

أن هذا الغضب فرغ من الإغلاق، وقد نفى النبي صلى الله عليه وسلم الطلاق حال الإغلاق فكان طلاق الغضبان غير معتبر، ومعلوم أن النفي هنا ليس متوجها لذات الطلاق؛ لأنه صدر بالفعل إلى الواقع فيمتنع كونه نفي وجود، فيتعين حمله على نفي النفاذ والصحة، فيكون المعنى: لا يكون الطلاق صحيحا أو نافذا في حال إغلاق.

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث:

بما روي عن عائشة قالت: اللغو في الأيمان ما كان في المراء والهزل والمزاحة، والحديث الذي لا يعقد عليه القلب، وأيمان الكفارة على كل يمين حلفت عليها على جد من الأمر في غضب أو غيره: لتعلن أو لتتركن، فذلك عقد الأيمان فيها الكفارة، وهذا يدل على أن الحديث المروي عنها مرفوعا: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق» إما أنه غير صحيح، أو أن تفسيره بالغضب غير صحيح^(١).

الدليل الخامس:

حديث عمران بن حصين قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : « لا نَذَرَ في غضب، وكفارته كفارة يمين»^(٢)

وجه الدلالة: أنه - صلى الله عليه وسلم - ألغى وجوب الوفاء بالنذر إذا كان في حال الغضب، مع أن الله سبحانه وتعالى أتى على الموفين بالنذور، وأمر

(١) قال الحافظ ابن رجب: خرجه القاضي إسماعيل بن إسحاق في كتاب « أحكام القرآن » بإسناد صحيح. وكذا رواه ابن وهب، عن يونس، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة وهذا من أصح الأسانيد. جامع العلوم والحكم (١ / ٧٧٣).

(٢) رواه أحمد في مسنده (٣٣ / ٨١١)، وقال محققه: إسناده ضعيف جدا.

النبي - صلى الله عليه وسلم - الناذر لطاعة الله بالوفاء بنذره، وقال: «من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه»^(١) فإذا كان النذر الذي أثنى الله على من أوفى به، وأمر رسوله بالوفاء بما كان منه طاعةً قد أثر الغضب في انعقاده، لكون الغضبان لم يقصده، وإنما حمله على إتيانه الغضب فالطلاق بطريق الأولى والأحرى.

الدليل السادس:

قوله صلى الله عليه وسلم: « لا يقضي القاضي بين اثنين وهو غضبان »^(٢).
وجه الدلالة: لولا أن الغضب يؤثر في قصده وعلمه لم ينهه عن الحكم حال الغضب.

الدليل السابع:

- حديث أبي ذر مرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إِذَا غَضِبَ أَحَدُكُمْ وَهُوَ قَائِمٌ فَلْيَجْلِسْ، فَإِنْ ذَهَبَ عَنْهُ الْعَضْبُ وَإِلَّا فَلْيَضْطَجِعْ»^(٣).

- الدليل الثامن:

قوله صلى الله عليه وسلم «إن الغضب من الشيطان، وإن الشيطان من النار، وإنما تطفأ النار بالماء، فإذا غضب أحدكم فليتوضأ»^(٤).

- (١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الأيمان والنذور، باب النذر في الطاعة (٨ / ٢٤١).
- (٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب: هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان (٩ / ٥٦).
- (٣) رواه أحمد في مسنده (٨٧٢ / ٥٣)، وقال محققه: رجاله ثقات رجال الصحيح.
- (٤) رواه أحمد في مسنده (٦٠٥ / ٩٢)، ويدل على أن الغضب من الشيطان حديث سليمان بن صرد - رضي الله عنه - عند البخاري، كتاب بدء الخلق، باب صفة إبليس وجنوده (٤ / ٤٢١ رقم ٢٨٢٣).

ولفظه: (كنت جالسا مع النبي صلى الله عليه وسلم ورجلان يستبان، فأحدهما احمر وجهه، وانتفخت أوداجه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: « إنني لأعلم كلمة لو قالها ذهب عنه ما يجد، لو قال: أعوذ بالله من الشيطان، ذهب عنه ما يجد » فقالوا له: إن النبي صلى الله عليه وسلم قال: تعوذ بالله من الشيطان، فقال: وهل بي جنون).

وجه الدلالة: وهذا يدل على أنه محمول عليه من غيره، وأن الشيطان يغضبه ليحمله بغضبه على فعل ما يحبه الشيطان، وعلى التكلم به. وما يضاف إلى الشيطان مما يكرهه العبد ولا يحبه، فلا يؤاخذ به الإنسان، كالوسوسة والنسيان، كما قال فتى موسى لموسى: ﴿وما أنسانيه إلا الشيطان أن أذكره﴾ [الكهف: ٦٣].

فإنه تعالى لا يؤاخذ بالوسوسة، ولا بالنسيان؛ إذ هما من أثر فعل الشيطان في القلب، وقد أخبر النبي - صلى الله عليه وسلم - أن الغضب من الشيطان، فيكون أثره مضافاً إليه أيضاً، فلا يؤاخذ به العبد، كأثر النسيان، فإنه لو حلف أن لا يتكلم بكذا فتكلم به ناسياً لم يحنث؛ لعدم قصده وإرادته لمخالفة ما عقد يمينه عليه، وإن كان قاصداً للكلام، فإنه لم يقع منه إلا بقصده وإرادته.

وهذه حال الغضبان، فإنه لم يقصد حقيقة ما تكلم به وموجبه، بل جرى على لسانه كما جرى كلام الناسي على لسانه.

الدليل التاسع:

ثلاثة أحاديث مفادها أن النبي الكريم صلى الله عليه وسلم قد دعا الله تعالى أن يعفو عن أي مسلم دعا عليه حال غضبه وهي:

- حديث أبي هريرة، أنه سمع النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول: «اللهم أيما عبد مؤمن سببته، فاجعل ذلك قربة إليك يوم القيامة» (١).
- حديث جابر بن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم - قال: «إنما أنا بشر، وإنني اشتربت على ربي عز وجل، أي عبد من المسلمين شتمته، أو سببته، أن يكون ذلك له زكاة وأجراً» (٢).

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الدعوات، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: «من أذيته فاجعله له زكاة ورحمة» (٧٧/٨).

(٢) رواه أحمد في مسنده (١٣٤/٢٢) وقال محققه: إسناده صحيح على شرط مسلم.

• حديث عائشة قالت: دخل على النبي صلى الله عليه وسلم رجلا، فأغلظ لهما وسبهما. قالت: فقلت: يا رسول الله، لمن أصاب منك خيرا، ما أصاب هذان منك خيرا؟ قالت: فقال: « أو ما علمت ما عاهدت عليه ربي عز وجل؟ » قال: قلت: « اللهم أيما مؤمن سببته، أو جلدته، أو لعنته فاجعلها له مغفرة، وعافية، وكذا وكذا» (١).

وجه الدلالة من هذه الأحاديث: هذا يبين أن الغضبان قد يتكلم في الغضب بما لا يريده ، فلو كان النبي - صلى الله عليه وسلم - مريدا لما دعا به في الغضب، لما شرط على ربه وسأله أن يفعل بالمدعو عليه ضد ذلك؛ إذ من الممتع اجتماع إرادة الضدين، وقد صرح بإرادة أحدهما، مشترطا له على ربه، فدل على عدم إرادته لما دعا به في حال الغضب، هذا وهو - صلى الله عليه وسلم - معصوم الغضب، كما أنه معصوم الرضا، وهو مالك لفظه بتصرفه فكيف بمن لم يعصم في غضبه، وتمليكه ، ويتصرف فيه غضبه، ويتلاعب الشيطان به فيه؟! (٢)

الدليل العاشر:

عن أبي سعيد الخدري عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال في الغضب: « إن الغضب جمرة في قلب ابن آدم توقد، ألم تروا إلى حمرة عينيه، وانتفاخ أوداجه، فإذا وجد أحدكم ذلك فليجلس، أو قال: ليلصق بالأرض» (٣)

(١) رواه أحمد في مسنده (٠١٢/٠٤) وقال محققه: إسناده صحيح على شرط الشيخين.
(٢) ينظر: إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان (ص: ٠٧).
(٣) رواه الإمام معمر في جامعه (١١ / ٨٨١)، معمر بن أبي عمرو راشد الأزدي مولاهم، أبو عروة البصري، المتوفى: ٣٥١هـ)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، وهو ملحق بمصنف عبد الرزاق، الناشر: المجلس العلمي بباكستان، وتوزيع المكتب الإسلامي ببيروت، الطبعة: الثانية، ٣٠٤١ هـ.

وجه الدلالة: يدل هذا الحديث بمعناه على أن العاقل لا يستدعي الغضب ولا يريده، بل هو أكره شيء إليه، وهو كما قال والعاقل لا يقصد إلقاء الجمرة في قلبه، فهو ناشئ فيه بغير اختياره، وإذا كان هو السبب الحامل على التكلم بالطلاق وغيره، لم يكن ذلك مضافاً إلى اختياره وإرادته، وهذا كما أن إرادة السبب إرادة للمسبب، فكراهة السبب وبغضه (وهو حال الغضب) كراهة للمسبب (وهو الناتج عن الغضب من الطلاق) .

الدليل الحادي عشر:

حديث أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لله أشد فرحاً بتوبة عبده حين يتوب إليه، من أحذكم كان على راحلته بأرض فلاة، فانفلتت منه وعليها طعامه وشرابه، فأيس منها، فأتى شجرة، فاضطجع في ظلها، قد أيس من راحلته، فبينما هو كذلك إذا هو بها، قائمة عنده، فأخذ بخطامها، ثم قال من شدة الفرح: اللهم أنت عبدي وأنا ربك، أخطأ من شدة الفرح»^(١)

وجه الدلالة: لم يؤخذ الله سبحانه الذي اشتد فرحه بوجود راحلته بعد الإياس منها، فلما وجدها أخطأ من شدة الفرح، وقال: « اللهم أنت عبدي وأنا ربك » ، فجرى هذا اللفظ على لسانه من غير قصد، فلم يؤاخذه به.

أقول: واللفظ ظاهره الكفر لكنه معيب الإرادة بسبب الذهول وشدة الفرح فلذا عبر عنه بالخطأ، وعذره فيما نطق به من لفظ موحش لو قيل في حال استواء نفس لكان كفراً مجرداً.

(١) رواه مسلم في صحيحه، كتاب التوبة، باب في الحض على التوبة والفرح بها (٤ / ٤٠١٢).

الدليل الثاني عشر:

حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « كل طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله»^(١).

وجه الدلالة: أن المدفوع بالغضب غالبا يكون مغلوبا على عقله فلا يكون راضيا بما يقول حال الغضب، ولا مريدا له تمام الإرادة، فدخل في الاستثناء الوارد بهذا الحديث من أن طلاقه لا يقع.

ونوقش: بأن فيه عطاء بن عجلان وهو ضعيف ذاهب الحديث، ولأنه من رواية عكرمة بن خالد، عن أبي هريرة، وهو لم يدرك أبا هريرة.

وأجيب عنه بقول الترمذي: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم: أن طلاق المعتوه المغلوب على عقله لا يجوز إلا أن يكون معتوها يفيق الأحيان فيطلق في حال إفاقته^(٢).

ثالثا: الأدلة من الآثار

١/ قول ابن عباس - رضي الله عنهما - : « إنما الطلاق عن وَطْرٍ، والعتق ما يبتغى به وجه الله»^(٣).

(١) رواه الترمذي في سننه، أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في طلاق المعتوه (٧٨٤/٢) وقال: هذا حديث، لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث عطاء بن عجلان، وعطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم: أن طلاق المعتوه المغلوب على عقله لا يجوز إلا أن يكون معتوها يفيق الأحيان فيطلق في حال إفاقته.

(٢) ينظر: سنن الترمذي الموضع السابق، شرح سنن أبي داود لابن رسلان (٩ / ١٠١٦).

(٣) صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكراهة، والسكران والمجنون وأمرهما، والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره (٧ / ٦٤).

وجه الدلالة: يقصد ابن عباس أن الطلاق ينحصر وقوعه في حالة حصول غَرَضٍ من المطلقِ في وقوعه، وهذا من كمال فقهه - رضي الله عنه - وإجابة الله دعاء رسوله له بأن يفقهه في الدين؛ إذ الألفاظ إنما يترتب عليها موجباتها لقصد الالفاظ بها.

رابعاً: الأدلة من المعقول وتشمل عدة أقيسة، منها:

• **أولاً: القياس على المكره في عدم وقوع طلاقه عند القائلين به من أهل العلم^(١)، وتقريره:**

أن الإرادة في الغضب هو محمول عليها، ملجأ إليها، كالمكره، بل المكره أحسن حالاً منه؛ فإن له قصداً وإرادة حقيقة، لكن هو محمول عليه، وهذا ليس له قصد في الحقيقة، فإذا لم يقع طلاق المكره فطلاق هذا أولى بعدم الوقوع.

يوضحه: أن الأمر الحامل للمكره على التكلم بالطلاق يشبه الحامل للغضبان على التكلم به؛ فإن المتكلم مكرهاً إنما يقصد الاستراحة من توقع ما أكره به إن لم يباشره، أو من حصوله إن كان قد باشره شيء منه، فيتكلم بالطلاق قاصداً راحته من ألم ما أكره به وهكذا الغضبان، فإنه إذا اشتد به الغضب يألم بحمله، فيقول ما يقول، ويفعل ما يفعل؛ ليدفع عن نفسه حرارة الغضب، فيستريح بذلك،

(١) مذهب جمهور الفقهاء عدم وقوع طلاق المكره، وهو مروى عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وجابر بن سمرة وبه قال عبد الله بن عبيد بن عمير وعكرمة والحسن وجابر بن زيد و شريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز وابن عون وأيوب السخيتاني ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد. وعند الحنفية يقع طلاقه. وبه قال أبو قلابة والشعبي والنخعي والزهري والثوري.

ينظر: التجريد للقدوري (١/٢١٩٤)، حاشية ابن عابدين (٣/٠٣٢)، التاج والإكليل لمختصر خليل (٥/٢١٣)، الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (٢/٧٦٣)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي (٨/١٣)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٤/٠٧٤)، المغني لابن قدامة (٨/٠٦٢).

وكذلك يلطم وجهه، ويصيح صياحا قويا، ويشق ثيابه، ويلقي ما في يده؛ دفعا لألم الغضب، وإلقاء لحمله عنه، وكذلك يدعو على نفسه وأحب الناس إليه، فهو يتكلم بصيغة الطلب والاستدعاء والدعاء وهو غير طالب لذلك في الحقيقة، فكذلك يتكلم بصيغة الإنشاء وهو غير قاصد لمعناها.

وأیضا فإن الخوف في قلب المكروه كالغضب في قلب الغضبان، لكن المكروه مقهور بغيره من الخارج، والغضبان مقهور بغضبه الداخل فيه، وقهر الإكراه يبطل حكم الأقوال التي أكره عليها ويجعلها بمنزلة كلام النائم والمجنون، دون حكم الأفعال، فإنه يقتل إذا قتل، ويضمن إذا أتلّف فكذلك قهر الغضب يبطل حكم أقوال الغضبان دون أفعاله، بحيث لو قتل في هذه الحالة أو أتلّف شيئا ضمنه^(١).

ثانيا: القياس على السكران، وتقريره: ما ورد عن أبان بن عثمان عن عثمان رضي الله عنه - أنه رد طلاق السكران ، ولا يعرف له مخالف من الصحابة. وهذا القول هو الصحيح وطائفة من أهل العلم لا يوقعون طلاق السكران^(٢)؛ لأنه

(١) إغاثة اللهفان (ص ٨٤).
(٢) جمهور الفقهاء على وقوع طلاق السكران؛ لأنه لما تناول المحرم باختياره كان متسببا في زوال عقله ، فيجعل عقله موجودا حكما عقوبة له وزجرا عن ارتكاب المعصية، وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي و النخعي وميمون بن مهران والحكم ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي في أحد قوليه وابن شبرمة وأبي حنيفة وصاحبيه وسليمان بن حرب.

وذهب قوم منهم زفر والكرخي وغيرهما من الحنفية ، والمزني من الشافعية وأحمد في رواية اختارها أبو بكر عبد العزيز وهو قول عثمان رضي الله عنه ومذهب عمر بن عبد العزيز و القاسم وطاوس وربيعة ويحيى الأنصاري والليث والعنبري وإسحاق وأبي ثور و المزني قال ابن المنذر: هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحدا من الصحابة خالفه. لأن صحة التصرف تعتمد على القصد والإرادة الصحيحة ، والسكران قد غلب السكر على عقله فلا يكون عنده قصد ولا إرادة صحيحة ، فلا يعتد بالعبارة الصادرة منه ، كما لا يعتد بالعبارة الصادرة من المجنون والنائم والمغمى عليه .

ينظر: التجريد للقدوري (١/٠٣٩٤)، شرح فتح القدير (٣/٩٨٤)، المدونة (٢/٩٧)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/٨٤٧)، الأم للشافعي (٥/٥٣٢)، مختصر المزني (٨/٦٠٣)، المغني (٨/٦٥٢). والذي يظهر لي عدم وقوع طلاقه فإن العقل مناط التكليف ، ولا ينافي تحقق الإثم بالمعصية ، ولا تزر وزارة وزر أخرى. والأمر متعلق بالزوجين لا بالرجل وحده.

غير قاصد للطلاق؛ فمعلوم أن الغضبان كثيرا ما يكون أسوأ حالا من السكران. والسكر نوعان: سكر طرب، وسكر غضب، وقد يكون هذا أشد، وقد يكون الآخر أشد، فإذا اشتد به الغضب حتى صار كالسكران كان أولى بعدم وقوع الطلاق منه؛ لأنه يعذر ما لا يعذر السكران، فالغضبان لا يد له في غضبه بينما السكران هو الذي جر السكر إلى نفسه، ويبلغ الغضب أحيانا أشد ما يبلغ به السكر (١).

• ثالثا: القياس على عدم وقوع طلاق الصبي المميز:

وتقريره أن جمهور الفقهاء يقولون: إن طلاق الصبي المميز العاقل لا ينفذ ولا يصح. وهو قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد، وإسحاق (٢).

هذا مع كون الصبي المميز عارفا باللفظ وموجبه بكلماته اختيارا وقصدا، وله قصد صحيح، وإرادة صحيحة، وقد أمر الله سبحانه بابتلائه واختباره في تصرفاته، واعتبر النبي - صلى الله عليه وسلم - قصده واختياره في التخيير بين أبويه (٣)، وقد نفذ عمر ابن الخطاب وصيته فالغضبان شديد الغضب، الذي قد أغلق عليه باب القصد والعلم أولى بعدم وقوع طلاقه من هذا الصبي المميز بلا ريب.

(١) إغاثة اللهفان (ص ٦٤) بتصرف .

(٢) ينظر: مختصر القدوري (ص: ٥٥١)، المدونة (٢/ ٩٧)، الأم للشافعي (٦/ ٧٥٥)، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٢/ ٨٥١)، المغني (٨/ ٨٥٢)، وذهب أحمد في رواية إلى وقوع صحة طلاقه إن كان مميزا .

(٣) رواه الترمذي في سننه، أبواب الأحكام، باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا (٣/ ١٣)، عن أبي هريرة، أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه. وقال: حديث حسن صحيح، قال: والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم قالوا: يخير الغلام بين أبويه إذا وقعت بينهما المنازعة في الولد، وهو قول أحمد، وإسحاق، وقالوا: ما كان الولد صغيرا فالأم أحق به، فإذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه.

يقول الإمام القرافي - رحمه الله:-

الطلاق فيه إسقاط عصمة فهو من باب ترك الأملاك وكذلك العتق أيضا هو إسقاط ملك فاشتراط فيه الرضا، ولما كان الصبي غير عالم بالمصالح لنقصان عقله وعدم معرفته بها جعل الشرع رضاه كعدمه والمعدوم شرعا كالمعدوم حسا فهو غير راض وغير الراضي لا يلزمه طلاق ولا بيع فكذلك الصبي.

أقول: وكذلك مدفوع الغضب غير عالم بمصالح نفسه حين اشتعال الغضب في جوفه فانعدم رضاه فيبطل أثر قوله، كما قرر القرافي في الصبي^(١).

إيراد ودفعه:

إن قيل هذا قياس مع الفارق؛ لأن الغضبان مكلف والصبي المميز غير مكلف؛ إذ القلم مرفوع عنه فلا يصح قياس الغضبان عليه.

قيل: نعم الأمر كذلك، ولكن لا يلزم من كونه مكلفا أن يترتب الحكم على مجرد لفظه، كما نقول: المكروه مكلف ولا يصح طلاقه، والسكران مكلف، والمريض مكلف، والحاصل أنه لا يلزم من كون العبد مكلفا أن لا يعرض له حال يمنع اعتبار أقواله ونقص أفعاله^(٢).

خامسا: القياس على السفية البالغ في مشروعية الحجر عليه.

ذهب جمهور الفقهاء إلى مشروعية الحجر على السفية البالغ، وبهذا قال

(١) ينظر: الفروق للقرافي (١ / ٤٦١).

(٢) إغاثة اللهفان (ص٧٦) بتصرف.

المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣)، وإليه ذهب أبو يوسف ومحمد، وذهب أبو حنيفة إلى عدم مشروعيتها^(٤). ولكل أدلته.

قال ابن المنذر: أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيرا كان أو كبيرا^(٥).

وقد تنوعت عبارات الفقهاء في تحديد حال السفه^(٦):

ف عند الحنفية: السفه هو تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل^(٧).

وعند المالكية: هو التبذير وعدم حسن التصرف في المال^(٨).

وعند الشافعية: هو المفسد لماله ودينه^(٩).

وعند الحنابلة: هو المضيع لماله المبذر له^(١٠).

ووجه القياس: أن الجمهور منعوا تصرف السفه؛ نظرا لمصلحته أو عقوبة له وزجرا، فيقاس عليه منع طلاق مدفوع الغضب نظرا لمصلحته أيضا أو عقوبة له وزجرا إن كان طلاقه في تلك الحال مغايظة أو مكايذة لأحد والجامع بين الأصل

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل (٥ / ٧٥)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣ / ١٨٣).

(٢) تحفة المحتاج (٥ / ٧٦١)، النجم الوهاج في شرح المنهاج (٤ / ٤٠٤).

(٣) الهداية على مذهب الإمام أحمد (ص: ٤٧٢)، المغني لابن قدامة (٤ / ١٥٥).

(٤) المبسوط للسرخسي (٤٢ / ٧٥١)، حاشية ابن عابدين (٦ / ٧٤١).

(٥) المغني لابن قدامة (٤ / ١٥٥).

(٦) ينظر مراجع المذاهب السابقة.

(٧) المبسوط للسرخسي (٤٢ / ٧٥١)، حاشية ابن عابدين (٦ / ٧٤١).

(٨) التاج والإكليل لمختصر خليل (٥ / ٧٥)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣ / ١٨٣).

(٩) تحفة المحتاج (٥ / ٧٦١)، النجم الوهاج في شرح المنهاج (٤ / ٤٠٤).

(١٠) الهداية على مذهب الإمام أحمد (ص: ٤٧٢)، المغني لابن قدامة (٤ / ١٥٥).

والفرع هو عدم استقامة العقل واختلال التصرف على وجه لا يرضاه الشرع فأبطله الشرع رحمة به وبغيره ممن يتصل به أن يقع في تصرف ضار به أو بغيره، ويظهر هذا في رباط الزوجية وهو ضعيف في جانب المرأة فإنها لا تملك العصمة إلا إن ملكها الزوج إياها؛ فكان إلغاء طلاق مدفوع الغضب مشابها لإلغاء تصرف السفية من هذا الوجه والله أعلم.

وقد قرر الإمام القرافي فرقا مهما بين أسباب تصرفات السفية القولية والفعلية. (والطلاق تصرف قولي) فقال:

(الأسباب الفعلية تصح من السفية المحجور عليه دون القولية فلو صاد مالك الصيد، أو احتش مالك الحشيش، أو احتطب مالك الحطب، أو استقى ماء ملكه وترتب له الملك على هذه الأسباب، بخلاف ما لو اشترى أو قبل الهبة أو الصدقة أو قارض أو غير ذلك من الأسباب القولية لا يترتب له عليها ملك؛ بسبب أن الأسباب الفعلية غالبها خير محض من غير خسارة ولا غبن ولا ضرر، فلا أثر لسفهه فيها، فجعلها الشرع معتبرة في حقه، تحصيلا للمصالح بتلك الأسباب، فإنها لا تقع إلا نافعة مفيدة غالبا، وأما القولية فإنها موضع المماكسة والمغابنة ولا بد فيها من آخر ينازعه ويجاذبه إلى الغبن، وضعف عقله في ذلك يخشى عليه منه ضياع مصلحته عليه فلم يعتبرها الشرع منه لعدم تعيين مصلحتها بخلاف الفعلية)^(١).

أقول: وكذلك مدفوع الغضب؛ فإنه ما غضب واندفع للطلاق إلا بسبب هيجه على الطلاق، فعقله ضعيف حينئذ فيخشى عليه ضياع مصلحته بتخريب بيته بإيقاع طلاقه في تلك الحال غير المستقرة.

(١) الفروق للقرافي (١/ ٤٠٢).

سادسا: القياس على عدم وقوع طلاق الهازل عند بعض الفقهاء .

قد اختلف الفقهاء في وقوع طلاق الهازل من عدمه وكان خلافهم على

قولين:

القول الأول: طلاق الهازل معتبر واقع، وهو المشهور الثابت من مذاهب الأئمة الأربعة، أبي حنيفة^(١) ومالك^(٢) والشافعي^(٣) وأحمد^(٤)، وروي عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ونحوه عن عطاء وعبيدة وأبو عبيد وهو قول سفيان^(٥)، بل حكاه غير واحد من أهل العلم إجماعا منهم **ابن المنذر** فقال: (وأجمعوا على أن جد الطلاق، وهزله سواء)^(٦).

وقال **ابن القطان:** (أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن طلاق الجد والهزل سواء)^(٧).

واستدلوا لذلك من الكتاب والسنة والمعقول:

أما الكتاب فقوله تعالى: {وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا}.

(١) الأصل لمحمد بن الحسن (٧/ ١٠٣)، شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٥/ ٧) وقال فيه: (سوى عليه الصلاة والسلام بين حكم الجاد والهازل، مع اختلافهما في كون أحدهما قاصداً لإيقاع حكم اللفظ، والآخر غير قاصد له، فدل ذلك على أن كل مكلف وجد إيقاع الطلاق في لفظه، فحكمه لازم له، وأن لا تأثير لعدم إرادته في ارتفاع حكم لفظه).
(٢) التبصرة للخمّي (٤/ ٢٦٨١)، شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٢٣).
(٣) البيان للعمراني (١/ ٣٧)، العزيز شرح الوجيز (٨/ ٣٥٥).
(٤) الكافي لابن قدامة (٣/ ٤١١)، كشف القناع عن متن الإقناع (٥/ ٦٤٢).
(٥) المغني (٨/ ٠٨٢).
(٦) الإجماع (ص: ٥٨)، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، توفي سنة ٩١٣ هـ تحقيق د. فؤاد عبد المنعم أحمد، الناشر: دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى لدار المسلم، ٥٢٤١ هـ / ٤٠٠٢ م.

(٧) الإقناع في مسائل الإجماع (٢/ ١٣)، علي بن محمد بن عبد الملك أبو الحسن ابن القطان (المتوفى: ٨٢٦ هـ)، المحقق: حسن فوزي الصعيدي، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة: الأولى، ٤٢٤١ هـ - ٤٠٠٢ م.

وجه الدلالة: نهى الله تعالى عن اتخاذ آياته التي فرضها وتوجيهاته التي بينها في كل الشؤون وفي شأن الطلاق والرجعة بخاصة نهى أن يتخذها الناس سخريا واستهزاء فلا يبالون بها أو يتهاونون بشأنها، وساق الإمام الطبري بسنده أن الحسن حدثهم: « أن الناس كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يطلق الرجل أو يعتق، فيقال: ما صنعت؟ فيقول: إنما كنت لاعبا؛ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « من طلق لاعبا أو أعتق لاعبا فقد جاز عليه » قال الحسن: وفيه نزلت: {ولا تتخذوا آيات الله هزوا} [البقرة: ٢٣١]»^(١).

وأما السنة، فحديث أبي هريرة - رضي الله عنه - عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة»^(٢).

وحديث أبي الدرداء قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : «من لعب بطلاق أو عتاق فهو كما قال»^(٣).

وحديث فضالة بن عبيد الأنصاري - رضي الله عنه - عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: « ثلاث لا يجوز اللعب فيهن: الطلاق، والنكاح، والعتق»^(٤).

وجه الدلالة: الأحاديث المذكورة واضحة الدلالة على اعتبار الطلاق حال الهزل ماضيا نافذا مع كونه منهيًا عنه، بقوله صلى الله عليه وسلم «لا يجوز اللعب فيهن».

(١) ينظر: المعجم الكبير للطبراني (٩/ ٣٤٣)، تفسير الطبري (٤/ ٤٨١).
(٢) سنن أبي داود، أول كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل (٣/ ٦١٥)، سنن الترمذي، أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق (٢/ ١٨٤) وقال: هذا حديث حسن غريب، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم.
(٣) الأصل لمحمد بن الحسن (٧/ ٠٠٣).
(٤) المعجم الكبير للطبراني ط مكتبة العلوم والحكم (٨١/ ٤٠٣).

وأما الأثر فعن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه قال: أربع مُبْهَمَات مُثَقَّلَات ليس فيهن رِدِيدَى « أي رجوع » ، الطلاق والعتاق والنكاح والنذر^(١).

وأما المعقول فمن وجوه منها:

- أن الفرقة تقع بالفسخ تارة وبالطلاق أخرى. فلما لم يفتقر الفسخ إلى النية، لم يفتقر الطلاق إليها.

- ولأنه لما لم يفتقر صريح العتق إلى النية، لم يفتقر صريح الطلاق إلى النية.

- ولأنه قد افترق في الطلاق حكم الصريح والكنائية، فلو افتقر الصريح إلى النية، لصار جميعه كناية، وإذا كان كذلك فقد وقع الطلاق مع عدم النية ظاهرا وباطنا^(٢).

- ولأن ما يعتبر له القول يكتفي فيه به من غير نية إذا كان صريحا فيه كالبيع^(٣).

القول الثاني: ألغى طلاق الهازل بعض الفقهاء، وهو قول عند المالكية^(٤)،

(١) المرجع السابق، وقوله: « ليس فيهن رِدِيدَى » أي لا عودة عنها ولا رجوع فيما نفذت به.
(٢) الحاوي الكبير (١ / ٤٥١).
(٣) المغني (٨ / ٠٨٢).

(٤) قالوا: (ولزم ولو هزلا) هذا مما يتعلق بالركن الثاني وهو القصد؛ أي: ولزم الطلاق، ولو هزل فيه المطلق، وهذا هو المشهور، وفي السليمانية قول بعدم اللزوم، وقيل: إن أقام عليه دليلا فلا يلزمه، وإلا لزمه، وحجة المشهور قوله عليه السلام: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة».

وقد حكى القرطبي في تفسيره الخلاف في بعض تصرفات الهازل ومنها طلاق الهازل فقال: (واختلف العلماء في الهزل في سائر الأحكام كالبيع والنكاح والطلاق على ثلاثة أقوال: لا يلزم مطلقا. يلزم مطلقا. التفرقة بين البيع وغيره. فيلزم في النكاح والطلاق، .. ولا يلزم في البيع). وفي موضع آخر ساق الاتفاق على لزومه فقال: (ولا خلاف بين العلماء أن من طلق هازلا أن الطلاق يلزمه، واختلفوا في غيره).

وإحدى الروایتین عن الإمام أحمد^(١)، وهو قول الظاهرية^(٢).

واستدلوا على مذهبهم من السنة..

حديث « إنما الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى »^(٣)

وجه الدلالة: قال ابن حزم تعقيبا على الاستدلال بحديث رواه الحسن البصري مرسلا مرفوعا: « من طلق لاعبا أو أنكح لاعبا أو نكح لاعبا أو أعتق لاعبا فقد جاز ». (إن قالوا: هو طلاق؟ قلنا: كلا، ليس طلاقا إنما الطلاق ما نطق به المطلق مختارا بلسانه قاصدا بقلبه، كما أمر الله تعالى، فصح أن كل عمل بلا نية فهو باطل لا يعتد به، ولا طلاق على حاك كلاما لم يعتقه)^(٤).

وقال اللخمي في التبصرة: (إن قام دليل الهزل - لم يلزم العتق، ولا نكاح، ولا طلاق، ولا شيء عليه من الصداق. وإن لم يقد دليل لذلك لزمه نصف الصداق ولم يمكن منها لإقراره على نفسه ألا نكاح بينهما).

ينظر: التبصرة للخي (٤/ ٢٦٨١)، تحبير المختصر وهو الشرح الوسط لبهرام على مختصر خليل (٣/ ٠٧١)، تاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري (المتوفى: ٣٠٨ هـ)، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب. د. حافظ بن عبد الرحمن خير، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، ٤٣٤١ هـ - ٣١٠٢ م، منح الجليل شرح مختصر خليل (٤/ ٥٤)، شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٢٣)، تفسير القرطبي (٣/ ٧٥١)، (٨/ ٧٩١).

(١) قال المرداوي: (متى أتى بصريح الطلاق، وقع، نواه أو لم ينوه. أما إذا نواه، فلا نزاع في الوقوع، وأما إذا لم ينوه، فالصحيح من المذهب، ونص عليه الإمام أحمد، رحمه الله، وعليه الأصحاب، أنه يقع مطلقا. وعنه، لا يقع إلا بنية، أو قرينة غضب، أو سؤالها، ونحوه).

أقول: فقوله (وعنه لا يقع إلا بنية) تصريح بأن في المذهب رواية أخرى لا توقع طلاق الهازل إلا إذا انعقد قلبه على الطلاق. وهذه الرواية حكاه ابن القيم في إغاثة اللهفان (ص ٠٦)، وينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. ت: التركي (٢٢/ ٦١٢).

(٢) حكاه الماوردي عن داود. ينظر: المحلى (٩/ ٦٦٤)، الحاوي الكبير للماوردي (١/ ٤٥١).

(٣) صحيح البخاري، بدء الوحي، (١/ ٦).

(٤) المحلى (٩/ ٦٦٤).

القول المختار

يظهر لي جليا قوة القول الأول وهو وقوع طلاق الهازل واعتباره؛ لقوة ما استدلوا به من القرآن والسنة والأثر والمعقول، ولعل هذا ما حدا بجملة من الأئمة أن يحكوا الاتفاق أو الإجماع على ذلك ومن ثم فلا أراه أصلا قويا يصح القياس عليه وفي غيره غُنية عنه.

دلالة المعقول على عدم وقوع طلاق المدفوع بالغضب^(١)

- أن غاية التلفظ بالطلاق أن يكون جزء سبب، والحكم لا يتم إلا بعد وجود سببه وانتفاء مانعه، وليس مجرد التلفظ سببا تاما، باتفاق الأئمة،
وحينئذ، فالقصد والعلم والتكليف إما أن تكون بقية أجزاء السبب أو تكون شروطا في اقتضائه، أو يكون عدمها مانعا من تأثيره، وعلى التقادير الثلاثة، فلا يؤثر التكلم بالطلاق بدونها. وليس مع من أوقع طلاق الغضبان، والسكران، والمكره، ومن جرى على لسانه بغير قصد منه، إلا مجرد السبب، أو جزؤه، بدون تحقق شرطه وانتفاء مانعه، وذلك غير كاف في ثبوت الحكم.
- أن وقوع الطلاق حكم شرعي، فيستدعي دليلا شرعيا، والدليل إما كتاب، أو سنة، أو إجماع، أو قياس يستوي فيه حكم الأصل والفرع، وليس شيء منها موجودا في مسألتنا، وإن شئت قلت: الدليل إما نص وإما معقول نص، وكلاهما منتف.

(١) أورد هذه الأدلة العقلية المبنية العلامة ابن القيم في رسالته إغاثة اللفهان (ص ٦٤ وما بعدها) وقد أوردتها بتصريف يسير لمزيد الإيضاح.

دلالة مقاصد الشريعة على عدم وقوع طلاق المدفوع بالغضب

أولاً: النكاح عقد وثيق وهو سنة الأنبياء والمرسلين، والحفاظ عليه من دعائم الحفاظ على كلية كبيرة من كليات مقاصد التشريع وهي حفظ النسل، والطلاق نقض لهذا العقد وحل لوثاقه، وحين تتمكن المضارة والتشاكس في حياة الزوجين، ويتعذر تمهيد السبيل بينهما للارتفاق بالمعيشة الاجتماعية يكون الطلاق مشروعاً بقصد رفع الأذى الذي لم يمكن إيجاد سبيل لرفعه إلا بافتراق هذين الزوجين، والطلاق بمجرد مفسدة؛ لما لا يخفى من آثاره النفسية والاجتماعية، ولكنه شرع تقادياً لمفسدة أعظم منه وهي البقاء على غيظ لا يتحمل بينهما، وما نحن فيه لو أوقفنا طلاق المدفوع بالغضب فلن يتوافق مع مقصد الشرع في تنظيم الطلاق وجعله وسيلة لتقادي الضرر العظيم بالاجتماع على غير موائمة بدليل الندم على الاندفاع بكلمة الطلاق حال الغضب والتصريح أنه لم يكن على البال قطع الزوجية وتخريب عمران الأسرة، فكان المناسب لمقاصد نظام الطلاق ألا يوقع طلاق المدفوع بالغضب؛ لأن بقاء الحياة ممكن والموائمة متاحة، ولكن طارئ الغضب هو الذي عكر الصفو وزلزل الركن الوثيق فلا يعتبر طارئ غير متمكن في باب الإرادة من نقض الوثاق الغليظ، ولو تماشنا مع مقصد الشرع من الطلاق لوجدناه مفقوداً عند مدفوع الغضب.

يقول الإمام الدهلوي - رحمه الله -: (قد يصير الزوجان متناشزين إما لسوء خلقهما أو لطموح عين أحدهما إلى حسن إنسان آخر أو لضيق معيشتها أو لخرق واحد منهما، ونحو ذلك من الأسباب، فيكون إدامة هذا النظم مع ذلك بلاء عظيماً وحرماً)^(١).

(١) حجة الله البالغة (٢/ ٣١٢).

ويقول في شأن المكره: (اعلم أن السبب في هدر طلاق المكره شيئان:

أحدهما: أنه لم يرض به، ولم يرد فيه مصلحة منزلية، وإنما هو لحادثة لم يجد منها بدا، فصار بمنزلة النائم...^(١))

أقول: وكذلك الحال في شأن المدفوع بالغضب لم يقصد به استصلاحا منزليا ولم يرض به، فيعتبر مهذرا، إلا إن أسفرت دلائل الحال مع الغضب على القصد الواضح لقطع وشيجة النكاح بسبب ذي اعتبار، كمن علم بزنا زوجته فغضب وطلقها، أو علم إتيانها ما يفسد نظم الزوجية فغضب وطلقها فهذا واقع لحصول الرضا بتنفيذ الطلاق وتعديل شأن المنزل.

ثانيا: الناظر في أوضاع الشريعة يتبين له أن العوارض النفسية لها تأثير في القول، إهدارا واعتبارا، وإعمالا وإلغاء، وهذا كعارض النسيان، والخطأ، والإكراه، والسكر، والجنون، والخوف، والحزن، والغفلة، والذهول، ولهذا يحتمل من الواحد من هؤلاء من القول ما لا يحتمل من غيره، ويعذر بما لا يعذر به غيره؛ لعدم تجرد القصد والإرادة، ووجود الحامل على القول.

ومن فروع ذلك...

- أن الصحابة كان يسأل أحدهم النادر: أفي رضا قلت ذلك أم في غضب؟ فإن كان في غضب أمره بكفارة يمين؛ لأنهم استدلوا بالغضب على أن مقصوده الحض والمنع، كالحالف، لا التقرب.

- أن الشريعة جعلت عارض السكر مانعا من اعتبار قراءة السكران وذكره وصلاته، كما جاء في قوله تعالى: لياأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون} [النساء: ٤٣].

(١) حجة الله البالغة (٢/ ٣١٢).

- وجعله النبي - صلى الله عليه وسلم - مانعا من صحة إقراره لما أمر باستنكاه من أقر بين يديه بالزنا^(١).
- وجعله مانعا من تكفير حمزة بن عبد المطلب حين قال له ولأصحابه: «هل أنتم إلا عبيد لأبي؟!»^(٢).
- وكذلك علي بن أبي طالب حين قرأ: (قل يا أيها الكافرون أعبد ما تعبدون، ونحن نعبد ما تعبدون) وكان ذلك قبل تحريم الخمر، ولم يعد بذلك كافرا؛ لعدم القصد، وجريان اللفظ على اللسان من غير إرادة لمعناه^(٣).
- وجعل الخطأ والنسيان والاستكراه موانع من المأثم فقال: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(٤).
- ونهى المكلف عن أن يقبل على الصلاة وهو بحضرة الطعام أو يدافعه الأخبثان؛ حتى لا يتشوش خاطره وينصرف عن خشوع الذي هو روح الصلاة ومقصودها الأعظم^(٥).

(١) ينظر: صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى (٣ / ٢٢٣١) وفيه خبر حديث ماعز: (فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أب جنون؟» فأخبر أنه ليس بجنون، فقال: «أشرب خمرا؟» فقام رجل فاستكفه، فلم يجد منه ريح خمر، قال، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أزنيت؟» فقال: نعم) ، والاستكراه: هو طلب النكته وهي ريح الفم لمعرفة هل شرب الخمر أم لا؟ وينظر: المصباح المنير مادة (نكه).

(٢) ينظر: صحيح البخاري، كتاب فرض الخمس (٨٧/٤).

(٣) ولفظه: عن علي بن أبي طالب، قال: صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا وسقانا من الخمر، فأخذت الخمر منا، وحضرت الصلاة فقدموني فقرأت: (قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون) ونحن نعبد ما تعبدون. قال: فأنزل الله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون). سنن الترمذي، أبواب تفسير القرآن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ومن سورة النساء (٨٨ / ٥) وقال: هذا حديث حسن صحيح غريب.

(٤) سنن ابن ماجه، أبواب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي (٣ / ١٠٢).

(٥) روى مسلم في صحيحه، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب لا صلاة بحضرة طعام ولا وهو يدافعه الأخبثان، (١ / ٣٩٣) من حديث عائشة سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «لا صلاة بحضرة الطعام، ولا هو يدافعه الأخبثان».

وجملة القول:

إن عارض الغضب قد يكون أقوى من كثير من هذه العوارض، فإذا كان الواحد من هؤلاء - الذين حصل لهم تشويش بسبب عوارض نفسية - لا يترتب على كلامه مقتضاه؛ لعدم القصد، فالغضبان الذي لم يقصد ذلك إن لم يكن أولى بالعدر منهم لم يكن دونهم^(١).

دلالة القواعد الكلية

• قاعدة: الأصل بقاء ما كان على ما كان، وذلك أن النكاح مثبت بالإجماع، فلا يزول إلا بإجماع مثله. وإن شئت قلت: نكاحه قبل صدور هذا اللفظ منه ثابت بإجماع، والأصل بقاءه حتى يثبت ما يرفعه^(٢).

الرأي المختار

بعد سرد أدلة القولين ومناقشة ما نوقش منهما يظهر لي أن القول بعدم وقوع طلاق مدفوع الغضب هو الأقوى دليلاً والأوفق لمقاصد الشرع الشريف، وذلك للأسباب الآتية:

- الطلاق حل لعصمة النكاح، وهو عقد ثابت بيقين، فلا يصار إلى نقضه إلا بيقين مثله، وهو منتف هنا، فلا يقين، بل هو لفظ ظاهر المعنى منعدم اللباب والقصد؛ لأن مدفوع الغضب يقرر أنه ما أقدم على الطلاق بإرادة صحيحة بل معيبة فتمكن الخلل من القصد المؤدي إلى حل العصمة فوجب البقاء على الأصل وهو ثبوت النكاح .

(١) ينظر: إغاثة اللفهان في حكم طلاق الغضبان (ص: ٧٥).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر للسبكي (١ / ٣١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ١٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٩٤)، إغاثة اللفهان في حكم طلاق الغضبان (ص: ٧٥).

- **قد يقال:** يقع طلاق مدفوع الغضب احتياطا لحرمة الفروج، **والجواب:** أن الحفاظ على العصمة - مع عدم تيقن حلها - أكثر اعتبارا في الشرع من مجرد الاحتياط؛ فإن مفساد وقوع الطلاق - عن غير رغبة - لا تخفى على ذي بصر، في حين أن التشديد بالاحتياط ما هو إلا تفويت لمحل شرعي بسبب غير يقيني.
- حديث « لا طلاق في إغلاق » واضح الدلالة في إهدار التصرف القولي بحل العصمة حين يتغلق على الرجل عقله ويختلط عليه مراده ولا يتمحض قصده، فالحق أن يعمل بهذا الحديث في إطاره العام الدال على الإلغاء حين اختلال آلة التدبير المفكرة وهي العقل، والغضب غول العقل كما قيل.
- موارد الشرع دالة على ندم الغضب والنهي عن مساوقة آثاره، فكيف يكون مذموما ويرتب عليه الشرع أثرا هو في الأصل مبغوض شرعا وهو الطلاق « أبغض الحلال عند الله الطلاق » والحديث وإن كان في إسناده مقال لدى أهل الصناعة الحديثية إلا أن معناه متوافق مع مقاصد الشرع في تثبيت الأسرة وحمايتها من عوادي الأيام، وهذا كله فيما لم يكن الطلاق فيه حلا ناجعا حين تستحيل العشرة بين الزوجين فينطبق حينئذ قوله تعالى: **﴿وَأِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾** [النساء: ١٣٠].
- إذا كان الشرع يوقف اعتبار العمل على النية - لا سيما العمل الكبير الخطير، والنكاح عمل كبير ونقضه أيضا بالطلاق عمل كبير أفلا ينبغي إعمال مبدأ تحرير النية ووجوب وضوحها بالفراق المؤكد وانقطاع عصمة الزوجية وهو ما لا يتوفر في حالة مدفوع الغضب، فلزم أن يكون عملا خلوا من تحرير النية فلا عبرة به.
- خطورة الطلاق لا تتعلق بشخص الزوج وحده بل هي وشيجة بين طرفين، فأين اعتبار حق الطرف الثاني وهو المرأة، وهل تعرض حياتها الزوجية للبوار

بسبب حال طارئ من غضب لا يستقر معه قصد الطلاق ، بل مقتضى العدل الذي يقرره الشرع أن يكون الطلاق على إرادة تامة غير معيبة بعيب يشوب الرضا عند الزوج وحينئذ لو كان طلاقه - بغير مبرر معتبر - اعتداء عليها فقد ركب مظلمة شنيعة لا يُقَادَرُ قدرها.

- من يتأمل حديث القرآن عن الطلاق وتحسينه وتجميله بقوله تعالى: {وَسِرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا} [الأحزاب: ٤٩] وقوله تعالى: {فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ} [الطلاق: ٢] يدرك حتما أن طلاق مدفوع الغضب لا يتوافق مع الهدى الإلهي في إيقاعه ، وكيف يأمر الله تعالى بأمر ويرشد إليه ثم نعتبر ما يخالفه صحيحا نافذا ؟

- طلاق مدفوع الغضب هو نوع من الإكراه؛ لأن نتيجة الإكراه فعل الشيء على غير رغبة بدافع قوي من الغير، وهنا كذلك فنحن نتكلم في شخص لم يرد أن يفارق امرأته ولم تكن له رغبة بذلك وإنما طاش لسانه بعبارة الطلاق بدافع من الغير حيث استثير غضبه ، فهذا من صور الإكراه المعنوي وربما كان الإكراه المعنوي أكثر تأثيرا من الحسي.

يقول **الحافظ ابن حجر**: (واحتج عطاء بآية النحل إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) قال عطاء: الشرك أعظم من الطلاق أخرجه سعيد بن منصور بسند صحيح وقرره الشافعي بأن الله لما وضع الكفر عمن تلفظ به حال الإكراه وأسقط عنه أحكام الكفر فكذلك يسقط عن المكره ما دون الكفر؛ لأن الأعظم إذا سقط سقط ما هو دونه بطريق الأولى وإلى هذه النقطة أشار البخاري بعطف الشرك على الطلاق في الترجمة (١).

(١) ينظر: فتح الباري لابن حجر (٩/ ٠٩٣).

أقول: فإذا كان الله تعالى قد تجاوز عن المكروه إذا نطق بكلمة الكفر غير منعقد عليها قلبه، فإن مقتضى رحمته عز وجل ألا يحاسب المرء على لفظ لم ينعقد عليه قلبه وإنما ساقه إليه ما يكرهه.

ولو ذهبنا نطبق قوله صلى الله عليه وسلم « إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه»^(١). على حال المطلق مدفوع الغضب لكننا مطمئنين إلى انطباق وصف الاستكراه عليه.

- الأخذ بهذا القول حين الإفتاء يعتبر مخرجا شرعيا ذا وجهة فقهية ويمثل سدا لذريعة وقوع الناس في جريمة التحليل المحرمة حين ينسد عليهم باب بقاء النكاح بوقوع الطلاق لا سيما إن كانت الطلقة الثالثة.

المطلب التاسع

تفاوت الغضب وأثره في حكم الطلاق

لما كان الغضب وصفا معنويا تختلف دوافعه عرفنا أن درجاته في الشخص الواحد تختلف فمنه ما يكون عاديا طبيعيا مستقرا، وهو موضع اتفاق بعدم اعتباره مانعا للطلاق، ومنه ما يكون ملجئا إلى أقوال غير مطلوبة ولا مرضية للشخص ذاته وهو موضع اجتهاد بين الفقهاء، ومنه ما يجعل الإنسان زائل الوعي بالكلية كالمجنون وهو أشده وأعلاه وجمهور العلماء على اعتباره مانعا من نفوذ الطلاق. وينبغي على القاضي أو المفتي فقيه النفس أن يدرك اختلاف الناس في طبائعهم ومنازلهم لموجبات الغضب فيعطى حينئذ لكل حالة ما يناسبها من الحكم بحسب الدوافع الجالبة للغضب، وغضب كل أحد بحسبه، فلا يوجد معيار ثابت لقياس الغضب وتعميمه على كل مستفت، بل ينظر في كل حالة برأسها، فما

(١) سنن ابن ماجه (٣/ ١٠٢)، وسبق تخريجه.

يكون دافعا لغضب شخص قد لا يكون متوفرا في غيره فغضب القاضي وذي
الوجهة ليس كغضب العامة وغضب العالم ليس كغضب الجاهل، ومن الخطأ
وضع معيار ثابت تحاكم إليه الطباع المتغيرة المتفاوتة

ومن ثم فلا بأس أن يُدَيَّن المستفتي عن حالة غضبه فيصح استحلافه على
الدرجة التي بلغ إليها غضبه، وعن مدى تحكمه من نفسه، وهل كان يسعه أن
يعدل عن التلفظ بالطلاق أم لا، وبناء على بيانه يكون حكم القاضي أو فتوى الفقيه.
ولا يقال: إن كثيرا من الناس يتسارعون إلى الكذب أو إيجاد التُّكَاة لأنفسهم
لئلا يقع طلاقهم

ذلك أن الشرع لم يرشد إلى التنقيب عن بواطن الناس وطواياهم بل ناط
الأحكام بالظواهر من أقوالهم وأفعالهم، ومن بعدُ فكل امرئ بما كسب رهين. والله
تعالى يقول لنبيه الكريم {لَسْتَ عَلَيْهِمْ بِمُصَيِّرٍ} [الغاشية: ٢٢]، ويقول: {تَحْنُ
أَعْلَمُ بِمَا يَقُولُونَ وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِجَبَّارٍ} [ق: ٤٥].

يقول ابن القيم - رحمه الله -:

قد ينكر كثير من الناس أن الغضب يزيل العقل، ويبلغ بصاحبه إلى هذه
الحال، فإنه لا يعرف من الغضب إلا ما يجد من نفسه، وهو لم يعلم غضبا انتهى
إلى هذه الحال.

وهذا غلط؛ فإن الناس متفاوتون في الغضب تفاوتاً عظيماً، فمنه ما هو
كالنشوة، ومنه ما هو كالسكر، ومنه ما هو كالجنون، ومنه ما هو سريع الحصول
سريع الزوال، وعكسه، ومنه سريع الحصول بطيء الزوال، وعكسه، كما قسمه
النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى هذه الأقسام.

وقوى الناس متفاوتة تفاوتاً عظيماً في ملك قواهم عند الغضب، والطمع، والحزن، والخوف، والشهوة، فمنهم من يملك ذلك ويتصرف فيه، ومنهم من يملكه ذلك ويتصرف فيه^(١).

المطلب العاشر

السياسة الفقهية لحكم طلاق مدفوع الغضب

للفقه حكمة وسياسة، وتنزيل للحكم على الحال اللائق بها، وههنا سؤالان محل بحث وتحقيق يتصلان بما أسميه سياسة الفقه أو الفتوى:

السؤال الأول: هل يصح أن يقال: للفقهاء المفتي الذي لم يترجح لديه القول بعدم وقوع طلاق مدفوع الغضب أن يستعمل - عند حال الاضطرار - هذا القول الذي رجحناه بعدم وقوع طلاق مدفوع الغضب؛ رعاية للخلاف الفقهي فيه..

بحيث يقال: لو كانت هي الطلقة الأولى أو الثانية فيفتي المفتي بوقوعها وإن كانت الثالثة أفتى بعدم وقوعها؟

الذي أراه - والله تعالى أعلم - جواز ذلك وليس هذا من القول بالتشهي، وإنما استناداً إلى قاعدتين فقهيتين معتبرتين وهما: القاعدة الأولى: «**يغفر في البقاء ما لا يغفر في الابتداء**»^(٢).

وتنزيلها هنا أنه يصح له أن يتسامح في الأخذ بالقول بعدم إيقاع طلاق الغضبان في حالة البقاء وهي إرادة استمرار الزوجية وعدم نقضها، بخلاف ما لو كان في ابتداء الطلاق في الطلقة الأولى أو الثانية.

(١) ينظر: إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان (ص: ٩٥).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٣٨).

القاعدة الثانية: « إذا ضاق الأمر اتسع »^(١) وتنزيلها هنا أنه قد ضاق عليه أمر استمرار عقد الزوجية بإصدار طلقة ثالثة ، فيتسع له الأخذ بعدم وقوعها في الغضب الدافع إعمالاً لهذه القاعدة. وهي من فروع قاعدة « المشقة تجلب التيسير » أليس من أشق المشقة انسداد باب الزوجية على الزوجين ، لا سيما إن كان بينهما أولاد، أو كان بينهما بقية مودة ورحمة مع تشوف الشرع إلى استقرار البيوت وحفظ الأسر؟ اللهم بلى.

وهاتان القاعدتان وإن لم يذكر الفقهاء من أمثلتهما مسألتنا هذه إلا أنني أرى قوة تطبيقهما عليها وبالله التوفيق.

السؤال الثاني: هل للمجتهد الذي تبني هذا القول « عدم وقوع الطلاق في الاندفاع بالغضب » أن ينشره على عموم الناس من حيثية علمية أم يأخذ به في خاصة فتواه فقط؟

يقول **الفقيه الحنبلي المعاصر محمد بن صالح - رحمه الله :-**

(القول بعدم وقوع طلاق الغضبان نظرياً هو القول الراجح، لكن عملياً وتربوياً هل نقول بالفتوى به، أو نمنع الفتوى به إلا في حالات معينة نعرف فيها صدق الزوج؟

نقول بالثاني؛ لأننا لو أطلقنا القول بأن طلاق الغضبان لا يقع لكثرة من يقول: أنا غضبت وطلقت، وهو لا يفرق بين الدرجة الأولى والدرجة الثانية فيقع التلاعب، ولهذا فإطلاق الفتوى بعدم وقوع الطلاق من الغضبان يؤدي إلى أن يتتابع الناس في الطلاق، فإذا رأى الإنسان من الزوج أنه رجل مستقيم لا يمكن أن يتهاون فحينئذ يتوجه القول بالفتوى أنه لا يقع الطلاق، وإذا رأى أنه متهاون

(١) ينظر: الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ٩٤).

يريد أن ترجع إليه زوجته بأي سبيل، فهنا ينبغي أن يفتى بوقوع الطلاق، وهذا من باب سياسة الخلق، والسياسة لها شأن عظيم في الشريعة الإسلامية حتى في الأمور الحسية، فربما نمنع هذا الرجل من أكل هذا الطعام المعين وهو حلال؛ لأنه يضره، ولا نمنع الآخر لأنه لا يضره^(١).

والذي يظهر لي هو إمكان استعمال القول بعدم وقوع طلاق المدفوع بالغضب في الطلاق الثالث بناء على قاعدة « يغتفر في الانتهاء ما لا يغتفر في الابتداء » ورعاية للخلاف الكبير الوارد في المسألة والجمهور يرى وقوعه؛ واختيار القول بعدم وقوعه مع قوة أدلته إلا أنه يعتبر مخرجا شرعيا صحيحا من مصيبة الخراب الأسري فيمكن ادخاره لحال الضرورة عند الطلاق الثالث.

وكذلك يسع الفقيه أن لا يبيث هذا القول على العامة؛ لئلا يستهينوا بشأن الطلاق؛ ويبقى للدرس وحلقات العلم والإفتاء الخاص. والله تعالى أعلم.

(١) ينظر: الشرح الممتع على زاد المستنقع (٣١ / ٩٢).

الخاتمة

وتشمل النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج

توصلت بعد نهاية هذا البحث إلى جملة من النتائج العلمية أسوقها فيما يأتي:

١- الغضب حالة مزاجية غير قويمة، كثيرا ما تختلف فيها الحالة الرضائية الداخلية للمرء عما أقدم عليه تفاعلا مع غضبه.

٢- أمر الشرع الشريف بالتحكم في النفس عند الغضب وبين أن أشد الناس قوة هو من يتمكن من ذلك.

٣- أوصى الشرع الحكيم بعدم الغضب وبين أنه من تلاعب الشيطان ببني آدم، وأن الغاضب عليه أن يغير من هيئة جسده قياما أو قعودا وحرارة وتبريدا بالوضوء ونحو ذلك، وأن يغير من حالة نفسه بأن يستعيز بالله تعالى من الشيطان - واعيا لمعنى ما يستعيز منه.

٤- نفى الشرع إيقاع الطلاق حال الإغلاق، وجاء التوجيه النبوي « لا طلاق في إغلاق » وهو نهى ثابت عند أهل الحديث.

٥- تعدد اجتهاد أئمة الشريعة في تفسير لفظ « الإغلاق » ، فقال بعضهم هو الإكراه والإجبار على التلفظ بالطلاق دون إرادة ذلك بعزم القلب، وهذا قول جمهور الفقهاء ، وقال بعضهم هو الجنون، والمجنون فاقد الأهلية ومن ثم لا يقع طلاقه وهو مذهب الحنفية، وقال بعضهم: يشمل ما مضى ويشمل أيضا الغضب الدافع إلى الطلاق بحيث لولاه ما طلق، وهو اجتهاد طائفة من كبار الأئمة وثقاتهم كأحمد بن حنبل وظاهر صنيع الإمام البخاري، وأبي داود صاحب السنن

وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة والمزي من الشافعية، وابن عابدين من الحنفية.

6- كما تعدد اجتهاد الفقهاء في تفسير لفظ «الإغلاق» تعدد أيضا تفسيره لدى أئمة اللغة المجتهدين فقليل بأنه الإكراه وقليل بأنه الغضب والضجر.

7- ذكر بعض الأئمة كالإمام الأشعري في بعض تصانيفه المهمة مسألة «طلاق الغضبان» مما يشير إلى أنها أنشأت حراكا ثقافيا واسعا في قرون الإسلام الأولى، واعتبارا لذلك فقد رصدها ضمن مقالات الإسلاميين مع أنها مسألة فرعية، ونحو ذلك ما ذكره في كتب العقائد من مشروعية المسح على الخفين؛ مع أنه حكم فقهي لكن لما أنكره الشيعة، ذكره بعض مصنفي كتب العقائد فيها تمييزا لأهل السنة عن غيرهم .

8- حالة الغضب الشديد الذي لا يبقى معه وعي ألبته ويزول به الإدراك تماما لا يختلف أحد من أهل الفقه أنه نازل منزلة الجنون في إهدار لفظ الطلاق؛ لأن العقل مناط التكليف وقد زال فيزول ما يترتب على فقدانه.

9- حالة الغضب المعتاد الطبيعي يبقى الإدراك معها مستقرا واضحا بحيث لا يكون الغضب هو الدافع على اتخاذ قرار الطلاق بل يكون القرار متأسسا على روية وأناة وهذه الحالة لا يختلف أحد في وقوع الطلاق معها حيث لا مانع من ترتيب أثر اللفظ عليه فقد وجد القصد وتحررت الإرادة.

10- حالة الاندفاع إلى الطلاق بسبب الغضب هي مدار هذا البحث وهي مسألة اجتهادية ليست قطعية بنص ولا إجماع. وقد تنوع الاجتهاد فيها بحسب عدة أدلة وبحسب نظر كل فريق إلى المناط الذي يعلق به الحكم، فمن قالوا بوقوعه نظروا إلى وجود الإدراك حال النطق وقالوا هذا لا يقدر في القصد والإرادة

فيقع طلاقه، ومن قالوا بعدم وقوعه نظروا إلى اختلال القصد وتعيُّب الإرادة وأنهما ليسا خالصين بل يشوبهما دافع الغضب الذي لولاه ما أقدم على الطلاق فجعلوا هذا قادحا في نيته وقصده لتأثير خارجي بعثه على الطلاق، ولا ينبغي أن تنقض عقدة النكاح الغليظة بتصرف مشكوك فيه ولم تتوجه النية خالصة لتحقيقه.

١١- لو قال مدفوع الغضب: كنت قاصدا الطلاق مريدا له مطمئنا إليه واعيا ما يترتب عليه، فحينئذ يقع طلاقه؛ لانعدام أثر الغضب في قرار الطلاق، فبقي إدراكه وإملاكه صحيحا، فترتب على لفظه مقتضاه، وهو ما قرره أبو جعفر الباقر - من فقهاء آل البيت عليهم الرضوان - بقوله: (وكل طلاق في غضب أو يمين أو عتق فليس بطلاق إلا لمن أراد الطلاق)^(١).

١٢- للمفتي أو القاضي تبيين الرجل الذي وقع منه لفظ الطلاق حال الاندفاع بالغضب بأن يستحلفه على قصده ومراده مع تغليظ شأن اليمين الغموس وأنها تغمس صاحبها في النار.

٣١- « إذا ضاق الأمر اتسع » قاعدة فقهية جليلة يمكن تطبيقها في واقعنا المعاصر في اختيار وترجيح القول بعدم وقوع طلاق مدفوع الغضب؛ حيث لا يخفى على بصير ما يعانیه أهل الزمان من ضغوط معنوية ومادية يضيق بها الصدر ويستغلق منها الرشد، وليس ثمة ما يمنع هذا الترجيح من نص ولا إجماع.

١٤- مقاصد الشريعة تدعو إلى لم شمل الأسرة وتنفرد من تفريقها دون برهان وثيق وهذا القول يتفق مع هذه المقاصد.

١٥- اختار هذا القول أئمة أجلاء شهد لهم حملة الشريعة بالفقه الواعي والتجديد القويم وبعد النظر المبني على أسس راسخة من فلسفة التشريع الخاصة بالأسرة جمعا أو تفريقا.

(١) إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان (ص ٤٦).

١٦- إذا خشي الفقيه نشر هذا القول لئلا تتعطل أحكام الطلاق بدعوى الغضب - مع أن أكثره يكون في هذه الحالة- ومع خراب الذم في كثير من الناس، فيمكنه من باب السياسة الفقهية أن يبقي الحكم المذاع على الناس هو وقوع الطلاق حين التلفظ الصريح به، ويبقي للفتوى الخاصة مجالا بنظر تقديري يعود للمفتي أو القاضي في كل حالة بما يلائمها.

١٧- ناقش بعض العلماء تفسير لفظ الإغلاق بالغضب بأن أغلب الطلاق يقع في الغضب ومن ثم لن يقع لأحد طلاق إذا قلنا إن تفسيره هو الغضب. والجواب على هذه المناقشة من وجوه:

أولاً: الشرع لا يتشوف إلى إيقاع الطلاق وحل عقد النكاح بين المسلمين بل يتشوف إلى تأكيد هذه العقدة ومزيد المحافظة عليها^(١).

ثانياً: هناك حالات من الغضب تخرج عن مورد النص بالإجماع وهي حالة الغضب الطبيعي الذي لا تتغير به الإرادة فيقع معها الطلاق وحالة الغضب الشديد جدا الذي يزول به العقل فلا يقع معه الطلاق، وهناك حالات طلاق واضحة الباعث كمن زنت امرأته فطلقها لزنائها فهذا يقع طلاقه لوضوح الإرادة في أنه لا يمكنه المكث مع امرأة زانية فهناك غضب نعم، ولكن صاحبه معان أخرى مثل وجود الخيانة وإصاق المعرة فكان طلاقه لها حينئذ معتبرا.

- يمثل هذا الاختيار الفقهي لعدم وقوع الطلاق المدفوع بالغضب مخرجا شرعيا ويسرا على المكلفين ونفيا للإعنات والحرص عنهم، بل هو مخرج وثيق معتبر

(١) كيف لا، وقد بين أن الفراق المجرد عن الاعتبار الشرعي من مقاصد الشيطان ومحابه. كما في حديث سرايا الشيطان وأنه يفرح بمن يفرق بين الرجل وامرأته. فعن جابر، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إن إبليس يضع عرشه على الماء، ثم يبعث سراياه، فأدناهم منه منزلة أعظمهم فتنة، يجيء أحدهم فيقول: فعلت كذا وكذا، فيقول: ما صنعت شيئا، قال ثم يجيء أحدهم فيقول: ما تركته حتى فرقت بينه وبين امرأته، قال: فيدنيه منه ويقول: نعم أنت » قال الأعمش: أراه قال: «فيلترمه». صحيح مسلم (٤/ ٧٦١٢).

لجريمة التحليل المتوعد عليها باللعن، فإن وجد المخرج لعدم احتساب الطلاق المدفوع بالغضب سيمنع كثيرا من حالات يلجأ فيها الزوجان إلى جريمة التحليل رغبة في استمرار حياتهما، وعدم تخريبها مع كون الوسيلة محرمة مستتبشة في الشرع، إلا أن إلغاء الطلاق حال الاندفاع بالغضب يشهد له كثير من الأدلة والاعتبارات الشرعية فكان مانعا من السقوط في كارثة التحليل والله أعلم^(١).

ثانيا: التوصيات

- يجب أن تضطلع المؤسسات الرسمية الدينية وهي: الأزهر الشريف وما يتبعه من هيئات ودار الإفتاء ووزارة الأوقاف بمزيد عناية دعوية وإرشادية للمجتمع بفقهاء الأسرة ومقاصده الشرعية وبخاصة في الزواج والطلاق، بإقامة الندوات والمؤتمرات وورش العمل، والبرامج الإذاعية حول هذا المجال.

- توعية المجتمع بخطورة حالة الغضب وضرورة التحكم في النفس، وبيان وصية النبي الكريم - صلوات الله عليه - بعدم الغضب.

- إذاعة القول بحرمة الإقدام المتعمد على الطلاق حال الغضب ترهيبا للزوج؛ لما ينتج عنه من المضار التي لا تحصى وتعرض الحياة الزوجية للخطر، وهذه مفاصد محرمة في الجملة وما أدى إلى الحرام يكون حراما، ولما ورد في الحديث «لا طلاق في إغلاق» يقول الإمام القُدوري الحنفي: فكأنه عليه السلام نهى عن الطلاق في حال الغضب؛ لأن الإنسان يندم عند سكون غضبه في العادة^(٢).

(١) يقول ابن القيم: (عند رسول الله السعة والرحمة وعند غيره الشدة والنقمة فما جاءه مكروب إلا وجد عنده تفريج كربته ولا لهفان إلا وجد عنده إغاثة لهفته فما فرق بين زوجين إلا عن وطر واختيار ولا شئت شمل محبين إلا عن إرادة منهما وإيثار ولم يخرب ديار المحبين بغلط اللسان ولم يفرق بينهم بما جرى عليه من غير قصد الإنسان) . (إغاثة اللهفان ص ٧٢).

(٢) التجريد للقُدوري (١/٤٢٩٤).

مراجع البحث

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: بقية المراجع مرتبة هجائياً

- (١) الإجماع ، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، توفي سنة ٣١٩ هـ تحقيق د. فؤاد عبد المنعم أحمد، الناشر: دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى لدار المسلم، ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٤ م.
- (٢) الأحكام الوسطى، عبد الحق بن عبد الرحمن بن عبد الله بن الحسين بن سعيد إبراهيم الأزدي، الأندلسي الأشبيلي، المعروف بابن الخراط (المتوفى: ٥٨١ هـ)، تحقيق: حمدي السلفي، صبحي السامرائي، الناشر: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، عام النشر: ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م.
- (٣) إحياء علوم الدين، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥ هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت.
- (٤) إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠ هـ)، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق - كفر بطنا، قدم له: الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور، الناشر: دار الكتاب العربي، الطبعة: الأولى ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
- (٥) إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: ١٤٢٠ هـ)، إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.
- (٦) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠ هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
- (٧) الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: ٧٧١ هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م.
- (٨) الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١ هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م.
- (٩) الإشراف على نكت مسائل الخلاف، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (٤٢٢ هـ)، المحقق: الحبيب بن طاهر، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة:

الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

١٠ الأصل، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (المتوفى: ١٨٩ هـ)، تحقيق ودراسة: الدكتور محمد بونوكالين، الناشر: دار ابن حزم، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م.

١١ إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (هو حاشية على فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين)، أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدميّاطي الشافعي (المتوفى: ١٣١٠هـ).

١٢ إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م.

١٣ إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، المحقق: محمد عفيفي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان / مكتبة فرقد الخاني، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

١٤ الإقناع في مسائل الإجماع، علي بن محمد بن عبد الملك أبو الحسن ابن القطان (المتوفى: ٦٢٨هـ)، المحقق: حسن فوزي الصعيدي، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.

١٥ الأم، محمد بن إدريس الشافعي، المحقق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار النشر: دار الوفاء المنصورة، الطبعة: الأولى ٢٠٠١م.

١٦ أمثال الحديث، أبو محمد عبد الله بن محمد بن جعفر بن حيان الأنصاري المعروف بأبي الشيخ الأصبهاني (المتوفى: ٣٦٩هـ)، المحقق: الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد، الناشر: الدار السلفية - بومباي - الهند، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ - ١٩٨٧م.

١٧ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرّداوي (المتوفى: ٨٨٥ هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.

١٨ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية.

١٩ البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر

- الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، الناشر: دار الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- (٢٠) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- (٢١) بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ)، الناشر: دار المعارف.
- (٢٢) بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (المتوفى: ٦٢٨هـ)، المحقق: د. الحسين آيت سعيد، الناشر: دار طيبة - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- (٢٣) البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني (المتوفى: ٥٥٨هـ)، المحقق: قاسم محمد النوري، الناشر: دار المنهاج - جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- (٢٤) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، حققه: د محمد جحي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- (٢٥) تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، الناشر: دار الهداية.
- (٢٦) التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدي، الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م.
- (٢٧) التاريخ الكبير، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله (المتوفى: ٢٥٦هـ)، الطبعة: دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد - الدكن، طبع تحت مراقبة: محمد عبد المعيد خان.
- (٢٨) التبصرة في أصول الفقه، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، المحقق: د. محمد حسن هيتو، الناشر: دار الفكر - دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣.
- (٢٩) التبصرة، علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، المعروف باللخمي (المتوفى: ٤٧٨هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.

- (٣٠) التجريد ، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري (المتوفى: ٤٢٨ هـ)، المحقق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، أ. د محمد أحمد سراج ... أ. د علي جمعة محمد، الناشر: دار السلام - القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.
- (٣١) تحبير المختصر ، تاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري (المتوفى: ٨٠٣ هـ)، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب . د. حافظ بن عبد الرحمن خير، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م.
- (٣٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، عام النشر: ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣ م.
- (٣٣) تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة - الرياض، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف.
- (٣٤) التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦ هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.
- (٣٥) تفسير القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١ هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م.
- (٣٦) تقريب التهذيب، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢ هـ)، المحقق: محمد عوامة، الناشر: دار الرشيد - سوريا، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦ - ١٩٨٦ م.
- (٣٧) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: ٧٧٢ هـ)، المحقق: د. محمد حسن هيتو، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٠ م.
- (٣٨) تنقيح تحقيق أحاديث التعليق، شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي، سنة الولادة / سنة الوفاة ٧٤٤ هـ، تحقيق: أيمن صالح شعبان، الناشر دار الكتب العلمية، سنة النشر ١٩٩٨ م، بيروت.
- (٣٩) تهذيب الكمال في أسماء الرجال، يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف، أبو الحجاج، المزني (المتوفى: ٧٤٢ هـ)، المحقق: د. بشار عواد معروف، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٠ - ١٩٨٠ م.
- (٤٠) تهذيب اللغة أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر، (المتوفى: ٣٧٠ هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١ م.

- (٤١) الثقات محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (المتوفى: ٣٥٤هـ)، طبع بإعانة: وزارة المعارف للحكومة العالية الهندية، تحت مراقبة: الدكتور محمد عبد المعيد خان مدير دائرة المعارف العثمانية، الناشر: دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن الهند، الطبعة: الأولى، ١٣٩٣ هـ = ١٩٧٣ م.
- (٤٢) جامع البيان عن تأويل آي القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م.
- (٤٣) جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط - إبراهيم باجس، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: السابعة، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م.
- (٤٤) جامع معمر معمر بن أبي عمرو راشد الأزدي مولاهم، أبو عروة البصري، المتوفى: ١٥٣هـ)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، وهو ملحق بمصنف عبد الرزاق، الناشر: المجلس العلمي بباكستان، وتوزيع المكتب الإسلامي ببيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣ هـ.
- (٤٥) الجرح والتعديل، أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس، الرازي ابن أبي حاتم (المتوفى: ٣٢٧هـ)، الناشر: طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية - بحيدر آباد الدكن - الهند، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٢٧١ هـ - ١٩٥٢ م.
- (٤٦) جمهرة اللغة، أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (المتوفى: ٣٢١هـ)، المحقق: رمزي منير بعلبكي، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٨٧ م.
- (٤٧) حاشية الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، الناشر: دار الفكر.
- (٤٨) حاشية رد المختار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، الناشر دار الفكر، بيروت، سنة النشر ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.
- (٤٩) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
- (٥٠) حجة الله البالغة، أحمد بن عبد الرحيم بن الشهيد وجيه الدين بن معظم بن منصور

المعروف بـ «الشاه ولي الله الدهلوي» (المتوفى: ١١٧٦ هـ)، المحقق: السيد سابق، الناشر: دار الجيل، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، سنة الطبع: ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م.

٥١) الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦ هـ)، المحقق: د. مازن المبارك، الناشر: دار الفكر المعاصر - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١.

٥٢) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإيرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١ هـ)، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

٥٣) الذريعة إلى مكارم الشريعة، أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالرأغب الأصفهاني (المتوفى: ٥٠٢ هـ)، تحقيق: د. أبو اليزيد أبو زيد العجمي، دار النشر: دار السلام - القاهرة، عام النشر: ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م.

٥٤) رفع الملام عن الأئمة الأعلام، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨ هـ)، طبع ونشر: الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض - المملكة العربية السعودية، عام النشر: ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.

٥٥) زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١ هـ)، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون، ١٤١٥ هـ / ١٩٩٤ م.

٥٦) الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبو منصور (المتوفى: ٣٧٠ هـ)، المحقق: مسعد عبد الحميد السعدني، الناشر: دار الطلائع.

٥٧) سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: ١٤٢٠ هـ)، دار النشر: دار المعارف، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م.

٥٨) سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: ٢٧٣ هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمّد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.

٥٩) سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥ هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي،

الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.

٦٠) سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سَوْرَة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)، المحقق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، سنة النشر: ١٩٩٨ م.

٦١) سير أعلام النبلاء، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (المتوفى: ٧٤٨هـ)، المحقق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م.

٦٢) الشرح الممتع على زاد المستنقع، محمد بن صالح بن محمد العثيمين (المتوفى: ١٤٢١هـ)، دار النشر: دار ابن الجوزي، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ - ١٤٢٨ هـ.

٦٣) شرح صحيح البخاري، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك ابن بطلال (المتوفى: ٤٤٩هـ)، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، دار النشر: مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م.

٦٤) شرح فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، توفي سنة ٦٨١هـ، الناشر: دار الفكر، مكان النشر: بيروت.

٦٥) شرح مختصر الطحاوي، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: ٣٧٠هـ)، المحقق: د. عصمت الله عنايت الله محمد - أ. د. سائد بكداش - د محمد عبيد الله خان - د زينب محمد حسن فلاتة، أعد الكتاب للطباعة وراجع وصححه: أ. د. سائد بكداش، الناشر: دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، الطبعة: الأولى ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م.

٦٦) شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت.

٦٧) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة: الرابعة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.

٦٨) صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ.

٦٩) صحيح مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.

- (٧٠) طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي (المتوفى: ٥٣٧هـ)، الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثني ببغداد.
- (٧١) العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرفاعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣هـ)، المحقق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م.
- (٧٢) العلل لابن أبي حاتم، أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التميمي، الحنظلي، الرازي ابن أبي حاتم (المتوفى: ٣٢٧هـ)، الناشر: مطابع الحميضي، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.
- (٧٣) العين، الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ)، المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، الناشر: دار ومكتبة الهلال.
- (٧٤) فتح الباري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩ رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب.
- (٧٥) فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين، زين الدين أحمد بن عبد العزيز (المتوفى: ٩٨٧هـ)، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى.
- (٧٦) فتح المغيث بشرح ألفية الحديث، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن السخاوي (المتوفى: ٩٠٢هـ)، المحقق: علي حسين علي، الناشر: مكتبة السنة - مصر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ / ٢٠٠٣ م.
- (٧٧) فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمل (المتوفى: ١٢٠٤هـ)، الناشر: دار الفكر.
- (٧٨) الفروع محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي (المتوفى: ٧٦٣هـ) المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
- (٧٩) الفروق أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، الناشر: عالم الكتب.
- (٨٠) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، الناشر: دار الفكر - دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.

- (٨١) كتاب الكليات ، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري.
- (٨٢) كتاب مئارات الغلط في الأدلة، أبو عبد الله محمد بن أحمد الحسني التلمساني (المتوفى: ٧٧١هـ)، المحقق: محمد علي فركوس، الناشر: المكتبة المكية - مكة المكرمة، مؤسسة الريان - بيروت (لبنان)، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- (٨٣) كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية.
- (٨٤) لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري، الرويفعي الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ)، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤هـ.
- (٨٥) اللمع في أصول الفقه، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية ٢٠٠٣م - ١٤٢٤هـ.
- (٨٦) المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت، تاريخ النشر: ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- (٨٧) المحكم والمحيط الأعظم ، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده [ت: ٤٥٨هـ]، المحقق: عبد الحميد هنداوي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- (٨٨) المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت.
- (٨٩) مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، المحقق: محمد المعتصم بالله البغدادي، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.
- (٩٠) مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت.
- (٩١) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف المعروف بـ ابن الفراء (المتوفى: ٤٥٨هـ)، المحقق: د. عبد الكريم بن محمد اللاحم، الناشر: مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة: الأولى (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م).

٩٢) المستدرک، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه الحاكم النيسابوري (المتوفى: ٤٠٥هـ)، المحقق: أبو عبد الرحمن مقبل بن هادي الوادعي، دار النشر: دار الحرمين، البلد: القاهرة - مصر، سنة الطبع: ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

٩٣) المستصفي في علم الأصول، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ)، المحقق: محمد بن سليمان الأشقر، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

٩٤) مسند أبي يعلى، أحمد بن علي بن المثنى الموصلي (المتوفى: ٣٠٧هـ)، المحقق: حسين سليم أسد، الناشر: دار المأمون للتراث - دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٠٤ - ١٩٨٤.

٩٥) مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١م.

٩٦) مشارق الأنوار على صحاح الآثار، عياض بن موسى بن عياض بن عمرو اليحصبي السبتي، أبو الفضل (المتوفى: ٥٤٤هـ)، دار النشر: المكتبة العتيقة ودار التراث.

٩٧) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت.

٩٨) المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: ٢١١هـ)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: المجلس العلمي - الهند، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣.

٩٩) معالم السنن، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (المتوفى: ٣٨٨هـ)، الناشر: المطبعة العلمية - حلب، الطبعة: الأولى ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢م.

١٠٠) المعجم الكبير، سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني، الناشر: مكتبة العلوم والحكم - الموصل، الطبعة الثانية، ١٤٠٤ - ١٩٨٣، تحقيق: حمدي بن عبدالمجيد السلفي.

١٠١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

١٠٢) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، أبو محمد موفق الدين عبد الله، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.

- (١٠٣) مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين، علي بن إسماعيل الأشعري أبو الحسن ت ٣٢٤هـ، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الثالثة، تحقيق: هلموت ريتز.
- (١٠٤) مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- (١٠٥) منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عيش، (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.
- (١٠٦) المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، دار النشر: مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى: ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- (١٠٧) موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي، محمد نعيم محمد هاني ساعي، الناشر: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، الطبعة: الثانية، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- (١٠٨) النجم الوهاج في شرح المنهاج، كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميميري أبو البقاء الشافعي (المتوفى: ٨٠٨هـ)، الناشر: دار المنهاج (جدة)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- (١٠٩) النهاية في غريب الحديث والأثر، أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: ٦٠٦هـ)، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي.
- (١١٠) نَيْلُ الْمَأْرَبِ بِشَرْحِ دَلِيلِ الطَّالِبِ، عبد القادر بن عمر بن عبد القادر (المتوفى: ١١٣٥هـ)، المحقق: الدكتور محمد سليمان عبد الله الأشقر، الناشر: مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- (١١١) الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني، المحقق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل، الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
- (١١٢) الواضح في أصول الفقه، أبو الوفاء، علي بن عقيل بن محمد بن عقيل، (المتوفى: ٥١٣هـ)، المحقق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

التعسف في استعمال حق
الدفع والمسئولية الناشئة
عنه

«دراسة تحليلية في قانون المرافعات
مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي»

دكتور

عبدالله عبدالحى الصاوي

مدرس قانون المرافعات

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

مقدمة

حق التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة التي تثبت للكافة، فلا يسأل من ولج أبواب القضاء تمسكا أو زودا عن حق يدعيه لنفسه؛ إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح، إلى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق؛ ابتغاء الإضرار بالخصم؛ فإنه تحقق مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق هذا الخصم بسبب إساءة استعمال هذا الحق، وتقدير قيام التعسف والغلو في استعمال الحق وثبوت الضرر الناتج عن هذا التعسف والذي يلحق طالب التعويض فيه، هو مما تستقل به محكمة الموضوع ما دامت أبانت عناصره ووجه أحقية طالب التعويض فيه⁽¹⁾.

إذ استعمال الحق في التقاضي وما يتفرع عنه من حقوق إجرائية، لم يعد لدى الفكر القانوني سلطة مطلقة يجوز للشخص استعمالها كيف شاء، وإنما يجب أن يتقيد بالغايات المشروعة لاستعماله؛ بأن تكون لهذا الحق حدود يقف عندها فلا يكون سلطانه مطلقا دون حد يحده، ذلك أن كل حق في ذاته يهدف إلى تحقيق غاية معينة، وهذه الغاية لا تجيز أبدا الغلو في استعماله، لأن الغلو في العدل غلو في الظلم، والحق إذا بغى أشبهه الباطل، ولأن استعماله إلى أقصى حدوده يؤدي إلى ظلم فاحش.

ومن هنا كان لا بد أن يكون للحق حدود تحده، وتحول دون التعسف فيه، يستوي في ذلك الحق الموضوعي والحق الإجرائي، فلا يستعمل هذا الأخير وسيلة

(1) نقض: الطعن رقم ٨٨٣ لسنة ٥١ قضائية - جلسة ١٩٨٥/٢/٢٨ م.

للتكيد بالخصم والكيد به، وإلا كان صاحبه متعسفا يخضع للمسئولية وللتعويض عن ضرر هذا الاستعمال التعسفي.

وإذا كان ذلك في الحق الإجرائي على تنوعه واختلافه، فإننا نراه في حق الدفع أوجب؛ إذ هي وسائل دفاعية قوية يلجأ إليها المدعى عليه لصد ادعاء المدعي، وقد تتقضي بها الدعوى، دون أن ينال المدعي مدعاه، ولذلك كان من الواجب أن تتقيد شأن كافة الحقوق بحسن النية في استعمالها، فإذا ما أسيء هذا الاستعمال ووقع تعسفيا، وجبت المساءلة عنه وتعويض من أصابه ضرر.

ومن هذا المنطلق تأتي الدراسة الماثلة لتضع إطارا لفكرة التعسف في استعمال حق الدفع في قانون المرافعات وفي الفقه الإسلامي، فتبين حقيقة التعسف وتعارضه مع واجب حسن النية في العمل الإجرائي، ثم تبين طبيعة الحق الإجرائي ومكانة الدفع منه، وتنظيمها القانوني الذي يحول دون التعسف فيها، ثم معيار هذا التعسف وصوره، والمسئولية الناشئة عنه، وسلطة القاضي في تقديره، والجزاء المترتب عليه، منتهية في هذا الشأن، إلى اتفاق قواعد قانون المرافعات مع أحكام الفقه الإسلامي، إذ نكاد لا نجد بينهما خلافا يذكر.

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في معالجته لمسألة يكتنفها شيء من الغموض وعدم الوضوح، ذلك أن التعسف في استعمال حق الدفع، يرجع إلى فكرة سوء نية الخصم، وإخلاله بواجب حسن النية؛ ذلك الواجب الذي يمثل أحد مكونات المركز القانوني للخصم، ويقيد سلوكه عند استعمال حقوقه الإجرائية، وهي مسألة شاقة

يحتاج إثباتها إلى الغوص في مكنون النفس البشرية، ولا يمكن الاستدلال عليها إلا من خلال الأدلة الكافية التي تؤكد انحراف حق الدفع عن غايته واستعماله بقصد الإضرار بالخصم الآخر، وهو عبء ثقيل على عاتق المضرور والمحكمة، فالأول مطالب بإثباته؛ رغم هذه الصعوبة، والثانية مكلفة بتقديره وتقرير المسؤولية عنه، وكلاهما صعب، ومن هنا كان من الضروري البحث في معايير التعسف، ومدى انطباقها على سلوك الخصم في الدفع، في ضوء القواعد المقررة لهذا الحق الإجرائي.

أهمية البحث:

تتجلى أهمية البحث في تناوله لمسألة يكاد لا ينقطع رنين الادعاء بها كل يوم في قاعات المحاكم، بين استغاثات المتقاضين من سوء نية خصومهم في إبداء الدفوع بقصد تعطيل الفصل في الدعوى، وبين تقييد المحكمة بتمكينهم من هذا الحق الإجرائي المهم، وإلا عيب عليها الإخلال بحق الدفاع، وهو حق دستوري تأبى قواعد العدالة والقانون الطبيعي الإخلال به.

أهداف البحث وتساؤلاته:

يهدف البحث إلى المساهمة بلبنة في بناء نظرية للتعسف في استعمال حق الدفع في قانون المرافعات، تأصيلاً وتحليلاً، ابتداءً من بيان ماهية التعسف في منظور هذا القانون الإجرائي، وانتهاءً بالجزاء الذي أوجبه حال ثبوت ذلك، في ضوء تساؤل رئيس حول ماهية التعسف في استعمال حق الدفع والمسؤولية الناشئة عنه.

خطة البحث: يتناول البحث موضوعه في مقدمة، تتضمن: إشكالية البحث، وأهميته، و أهدافه وتساؤلاته، وخطته. ومطلب تمهيدي يبين تعارض التعسف مع واجب حسن النية في القانون الإجرائي والفقہ الإسلامي، ثم مبحث أول يتضمن التنظيم الإجرائي لاستعمال حق الدفع. ومبحث ثان يتناول مظاهر التعسف في الدفع والمسئولية الناشئة عنه.

مطلب تمهيدي

تعارض التعسف مع واجب حسن النية في القانون الإجرائي والفقهِ الإسلامي

الإنسان كائن اجتماعي الطبع، وهذه النزعة الاجتماعية أدت إلى وجود علاقات وروابط سياسية واقتصادية واجتماعية تنظم الحياة في المجتمع، وتتحلل هذه العلاقات والروابط من الناحية القانونية إلى عناصر تشمل حقوقا وواجبات للأفراد والمجتمع من خلال مؤسساته المختلفة، ومن هنا ظهرت فكرة الحق كمفهوم قانوني يشكل أساسا هاما من أساسيات علم القانون^(١).

وقد شاع مصطلح الحق بين العامة والخاصة بشكل جعل البعض يخال أنه لا حاجة لوضع تعريف له، غير أن الفقه القانوني اختلف اختلافا واسعا في تعريفه، حتى وصل بعضهم إلى التقرير باستحالة الوصول إلى هذه الغاية، وهي مسألة تنازعتها إتجاهات عدة، ليست محل بحثنا، ولا هي مسألة من مسائل القانون الإجرائي، وإنما الذي نعنى به هنا هو الحق الإجرائي باعتباره أحد أنواع الحقوق التي يتصور إساءة استعمالها والتعسف فيها. فهل نظم القانون الإجرائي والفقهِ الإسلامي فكرة التعسف في استعمال هذا النوع من أنواع الحق؟

الحق أن التعسف في استعمال الحق بصفة عامة، نظرية موعلة في القدم ترجع جذورها إلى القانون الروماني، ثم انتقلت منه إلى القانون الفرنسي، والذي اعتبر أن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه إذا قصد به الإضرار بغيره،

(١) د. عبدالسلام علي المزوغي: النظرية العامة لعلم القانون، الجزء الثاني «نظرية الحق» الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ليبيا، ١٩٨٨م، ص ١١ .

وقد عرف الفقه الإسلامي هذه النظرية وأسهم فيها بقسط وافر كنظرية عامة تهدف بالأساس إلى تحقيق التوازن بين المصالح الفردية المشروعة في أصلها والمتعارضة فيما بينها، ومن باب أولى بينها وبين المصلحة العامة للمجتمع^(١).

والحق الإجرائي باعتباره أحد أنواع الحقوق، قد يرد عليه التعسف ويساء استعماله، ومن هنا وضع القانون الإجرائي ضوابط تحول دون إساءة استعمال هذا الحق، وهي مسألة سبقه فيها الفقه الإسلامي.

ونتناول خلال هذا المطلب بيان فكرة التعسف في استعمال الحق في القانون الإجرائي وفي الفقه الإسلامي في فرعين على النحو الآتي:

(١) د. الصادق ضريفي: التعسف في استعمال الحق، محاضرات أُلقيت على طلاب كلية الحقوق جامعة أكلي محند أولحاج، الجزائر، ٢٠١٧م، منشورة على شبكة المعلومات الدولية «الانترنت».

الفرع الأول

فكرة التعسف في مفهوم القانون الإجرائي

وضع قانون المرافعات تنظيماً إجرائياً للحق في التقاضي وكيفية استعماله وضوابط هذا الاستعمال، قاصداً من وراء ذلك ألا يساء استعمال هذا الحق، فنظم إجراءات الدعوى المدنية بحسبانها الوسيلة الأساسية لمباشرة حق التقاضي، وفي تنظيمه لها حرص على تأكيد حسن النية في استعمالها وعدم التعسف فيه، مبيناً إجراءاتها ومواعيدها - ومنها الدفع باعتبارها حقاً إجرائياً مقرراً للخصمين - غير أنه لم يبين مفهوم التعسف، ولم يضع ضوابط تبين متى يكون الخصم متعسفاً في استعمال حقه، أو الجزاء الإجرائي المقرر لذلك، وإن كان قد أشار إلى بعض من ذلك.

والحق الإجرائي^(١) باعتباره وسيلة قانونية تهدف إلى توفير الحماية القضائية للمصالح المشروعة، مقيد بأن يستعمل ضمن الحدود المرسومة له بما يحقق الغاية منه دون أي انحراف، بمعنى أنه لا يجوز أن يستعمل للإضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة، وهذه من القواعد الكلية التي ترمي إلى تحقيق التوازن والعدل والإنصاف بين الخصمين، بغية إقامة الاستقرار وتحقيق التراحم في التعامل وعدم المغالاة في استعمال الحقوق تحقيقاً للمصلحة العامة^(٢).

(١) نرجى الحديث عن بيان مفهوم الحق الإجرائي إلى المبحث الأول لنتناوله ضمن حديثنا عن الحق في الدفع باعتباره حقاً إجرائياً، وقد رأينا أن ذلك أكثر تناسبا وانسجاماً بين جزئيات البحث.
(٢) د. علي عبيد الحديدي: التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٥م، ص ١١١.

حسن النية في استعمال الحق الإجرائي:

إذا كان الحق في التقاضي مكفولاً لكل شخص، وكان هذا الحق من الحقوق الدستورية التي لا يجوز حرمان الشخص منها، فإن استعمال هذا الحق يجب أن يتصف بحسن النية، فإذا لجأ الشخص إلى القضاء مستعملاً حقه في التقاضي مدعياً كان أم مدعى عليه، تعين عليه أن يبتعد عن أساليب المكر والاحتيال، وألا يتخذ من هذا الحق وسيلة للإضرار بخصمه والكيد له^(١)، كما يجب عليه ألا يتعسف في استخدام هذا الحق، وإلا أمكن للمضارين من هذا التعسف مطالبته بالتعويض^(٢).

(١) د. علي عبدالحميد تركي: الحق في التقاضي، بين الاستعمال المشروع والتعسف، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٩م، ص ١٠٧.

(٢) يشكل حسن النية أحد مكونات المركز القانوني للخصم في القانون المصري، ويقيد هذا الواجب سلوك الخصم سواء عند استعمال الحقوق أو القيام بالواجبات، وهو ما يفترض أن يستهدف نشاط الخصم الوصول إلى كشف حقيقة المركز المتنازع في أقرب وقت وبأقل النفقات، وألا يتخلف عن التعاون مع المحاولات التي تبذل من أجل التوفيق والصلح لتجنب ما تثيره المنازعة القضائية من ضغائن وأحقاد، وإذا اقتضى الأمر اللجوء إلى الوسائل القضائية، فإنه يتعين على المدعي أن يكون أميناً في دعواه، فلا يدعي إلا ما يعتقد صحته، وأن يتحرى عند رفع دعواه المحكمة المختصة، وألا يحاول التحايل على قواعد القانون من أجل جر خصمه إلى محكمة بعيدة عن موطنه إضراراً به، وأن يتحرى موطن المدعى عليه حتى يعلنه بالدعوى وبالجلسة المحددة لنظرها في وقت يسمح له بالرد عليها، كما أن عليه أن يلتزم بما أوجبه القانون من إيداع المستندات رفق صحيفة دعواه ومنذ بداية النزاع حتى يتمكن خصمه من الاطلاع عليها وتحضير دفعه وأوجه دفاعه وحتى لا يتعطل الفصل في الدعوى، ليس هذا فقط بل إن يتخذ الوسائل التي تمكن خصمه من الاطلاع على هذه المستندات وألا يعوقه عن ذلك، كما يجب عليه متابعة إجراءات الخصومة، وألا يثير منها إلا ما يكون ضرورياً لحل النزاع، وأن يخبر المحكمة بالمعلومات التي تقيدها في حسم النزاع في وقت قريب يحقق مصلحة الخصوم ومصلحة العدالة.

وواجب حسن النية لا يخاطب به المدعي فقط، بل إن المدعى عليه يلتزم بهذا الواجب شأن المدعي، باعتبار خصماً في الدعوى، فعليه أن يكون أميناً في المنازعة بحيث لا يتخذ من الإنكار - مثلاً - وسيلة للإضرار بخصمه، وأن يقدم للمحكمة المستندات والمعلومات التي تعينها على حسم النزاع، وألا يسيء استخدام حقه في إجراءات الدعوى بحيث يماطل بما يعطل الفصل فيها. ولذا فإن مما يتناقض مع حسن نية الخصوم، اتخاذهم لوسائل المرافعات ذريعة لتعطيل الفصل في الدعوى، وإخفائهم المستندات التي تساعد في كشف حقيقة الحق المتنازع عليه عن المحكمة، وقيامهم بوسائل غير مشروعة بقصد الإضرار ببعضهم البعض، كتمتع إعلان الخصم في موطن غير صحيح بهدف عدم وصول الإعلان إليه، أو إخفائهم عن المحكمة الوقائع المادية والقانونية والمستندات التي قد يتغير بها وجه الحكم في الدعوى. (د. إبراهيم أمين النفاوي، الإخلال بالواجب الإجرائي، دار النهضة العربية، ٢٠١١م، ص ٦٨-٦٩).

ذلك أن استعمال الحق الإجرائي باعتباره وسيلة تتضمن سلطات مخولة لشخص معين لتحقيق مصلحة معينة، وهذه المصلحة هي غاية الحق، لم يعد لدى الفكر القانوني سلطة مطلقة يجوز للشخص استعمالها كيف شاء، وإنما يجب أن يتقيد بالحدود المشروعة لاستعماله بأن تكون لهذا الحق حدودا يقف عندها فلا يكون سلطانه مطلقا دون حد يحده، وذلك لأن كل حق في ذاته يهدف إلى تحقيق غاية معينة، وهذه الغاية لا تجيز أبدا الغلو في استعماله؛ لأن «الغلو في العدل غلو في الظلم»، فالحق إذا بغى أشبه الباطل، واستعمال الحق إلى أقصى حدوده يؤدي إلى ظلم فاحش⁽¹⁾.

وقاعدة «الغلو في العدل غلو في الظلم» قاعدة رومانية قديمة، تستند إلى فكرة مقتضاها: أن تنقيد الحقوق بتحقيق غاياتها، وهو ما يقتضي الرقابة على تحقيق هذه الغاية، وهي فكرة أخلاقية قال بها الرومان منذ القدم، فإذا كانت ثمة قاعدة قديمة تقرر (ما ظلمك آخذ بحقه) أو (من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ للغير من ضرر)، فإنه وإلى جوارها تقف قاعدة أخرى تنقيد الحقوق بغاياتها بحيث تقوم مسئولية صاحب الحق متى استعمله ملتزما بحدود الموضوعية ومع ذلك أحدث ضررا بالغير، وهو ما سمي بالانحراف عن غاية الحق أو ما هو معروف في الوسط القانوني بالتعسف في استعمال الحق إذ تنقيد الحقوق في استعمالاتها، فضلا عن حدودها الموضوعية بحدودها الغائية أي بتحقيق غاياتها⁽²⁾.

(1) Démogue(René): Les obligations en général. tome IV,p.317.L.Arthur Rousseau,Paris,1924.

(2) د. شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق ، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص٩٥.

ولم تعد المسئولية الناشئة عن استعمال الحق موضع خلاف خاصة بعد التنظيم التشريعي لها، ومع ذلك فإن هناك العديد من التساؤلات التي تنثور حول مسئولية الخصم في جانبها المتعلق باستعمال

الأصل حسن النية في استعمال الحق الإجرائي^(١):

تقوم قرينة حسن النية إلى جانب كل شخص يلجأ إلى القضاء، فالحق في التقاضي من الحقوق المشروعة والمباحة، والأصل أنه لا يترتب على استعماله المساءلة بالتعويض لمن لحقه ضرر من استعمال الحق^(٢)، والقول بغير ذلك يعد تقويضا لهذا الحق الهام، لأنه سيجعل الأفراد يترددون كثيرا قبل الالتجاء إلى القضاء خشية الإخفاق في الدعوى بما يترتب عليه من تحملهم مسئولية التعويض، وهذا سيؤدي بذاته إلى نتيجة أكثر خطورة وهي لجوء الأفراد إلى اقتضاء حقهم بأنفسهم، مما يمثل ردة للخلف ورجوعا إلى عصور الفوضى التي سعى القانون إلى التخلص منها وهدم أفكارها^(٣).

الحق، ويرجع السبب في ذلك إلى عدة أمور، منها: عدم الاتفاق حول طبيعة الحقوق الإجرائية ومدى ما يترتب على استعمالها من حصانة، كما أنه في أغلب الأحيان يقع الخط بين ما يعد استعمالا لحق إجرائي وبين ما يعد قياما بواجب إجرائي، ويدل على ذلك أنه من النادر الحديث عن الإخلال بالواجب الإجرائي، فالاهتمام ينصب أساسا على استعمال الحق. (د. إبراهيم أمين النفاوي: التعسف في التقاضي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، (د.ت)، ص ٨٣).

(١) إذا كانت القاعدة العامة هي مشروعية استعمال الحق وعدم المساءلة عن استعماله، فإنه ووفقا للمادة الخامسة من القانون المدني، يكون استعمال الحق غير مشروعاً: إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. أو إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. أو إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة. «ولا يعتبر الالتجاء إلى القضاء خطأ موجبا لتعويض إلا إذا كان صادرا عن سوء نية أو عن خطأ فادح يصل إلى مرتبة سوء النية» (د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، ص ٩١١).

(٢) إذ القاعدة أن «من استعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر» (مادة ٥ مدني). وشرط ذلك ألا يكون الشخص قد أساء استعمال الحق في الادعاء أو تعمد الإضرار بالغير. (د. أمينة مصطفى النمر: قوانين المرافعات، الكتاب الأول، منشأة المعارف بالأسكندرية (د.ت)، ص ٧٤).

والأصل أنه إذا استعمل الشخص حقه فلا يكون متعسفا في هذا الاستعمال، ولا يقع عليه عبء إثبات ذلك، ولكن على من يدعي وجود تعسف في هذا الاستعمال عبء إثباته، وذلك بأن يثبت وجود أحد شروط الاستعمال غير المشروع التي ورد النص عليها في المادة الخامسة من القانون المدني. (د. عبدالله علي الخياري، عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٤ السنة ٩٢، ديسمبر ٢٠٠٢م، ص ٦١٣-٧١٣).

(٣) د. علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص ٧٠١.

وحق الشخص في التقاضي وعدم مساءلته عن استعماله لهذا الحق قائم على قرينة مهمة، وهي حسن النية، ذلك أن المشرع لما أراد أن ينظم كيفية ووسيلة اقتضاء الحق، ألزم صاحبه أن يلجأ إلى القضاء، وحماية له من عنت خصمه خلال نظر الدعوى وبعد الفصل فيها وتشجيعا للأفراد على سلوك هذا الطريق في اقتضاء الحقوق، قرر قرينة قانونية تقوم إلى جانب المتقاضي وجعلها أصلا، وألزم من يدعي خلافها إثبات ما يدعيه، باعتباره يدعي خلاف الأصل وهو حسن النية. ولذلك فإن حسن النية يفترض دائما ما لم يقدّم الدليل على العكس^(١).

إن نصت المادة (٣/٩٦٥) مدني، على أن «حسن النية يفترض دائما ما لم يقدّم الدليل على العكس». فيعفى الخصم من عبء إثبات حسن نيته، وينتقل إلى خصمه إثبات عكس ذلك إذا ادعاه. ووفقا للمادة الثالثة مرافعات فإنه لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون، ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعي بغرامة إجرائية لا تزيد على خمسمائة جنيه إذا تبين أنه أساء استعمال حقه في التقاضي.

فهذه المادة تؤكد أيضا أن الأصل حسن نية من يلجأ إلى القضاء أو يستعمل حقا إجرائيا، من جهتين، الأولى: أنها وضعت معيارا يخول للشخص الحق في

(١) د. أحمد أبو الوفا: التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٨٩١م - د. عبدالله علي الخياري، مرجع سابق، ص ٣٩٢ - د. قذافي عبدالفتاح الشهاوي: منازعات الحيازة والملكية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، (د.ت)، ص ٤٤٣. وقد نصت المادة (٣/٥٦٩) مدني على أن «حسن النية يفترض دائما ما لم يقدّم الدليل على العكس». وإذا كان حسن النية مفترض دائما وهو الأصل، فإن هناك حالات يفترض فيها سوء النية ويصبح هو الأصل وذلك كما في حالة الغش الذي يجيز التماس إعادة النظر، وحالة تعمد المعلن ذكر عنوان خاطئ للمعلن إليه قاصدا من ذلك عدم وصول الإعلان لخصمه.

التقاضي، ويعد بذاته معيار قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع، وهو المصلحة التي يسعى الخصم إلى تحقيقها من وراء لجوئه إلى القضاء. والثانية: أنها أجازت للمحكمة إذا حكمت بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعي بالغرامة إذا تبين أن أساء استعمال حقه في التقاضي.

ووفقا لذلك يكون الأصل حسن نية المدعي، فإذا تبين للمحكمة عكس ذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم، انتقت قرينة حسن النية، وحكمت بالغرامة المقررة في المادة.

وفي ذات السياق تؤكد المادة (١٨٨) مرافعات، أنه يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد. كما يجوز لها عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بغرامة لا تقل عن أربعين جنيها ولا تجاوز أربعمئة جنية على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلبا أو دفاعا أو دفاعا بسوء نية، إذ يعطى المشرع بذلك للمحكمة سلطة الحكم بالغرامة على الخصم الذي يتخذ إجراء بسوء نية. وهو ذات ما تؤكد الفقرة الأخيرة للمادة (٢٣٥) من سلطة المحكمة في الحكم بالتعويضات إذا تبين أن الخصم قصد من وراء استئناف الحكم الكيد بخصمه.

ويقع عبء إثبات سوء النية على عاتق من يدعيه، بحيث ينتفي حسن النية إذا تمكن الخصم من إثبات سوء نية خصمه^(١) وتعسفه في استعمال الحق الإجرائي،

(١) المقصود بسوء النية أن يكون الخصم وهو يتخذ الإجراء أو الطلب أو الدفع أو الدفاع عالما بالأحق له فيه وأنه قصد بإبدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى أو الإضرار بالخصم الآخر، ويتحمل مدعي سوء النية أو التعسف عبء إثبات ذلك تطبيقا للقاعدة العامة في عبء الإثبات (مادة ١ إثبات) فمن يدعي وجود سوء نية من خصمه في استعمال حقه في التقاضي عليه إثبات ذلك كما يجب عليه إثبات الضرر الناشئ عن هذا الاستعمال التعسفي للحق في التقاضي. وإذا كان سوء النية ظاهرة نفسية يصعب الوصول إليها، فإنه يمكن في الحالات التي يستند فيها سوء النية إلى ضوابط شخصية استخلاص سوء النية من التناقض في أقوال الخصم أو الحجج التي يرتكن

وهذا الأمر ليس بالهين، لأن سوء النية ظاهرة نفسية تفسرها اعتبارات عديدة ومتشابهة، وتثير صعوبة إثباتها، وذلك شأن المعايير الذاتية التي تحاول الوصول إلى معرفة مكنون النفس، ولكن يمكن التوصل إليها عن طريق مراجعة مواقف الخصم وحججه التي استند إليها^(١).

تعسف الخصم في استعمال الحق الإجرائي:

لم يهمل المشرع فكرة انحراف الخصم في استعمال حقه الإجرائي عن الغرض المشروع إلى تحقيق أغراض أخرى غير الحصول على الحماية الموضوعية للحقوق، كالإضرار بالخصم الآخر والمساس بسمعته وإضاعة وقته وماله.

فالمدعي قد يهدف من وراء دعواه إلى تحقيق أهداف غير مشروعة، كالإضرار بالمدعى عليه والتشويش على سمعته، واتخاذ الدعوى وسيلة للتهديد، وإنهاك خصمه بنفقات الخصومة، واستخدام الحقوق الإجرائية بما يعطل الفصل في الدعوى بنية الإضرار بالمدعى عليه، وتقييد الدعوى بأدلة وأسانيد غير صحيحة، واتباع أساليب المماطلة والتسويف، إلى غير ذلك من الصور غير المشروعة التي تهدف إلى الإضرار بالخصم، والتي تناقض قرينة حسن النية، وتعد استعمالاً غير مشروع للحق في التقاضي^(٢)، والمدعى عليه قد يتخذ من الدفع وسيلة للمماطلة وتعطيل الفصل في الدعوى.

إليها أو من انعدام مصلحته من الإجراء أو الطلب انعداماً تاماً، أو من جسامه الخطأ. أما في الحالات التي يقوم فيها سوء النية على أسس موضوعية، فإن إثبات سوء نية الخصم في استعمال حقه في التقاضي يتوافر بإثبات أن هذا الاستعمال سبب ضرراً جسيماً للغير. (د. علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص ٦١١-٧١١).

(١) ويعني سوء النية في هذا المقام أن يكون الخصم وهو يتخذ إجراء أو طلباً أو دفاعاً عالمياً أن لا حق له فيه، وإنما قصد بإبدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى أو الإضرار بالخصم الآخر. (المذكورة الإيضاحية بشأن المادة ٨٨١ مرفاعات).

(٢) قضت محكمة النقض بأن «حق الالتجاء إلى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن الأضرار التي تلحق الغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق». (الطعن رقم ١١٣ لسنة ٤٣ قضائية - جلسة ٨٢/٢١/٧٦٩١م).

ولذلك تنبه المشرع إلى احتمال وجود مثل هذا النوع من التعسف، فأعطى للخصم الحق في إثبات تعسف خصمه في استعمال الحق وأنه كان سيء النية، ويهدف إلى الإضرار به وليس تحقيق غاية أو مصلحة مشروعة^(١).

ويقصد بالتعسف في المجال الإجرائي، الانحراف عن الغاية المشروعة للإجراء المتمثلة في المصلحة التي يبتغيها القانون من تنظيمه وحمايته للحق الإجرائي، بحيث تتجاوز بشكل واضح وكبير ما يصيب الغير من ضرر^(٢).

ويترتب على سوء نية الخصم وتعسفه في استعمال الحق الإجرائي عدة آثار لها طبيعة مالية، كالحكم عليه بالتعويضات^(٣)، الغرامة^(٤)، والمصاريف^(٥)، والحكم بالحبس كأثر له طبيعة العقوبة^(٦)، إضافة إلى بعض التدابير الوقائية التي تهدف إلى الوقاية من التعسف في استعمال الحق الإجرائي، كالدفع بعدم القبول، والذي

(١) لكي تتحقق مسؤولية الخصم عن الاستعمال التعسفي للحق الإجرائي فإنه يجب توافر الأدلة الكافية التي تؤكد انحراف الحق عن غايته واستعماله بقصد الإضرار بالخصم الآخر، وإقامة الدليل على توافر قصد الإضرار يقع على عاتق المضرور ويستطيع إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بما في ذلك القرائن، لأن سوء النية وإن كان ظاهرة نفسية يصعب إثباتها إلا أن جواز إثباتها يخضع لكافة طرق الإثبات بما في ذلك القرائن.

(٢) قريب من هذا المعنى، د. علي عبيدي الحديدي، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٣) وللحكمة أن تستنتج من ظروف كل قضية ما يعد قرينة على أن الخصم قصد بادعائه أو انكاره أو دفعه مجرد تعطيل سير الدعوى أو الكيد بخصمه أو الإضرار به أو مشاكسته فتحكم عليه بالتعويضات.

(٤) للمحكمة أن تستخلص من الوقائع والمستندات قرينة تستدل بها على سوء نية الخصم الذي يبدي طلباً أو دفاعاً أو دفاعاً بسوء نية فتحكم عليه بالغرامة المقررة في المادة ٢/١٨٨ مرافعات.

(٥) وفقاً لنص المادة (١٨٥) مرافعات، فإن للمحكمة أن تلزم الخصم الذي كسب الدعوى بالمصاريف كلها أو بعضها إذا كان قد ترك خصمه على جهل بما كان في يده من المستندات القاطعة في الدعوى أو بضمون تلك المستندات. فإذا كان لدى المحكوم له من المستندات ما يعد دليلاً قاطعاً على صحة دعواه، وأخفى عن خصمه هذه المستندات القاطعة التي لو علم بها لما نازع المدعي في ادعائه، فإنه يكون قد أساء استعمال حقه في التقاضي، لأن إخفاؤه لهذه المستندات قرينة على سوء نيته وتعسفه في استعمال حق التقاضي، ومن ثم فإن للمحكمة إلزامه بمصاريف الدعوى على الرغم من كسبه لها. (د. أحمد مليجي: الموسوعة، ج ٣/ ١٠٨٩).

(٦) د. إبراهيم أمين النفاوي، التعسف في التقاضي، مرجع سابق، ص ٣٥٣.

يجوز الدفع به إذا انتقت المصلحة من الدعوى أو الطلب أو الدفع أو الدفاع. كما يكون للمحكمة السلطة في تقييد استعمال الحق في بعض الحالات، منها: منع توجيه اليمين، ومنع الاسترسال في المرافعة، وسقوط الحق في الدفع الشكلي، وسقوط الحق في الطعن، ورفض الطلبات المتعلقة بالإثبات، ورفض الإذن بتقديم الطلب العارض.

وبالإضافة إلى هذه التدابير الوقائية يكون للمحكمة الحكم بالتعويضات إذا تحقق الضرر جراء التعسف في استعمال الحق الإجرائي وفقا لنص المادة (١٨٨) مرافعات، كما يكون لها أن تحكم بالغرامة على الخصم الذي تعسف في استعمال حقه الإجرائي^(١)، وفقا للمادة الثالثة والمادة (٢/١٨٨) مرافعات، وكذلك الحكم بالمصاريف على الخصم الذي يخسر الدعوى وفقا للمادة (١٨٤) مرافعات.

(1) قضت محكمة النقض بأن «حق التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة التي تثبت للكافة، فلا يسأل من ولج أبواب القضاء تمسكا أو زودا عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم، فإنه تحق مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق هذا الخصم بسبب إساءة استعمال هذا الحق، وتقدير قيام التعسف والغلو في استعمال الحق وثبوت الضرر الناتج عن هذا التعسف والذي يلحق طالب التعويض فيه هو مما تستقل به محكمة الموضوع مادامت أبانت عناصره ووجه أحقية طالب التعويض فيه» (الطعن رقم ٨٨٣ لسنة ٥١ قضائية- جلسة ٢٨/٢/١٩٨٥م).

الفرع الثاني

فكرة التعسف الإجرائي في مفهوم الفقه الإسلامي

لا تعرف الشريعة الإسلامية الحقوق المطلقة ولا تقر استعمال الحق خلافا لمصلحة المجتمع، ولا تجيز لصاحب الحق أن ينحرف عن الغاية منه ما دام في هذا الإنحراف إضرارا بالغير، وهي بذلك سباقة في إقرار نظرية التعسف في استعمال الحق، وعلى الرغم من ذلك لم يهتم فقهاؤنا المسلمون بتعريف فكرة التعسف قدر اهتمامهم بمضمونها بوصفها مبدأ عاما قائما على الأصول والمبادئ العامة في القرآن الكريم^(١). قال تعالى «ولا تلبسوا الحق بالباطل وتكتموا الحق وأنتم تعلمون»^(٢)، وقال ﷺ «أبغض الرجال إلى الله الألد الخصم»^(٣).

وقد أخذ جمهور الفقهاء بنظرية التعسف في استعمال الحق فهم يقيدون الحقوق في حالة إساءة استعمالها وخروجها عن الغرض المقررة له، وحجتهم في ذلك: أن أساس الحق ثابت في الشريعة وهو دفع الضرر وجلب المنفعة والموازنة بينهما، وكل حق ثابت مقيد بعدم الضرر، فمن أساء استعمال حقه وترتب عليه ضرر لغيره يمنع من ذلك^(٤)، واستدلوا بقوله تعالى «ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين»^(٥).

(١) د. علي عبيد الحديدي، مرجع سابق، ص ١١٥.

(٢) سورة البقرة: من الآية رقم ٤٢.

(٣) صحيح البخاري، حديث رقم (٢٤٥٧) - شرح النووي على مسلم، باب في الألد الخصم، ج ١٦/١٦٧، رقم ٢٦٦٨.

(٤) ابن جزوي: القوانين الفقهية، ص ٣٤٠.

(٥) سورة البقرة: من الآية رقم ١٩٠.

ويرى الإمام أبو حنيفة أن من يتصرف في ملكه لا يمنع وإن كان يتضرر جاره به، وبنفس الرأي أخذ الإمام الشافعي حيث يقول «لا يحمل المرء من التصرف في ماله ما ليس بواجب عليه، وإن الرجل له أن يفعل في ماله، ولو أضر هذا بغيره، ولو أضر به نفسه أيضا» (القواعد لابن رجب، ص ٣٣)، ويقول ابن حزم «لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقا، ولكن يشترط أن يكون استعمال الحق في حدوده المشروعة، فإذا تجاوز صاحب الحق حدود حقه وجب عليه الضمان» (المحلى، ج ٨/٢٤١).

ولم يرد على لسان الأصوليين والفقهاء كلمة «إساءة» أو «تعسف» في استعمال الحق، وإنما ورد في كتب الأصول كلمة «الاستعمال المذموم». جاء في الموافقات: «فلو انهدم أصل المصلحة لانعدم أصل المباح لأن البناء إنما كان عليه، فلم يزل أصل المباح وإن كان مغمورًا تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم»^(١).

وجاء فيه أيضا: «لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية، فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقًا والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات»^(٢).

«ويبين مما تقدم أن الحقوق ليست إلا وسائل لتحقيق المصالح التي شرعت من أجلها، وأن مشروعية استعمال الحق مرتبهة بالمصلحة التي شرع من أجلها، وأن نظرية التعسف في استعمال الحق ترتبط بغاية الحق لا بحدوده الموضوعية، وأنه ينبغي على صاحب الحق عند استعماله أن يسعى إلى تحقيق المصلحة التي يهدف الشرع إلى تحقيقها»^(٣).

ووفقا لذلك فإن استعمال حق الدعوى وما تشتمل عليه من حقوق إجرائية، مقيد بوجود المصلحة المشروعة التي يسعى المدعي إلى تحقيقها من وراء دعواه، فإذا

(١) إبراهيم بن موسى الغرناطي الشهير بالشاطبي: الموافقات، دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م، ج ٣/٧.

(٢) الموافقات للشاطبي، ج ٣/١٢٠.

(٣) د. شوقي السيد، مرجع سابق، ص ١٢٥.

انعدمت المصلحة المشروعة، بأن كان هدف المدعي من ذلك التكيل بخصمه والزم فيه دون حق، فإن على القاضي رد الدعوى وعدم سماعها، والمالكية يقولون بعدم سماع الدعوى التي تكذبها القرائن.

فلا يجوز للمدعي أن يتخذ من الحق في الدعوى وسيلة للإضرار بخصمه المدعى عليه، لأن استعمال الحق مقيد بعدم الإضرار بالغير، وعدم اتخاذه ذريعة لذلك، والذريعة هي «التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة»^(١). ذلك أن صاحب الحق يجوز منعه من استعمال حقه، إذا قصد به مصلحة شخصية وصحبها قصد الإضرار بالغير، فإذا كان صاحب الحق له وسيلة أخرى لتحقيق المنفعة أو درء المفسدة، فإنه يمنع بلا إشكال باعتباره قاصدا للإضرار، أو قرينة الإضرار، أما إذا لم يكن له وسيلة أخرى فحقه أولى، بشرط أن يكون الضرر الذي سيصيب الغير مساويا للضرر الذي سيلحق بصاحب الحق من جراء منعه من استعمال حقه^(٢).

والأصل أن المدعي إذ يقيم دعواه إنما يقصد من ذلك جلب نفع لنفسه والسعي لمصلحته دون قصد إلحاق الضرر بخصمه، فيفترض في جانبه حسن النية، فإن ادعى خصمه خلاف ذلك فإن عليه إثبات ما يدعيه، والأمر كذلك فيما يقدمه المدعى عليه من دفع، فيفترض فيها عدم التعسف، إلا إذا أثبت الخصم عكس ذلك.

(١) الموافقات للشاطبي، ج ١٨٣/٥ .

(٢) المرجع السابق، ج ٥٦/٣ .

المبحث الأول

التنظيم الإجرائي لاستعمال حق الدفع

بعد بيان فكرة التعسف وعلاقتها بحسن النية وسوءها في القانون الإجرائي والفقهاء الإسلامي، ننتقل إلى الحديث عن مدى تصور التعسف في استعمال الحق في الدفوع باعتبارها أحد أهم الحقوق الإجرائية، غير أنه لا يمكننا الوقوف على مظاهر وصور التعسف في استعمال حق الدفع إلا إذا وقفنا أولاً على التنظيم الإجرائي لاستعمال هذا الحق، لنتبين مدى التعسف في استعماله من عدمه، ولذلك نخصص هذا المبحث لتناول القواعد الإجرائية للدفوع في قانون المرافعات. ولما كان الدفع حقاً إجرائياً مقرراً لكلا الخصمين، فإنه يجب أولاً أن نبين مفهوم الحق الإجرائي، ثم مكانة الدفع من الحقوق الإجرائية، ثم نبين بعد ذلك تنظيم حق الدفع في قانون المرافعات والفقهاء الإسلامي، وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

الحقوق الإجرائية ومنزلة الدفع منها

الدفع هو أحد أهم الحقوق الإجرائية المقررة للخصم، وقد وضع له المشرع قواعد خاصة تنظم أحكامه وكيفية مباشرته، سواء من حيث إجراءاته أو مواعيده، وفي ضوء ذلك يجب أولاً بيان مفهوم الحقوق الإجرائية، ثم بيان منزلة الدفع منها.

الفرع الأول

مفهوم الحق الإجرائي

الحق الإجرائي تعبير دارج في الفقه والقضاء للدلالة عن بعض الحقوق التي تتعلق بإجراءات التقاضي والدعوى والدفاع والتنفيذ، وهو تعبير عام يشمل جميع ما يقره القانون الإجرائي العام من حقوق إجرائية مدنية كانت أو إدارية أو جنائية، فلا يقتصر مفهومه على ما يقره قانون المرافعات فحسب؛ بل يعبر عن الحق الذي يكفله القانون الإجرائي بصفة عامة لأطراف الخصومة القضائية أو للغير^(١). وإن كنا نقصد هنا الحق الإجرائي المقرر في قانون المرافعات.

وقد اختلف الفقه القانوني في تحديد المقصود به، إذ استعمله جمهور الفقه الفرنسي قاصداً به الحق المتعلق بالعمل الإجرائي أو بإجراءات التقاضي عموماً، في حين اختلف الفقه المصري في تحديد مفهومه إلى عدة اتجاهات، فالبعض يرى أنه يتعلق بالعمل الإجرائي أو بإجراءات التقاضي أمام القضاء، وهو المعنى الدارج للحق الإجرائي، والذي يستعمل للدلالة على ما يتعلق بإجراءات المرافعات أو الإجراءات التي يقوم بها القضاة ومعاونوهم والخصوم وكل من يرتبط بمصلحة في الخصومة في سبيل القيام بالدعوى والسير في إجراءاتها وإنهاءها.

والبعض يرى أنه سلطة إجرائية يستمدها الخصم من وجوده في مركز قانوني معين لتحقيق المصلحة الخاصة والذاتية له؛ فالحقوق الإجرائية إذا تقتصر على ما يقره القانون من مكانات تمثل مجموع المصالح الذاتية للخصم، وهذه الحقوق

(١) د. أحمد إبراهيم عبدالنواب: النظرية العامة للحق الإجرائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٩م، ص ١٣-١٤.

والسلطات الإجرائية تترتب على اكتساب الشخص لوصف الخصم ووجوده في مركز قانوني معين، وهي مقررة لمصلحة صاحبها؛ فله استعمالها أو عدم استعمالها دون إجبار من أحد^(١).

والبعض يرى أن الحق الإجرائي عبارة عن مكنة إجرائية يقرها القانون للخصم. إذ يترتب على المطالبة القضائية اعتبار الشخص خصماً، ويترتب على ذلك مجموعة من النتائج القانونية تتمثل في جعل الخصم في وضع قانوني متميز، يمكن تسميته بالمركز القانوني للخصم، ولهذا المركز جانبان، الأول إيجابي: وهو ما يضم الحقوق الإجرائية، والثاني سلبي: وهو ما يضم الواجبات الإجرائية، فالحق الإجرائي إذا؛ عبارة عن مجموع المكنات الإجرائية التي يقرها القانون الإجرائي للخصم بهدف إضفاء الحماية الإجرائية على الحقوق الموضوعية^(٢).

في حين ذهب البعض إلى أن الحق الإجرائي عبارة عن مكنة أو سلطة أو مقدرة إجرائية منحها المشرع لشخص له صفة معينة حتى يمكنه من اتخاذ إجراءات قضائية من طبيعة معينة، فهو سلطة لصاحب الصفة في الالتجاء للقضاء لحماية حق من الحقوق التي يدعيها^(٣).

في الوقت الذي يرى البعض أن الحقوق الإجرائية هي المكنات أو الرخص التي تنشأ للخصوم أو للغير في بعض الأحيان للقيام بعمل إجرائي أو شكلي وفقاً للقانون في خصومة قائمة أمام القضاء أو بسببها^(٤).

(١) د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، نسخة مخصصة لنقابة المحامين، ط٢، ١٩٨١، ص٣٥٤.

(٢) د. وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، ١٩٨٦م، ص٤٣٩ - ٤٤٠.

(٣) د. نبيل اسماعيل عمر: التكامل الوظيفي لأعمال الإجرائية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١م، ص٢٧.

(٤) د. أسامة المليجي: الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص٢٧.

وأيا ما كانت الفروق بين الاتجاهات السابقة أو الانتقادات الموجهة إلى بعضها -والتي لا يتسع المقام لسردها- فإن الحقوق الإجرائية هي مجموعة من الوسائل التي يكتسبها الشخص مباشرة نتيجة اكتسابه وصف الخصم أو لصاحب الصفة عند طلب الحصول على الحماية القضائية أو التنفيذية أو بسببها لإضفاء الحماية القضائية على حقوق الخصم الموضوعية^(١).

كفاية المصلحة لوجود الحق الإجرائي:

نتفق مع ما يراه غالبية الفقه القانوني من كفاية شرط المصلحة لقبول الطلب القضائي وتقرير الحقوق الإجرائية المترتبة عليه، دون حاجة لاشتراط وجود الحق الموضوعي؛ إذ تكفي المصلحة بأوصافها التي حددها المشرع في المادة (٣) مرافعات، لقبول أي دعوى أو طلب أو دفع أو منازعة في التنفيذ، ولا يشترط في ذلك وجود الحق الموضوعي، إذ القول باشتراط وجود المصلحة الشخصية والمباشرة التي يقرها القانون، وأن تكون هذه المصلحة جدية ومشروعة، كاف لتحقيق الاستعمال المشروع لحق التقاضي بعيدا عن أي انحراف أو تعسف^(٢).

العلاقة بين الحق الإجرائي والمركز القانوني الإجرائي:

الحق الإجرائي يستمد وجوده من وجود الشخص في مركز قانوني إجرائي، وهذا الأخير يتواجد على إثر وجود الحق في طلب الحماية القضائية، وهو ما يتحقق بتوافر المصلحة المشروعة للحق في طلب الحماية القضائية، ومن ثم فإن هناك علاقة بين توافر المصلحة في طلب الحماية القضائية، وفكرة المركز القانوني الإجرائي، وما يترتب عليه من اكتساب وصف الخصم، وما يتعلق به من

(١) د. أحمد إبراهيم عبدالقواب، مرجع سابق، ص ٥٠.

(٢) المرجع السابق، ص ٧٩-٨٠.

اكتساب الحقوق الإجرائية والالتزام بالواجبات والأعباء الإجرائية، والمركز القانوني الإجرائي هو وصف قانوني ينشأ لمن له المصلحة المشروعة في طلب الحماية القضائية أو من يراد الاحتجاج عليه بها ويترتب عليه اكتساب الشخص للحقوق والالتزامات التي يفرضها عليه القانون الإجرائي^(١).

ومن ثم فإن تواجد الشخص في مركز قانوني إجرائي هو ما يتيح له حرية ممارسة الحقوق الإجرائية من ناحية، والالتزام بالأعباء والواجبات الإجرائية من ناحية أخرى، والمركز القانوني الذي يترتب عليه تمتع الشخص بالحقوق الإجرائية، يفرض على نفس الشخص واجبا مقابلا في نفس الوقت، وهو واجب ممارسة تلك المكنتات بحسن نية، وألا يتعسف في استعمالها^(٢).

عدم التعسف في استعمال الحق واجب إجرائي^(٣):

قلنا إن استعمال الخصم لحقه الإجرائي يجب أن يتصف بحسن النية؛ لأن هذا الالتزام يمثل الصورة الأولى من ضوابط عدم التعسف في استعمال الحق، وفقا لما قرره المادة (٥) مدني. فإذا كان المركز القانوني -وكما سبقت الإشارة- يترتب مجموعة من الحقوق الإجرائية للخصم في الدعوى المدنية؛ فإن هذه الحقوق تقابلها مجموعة من الالتزامات، أهمها التزام الخصم بمباشرة الإجراءات بحسن نية فلا يجوز له أن يباشرها لمجرد الإضرار وبطريقة تنطوي على التعسف أو الإساءة في استعمال الحق الإجرائي^(٤). وقد ألزم المشرع المصري كل طرف من أطراف الخصومة المدنية بواجب عدم التعسف في استعمال الحق الإجرائي، سواء في

(١) د. نبيل اسماعيل عمر: سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨م، ص ٥.

(٢) د. احمد إبراهيم عبدالنواب، مرجع سابق، ص ١١٢ - ١١٣.

(٣) د. أحمد إبراهيم عبدالنواب، مرجع سابق، ص ١٦٦.

(٤) د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص ٤٤٩.

ذلك استعمالهم لحق الالتجاء إلى القضاء أم لحق الدعوى أو للحق في الدفاع أو للحق في الطعن.

نطاق الحق الإجرائي:

الحقوق الإجرائية في قانون المرافعات متنوعة ومتعددة، ويمكن تحديد نطاقها من خلال كل من حق الالتجاء للقضاء والحق في الدعوى، فالأول يتضمن كل ما من شأنه الاتصال بالمحكمة من المدعي أو المتدخل أو الطاعن، وهذا الحق متميز عن الحق في الدعوى، والذي يتعلق بكل ما من شأنه حصول المدعي أو المدعى عليه أو الطاعن أو المطعون ضده، سواء أكان ذلك يتعلق بالحق في الدفع أم بالحق في الطلب، وغيرها من الحقوق.

الحق الإجرائي في الفقه الإسلامي:

لم يهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بتحديد مفهوم الحق الإجرائي، خلافا لما فعله فقهاء القانون، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى بساطة إجراءات الدعوى في الفقه الإسلامي، ووضوحها على نحو لا يتطلب معه وضع قواعد تفصيلية بشأن الحق الإجرائي. وإن كان ذلك لا يحول دون القول بتعدد اجتهاداتهم في بيان المركز الإجرائي للخصوم في الدعوى، للوقوف على حقيقة مركز كلا الخصمين - المدعي والمدعى عليه - وقد تعددت اتجاهاتهم في ذلك، على نحو لا يتسع المقام لذكره، وتبعا لهذا المركز الإجرائي للخصوم فإن هناك عددا من الحقوق والواجبات الإجرائية لكلا الخصمين، بداية من حق التقاضي، وحق الدعوى، والمساواة بينهم، ومرورا بالحق في الحضور، وواجب الإعلان، والإعذار، والإثبات، والدفاع، والدفع، وانتهاء بالحكم في الدعوى والطعن فيه.

الفرع الثاني

منزلة الدفوع من الحقوق الإجرائية والحماية القانونية المقررة لها

حق الدفاع من أهم الحقوق الإجرائية المقررة للخصوم:

يعد حق الدفاع من أهم حقوق المتقاضين، وسمة أساسية ومهمة من سمات قانون المرافعات، إذ يمكن الخصم من إبداء دفاعه على الوجه الذي يريده، ويكفي لضمان حقه أن يمكن من إبداءه^(١). ويقصد بحق الدفاع: حق الخصم في أن يبدى للمحكمة أوجه الدفاع والدفوع التي يستند إليها وأن تستمع المحكمة إلى وجهة نظره وتمكنه من الرد على ما يقدمه خصمه من دفاع في القضية حتى يتمكن من تنفيذ حجج خصمه وإقناع القاضي بأن يصدر الحكم لصالحه. ويجب على المحكمة أن تحترم حق الخصم في الدفاع في أية حالة تكون عليها الإجراءات، فعليها أن تستمع إلى أقوال الخصوم حال المرافعة ولا تقاطعهم إلا في حالة خروجهم عن موضوع الدعوى أو مقتضيات الدفاع فيها، وعليها أن تقسح للخصوم المجال لاستعمال حقهم في الدفاع، ولا تأتي بأي إجراء من شأنه انتهاك هذا الحق (م ١٠٢ مرافعات).

الدفوع حقوق متعلقة بحق الدفاع:

والدفوع من الحقوق التي تتعلق بمادة الدفاع أمام المحكمة، وهي الوسائل التي يتمسك بها الخصم لتفادي الحكم بطلبات خصمه أو تأخير هذا الحكم. أو هي الوسائل التي يرد بها المدعى عليه على طلبات المدعي حتى لا يحكم عليه بها؛

(١) أستاذي د. حامد أبو طالب: محاضرات في قانون المرافعات، الكتاب الأول، ص ٤٦ .

فهي لا تهدف إلى الحكم لصالح المتمسك بها بشيء على خصمه؛ وإنما تهدف إلى منع الحكم لهذا الخصم بطلباته أو تأخير هذا الحكم^(١).

وتختلف فيما بينها بحسب موضوع كل منها، والغرض المقصود بها، والنتيجة التي يؤدي إليها الحكم بقبولها^(٢). فإذا رفع شخص دعوى على آخر يطالبه بمبلغ معين باعتباره ثمنا لعين اشتراها المدعى عليه، فإن المدعى عليه قد يدفع هذه الدعوى بإحدى ثلاث صور^(٣):

الأولى: أن يدفع الدعوى منازعا في الحق الذي يدعيه المدعي، بأن ينكر واقعة الشراء كلية أو يزعم بطلان البيع لأنه شابه سبب مبطل له، وقد لا ينكر نشوء الحق في ذمته صحيحا ولكنه يزعم انقضائه بسبب من الأسباب التي تنتهي بها الحقوق بعد نشوئها كالوفاء أو المقاصة أو التقادم. والثانية: أن يدفع الدعوى دون أن ينازع في الحق المدعى به، ولكنه يدفعها بدفع يطعن به في صحة الخصومة، كما لو دفع الدعوى بأنها رفعت إلى محكمة غير مختصة، أو أن الإجراء الذي رفعت به باطل. والثالثة: أن يدفع الدعوى بدفع لا يتعرض به للحق المدعى به من حيث نشوئه أو من حيث صحته أو من حيث بقائه قائما حتى رفع الدعوى، ولا يطعن به على صحة الخصومة، وإنما يدفعها بدفع ينازع به

(١) أستاذي د. حامد أبوطالب: محاضرات في قانون المرافعات، الكتاب الثاني، ص ٥٥٢. والدفع بمعناه الواسع يطلق على كافة الوسائل التي يتيحها المشرع لأحد الخصوم في حضي ادعاء خصمه، بغية عدم إجابة المحكمة لطلباته، وهو حق المدعى عليه باعتباره الوجه المقابل للدعوى المرفوعة عليه، كما أنه حق للمدعي في الرد على الطلبات العارضة أو الدفوع المقدمة من المدعى عليه. وبهذا المعنى فإن الدفع يعد وسيلة دفاع سلبية، وإن كان يحدد نطاق أو محل الخصومة. (د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية، دار النهضة العربية، ٢٠١٥م، ص ٦٥٩).

(٢) أستاذي د. حامد أبوطالب، الكتاب الثاني، مرجع سابق ص ٥٥٢.

(٣) د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في قانون المرافعات، طبعة نادي القضاة، ٢٠١٢م، ج ٨٧٢/٢.

في حق المدعي في رفع الدعوى، كأن يزعم المدعى عليه ألا مصلحة للمدعي في الدعوى فلا حق له في رفعها، أو أن يزعم ألا حق له في الدعوى لفوات الميعاد الذي يجب رفعها فيه.

الدفع دعوى فرعية:

فكل من الدعوى والدفع دعوى، وتتفقان في أنهما وسيلة قانونية يطلب بها الشخص الحصول على تقرير حق أو حمايته، غير أنهما مختلفان في أن الدعوى التي تكون دفعا لا بد أن تكون مسبقة بدعوى ضد من يباشرها (المدعى عليه)، بينما الدعوى التي يباشرها المدعي، دعوى مبتدأة لم تسبق بدعوى، كما أن الدعوى التي تكون دفعا يباشرها شخص أقيم ادعاء في مواجهته، فدعوى الدفع دعوى متفرعة من الدعوى الأصلية، ولذلك يختص بنظر الدفع نفس القاضي الذي ينظر الدعوى الأصلية. ويصدق على كليهما -الدعوى والدفع- تعريف: الوسيلة القانونية التي يطلب بها الشخص من القضاء الحصول على تقرير حق أو حمايته^(١).

الحماية القانونية المقررة للدفع:

تعد الدفع من أهم وسائل المدعى عليه في الرد على دعوى الخصم، وهي من الحقوق الإجرائية المهمة التي كفلها المشرع لكل خصم في الدعوى، وأوجب على المحكمة احترامها والرد عليها، ورتب على إغفال المحكمة الرد عليها في حكمها بطلان هذا الحكم. فإذا دفع الخصم بدفع أمام المحكمة وبين الأسباب التي يستند

(١) د. عبد المنعم الشرقاوي: نظرية المصلحة في الدعوى، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٤٧م، ص ١٤.

إليها في ذلك، فلا يجوز لها إهمال دفعه، بل عليها أن تفصل فيه وأن تذكر في حكمها الأسباب القانونية التي حملتها على قبول الدفع أو رده وما استندت إليه في ذلك من مواد القانون^(١).

منزلة الدفوع من الحقوق الإجرائية في الفقه الإسلامي:

بيان هذه المنزلة يقتضي الوقوف على ماهية الدفع أولاً -وهي مسألة ليست أساس دراستنا- ولذا نكتفي بالإشارة إلى أن المتأمل لكتب الفقهاء يلاحظ أن المتقدمين منهم لم يتعرضوا لتعريفه كمصطلح في باب الدعاوى، ولعل السبب في ذلك أنهم يرون أن الدفع في هذا الباب نوع من الدعوى وهم قد عرفوا الدعوى فيدخل تعريف الدفع فيها^(٢). أما المحدثين فقد عرفوه بعدة تعريفات، نذكر منها: أنه الإتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعي^(٣)، ومتى ثبتت وجب على القاضي الحكم بما قام عليه الدليل^(٤).

فالدعوى إذا في الفقه الإسلامي كوسيلة لحماية الحق قد تستعمل بطريق المطالبة أصلاً، أو عن طريق الدفع الذي يرد به على الطلب، فالدعوى التي يباشرها المدعي والدفع الذي يباشره المدعى عليه يصدق على كليهما تعريف الوسيلة القانونية التي يطلب بها الشخص من القضاء الحصول على تقرير حق

(١) د. علي غسان أحمد: الدفوع الشكلية في الدعوى المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية،

٢٠١٦م، ص ٦١.

(٢) د. واصل بن داود المذن: الدفوع الإجرائية واثرها في الدعاوى القضائية، كنوز إشبيلية، ٢٠٠٥م،

ص ٢٥.

(٣) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، طبعة دار الجيل، مادة (١٦٣١) ج ٤/٢١١.

(٤) د. محمد محبوب أبو النور: نظرية الدفوع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي، الدار السودانية

للكتب، الخرطوم، ١٩٩٩م، ص ٣٠.

أو حمايته، ولذلك فكل ما يقال عن الدعوى يقال عن الدفع أو الدفع التي يقدمها المدعى عليه للمدافعة بها عن حقه^(١).

وللدفع في مجال إجراءات الدعوى في الفقه الإسلامي منزلة مهمة، إذ يترتب على قبول دعوى الدفع عند الفقهاء والحكم فيها عدة آثار، منها: وضع حد نهائي لمطالب المدعي، أو منعه من التعرض للمدعى عليه في الموضوع نفسه بعد صدور الحكم فيه، كما يترتب على قبول دفع الخصومة آثار عدة، منها: الحكم بأنه لا خصومة بين المتداعيين، دون التعرض للحق ذاته، وإذا حضر مالك العين محل الحق، جاز أن يعيد رفع دعواه في أي وقت يريد، لأن الحكم الصادر في دفع الخصومة لا يعد فاصلاً في موضوع الدعوى ولا يحوز الحجية^(٢).

ونظراً لما للدفع من أهمية في الفقه الإسلامي، فإن التقات القاضي عنه وعدم تمسكه به متى وجب عليه ذلك، أو عدم الإجابة عليه، يجعل حكمه منعقداً على إجراءات باطلة، ومن ثم يبطل الحكم تبعاً لذلك^(٣).

(١) المرجع السابق، ص ٣٤.

(٢) د. أمانة راشد العقيلي: آثار الحكم بالدفع في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٠، العدد ٢ سنة ٢٠١٣م، ص ٦٤٣.

(٣) د. واصل بن داود المذن، مرجع سابق، ص ١٢٢.

المطلب الثاني

القواعد والأحكام المنظمة لحق الدفع

إذا كانت للدفع هذه الأهمية والمنزلة بين غيره من الحقوق الإجرائية في قانون المرافعات والفقهاء الإسلامي، فإن ذلك يستوجب أن تكون هناك قواعد وأحكام تنظم مباشرة هذا الإجراء المهم في الدعوى وتحول دون التعسف فيه، ولم يفت المشرع القانوني ذلك؛ إذ قرر ما يفي بهذا الغرض، وسبقه في ذلك فقهاء الشريعة الإسلامية. والقواعد المنظمة لاستعمال ومباشرة حق الدفع هي بذاتها وسائل الحد من التعسف فيه، وتنقسم إلى قواعد عامة تحكم كافة الدفوع، وقواعد خاصة في كل دفع بحسب طبيعته، ونتناول ذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

القواعد العامة في تنظيم الدفوع

ونقصد بها تلك القواعد التي أوجب المشرع اتباعها وتوافرها في الدفع أيا كانت طبيعته، وأهمها:

١ - ضرورة توافر المصلحة في الدفع:

تنزيها لساحات المحاكم عن الانشغال بدعاوى أو دفوع لا فائدة منها، اشترط المشرع توافر المصلحة لقبول أي دعوى أو طلب أو دفع، فقد يسيء الفرد استعمال حق الدفع، ويقدم دفوعا لا فائدة منها^(١)، وهذا أمر غير مقبول؛ إذ لا يحق للمرء أن يقدم دفعا لا تهمه نتيجته ولا يفيده، ولا أن يشغل أوقات المحاكم الثمينة بمسائل لا تعود عليه بالنفع ولا تدفع عنه الضرر^(٢).

(١) د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة، ج١/١٣١.

(٢) د. عبدالحميد أبو هيف: المرافعات المدنية والتجارية، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٦م، ص ٤٢٣.

ولذلك نص المشرع في المادة (١/٣) مرافعات على أنه «لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استنادا لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر، لا يكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون».

والمصلحة هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها من الدفع، وما لم تتوفر فلا يقبل الدفع، فينبغي أن تكون هناك فائدة أو منفعة تعود على الخصم من الدفع؛ إذ المصلحة ليست شرطاً لقبول الدعوى فقط؛ وإنما شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في حكم^(١)، وهي ليست لازمة لقبول ما يتمسك به المدعي فحسب؛ وإنما شرط لقبول ما يتمسك به المدعي عليه من دفع أو أي كان نوعها، ومصلحة المدعي عليه فيما يبيده من دفع هي تفادي الحكم عليه بطلبات المدعي كلها أو بعضها^(٢).

٢- أن يكون الدفع قانونياً:

ويقصد بذلك أن يكون موضوعه التمسك بحق أو مركز قانوني موضوعي أو إجرائي، فلا يكون قانونياً مثلاً الدفع ببطلان الإجراء لعيب شكلي رغم تحقق الغاية منه^(٣).

٣- أن يكون الدفع جوهرياً:

والمقصود بذلك أن يكون الدفع متعلقاً بموضوع الدعوى أو إجراءاتها ومؤثراً فيها بحيث يؤدي لو صح إلى تغيير وجه الحكم فيها، وأساس هذا الشرط هو شرط

(١) د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة، مرجع سابق، ج ١/١٣٣.
(٢) د. رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، الطبعة السابعة، ١٩٦٧م، ص ١٣٣.
(٣) د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص ٤١٣.

المصلحة العملية الذي يجب توافره في الدفع؛ إذ لا تتوافر للخصم مصلحة حالة وقائمة فيه إلا إذا كان دفعه جوهرياً من شأنه أن يؤدي إلى تفادي الحكم ضده^(١).

٤ - عدم سقوط الحق في الدفع:

فالدفع باعتباره حقا إجرائياً يتعرض إلى نظام السقوط بسبب تجاوز الحدود القانونية المرسومة لمباشرته، ولذا يكون غير مقبول إذا لم يبد في ترتيبه في الإجراءات أو إذا تنازل عنه صاحبه صراحة أو ضمناً، أو إذا سبق الفصل فيه بحكم قطعي أثناء الخصومة ذاتها^(٢).

القواعد العامة لقبول الدفع في الفقه الإسلامي:

الدفع عند فقهاء المسلمين - كما سبقت الإشارة - دعوى في حد ذاته، وليس مجرد جواب على دعوى المدعي بالإنكار، وإنما ادعاء جديد يقدمه المدعي عليه يطالب بإثباته، ويسار فيه كما هو الحال في الدعوى الأصلية، إذ يعرفه الفقهاء المحدثين بأنه «دعوى من قبل المدعي عليه، أو ممن ينتصب المدعي عليه خصماً عنه يقصد به دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي»^(٣).

والمفهوم الذي ذكره الفقهاء المسلمون للدفع يشمل نوعين فقط من الدفوع، إذ لم يتناولوا الدفوع الشكلية التي اهتم بها القانون، وإن كانت كتب الفقه الإسلامي قد اشتملت على ما يمكن منه استنتاج أحكامها^(٤). (ومن ثم فإن الدفوع في الفقه

(١) المرجع السابق، ص ٤١٤.

(٢) المرجع السابق، ص ٤١٤.

(٣) الشيخ علي قراة: الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مطبعة الرغائب بدار المؤيد، ١٣٣٩هـ، ص ٥٤.

(٤) د. محمد نعيم ياسين: نظرية الدعوى، دار النفائس، الطبعة الثانية، ٢٠١١م، ص ٥٨٢.

الإسلامي تنتوع أيضا إلى دفعو شكلية، ودفعو موضوعية، ودفعو بعدم القبول، ولكل منها أحكامه الخاصة، وسنبينها بعد قليل.

وهناك قواعد عامة نص عليها فقهاء المسلمين، يجب مراعاتها في الدفع أيا كان نوعه، أهمها:

١ - توافر المصلحة في الدفع: إذ يجب في الدفع أيا كان نوعه أن تتوافر فيه المصلحة؛ فهي شرط متفق عليه عند جميع فقهاء المسلمين، وإن كانت الصيغة المذكورة بلفظها غير موجودة في كتبهم، فالحنفية يشترطون في الدعوى ألا تكون عبثاً^(١) (والدفع دعوى). والمالكية ذكروا صيغة قريبة من لفظ المصلحة؛ إذ اشترطوا أن تكون الدعوى ذات غرض صحيح^(٢)، والشافعية يشترطون في المدعى به أن يكون حقا أو ما ينفع في الحق^(٣)، وفروع الحنابلة تدل على ذلك^(٤).

٢ - مراعاة وقته عند إبدائه: وخصوصا عند من يرون تقديم دفع الخصومة على الشروع في إثبات الدعوى، كما هو الحال عند الشافعية، أو تقديمه على الحكم كما عند الحنفية.

٣ - توجيه الدفع إلى دعوى صحيحة: فإن كانت الدعوى الأصلية باطلة فلا خلاف في عدم قبوله، إذ ليس للدعوى الباطلة حكم، وهي تعتبر في حكم المنعدمة، والتصدي لدفعها تحصيل حاصل، وهو عبث^(٥).

(١) محمد صالح بن عبدالفتاح الجارم: المجاني الزهرية على الفواكه البدرية، مطبعة النيل، ص ٧.

(٢) الخطاب: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، مطبعة السعادة، ١٣٢٩هـ، ج ٤/١٧٠.

(٣) السيوطي: الأشباه والنظائر، ص ٥٠٧ - ٥٠٨.

(٤) منصور بن يونس البهوتي: كشف القناع عن متن الاقناع، المكتبة الإسلامية، ج ٦/٣٣١.

(٥) ابن نجيم: البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج ٧/٢٣١.

٤- ألا يتناقض الدفع مع كلام صادر من الدافع: سواء كان هذا الكلام صادرا عنه في جواب الدعوى، أو في دفع آخر سبق أن أبداه، أم كان صادرا عنه خارج مجلس القضاء، فقد يقع التناقض من المدعى عليه في دفع من الدفع التي يقدمها، ومثال ذلك: أن يدعي شخص على آخر وديعة، فينكرها المدعى عليه، فيقيم المدعي البينة على الإيداع، فيدفع المدعى عليه بردها أو هلاكها، فلا يقبل دفعه ولا يسمع؛ لتناقضه مع إنكاره السابق للوديعة^(١).

٥ - عدم قبول دفع الدعوى إلا من المدعى عليه، أو ممن يعود عليه ضررها، أما الأول فلأنه المعني بالدعوى وقد أقيمت في مواجهته؛ لذا لا بد من تمكينه من رد الادعاء، وأما الثاني، فلدفع ضررها الذي قد يعود عليه، كالمشتري إذا استحق المبيع في يده، فيأتي البائع ويدفع دعوى المستحق بأنه باعه له، أي للبائع قبل أن يبيعه البائع إلى المشتري^(٢).

(١) د. محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص ٢٧٣.

(٢) د. محمد محجوب أبو النور، مرجع سابق، ص ٤٩.

الفرع الثاني

القواعد الخاصة في تنظيم الدفوع

ونقصد بها القواعد المقررة لكل دفع بحسب طبيعته، أي سواء كان دفعا شكليا، أو موضوعيا، أو بعدم القبول وهي مقررة لتنظيم هذا الحق وعدم التعسف فيه، ونتناولها فيما يلي:

أولا: القواعد الخاصة بالدفوع الشكلية:

وهي الدفوع المتعلقة بإجراءات الدعوى، ولذا يطلق عليها الدفوع الإجرائية، ويعد الدفع شكليا إذا كان يرمي إلى تعطيل النظر في القضية لسبب يتعلق باختصاص المحكمة أو بإجراءات الخصومة. ويعرفها الفقه القانوني بتعريفات متعددة، يمكننا من خلالها تعريف الدفع الشكلي بأنه، الدفع الذي يوجه إلى إجراءات الخصومة بغرض استصدار حكم ينهيها دون الفصل في موضوعها، أو يؤدي إلى تأخير الفصل فيها، وذلك بغير مساس بأصل الحق المدعى به، كالدفع بعدم اختصاص المحكمة، أو ببطلان صحيفة الدعوى.

وهذه الدفوع لا تقع تحت حصر معين، بل تشمل سائر الدفوع التي تستهدف الإجراءات، كالدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها مباشرة عن دين تتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء، والدفع ببطلان صحيفة الدعوى للتجهيل بالمدعي، أو ببطلان صحيفة الاستئناف لخلوها من الأسباب، أو بسقوط أمر الأداء لعدم إعلانه في الميعاد، أو بسقوط الخصومة أو بانقضائها، وغيرها من الدفوع التي تنصب على الإجراءات ولا تمس أصل الحق المدعى به.

وتحكم الدفوع الشكلية مجموعة من القواعد، ورد النص عليها في المادة (١٠٨) مرافعات، وهذه القواعد هي:

١ - وجوب إيدائها قبل الكلام في الموضوع أو الدفع بعدم القبول: وبهذه القاعدة قيد الحق في الدفع الشكلي بتقديمه قبل واقعة معينة، وهي التكلم في الموضوع أو إبداء دفع بعدم القبول، فإذا تحققت الواقعة قبل تقديمه، سقط الحق فيه. ويعتبر أي طلب أو دفاع من المدعى عليه مما يتعلق بالموضوع مسقطا للحق في الدفوع الشكلية، سواء أبادي الطلب أو الدفاع شفاهة أو في مذكرة مكتوبة، وسواء تضمن اعتراضا على ادعاء المدعي أم لا^(١).

٢ - يجب إبداء الدفوع الشكلية معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها: فإذا أراد الخصم التمسك بأكثر من دفع شكلي فعليه تقديمها معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، فتقديم دفع شكلي يترتب عليه سقوط الحق في تقديم دفع شكلي آخر، ولو لم يحدث كلام في الموضوع، فلا يستطيع الخصم إبداء دفع بعدم الاختصاص ثم يبدي بعده دفعا يبطلان صحيفة الدعوى، وإنما عليه أن يتمسك بهما معا.

٣ - يجب إبداء جميع الوجوه التي يبني عليها الدفع معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها: وذلك حتى لا تتعطل الإجراءات كل حين بإبداء أسباب جديدة للدفع الشكلي الذي سبق الدفع به، ولهذا فإذا بني الدفع على أكثر من وجه، وجب تقديمها جميعا معا وقبل التكلم في الموضوع، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها.

(١) د. فتحي والي، مرجع سابق، ص ٥٤٩.

٤ - يجب إبداء الدفوع الشكلية في صحيفة الطعن، وإلا سقط الحق فيها: فإذا غاب المدعى عليه عن حضور جلسات الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى لبطلان إعلانه بها، وصدر الحكم عليه في موضوعها بناء على هذا الإعلان الباطل، جاز له الطعن في الحكم بناء على بطلان إعلانه، غير أن حقه في التمسك بهذا الدفع يسقط بعدم إبدائه في صحيفة الطعن^(١).

والأمر ذاته إذا كان الحكم مشوباً بعيب شكلي، فإن التمسك بهذا العيب يجب إبدؤه في صحيفة الطعن وإلا سقط الحق فيه، وهذا ما قرره المادة (١٠٨) مرافعات بنصها على أنه «ويسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم يبدها في صحيفة الطعن».

الإستثناء من هذه القواعد:

يستثنى من القواعد السابقة نوعين من الدفوع الشكلية، لا يخضعان لهذه القواعد، هما: الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، والدفوع الشكلية التي ينشأ سببها بعد الكلام في الموضوع: فمثل هذا الدفع لم يكن قد قام موجبه قبل الكلام في الموضوع، فلا يتصور التمسك به قبل ذلك، ومثاله سقوط الخصومة بعد أن قطعت المحكمة في نظرها شوطاً، فلا يسقط حق الخصم في التمسك بالسقوط هنا إلا إذا تكلم في الموضوع من جديد بعد قيام سبب الدفع^(٢).

(١) د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص ٤١٩.

(٢) المرجع السابق، ص ٤٢٠.

الدفع الشكلية في الفقه الإسلامي:

لم يفصل فقهاء الشريعة الإسلامية قواعد هذا النوع من الدفع، وإن كانت كتبهم قد اشتملت على بعض من أحكامه، ومن ذلك الدفع بعدم الاختصاص^(١)، وعدم الاختصاص قد يكون مكانيا، وقد يكون نوعيا، والاختصاص المكاني مقرر لمصلحة المدعى عليه، فإن تنازل صراحة أو ضمنا عن الدفع بعدم الاختصاص المكاني، ولم يبيده في أول الدعوى، كان سكوته في هذه الحالة التي تحتاج إلى البيان بيان، ووجب السير في الدعوى^(٢). وإذا دفع المدعي عليه بعدم الاختصاص، فلا يجوز للقاضي الالتفات عن دفعه، فإن فعل، وقع حكمه باطلا^(٣). وكذلك يبطل حكمه إذا كان عدم الاختصاص نوعيا^(٤).

ومن هذه الدفع أيضا: الدفع بوجود قرابة أو مصاهرة بين القاضي وبين أحد أطراف الدعوى^(٥)، وهو ما يعرف في القانون برد القاضي، غير أن فقهاء الشريعة - على خلاف القانون - قالوا بأن هذا الدفع يقبل في أول الدعوى أو وسطها أو آخرها^(٦).

(١) والاختصاص القضائي معروف في الفقه الإسلامي، قال الماوردي «ويجوز أن يكون القاضي عام النظر خاص العمل، فيقلد النظر في جميع الأحكام في أحد جانبي البلد أو في محلة من، فتنفذ جميع أحكامه في الجانب الذي قلد فيه، والمحلة التي عينت له، وينظر فيه بين ساكنيه دون الغريبين والطارئين إليه...» (الماوردي: الأحكام السلطانية، مطبعة السعادة، ص ٩٢)

(٢) د. محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص ٥٨٣- د. واصل بن داود المذن، مرجع سابق، ص ٦٢.

(٣) قال ابن عابدين «المعتبر هو الولاية فالسلطان لما ولى قاضيا ببلدة أو محلة مخصوصة خصه بأهل تلك البلدة فليس له أن يحكم في غيرهم». (حاشية ابن عابدين على البحر الرائق، ج ٧/١٩٤).

(٤) قال في المغني «ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال... فلا ينفذ حكمه في أكثر منها». (ابن قدامة: المغني، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ، ج ١٠/١٣٥).

(٥) «فلا يجوز قضاؤه لنفسه، ولا لمن لا تقبل شهادته له، لأن القضاء له قضاء لنفسه من وجه، فلم يخلص لله سبحانه وتعالى». (علاء الدين الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ج ١٦/١٠٧).

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨/٧.

وأما الدفوع الشكلية المتعلقة ببطلان صحيفة الدعوى أو غيرها من أوراق المرافعات، فلا نعتقد أن له مجالاً في الفقه الإسلامي، وإن وجد فنطاقه ضيق جداً؛ لأن الإجراءات الشكلية التي نص عليها قانون المرافعات لا وجود لها في الفقه الإسلامي، ومخالفة الإجراء الشكلي لا تجوز أن تكون سبباً لرد الدعوى في الفقه الإسلامي أو لتأخير الفصل فيها^(١).

ثانياً: القواعد الخاصة بالدفوع الموضوعية:

الدفع الموضوعي هو الذي يوجه إلى الحق موضوع الدعوى بغرض الحكم برفض الدعوى كلياً أو جزئياً^(٢). فهو دفع يوجه إلى ذات الحق المدعى به كأن ينكر وجوده أو يزعم سقوطه أو انقضاؤه، كالدفع ببطلان سند الدين أو بتزويره، والدفع بانقضاء الدين بالوفاء. فالدفوع الموضوعية إذا تشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعى، ولهذا لا يتصور حصرها، ومن ناحية أخرى، هذه الدفوع تتعلق بأصل الحق لذا تنظمها القوانين المقررة للحقوق^(٣).

وتحكم الدفوع الموضوعية القواعد الآتية:

١- يجوز إبدائها في أية حالة كانت عليها الإجراءات، كما يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

٢- لا يتقيد المدعى عليه في إبدائها بترتيب معين، وإذا أبدى دفعا منها فإنه لا يسقط حقه في إبداء غيره من الدفوع الموضوعية، ما لم يتنازل عنه صراحة.

غير أنه لا يجوز التمسك بهذه الدفوع لأول مرة أمام محكمة النقض.

(١) د. محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص ٥٨٥.

(٢) د. وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص ٤١٤.

(٣) د. أحمد أبو الوفاء، التعليق على قانون المرافعات، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٧م، ص ٥٠٩.

٣ - الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يحوز حجية الأمر المقضي باعتباره فاصلا في الموضوع. حيث يترتب على قبوله إنهاء النزاع، ومن ثم يحول دون عرضه على المحكمة مرة أخرى، وإذا قدم دفع موضوعي أمام محكمة أول درجة وفصلت فيه بحكم ألغته محكمة الاستئناف، فإنها لا تعيد النزاع مرة أخرى إلى محكمة أول درجة، بل تفصل فيه لاستنفاد محكمة أول درجة ولايتها بشأن النزاع^(١).

الدفع الموضوعية في الفقه الإسلامي:

وهي تلك التي يقصد بها إبطال نفس دعوى المدعي والغرض الذي يرمي إليه بها، حيث يتعرض فيه لصدق المدعي وكذبه، ويترتب على قبولها وضع حد نهائي لمطالب المدعي ومنعه من التعرض ثانية للمطلوب، ومثالها: أن يدعي المدعى عليه على المدعي في دعوى العين أنه اشتراها منه وقبضها أو وهبها له وقبضها، أو أي سبب شرعي لانتقالها إلى يده^(٢).

وقد نص فقهاء الحنفية على أن الدفع الموضوعي يصح إبدائه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، فيصح قبل البينة كما يصح بعدها^(٣) وكما يصح قبل الاستمهال يصح بعده^(٤)، كما ذهبوا إلى أن هذا الدفع يصح قبل الحكم وبعده^(٥)، واشتروا لجواز سماع الدفع الموضوعي بعد الحكم شرطين، الأول: أن يتضمن

(١) د. محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص ٦٧٧.

(٢) شهاب الدين بن أحمد القليوبي: حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي للمنهاج، ١٦٠٩ هـ، ج ٣٣٧/٤.

(٣) ابن نجيم: البحر الرائق، مرجع سابق، ج ٢٣١/٣.

(٤) محمد علاء الدين عابدين: قرة عيون الأخيار، المطبعة العثمانية، ١٣٢٧ هـ، ج ٤٥٧/٢.

(٥) المرجع السابق، ج ٤٥٧/٢.

هذا الدفع إبطال الحكم الأول إذا ثبت^(١)، والثاني: ألا يمكن التوفيق بين دفع المدعى عليه الذي أتى بعد الحكم والدعوى الأصلية، فإن كان التوفيق ممكنا لم يقبل هذا الدفع بعد الحكم.

ثالثا: القواعد الخاصة بالدفع بعدم القبول:

الدفع بعدم القبول يوجه إلى حق المدعي في رفع الدعوى باعتباره حقا مستقلا عن ذات الحق -الموضوعي- الذي ترفع به الدعوى، ويعد طعنا بعدم توافر شرط من شروط قبول الدعوى، وسواء كان الشرط عاما في كل دعوى أم خاصا بالدعوى محل الدفع^(٢). فهذا الدفع يرمي إلى إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى؛ إذ يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه وما إذا كان من الجائز استعمالها أم أن شرط الاستعمال غير جائز^(٣).

ويحكم هذا الدفع مجموعة من القواعد، أهمها:

- ١- جواز إبدائه في أية حالة كانت عليها الدعوى.
- ٢- تقضي المحكمة به من تلقاء نفسها، ما لم يكن متعلقا بمصلحة خاصة.
- ٣- الحكم فيه لا يستنفد ولاية المحكمة بنظر الموضوع.
- ٤- الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول لا يحوز حجية الأمر المقضي.
- ٥- لا تلتزم المحكمة بالفصل في الدفع بعدم القبول على استقلال.
- ٦- الدفع بعدم القبول لعيب في صفة المدعى عليه يقتضي التأجيل لإعلان ذي الصفة.

(١) علي قزاعة، الأصول القضائية، مرجع سابق، ص ٥٧.

(٢) د. محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص ٦٧٨.

(٣) د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة، مرجع سابق، ج ٢/١٠٩٧.

الدفع بعدم القبول في الفقه الإسلامي:

ويقصد به دفع الخصومة عن المدعى عليه بدون تعرض لصدق المدعي أو كذبه في دعواه، ويسميه الفقهاء بدفع الخصومة، ومثاله إنكار المدعى عليه لصفته في الخصومة، أو دفعه بأن المدعي أبرأه من الدعوى أو من الخصومة؛ لأن ثبوت ذلك يدفع الخصومة من غير أن يؤثر على الحق ذاته، ومثاله أيضا: دفع المدعى عليه بنقصان أهليته أو نقصان أهلية خصمه، والدفع بانعدام صفة المدعي في رفع الدعوى، والدفع بكون الدعوى ليس لها غرض صحيح^(١)، ومثاله أيضا: الدفع بحجية الأمر المقضي، لسبق صدور حكم بين نفس الخصوم وفي نفس الموضوع مع وحدة السبب.

والدفع بعدم القبول يجوز إبدائه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، ويقبل من المدعى عليه سواء كان مدعى عليه في الدعوى الأصلية أم كان في دفعها، ومتى تحقق القاضي من صحته كان عليه أن يحكم بعدم جواز سماع الدعوى^(٢).

(١) د. محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص ٥٧٥.

(٢) المرجع السابق، ص ٦١١.

المبحث الثاني

مظاهر التعسف في الدفوع والمسئولية الناشئة عنه

قلنا إن حق الدفاع من الحقوق المقدسة، باعتباره ضمانة أساسية من ضمانات التقاضي، وأن الدفوع وسيلة مهمة من وسائل الدفاع ومادة من مواده، والأصل أن للمدعى عليه أن يدفع الدعوى بكل وجوه الدفوع القانونية، شكلية كانت أم موضوعية أم بعدم القبول، ولكن قد يحصل في بعض الأحيان أن يسىء استعمال هذا الحق بشكل تعسفي، ولا حق له في ذلك، فهو وإن كان يستعمل حقا إجرائيا أباحه له القانون؛ إلا استعماله له ليس مطلقا؛ وإنما مقيد بالحكمة التي دعت إليه؛ وهي تمكينه من دفع الادعاء عن نفسه؛ فإن جاوز حدود ذلك وأراد العنت في الخصومة، فإنه يكون قد انحرف عن الغاية المشروعة للدفع وتجب مساءلته^(١).

غير أن التساؤل المهم الذي يطرح نفسه، متى يمكن القول بوجود هذا التعسف، وما مظاهره، وهل للقاضي سلطة في تقديره؟ ذلك أنه إذا أمكنا أولا إثبات حصول التعسف في الدفع، إنتقلنا بعد ذلك إلى بحث مسألة المسئولية عن هذا التعسف.

والحقيقة أن التعسف في استعمال الحق كما قلنا، يتناقض مع واجب حسن النية الذي يجب أن يتصف به الشخص في ممارسة حقه الإجرائي، إذ التعسف مظهر لسوء النية، وهذا الأخير كما قلنا ظاهرة نفسية كامنة في مكنون النفس البشرية، يصعب الوصول إليه، إلا من خلال مظاهر خارجية تدل عليه، ومن هنا نبحت مظاهر التعسف في استعمال حق الدفع من خلال معيار التعسف وصوره في أنواع الدفوع الثلاثة (مطلب أول)، ثم نبين المسئولية المترتبة على هذا التعسف (مطلب ثان).

(١) الأستاذ محمد المنجي: الدعوى الكيدية، الكتب القانونية، الطبعة الأولى ٢٠١٢م، ص ٢٥٠.

المطلب الأول

معيار التعسف في استعمال حق الدفع وصوره

لا يمكننا البحث عن صور التعسف في استعمال حق الدفع إلا بعد الوقوف على معيار التعسف، وهي مسألة اختلف فيها الفقه القانوني وتعددت اتجاهاته بشأنها، ويمكن رد هذا الخلاف إلى معيارين أساسيين، هما: المعيار الشخصي والمعياري الموضوعي، وبعيدا عن الجدل القانوني الواسع بشأن هذين المعيارين -والذي لايسعنا هنا الحديث عنه- فإن الاتجاه الذي نراه راجحا ومتفقا مع اتجاه المشرع الإجرائي، هو المعيار الذي ينبع من فكرة المصلحة، وهو ما يتفق مع طبيعة الحق وغايته.

فالمصلحة شرط في مشروعية استعمال الحق، وبها قيد المشرع استعمال الحق الإجرائي- ومنه حق الدفع- فحيث لا مصلحة؛ لا دفع، وحيث تنعدم المصلحة؛ ينعدم الحق في الدفع؛ إذ نص المشرع في المادة الثالثة مرافعات، على أنه لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استنادا لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر، لا يكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون.

فإذا قلنا: إن التعسف في استعمال حق الدفع يتحقق وفقا لهذا المعيار، إذا لم تكن هناك مصلحة من وراءه، فإننا لا نعتقد أن هذه إجابة كافية على التساؤل الذي طرحناه عن متى يمكن القول بوجود التعسف؟ إذ تنتقلنا هذه الإجابة إلى تساؤل آخر مهم، وهو: متى لا تكون هناك مصلحة؟ ومتى تتوافر المصلحة، وما أوصافها؟ وهل يمكن عدم الاعتداد بها رغم توافرها؟

نعتقد أن الإجابة على هذا التساؤل تستوجب الرجوع إلى ضوابط الاستعمال غير المشروع للحق وفقا لما قرره المادة (٥) من القانون المدني، وهي أن استعمال الحق يكون غير مشروع:

- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

- أو إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

- أو إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة .

وفي ضوء ذلك يمكن القول بأن استعمال حق الدفع يكون غير مشروعاً، إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالخصم، أو كان يرمي إلى تحقيق مصلحة قليلة الأهمية إلى مستعمله، بحيث تكون مصلحة تافهة لا تتناسب البتة مع ما يصيب الخصم الآخر من ضرر جراء هذا الدفع، أو توافرت المصلحة ولكنها لم تكن مشروعة، أو لم تتوافر فيها أوصاف المصلحة التي قررتها المادة (٣) مرافعات، ومن ثم فإن غياب المصلحة أو غياب أوصافها أو تفاهتها، يعد ضابطاً عاماً تدرج تحته كثير من صور التعسف في استعمال حق الدفع .

المصلحة معيار التعسف في الفقه الإسلامي:

نظمت الشريعة الإسلامية الغراء الحقوق والواجبات تنظيماً لا تزال النظم القانونية تحبو في ملاحقته إلى الآن، وهي إذ تضع القواعد المنظمة لاستعمال الحق - ومنه الحق في التقاضي وما يتفرع عنه من حقوق كحق الدفاع والدفع - تراعي كافة

المصالح المتعارضة، فتعطي لصاحب الحق صلاحية استعماله بالشكل الذي يمكنه من الانتفاع بكافة مزاياه، وفي الوقت ذاته تفرض عليه التزاماً ألا يستعمله بشكل يضر بغيره؛ إذ منعت الضرر منعا باتا سواء أحدث نتيجة للممارسة حق أو بدونه، إذ جاءت مصادر التشريع مؤكدة حظر استعمال الحق بما يضر بالغير.

إذ الضرر أو نية الإضرار بالغير منهي عنه، قال تعالى «ولا تضارهن لتضيقوا عليهن»^(١)، وقال ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»^(٢)، وهي ذات الفكرة التي أخذ بها المشرع المصري حين عدد صور الاستعمال غير المشروع للحق في المادة (٥) مدني، مؤكداً أن استعماله يكون غير مشروعاً، إذا قصد به الإضرار بالغير، أو كانت المصالح التي يرمي صاحبها إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر.

وعلى الرغم من قطعية ثبوت قاعدة منع الضرر في الشريعة الإسلامية؛ إلا أنها ليست معيار التعسف، وإنما وإلى جوارها توجد المصلحة كمعيار للتعسف في استعمال الحق، فالشريعة الغراء وضعت أسس نظرية التعسف على أروع ما تكون عليه دقة وصياغة، إذ تجد مصدرها في القرآن الكريم والسنة والقواعد المستقرة في المذاهب الفقهية في الفقه الإسلامي^(٣).

والأحكام الشرعية عند جمهور الأصوليين والفقهاء معللة بمصالح العباد في الدارين، ذلك «إن وضع الشرائع إنما هو لصالح العباد في الأجل والعاجل معا»^(٤)، لذلك فإن من الطبيعي أن نجد معيار التعسف في استعمال الحقوق في

(١) سورة الطلاق: من الآية رقم (٦).

(٢) محمد ابن اسماعيل البخاري: صحيح البخاري، كتاب الأيمان والنذور، باب النية في الأيمان، حديث رقم ٦٣١١.

(٣) د. شوقي السيد، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

(٤) الشاطبي: الموافقات، ج ٢/٧ وما بعدها.

الشريعة الإسلامية ممثلاً في فكرة المصلحة، تتقيد بها الحقوق في تحقيق غايتها من المصالح، وتحد إطلاقها، ولذا اهتم بها الفقه الإسلامي، ووضعها أساساً لمعاييره، تفادياً للغلو والتطرف في النظر إلى الحق وتصوير طبيعته ومداه، فالعدل الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية يقتضي تقييد استعمال الحقوق الفردية، إذ تدعو الشريعة الإسلامية إلى الإحسان والفضل، وعدم التزيد في استعمال الحقوق واقتضائها^(١)، وفي هذا المعنى يقول ابن رشد: «ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل، فمن يتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاداً أو عرفاناً، بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك»^(٢).

صور التعسف في استعمال الحق:

إذا كنا قد انتهينا إلى أن المصلحة هي معيار التعسف في استعمال الحق، فإننا لا نعتقد أن غياب المصلحة هي الصورة الوحيدة من صور التعسف في استعمال حق الدفع، وإنما نجد أن هناك صور أخرى لهذا التعسف، كالدفع التسويفية وغيرها. ولذلك نقسم صور التعسف في استعمال حق الدفع إلى قسمين رئيسيين، هما:

أولاً: التعسف في استعمال حق الدفع الناشيء عن غياب المصلحة أو

تعييبها:

(١) د. شوقي السيد، مرجع سابق، ص ٢٦١.

(٢) أبو الوليد محمد بن رشد: بداية المجتهد، مطبعة الاستقامة بالقاهرة، ١٣٧١هـ، ج ٢/١٥٤.

والمصلحة التي نقصدها هنا هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها من وراء الدفع، وما لم تتوافر هذه المصلحة فلا يقبل الدفع؛ إذ ينبغي أن تكون هناك فائدة أو منفعة تعود على المدعى عليه من الدفع - على فرض الحكم لصالحه- وهذه الفائدة قد تتمثل في دفع الادعاء عنه، أو حماية حقه، أو اقتضاؤه، أو الاستيثاق له، أو الحصول على ترضية مادية، أو أدبية؛ فالمصلحة هنا إذا هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها من وراء الدفع^(١).

أ- انعدام المصلحة قرينة على التعسف في استعمال حق الدفع:

نتفق مع ما ذهب إليه القضاء الفرنسي^(٢) من القول بأن انعدام المصلحة قرينة على التعسف ونية الإضرار بالغير، ونحن نقول هنا بأنها مجرد قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، للمحكمة أن تستنبطها من وقائع الدعوى التي تنظرها، فلها تقدير إساءة استخدام حق الدفع، وهي مسألة يخضع تقدير القاضي بشأنها لرقابة محكمة النقض؛ إذ ليس للمحكمة أن تعتبر مجرد انعدام المصلحة تعسفا وإساءة لاستعمال حق الدفع، دون النظر لظروف الدفع وطبيعته؛ وإنما عليها قبل أن تقرر ذلك؛ أن تتبين وجود هذا التعسف فعلا، ولا تكتفي بمجرد انعدام المصلحة؛

(١) د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة، ج ١/١٣٠.

(٢) يذهب القضاء الفرنسي إلى أن انعدام المصلحة قرينة على التعسف وعلى نية الإضرار بالغير: Attend que l'exercice du droit de propriété qui a pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime ne saurait l'accomplissement d'acte malveillant ne se justifiant par aucune utilité a pourtant prejudice à autrui. (colmar, 2 mai 1855, D.1856II, p. 9.).
مشار إليه لدى د. أحمد إبراهيم عبدالنواب محمد: النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ٦١٤.

والمصلحة وفقا لنص المادة ٣١ من قانون المرافعات الفرنسي هي الغاية التي تبرر استعمال الحق في الالتجاء إلى القضاء . حيث يجري نص هذه المادة بالفرنسية على النحو التالي:
" L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime succès ou regret d'une pretention...."

فقد يكون المدعى عليه حتى مع انعدام المصلحة، حسن النية في استعمال الدفع، ولم يقصد الإضرار بخصمه؛ فعليها هنا أن تكتفي بعدم قبوله.

ووجهتنا في ذلك تتفق مع اتجاه المشرع المصري في المادة (٣) مرافعات، والتي أجازت -في فقرتها الأخيرة- للمحكمة عند عدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة؛ أن تحكم على المدعي بغرامة إجرائية لا تزيد عن خمسمائة جنيه؛ إذا تبين أن أساء استعمال حقه في التقاضي.

انعدام المصلحة وصف قد يصيب أي نوع من الدفوع:

انعدام المصلحة في الدفع قد يرد على أي نوع من أنواع الدفوع، إجرائية كانت أم موضوعية أم بعدم القبول، إذ من المتصور أن يدفع الخصم بدفع منها ولا تكون له مصلحة فيه، غير أن لنا وقفة يسيرة بشأن الدفوع الإجرائية (الشكلية)، ذلك أن المشرع حدد مقدما شكل الإجراءات مراعيًا في ذلك تحقيق مصالح معينة، وافترض مقدما وقوع الضرر بمجرد حصول المخالفة، وعلى ذلك فالمصلحة في إبداء الدفع الشكلي تتحقق بمجرد حصول المخالفة، فمتى وقعت المخالفة وتمسك الخصم بالجزاء الذي رتبته المشرع؛ وجب على المحكمة أن تحكم به، ولا يجوز لها أن تطلب منه إثبات ضرر خاص مس دفاعه جراء تلك المخالفة.

فإذا رفعت دعوى إلى محكمة غير مختصة محلًا؛ جاز للمدعى عليه أن يدفع بعدم اختصاصها، ولو كانت تقع في ذات مبنى المحكمة المختصة فعلا بنظر الدعوى، ولا يجوز هنا الاحتجاج بانعدام المصلحة لعدم أي ضرر جراء المخالفة. وإذا لم يذكر في صحيفة الدعوى تاريخ إعلانها؛ جاز الدفع ببطانها، ولو لم

يترتب على ذلك ضرر، وكذا إذا تم الإعلان في ساعة أو يوم بالمخالفة للمواعيد المقررة، وهكذا في غيرها من الدفوع الشكلية، فلا يصح الاحتجاج هنا بانعدام المصلحة، إذ افترض المشرع مقدما وقوع الضرر لمجرد حصول المخالفة^(١).

غير أن ذلك لا يعني أن الدفوع الإجرائية لا يتصور وقوع التعسف في الدفع بها، فهي كسائر الدفوع حق إجرائي قد يتعسف فيه صاحبه أو يسيء استعماله، فتأخير الدفع الإجرائي المتعلق بالنظام العام إلى ما بعد قطع شوط في الدعوى ثم إبداءه بقصد هدم ما تم من إجراءات، صورة من صور التعسف التي ترد على هذا النوع من الدفوع، وتعتمد الخصم الغياب عن الدعوى ثم حضوره بعد إعادة إعلانه وبعد قطع شوط فيها، وتقديم دفع بعدم الاختصاص أو بالإحالة يعد تعسفا في استعمال هذا الدفع الشكلي، وإلى جانب ذلك توجد صور أخرى.

وقد يعاب الدفع الموضوعي بانعدام المصلحة، كما لو دفع الخصم بصورة العقد قاصدا من وراء ذلك إطالة أمد الفصل في الدعوى، كما قد يعاب الدفع بعدم القبول بالعيب ذاته، وذلك كما في دفع المدعى عليه بعدم قبول الدعوى؛ لأن المصلحة فيها لم تتوافر إلا بعد رفعها، ذلك ألا مصلحة له في ذلك، إذ العبرة وفقا للرأي الراجح توافر المصلحة وقت نظر الدعوى^(٢).

غيبة المصلحة في استعمال حق الدفع في الفقه الإسلامي^(٣):

لا تجيز الشريعة الإسلامية لصاحب الحق أن يستعمله دون مصلحة يحققها لنفسه، وفي الوقت ذاته يضر عمله هذا بالغير، فقد قضى في باب الدعوى

(١) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ط ٦، ١٩٨٠، ص ٤٠ وما بعدها.

(٢) د. سيد أحمد محمود، شرط المصلحة في الدعوى القضائية، حلقة نقاشية عقدتها مجلة الحقوق جامعة الكويت، ملحق العدد الرابع، السنة الخامسة والعشرون، ديسمبر ٢٠٠١م، ص ٩.

(٣) د. شوقي السيد، مرجع سابق، ص ٢٦٩ وما بعدها.

بأنه إذا كانت بينة المدعي حاضرة في مجلس القضاء وطلب يمين خصمه؛ لم يجبه القاضي إلى طلبه باتفاق أئمة المذهب الحنفي، «لانتقاء المصلحة في هذا الحق»^(١)، فيمنع من ذلك درءا لتعسفه.

وقد قضى عمر بن الخطاب في نزاع بين الضحاك بن خليف، ومحمد بن مسلمة، مؤيدا لذات المبدأ، إذ أراد الأول أن يمر بأرض الأخير بخليج يسقي به أرضه، فمنعه الثاني مالك الأرض، فأمره عمر أن يتركه يمر، فلما أبى قال عمر «والله ليمرن به ولو على بطنك». وهذا القضاء لما أثير من دفاع حول المنع والرد إذ قال الضحاك «لما تمنعني وهو لك منفعة؟ تشرب به أولا وأخيرا ولا يضرك»^(٢). فاستعمال الحق هنا- وهو منع المرور- مع غيبة المصلحة؛ يعد تعسفا.

وقياسا على ذلك يمكننا القول بأن استعمال حق الدفع دون مصلحة تعود على الخصم منه؛ غير جائز، فإذا استعمل الخصم هذا الحق غير رام إلى تحقيق مصلحة مشروعة؛ فإنه يكون متعسفا؛ ويمنع من ذلك.

ب- عدم جدية المصلحة من الدفع صورة من صور التعسف:

إذ ليس معنى أن الدفع حق إجرائي للخصم أن يستعمله كيفما شاء ولو لحماية مصلحة تافهة، وهي تلك التي لا تتناسب البتة مع ما يصيب الخصم الآخر من ضرر جراء الدفع، فشرط قبول الدفع ليس فقط توافر المصلحة، وإنما جديتها، فالمبادئ العامة في التقاضي تأبى الاعتراف للخصم بأن يتخذ من الدفع وسيلة للإضرار بخصمه^(٣).

(١) تكملة الفتح، ج٦/١٥٤.

(٢) مالك بن أنس: الموطأ، مؤسسة زايد بن سلطان للأعمال الخيرية، أبو ظبي، الإمارات، ج٤/١٠٧٩.

(٣) د. زيد قدرى الترجمان: نظرية التعسف في استعمال الحق، مكتبة دار السلام، الرباط/المغرب،

٢٠٠٩م، ص١٠٦.

وتكاد تستقر أحكام القضاء المصري والفرنسي، على اشتراط جدية المصلحة، وقد يعبر القضاء عن عدم جدية المصلحة في بعض الأحيان بأن المصلحة نظرية، أو تافهة، أو لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر، أو لكونها في بعض الأحيان مصلحة غير مشروعة^(١).

فالمدعى عليه الذي يستعمل حق الدفع لتحقيق مصلحة غير جدية، يعد متعسفا في استعمال هذا الحق الإجرائي. وتقدير جدية المصلحة وأهميتها يرجع إلى الموازنة بينها وبين الأضرار التي تصيب الغير، وعلى القاضي أن يجري موازنة بين المصلحة التي تعود على الخصم من الدفع، وبين الأضرار التي تصيب خصمه، فإذا بلغت حدا من الأهمية تريبو أو تزيد قيمتها على الضرر، كانت المصلحة جدية، وينأى استعمال الحق تبعا لذلك عن التعسف^(٢).

موقف الفقه الإسلامي من عدم جدية المصلحة في الدفع:

توازن الشريعة الإسلامية بين المصالح المتعارضة للعباد، فلا تجيز لصاحب الحق استعماله بشكل تعسفي قاصدا تحقيق مصلحة تافهة يترتب معها ضرر

(١) د. أحمد إبراهيم عبدالتواب، مرجع سابق، ص ٢٣٢. وتجه محكمة النقض في العديد من أحكامها إلى القول بأن توافر المصلحة الجدية ينفي الادعاء بالتعسف، ومن ذلك ما قضت به بأنه «لا جناح على من يستعمل حقه استعمالا مشروعاً، فلا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر على نحو ما تقضي به المادة الرابعة والخامسة من القانون المدني، ولما كان ما تقدم وكانت محكمة الموضوع قد خلصت في حدود سلطتها التقديرية، إلى أن المطعون ضدهم ابتغوا من إنهاء عقد الإيجار تحقيق مصلحة جدية تتمثل في حصولهم على مبنى يسع الزيادة المطردة في عدد التلميذات، بعد أن ضاقت العين المؤجرة عن أن تسع تلك الزيادة، وأنه ليس هناك تعسف في استعمال الحق في إنهاء العقد، وأن المحكمة قد أقامت قضاءها في ذلك على أسباب سائغة تكفي لحمله». (الطعن رقم ٥٩ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ١٩٨١م)

(٢) في هذا المعنى، د. شوقي السيد، مرجع سابق، ص ١٩٨. قضت محكمة النقض بأنه «إذا كان حق التقاضي وحق الدفاع من الحقوق المباحة للخصم، إلا أن استعماله لهما - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مقيد بأن يكون بالقدر اللازم لاقتضاء حقوقه التي يدعيها والزود عنها فلا يجوز لمن يباشر هذه الحقوق الانحراف بها عما وضعت له واستعمالها ابتغاء مضارة خصمه، إذ في هذه الحالة يجب مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق الغير بسبب إساءة استعمال هذه الحقوق» (الطعن رقم ٢٧٥٩ لسنة ٥٩ قضائية - جلسة ٢٢/٤/١٩٩٠م).

للغير، وقد وضع النبي ﷺ أسس هذه القاعدة، بقضائه في قضية سمرة بن جندب، بقلع النخلة دفعا للضرر الأشد بالأخف، فقد روى أبو داود في سننه من حديث أبي جعفر محمد بن علي، أنه حدث سمرة بن جندب، أنه كان عذق من نخل في حائط رجل من الأنصار، ومع الرجل أهله، وكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به وشق عليه، فطلب إليه أن ينقلها فأبى، فأتى النبي ﷺ فذكر له ذلك، فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعها، فأبى، فطلب إليه أن ينقلها فأبى، فقال فهبه له ولك كذا وكذا «أمرأ رغبة فيه» فأبى، فقال إنما أنت مضار، وقال النبي ﷺ للأنصاري إذهب فاخلع نخلته^(١).

ومن ثم فاستعمال الحق إذا قصد من وراءه تحقيق مصلحة تافهة أو غير جدية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر، أمر لا تجيزه الشريعة الإسلامية، باعتباره تعسفا، وهو مبدأ لا يسري على الحقوق الموضوعية فقط؛ وإنما على كافة الحقوق بما فيها الحقوق الإجرائية، والمتفرع عنها حق الدفع كأحد متطلبات حق الدفاع في النظام القضائي.

ج- عدم مشروعية المصلحة من الدفع إساءة لاستعمال الحق فيه:

فالمصلحة التي تعد معيارا لقبول الدفع هي المصلحة المشروعة، وهو ما أكدته المادة (١/٣) مرافعات بأن تكون المصلحة قانونية، أي مشروعة ويقرها القانون، ومن ثم فلا تكفي المصلحة على أي وجه كانت لاستعمال حق الدفع وقبوله من المحكمة، ومشروعية المصلحة من عدمها لا ترجع لأهواء الخصم،

(١) أبي داود سليمان الأشعث السجستاني: سنن أبي داود، دار الكتاب العربي، بيروت، باب القضاء، ج١٥/١٥٠١.

بحيث يقرر مدى مشروعية المصلحة في الدفع بالنسبة له، وإنما على القاضي أن يعمل سلطته في مراقبة هذا الوصف من أوصاف المصلحة، بحيث إذا ما تبين له أن المصلحة التي تعود على الخصم من الدفع غير مشروعة فإن عليه أن يقضي بعدم قبوله، ذلك أن الخصم يكون قد تعسف في الدفع وأساء استعمال الحق فيه^(١).

موقف الفقه الإسلامي من عدم مشروعية المصلحة في الدفع:

لم يأخذ الفقه الإسلامي بمعيار المصلحة، باعتبارها مصدرا للتشريع ومنبثا لأحكامه فحسب؛ وإنما بحسبانها أيضا غاية التشريع والأحكام، ومن ثم غدت قيда على استعمال الحق، يتعين على صاحبه أن يحقق به غايته، وذلك استنادا إلى أصل من الأصول الشرعية؛ وهو اعتبار المآلات في الأفعال^(٢)، وأهم قواعده سد الذرائع، فالنظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا^(٣).

فسد الذرائع وتقييد استعمال الحق بما لا يضر الغير، يعد من أهم تطبيقات اعتبار المآل، والذريعة هي «التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة»^(٤)، والفقه الإسلامي ينهى عن التذرع بأمر ظاهر الجواز لتحقيق أغراض غير مشروعة، ومن قبيل ذلك التذرع بحق الدفع لتأخير الفصل في الدعوى وإطالة أمد التقاضي.

ثانيا: التعسف في استعمال حق الدفع مع وجود المصلحة:

قد يبدو العنوان غير مألوفاً للوهلة الأولى، إذ كيف يكون الدفع حقا إجرائيا، وتتوافر فيه المصلحة التي اشترطها القانون، وعلى الرغم من ذلك يكون استعماله

(١) د. أحمد إبراهيم عبدالنواب، مرجع سابق، ص ٥٦٠.

(٢) د. شوقي السيد، مرجع سابق، ص ٢٧٥.

(٣) الشاطبي: الموافقات، ج ٢/٣٥٧.

(٤) الشاطبي: الموافقات، ج ٤/١٩٩.

قد جاء بشكل تعسفي، إلا أن هذه الغرابة تزول إذا ما عرفنا أن الحقوق جميعها قد يرد عليها وصف التعسف، إذا لم تستعمل بطريقة تتفق وواجب حسن النية، والدفع أحد الحقوق التي يجب أن تستعمل بحسن نية، فلا يكفي أن تتوافر المصلحة للخصم فيه حتى يستعمله على أي وجه كان.

ذلك أن الخصم قد يسيء هذا الحق الإجرائي، فيستعمله بسوء نية قاصدا من وراء ذلك تحقيق مصلحته على حساب الإضرار بخصمه، ومن قبيل ذلك الإفراط في الدفوع بقصد تعطيل الدعوى، والدفوع التسوية، ونبين ذلك فيما يلي:

أ- إساءة استعمال حق الدفع بقصد تعطيل الفصل في الدعوى:

قد يعتمد المدعى عليه إلى تعطيل الفصل في الدعوى مستعملا في ذلك حق الدفع، بتقديم دفوع كل حين يرمي من وراءها تشتيت المحكمة وألا تتمكن من حسم موضوع النزاع في وقت مناسب، وهو في ذلك وإن كان يستعمل حقا من حقوق الدفاع؛ إلا أن استعماله له منظويا على سوء نية؛ ومن ثم فهو استعمال تعسفي، ينبغي على المحكمة ألا تمكنه منه، وألا تقسح له المجال للإضرار بخصمه.

وقد أراد المشرع أن يحمي الخصم الآخر من هذا التعسف فنظم كل دفع بجملة من القواعد- سبقت الإشارة إليها في المبحث السابق- إلا أنه وعلى الرغم من هذا التنظيم، فإنه الواقع القضائي يؤكد عدم كفاية هذه القواعد في القضاء على التعسف وسوء النية في استعمال الدفع، فالمشرع وإن كان قد أوجب على الخصم أن يقدم دفوعه الشكلية جملة واحدة قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، وأن يقدم كافة الأوجه التي يبني عليها الدفع الشكلي عند تقديمه؛ فإن

هناك نوع من الدفوع الشكلية يجوز إبدؤها في أية حالة كانت عليها الإجراءات، وهي الدفوع المتعلقة بالنظام العام، كالدفع بعدم اختصاص المحكمة ولائياً أو قيمياً أو نوعياً، أو الدفع ببطلان إجراء خالف مقتضى من مقتضيات النظام العام، فمثل هذه الدفوع يجوز إبدؤها في أية حالة كانت عليها الإجراءات، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف^(١).

وتصور التعسف وإساءة استعمال حق الدفع هنا يأتي من خلال عدم إبداء الخصم لهذا الدفع إلا بعد أن تسير المحكمة في الإجراءات شوطاً طويلاً، فإذا ما تبين له ضعف مركزه في الخصومة، دفع بعدم الاختصاص، ثم يعود بعدها إذا تبين عدم صحة دفعه، فيدفع ببطلان إجراء معين لمخالفته للنظام العام، وهكذا.

ولما كانت الدفوع الموضوعية والدفوع بعدم القبول مما يجوز إبدؤها في أية حالة كانت عليها الإجراءات، وكانت لا تقع تحت حصر معين، فإن الخصم سيء النية قد يتعسف في إبدائها الدفع تلو الآخر قاصداً من وراء ذلك إطالة أمد الفصل في الخصومة، ولا شك أن ذلك فيه من الإضرار بخصمه ما فيه، ومن ثم يجب على القاضي هنا أن يعمل رقابته.

ذلك أن سلوك المدعى عليه هنا يمثل بلا شك إساءة لاستعمال حق الدفاع ويؤدي إلى الإضرار بخصمه، وهو أمر نهى المشرع عنه، وأكدته محكمة النقض في العديد من أحكامها، ومن ذلك ما قضت به بأن «سلوك المدعى عليه على سبيل اللدد في الخصومة وإسرافه في المضارة بالمدعي عامداً وإثارة الخصومة أداة ومكيدة له، ووسيلة لإيذائه، والانتقام منه يعتبر خطأ موجبا للتعويض»^(٢).

(١) أستاذي د. حامد أبو طالب، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص ٥٦٠.

(٢) نقض مدني ١٠/٤/١٩٥٠.

كما قضت بأن «حق التقاضي وحق الدفاع من الحقوق المباحة للخصم، إلا أن استعماله لهما - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- مقيد بأن يكون بالقدر اللازم لاقتضاء حقوقه التي يدعيها والذود عنها، فلا يسوغ لمن يباشر هذه الحقوق الانحراف بها عما وضعت له واستعمالها بقصد مضارة خصمه، إذ في هذه الحالة يجب مساءلته عن تعويض الضرر الذي يلحق الغير بسبب استعمال هذه الحقوق»^(١).

ب- التسوية في الدفع:

إساءة المدعى عليه استعمال حق الدفع والتعسف فيه، لا يقتصر على ما سبق ذكره من صور هذا التعسف ومظاهره؛ وإنما يمتد إلى كل حالة يتجاوز فيها الخصم حدوده المشروعة أو المألوفة بقصد مضارة خصمه؛ إذ الحق في الدفع كما قدمنا ليس حقاً مطلقاً وإنما مرتبط بالغاية منه ومحكوم أو مقيد بالحكمة التي من أجلها شرع، وهي تمكين المدعى عليه من الذود عن نفسه وصد الادعاءات الكاذبة الموجهة إليه، فإن أساء هذا الحق وخرج عن حدوده؛ إنقلب حق الدفاع إلى مفسدة^(٢).

والحق في الدفع قد يساء استعماله بهدف التسوية والمماطلة إضراراً بالخصم الآخر، كأن يمتنع الخصم عن تقديم الدفوع التي يجوز تقديمها في أية حالة تكون عليها الدعوى؛ إلا في نهاية إجراءاتها على نحو يؤدي إلى ضياع ما بذل فيها من جهد وما أنفق فيها من مال^(٣).

ومقصود الخصم من التسوية هو الحصول على أكبر قدر من الأجال عن طريق طرح دفوع مجردة من الأساس أمام القضاء وإلزامه بالفصل فيها بهدف تأخير القضية، مما يصيب المدعي بضرر لصدور الحكم ضد المدعى عليه في النهاية^(٤).

(١) الطعن رقم ٢٧٥٩ لسنة ٥٩ قضائية - جلسة ٢٢/٤/١٩٩٠م.

(٢) د. عبدالباسط جميعي: نظام الإثبات في القانون المدني المصري، الطبعة الثانية، ١٩٣٥، ص ٢١٦ وما بعدها.

(٣) د. إبراهيم أمين النفاوي: التعسف في التقاضي، مرجع سابق، ص ١١- د. علي عبيد الحديدي، مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٤) د. عزمي عبدالفتاح: نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى، منشأة المعارف، ٢٠١٨م، ص ٢٤٨.

«وتثور هذه المشكلة بوجه خاص بالنسبة للدفع بعدم القبول بعد أن أصبح من الجائز إثارته في أي وقت، وكذلك بالنسبة للدفع الموضوعية. وقد عالج قانون المرافعات الفرنسي الجديد هذه المسألة واعتبر أن عدم إثارة الدفع بعدم القبول في وقت مبكر وبنية التسوية، يعد تعسفا موجبا للمسئولية (مادة ١٢٣ مرافعات فرنسي)، كما أخذ بذات المبدأ بالنسبة للدفع بالإحالة للارتباط (مادة ١٠٣ مرافعات فرنسي) حيث أجاز إبدائه في أي حالة تكون عليها الدعوى، ولكنه نص على مجازاة من يثيره متأخرا بنية التسوية، وبذلك قضى المشرع الفرنسي على سلطة المدعى عليه التقديرية في التمسك بهذه الدفع بشكل يشل الإجراءات وينهي الخصومة في الوقت الذي يحلو له»^(١).

موقف الفقه الإسلامي من التعسف في الدفع رغم توافر المصلحة:

استعمال حق الدفع بقصد الإضرار بالخصم والتسوية والمماطلة في الدعوى وتأخير الفصل فيها، يعد أبرز حالات التعسف، والقصد إلى الإضرار - كما أسلفنا - ممنوع في الشريعة؛ ويمنع الحق الذي اتخذ وسيلة للتعبير عنه أو لتحقيقه، لأنه يتنافى مع الغرض من تشريع الحقوق.

يقول ابن رجب في تحريم إلحاق الضرر بغير حق «ألا يكون - في استعمال الحق - غرض سوى الضرر بالغير، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه»^(٢). فالخصم الذي يتخذ حق الدفع ذريعة للإضرار بخصمه بتأخير الفصل في دعواه وإطالة أمد النزاع، يكون متعسفا في حقه ويمنع منه.

(١) المرجع السابق، ص ٢٤٨-٢٤٩.

(٢) زين الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن شهاب بن رجب: جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة، ص ٨٨ و ٢٩٠.

المطلب الثاني

المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الدفع

قلنا إن المركز القانوني للخصم، يكسبه مجموعة من الحقوق الإجرائية التي نص عليها ونظمها قانون المرافعات، وفي الوقت ذاته يفرض عليه مجموعة من الالتزامات والواجبات التي يجب عليه اتباعها في مباشرة حقه الإجرائي في التقاضي، ولعل أهم هذه الواجبات؛ واجب حسن النية، والذي يستلزم كما أسلفنا أن يبتعد الخصم عن كل إجراء أو عمل يكون قصده منه الإضرار بخصمه ولا تتوافر له فيه مصلحة جدية ومشروعة يقرها القانون.

فإذا خالف الخصم هذا الواجب الإجرائي وتعسف في استعمال حق الدفع، فإن ذلك يوجب مؤاخذته ومساءلته عن سوء نيته وإساءة استعمال هذا الحق، وهو ما نعني بدراسته في هذا المطلب. وبيان مسؤولية الخصم عن التعسف في استعمال حق الدفع يقتضي بحث ثلاث مسائل مهمة تتعلق بهذه المسؤولية، أولها: سلطة القاضي في تقدير التعسف في استعمال حق الدفع، وثانيها: طبيعة المسؤولية الناشئة عن هذا التعسف، وثالثها: الجزاء المقرر عليه، ونتناول ذلك فيما يلي:

أولاً: مصدر سلطة القاضي في تقدير التعسف في استعمال حق الدفع:

القاعدة أن القاضي لا يباشر وظيفته بالفصل في النزاع إلا بناء على طلب؛ باعتبار الطلب هو المحرك للنشاط القضائي؛ وشرط لازم له، إلا أن ذلك لا يعني أن دور القاضي دور سلبي يقتصر على بحث ما يطرحه الخصوم عليه من وقائع الدعوى وما يعن لهم من عوار في إجراءاتها، ذلك أن له دور إيجابي في الخصومة يتيح له التدخل لمعالجة نواحي الخلل والقصور فيها، فمن وظيفته مراعاة اتباع قوعد المرافعات وإعمال القانون وتطبيقه من تلقاء نفسه^(١).

(١) د. أمين أحمد رمضان: الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ١٠٥.

وتكليف القاضي للوقائع المعروضة عليه يستجيب لمبدأ من المبادئ المستقرة في القانون، وهو أن تكليف العلاقات القانونية مسألة قانون يفصل فيها القاضي من تلقاء نفسه بغض النظر عن إرادة الخصوم^(١)، وتكليف الأعمال الإجرائية المتخذة في الخصومة لا يخرج عن هذا الإطار.

ولا ينال من سلطة القاضي في كشف العيب وتقدير مدى الإخلال بالواجب الإجرائي من تلقاء نفسه، أن الدفع الإجرائي باعتباره دفع يطعن الخصم بمقتضاه في صحة إجراءات الخصومة، وبه يثار الجزاء الكامن في أغلب القواعد الإجرائية، أنه إن تعلق هذا الدفع بالنظام العام؛ حكمت فيه المحكمة من تلقاء نفسها، إذ يكون الدفع حينئذ قد رمى إلى تنبيه القاضي إلى سلطته، أما إن لم يتعلق بالنظام العام؛ انحسرت عنه سلطة المحكمة^(٢).

للقاضي سلطة مراقبة مباشرة الإجراءات - ومنها حق الدفع - بحسن نية:

ذلك أن مباشرة الإجراءات بحسن نية ليس رخصة مخولة للخصوم لهم اتباعها أو الخروج عنها؛ وإنما واجب إجرائي يخضع لمراقبة القاضي. والاعتراف للقاضي بسلطة تقرير العيب من تلقاء نفسه، سواء تعلق بالنظام العام أم لم يتعلق به، إنما يقوم على أساس أن بحثه للمسائل الإجرائية ما هو إلا قيام بدوره في مراقبة صحة الإجراءات وسلامة الخصومة من العيوب، إذ الخصومة تخضع في إجراءاتها لقانون المرافعات الذي يتضمن العديد من القواعد الإجرائية، وهذه الأخيرة في غالبيتها تحدد الأشكال الواجب على الخصوم اتباعها للحصول على الحماية القضائية لحقوقهم الموضوعية، بل ويتعين على الخصوم أيضا اتباع

(١) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ص ٥٦٨.

(٢) د. أيمن أحمد رمضان، مرجع سابق، ص ١٠٦.

هذه القواعد الإجرائية بشكل صحيح، فلا يجوز مخالفتها؛ لأنها قواعد أمرة؛ وإلا ترتب على ذلك عدم المطابقة للنموذج القانوني الوارد بالقاعدة الإجرائية^(١)، فإذا حدثت مخالفة للنموذج القانوني للعمل الإجرائي فإن على القاضي أن يتولى من تلقاء نفسه إثارته، ولأن غالبية القواعد الإجرائية أمرة ولو لم تتعلق بالنظام العام، فيتعين على القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه دون اشتراط تمسك الخصوم بها^(٢).

وواجب حسن النية هو أحد أهم واجبات العمل الإجرائي الذي ينظمه قانون المرافعات ضمن قواعده الأمرة، وهي قواعد يجرى فرضها على القاضي والخصوم، وعلى الأول مراقبتها والتحقق من اتباع الخصوم لها؛ إذ له سلطة التحقق من خلو الإجراءات من عيب التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية، ومنها حق الدفع، وعليه أن يكشف عن الإخلال الحاصل بواجب حسن النية من تلقاء نفسه.

تقدير القاضي للتعسف:

يرى البعض أن القاضي يقدر التعسف بمعيار شخصي لا بمعيار موضوعي، ويجب عليه أن يبين الخطأ الذي ارتكبه من يقرر تعسفه، ويلغى حكمه إذا لم يبين هذا الخطأ، فإذا كان الخطأ متمثلاً في الكيد وسوء النية أو قصد التسوية؛ فإن قاضي الموضوع يستخلص سوء النية أو قصد التسوية من وقائع النزاع، وهي مسألة واقع يقتصر دور رقابة المحكمة الأعلى بشأنها على مراقبة مدى سلامة هذا الاستخلاص^(٣).

(١) المرجع السابق، ص ١٠٨.

(٢) أستاذي د. الأنصاري حسن النيداني: القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، ١٩٩٩م، ص ٧.

(٣) د. عزمي عبدالفتاح، مرجع سابق، ص ٢٥٨.

ونحن وإن كنا نتفق مع هذا الرأي في أن القاضي يستخلص الكيد وسوء النية أو قصد التسوية من وقائع النزاع، إلا أننا نختلف معه في أنها مسألة قانون وليست مسألة واقع، إذ المقصود هنا ليس مجرد استخلاص هذا القصد، وإنما إسباغ التكييف القانوني الصحيح عليه، ومن ثم نتفق مع وجهة محكمة النقض في أن تكييف هذا الفعل بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من مسائل القانون التي تخضع لرقابتها^(١). وفي جميع الأحوال يجب على القاضي أن يبحث عن البواعث النفسية للمتقاضين، وأن يبين في حكمه كيف اقتنع بوجود الخطأ، فإذا لم تكن الأسباب كافية؛ ألغى حكمه لعدم كفاية الأسباب^(٢).

سلطة القاضي في الحكم بعدم قبول الدفع:

سنتناول بعد قليل الجزاءات المقررة على التعسف في استعمال حق الدفع، غير أننا نعتقد أن للقاضي سلطة وقائية تحول دون الاستمرار في هذا التعسف إلى مرحلة توقيع الجزاء، ونتفق في ذلك مع رأي بعض الفقهاء^(٣)، والذي يرى أن

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن «المقرر أن مفاد النص في المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير، وأن استعمال الحق يكون غير مشروعاً إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق ولما كان حق التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً بحق يذعيه أو زوداً عن هذا الحق إلا إذا ثبت انحرافه عنه إلى اللد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم، كما أن ولئن كان استخلاص الفعل المكون للخطأ والذي يؤسس عليه طلب التعويض مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع إلا أنه يشترط أن يكون هذا الاستخلاص سائغاً وله أصل ثابت بالأوراق فضلاً عن أن تكييف هذا الفعل بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض، فيتعين على الحكم الذي ينتهي إلى مسئولية خصم عن الأضرار الناشئة عن استعمال حق التقاضي أن يورد العناصر الواقعية والظروف الحاصلة التي يصح منها استخلاص نية الانحراف والكيد استخلاصاً سائغاً». (الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٧٢ قضائية- جلسة ٢٦/٥/٢٠٠٤م).

(٢) د. عزمي عبدالفتاح، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

(٣) د. إبراهيم أمين النفاوي، التعسف في التقاضي، مرجع سابق، ص ٣٥٥. ويرى سيادته أنه إذا تبين للقاضي أن استعمال الحق يمكن أن يكون معيباً، لأنه على فرض تقديم الحماية القضائية لن يتحقق للخصم مصلحة يعتد بها؛ فإنه يقضى بعدم القبول، باعتباره جزءاً وقائياً مانعاً من التعسف.

عدم القبول يلعب دورا وقائيا مانعا من التعسف^(١)، وتعد المصلحة معيارا يمكن بمقتضاه التعرف على حالات عدم القبول، وما يصيب هذه المصلحة من عيوب تشكل أساسا للحكم بعدم القبول، إذ يرتبط عدم القبول بعيوب المصلحة، ومن ثم فإننا نعتقد أن هناك فارق في الجزاء على التعسف في الدفع بين توافر المصلحة، وبين عدم توافرها، فعدم توافر المصلحة يؤدي بلا شك إلى الحكم بعدم قبول الدفع، أما في الحالات التي لا يشوب فيها المصلحة عيب من العيوب فإن لا يجوز الحكم بعدم القبول ولو كان الدفع تعسفيا، فوجود مصلحة للخصم يعتد بها القانون ويقدرها؛ تجعل استعمال حق الدفع مقبولا، ولا يجوز منعه، لأن توافر المصلحة بشروطها يحول دون ذلك، وحتى إن كان استعمال الدفع مشوبا بقصد الإضرار، ففي مثل هذه الحالة لا يكون للجزاء الوقائي -عدم القبول- دور يؤديه، ولا مفر من اللجوء إلى الجزاء التعويضي^(٢).

سلطة القاضي في تقدير التعسف في الفقه الإسلامي:

السلطة التقديرية هي صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي^(٣).

(١) عكس هذا الاتجاه يذهب الدكتور أحمد حشيش، إذ يرى سيادته أن عدم القبول جزء إجرائي مرصود لمواجهة التعسف، وأنه جزء إجرائي وقائي يستهدف منع الاتيان بعمل إجرائي تعسفي، فإذا ان التعسف إما تعويضي أو وقائي، فالأصل أن عدم القبول جزء إجرائي وقائي لمواجهة التعسف في استعمال حق الدعوى القضائية. رسالة سيادته في عدم القبول، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٨٦م.

(٢) د. إبراهيم أمين النفاوي، التعسف في التقاضي، مرجع سابق، ص ٣٦٢.

(٣) د. محمود محمد ناصر بركات: السلطة التقديرية للقاضي، دار النفائس، ٢٠٠٧م، ص ٨١.

والنشاط الذي يقوم به القاضي للوصول إلى الحكم في هذه الحوادث هو جزء مما يسمى بالسلطة التقديرية وهي مشروعة بالقرآن والسنة، ففي حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه عندما بعثه النبي ﷺ إلى اليمن قال ﴿كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟﴾ قال: أقضي بما في كتاب الله ، قال ﴿فإن لم يكن في كتاب الله؟﴾ قال فبسنة رسول الله ﷺ، قال ﴿فإن لم يكن في سنة رسول الله ﷺ ولا في كتاب الله؟﴾ قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله ﷺ على صدره وقال ﴿الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله ﷺ﴾^(١).

ووجه الدلالة: أن الحديث صريح في أن النبي ﷺ أقر الاجتهاد إذا لم يوجد نص في الكتاب أو السنة، فيجتهد القاضي فيما لا نص فيه، وبحث القاضي في النصوص وقضاؤه بها إن وجد فيها الحكم هو من أهم أعمال السلطة التقديرية للقاضي^(٢) .

وللقاضي أعمال سلطته التقديرية بشأن تقدير مدى التعسف في استعمال الحق في الدعوى؛ ومنه حق الدفع، فله أن يستخلص من سلوك الخصم في إبداءه ما يراه تعسفاً، كما لو اتخذ وسيلة للمكر والخديعة وإطالة أمد التقاضي، فالدفع الإجرائية مثلاً في الفقه الإسلامي كالدفع بعدم الاختصاص المكاني، مقررة لمصلحة المدعى عليه، فإن تأخر في إبداءه إلى ما بعد السير شوطاً في الدعوى قاصداً هدم ما تم من إجراءات فيها، فإنه يكون متعسفاً فيه، والدفع بوجود قرابة بين القاضي وبين الخصم، يجب إبداءه فور علم الخصم بقيام سببه، فإن تعمد تأخيره

(١) سنن أبي داود: كتاب الأفضية باب اجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم ٣٥٩٢.

(٢) د. محمود ناصر بركات، مرجع سابق، ص ٨٧ .

إلى ما بعد السير في الدعوى، فإنه يكون متعسفاً، وهكذا في كل حالة من هذه الحالات يكون للقاضي إعمال سلطته التقديرية في تقدير مدى التعسف في الدفع.

سلطة القاضي في الحكم بعدم قبول الدفع في الفقه الإسلامي:

إذا كان الدفع دعوى كما سبق القول؛ فإن ذلك يعني ضرورة توافر شروط الدعوى فيه، وأهمها المصلحة، إذ هي مناط قبول أي دعوى أو دفع كما هو الشأن في القانون، ومن ثم فإن عدم توافر المصلحة في الدفع يعني أنه دفع تعسفي لا يراد به سوى الإضرار بالخصم، ولهذا يكون للقاضي سلطة عدم قبوله متى تبين وجه الإساءة ونية الإضرار فيه؛ إذ المصلحة شرط متفق عليه بين الفقهاء، كما أن تأخير إبداء الدفع قد يكون سبباً في عدم قبوله، فالحنفية مثلاً ذكروا في كتبهم أن دفع الخصومة وإن صح إبدائه قبل الحكم في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، إلا أنهم صرحوا بعدم قبوله إذا أبدى بعد الحكم^(١)، وبالنسبة للدفع الشكلي فمع أن الفقهاء لم يذكروا أحكاماً له لضيق نطاقه، إلا أن محله يكون قبل الجواب على الدعوى بالإقرار أو الإنكار أو الدفع، فإن تأخر إلى ما بعد الجواب، دل ذلك على رضاه بالأمر الواقع، فيحكم بعدم قبول دفعه^(٢).

ثانياً: طبيعة المسؤولية عن التعسف في استعمال حق الدفع:

الأصل أنه لا مسؤولية عن استعمال حق الدفع ما دام في إطاره المشروع؛ ولو ترتب على استعماله ضرر بالغير، ولا مسؤولية على الخصم في استعمال حق الدفع، إذ المسؤولية عن الإخفاق في التقاضي تنحصر في الحكم على الخاسر بالمصاريف.

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧/٢٣١

(٢) د. محمود محجوب أبو النور، مرجع سابق، ص١٠٣.

غير أن حق الدفع كغيره من الحقوق الإجرائية يترتب في الغالب على استعماله العادي والمشروع ضررا بالغير، وذلك راجع لطبيعة الحق الإجرائي؛ إذ غالبا ما يتعلق استعماله بإصابة الغير بضرر، ولا مسئولية عن الأضرار التي تنشأ عن الاستعمال المشروع لحق الدفع، طالما لم يكن مصحوبا بنية الإضرار بالغير^(١)، أما الأضرار التي تترتب على إساءة استعمال هذا الحق والتعسف فيه؛ فهي التي تترتب المسئولية.

وقد انقسم الفقه القانوني في شأن طبيعة المسئولية الناشئة عن استعمال الحق الإجرائي - ومنه حق الدفع - بشكل تعسفي إلى اتجاهين، يرى الأول: منهما أن التعسف صورة من صور المسئولية التقصيرية، في حين يرى الثاني: أن التعسف صورة مستقلة للمسئولية، على أساس أن نظرية التعسف تشكل أحد المبادئ القانونية العامة للرقابة والإشراف، على استعمال الحقوق، ومدى تطابق استعمال الحق مع غاياته، وبذلك فإنها تجاوز نطاق المسئولية المدنية إلى مدى أكثر اتساعا في الرقابة على تحقيق الحق لغاياته وأهدافه^(٢).

ونحن نرى وجهة الرأي الثاني، إذ لا يمكننا التسليم بتأسيس المسئولية عن التعسف في الحقوق الإجرائية على أساس الخطأ والمسئولية التقصيرية. وأيا ما كان الأمر فإنه لا خلاف في الفقه القانوني وأحكام القضاء أن التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية يترتب مسئولية الخصم المتعسف ويستوجب توقيع الجزاء عليه.

(١) د. أحمد إبراهيم عبدالقواب، مرجع سابق، ص ٤٢٤.

(٢) في عرض الاتجاهين: د. إبراهيم أمين النفاوي، التعسف في التقاضي، مرجع سابق، ص ٧١ وما بعدها.

ثالثاً: جزاء التعسف في استعمال حق الدفع:

بداية نقول بأن المشرع وضع قواعد وأحكام تحول دون إساءة استعمال الدفع الشكلي والتعسف فيه، وقد سبق الإشارة إليها، ورتب جزاء إجرائياً بشأن تأخير هذا الدفع، وهو جزاء السقوط، فنص في المادة (١/١٠٨) مرافعات على أن «الدفع بعدم الاختصاص المحلي والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبدائها معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول؛ وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، ويسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم ييدها في صحيفة الطعن».

غير أن الجزاء الذي نعنى به هنا هو المترتب على التعسف في استعمال حق الدفع، وهو ليس إجرائياً فحسب؛ وإنما قد يكون جزاء مالياً، وقد يكون جزاء عقابياً، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الجزاء المالي على التعسف في استعمال حق الدفع:

يشمل الجزاء المالي على التعسف في استعمال حق الدفع نوعين من الجزاءات المالية، هما: التعويض، نتيجة ما قد يصيب الخصم من ضرر جراء التعسف في الدفع، والمصاريف كأثر يرتبه القانون على واقعة الخسارة.

النوع الأول: التعويض جزاء للتعسف في الدفوع:

تأبى قواعد الأخلاق، المبادئ العامة للقانون، أن يتخذ من استعمال الحق في التقاضي والحقوق المتفرعة عنه -كالحق في الدفوع- وسيلة للإضرار بالغير، ما

دام أن هذا الاستعمال يصدر عن سوء نية أو مكر أو قصد خبيث، ولهذا تبني
المشرع في قانون المرافعات النص صراحة على المسؤولية عن التعسف في هذا
الاستعمال^(١)، فنجده ينص في المادة (١٨٨) على أنه «يجوز للمحكمة أن تحكم
بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد». ونجده
ينص في المادة (٢٣٥) على حق محكمة الاستئناف في الحكم بالتعويضات على
حالة الطعن الكيدي أو التعسفي. وفي المادة (٢٧٠) على حق محكمة النقض في
الحكم بالتعويض إذا تبين لها أن الطعن كان مقصودا به مجرد الكيد للخصم الآخر.

ولا شك أن التعويض هنا يحقق غاية تهدف المسؤولية إلى إدراكها؛ وهي جبر
الأضرار التي أصابت الخصم جراء التعسف في استعمال الحق الإجرائي، ومنه
حق الدفع، غير أن قانون المرافعات باعتباره قانونا إجرائيا، فإنه وإن كان قد أجاز
الحكم بالتعويضات، عند التعسف في استعمال الحق الإجرائي، فإنه لم يهتم بتنظيم
قدر التعويض ومداه، ومن ثم تخضع المسألة في ذلك لقواعد القانون المدني^(٢).

ولا شك أن الحكم بالتعويض عن الاستعمال التعسفي لحق الدفع يستوجب
حدوث ضرر للخصم الآخر جراء هذا الاستعمال، وعليه يقع عبء إثباته،
والضرر الناشئ عن الخصومة في النطاق الجرائي يتميز بأنه من النوع الذي
لا يمكن تجنبه، وبصفة خاصة النفقات اللازمة لسير الإجراءات، والتي تنشأ في
كل مرة يلجأ فيها الأفراد إلى الإجراءات القضائية، وسبب ذلك؛ أن حق الدفاع
القضائي من حقوق الإضرار، التي يترتب على استعمالها أضرارا لا مفر منها،
وأن الحكم على الخاسر بالمصاريف لا يعوض إلا جانبا من نفقات الخصومة،
التي تعرف بالمصاريف، ويبقى الجانب الآخر على عاتق الخصم بصفة نهائية^(٣).

(١) د. علي عبد الحميد تركي، مرجع سابق، ص ١١٠.

(٢) د. إبراهيم أمين النفاوي، التعسف في التقاضي، مرجع سابق، ص ٣٧١.

(٣) د. إبراهيم أمين النفاوي، التعسف في التقاضي، مرجع سابق، ص ٣٧٣.

تقييد نطاق التعويض عن التعسف في الدفوع:

إذا نظرنا إلى نص المادة (١/١٨٨) مرافعات، فإننا نجد أن المشرع قيد التعويض عن التعسف في استعمال حق الدفاع، بالنفقات الناشئة عن ذلك، ولم يجيزه في باقي صور الضرر، كما فعل في صور التعويض الأخرى؛ إذ يقرر في المادة المشار إليها أن التعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد، في الوقت الذي يصرح فيه بالحكم بالتعويض على إطلاقه، إذا كان الاستئناف قصد به الكيد (مادة ٢٣٥) أو كان الطعن بالنقض مقصودا به الكيد بالمطعون ضده (مادة ٢٧٠)، ولعل مسلك المشرع في ذلك، هو رغبته في ألا يغالي في تقرير التعويض عن الدفاع الكيدي، وألا يهمل التعويض عنه كلية، فاتخذ في ذلك موقفا وسطا؛ بقصر التعويض على النفقات الناشئة عن الاستعمال التعسفي لحق الدفاع.

النوع الثاني: الحكم بالمصاريف جزاء التعسف في الدفوع:

يجب على المحكمة عند إصدار الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمامها أن تحكم من تلقاء نفسها في مصاريف الدعوى، ويحكم بها على الخصم المحكوم عليه فيها (مادة ١/١٨٤) ^(١).

والحكم بالمصاريف يشكل أحد عناصر التعويض التي يتحملها الخاسر بمناسبة واقعة الخسارة، من أجل تعويض المحكوم له عن بعض النفقات التي تكبدها في

(١) وفقا لنص المادة (١٨٥) مرافعات، فإن للمحكمة أن تلزم الخصم الذي كسب الدعوى بالمصاريف كلها أو بعضها إذا كان قد ترك خصمه على جهل بما كان في يده من المستندات القاطعة في الدعوى أو بمضمون تلك المستندات. فإذا كان لدى المحكوم له من المستندات ما يعد دليلا قاطعا على صحة دعواه، وأخفى عن خصمه هذه المستندات القاطعة التي لو علم بها لما نازع المدعي في ادعائه، فإنه يكون قد أساء استعمال حقه في التقاضي؛ لأن إخفاءه لهذه المستندات قرينة على سوء نيته وتعمسه في استعمال حق التقاضي، ومن ثم فإن للمحكمة إلزامه بمصاريف الدعوى على الرغم من كسبه لها. (د. أحمد مليجي، مرجع سابق ج ٣/١٠٨٩).

الخصومة، وقد عبر المشرع عنها في هذه المادة بالمصاريف، في حين عبر في المادة (١٨٨) بتعبير مغاير، قاصدا بيان وجه الاختلاف بين المصاريف والنفقات؛ إذ الأولى قاصرة على النفقات اللازمة قانونا لرفع الدعوى وسيرها، أما الثانية فيعنى بها التعويض في حالة التعسف عن كل نفقات الخصومة، سواء ما كان منها لازما، أو لم يكن كذلك.

ثانيا: الجزاء العقابي على التعسف في استعمال حق الدفع:

يفرض القانون الإجرائي جزاء الغرامة على الاستعمال التعسفي للحقوق، ولما كان التعسف يمثل إخلالا بواجب حسن النية الذي يجب أن يسود الأعمال الإجرائية كافة، ومنها الدفع، باعتبارها عملا إجرائيا، فإن المشرع فرض الغرامة جزاء للاستعمال التعسفي لحق الدفع.

وقد وضع المشرع الأساس التشريعي لهذه العقوبة في الفقرة الأخيرة للمادة الثالثة مرافعات، بنصها على أنه «ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعي بغرامة إجرائية لا تزيد على خمسمائة جنيه إذا تبين أن أساء استعمال حقه في التقاضي».

كما نص في المادة (٢/١٨٨) على أنه «يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بغرامة لا تقل عن أربعين جنيه ولا تجاوز أربعمائة جنيه على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلبا أو دفعا أو دفاعا بسوء نية».

كما نص عليها في شأن الدفع - رد القاضي - في المادة (١٥٩) مرافعات، بنصه على أن «تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد، أو سقوط الحق فيه، أو عدم قبوله، أو إثبات التنازل عنه، على طالب الرد بغرامة لا تقل عن أربعمائة

جنيه ولا تزيد على أربعة آلاف جنيه ومصادرة الكفالة، وفي حالة ما إذا كان الرد مبنيًا على الوجه الرابع من المادة (١٤٨) من هذا القانون يجوز إبلاغ الغرامة إلى ستة آلاف جنيه».

فالمشرع في المادة الأخيرة أراد أن يستكمل الحماية الإجرائية المقررة بشأن رد القاضي، ليمنع التسلل إلى تضييع وقت القضاء بدفوع كيدية أو تعسفية، بغية كسب الوقت وتعطيل الفصل في الدعوى، بطلبات فرعية لا علاقة لها بالفصل في موضوع النزاع، فقرر الحكم بغرامة جزائية توقع على الخصم الذي يستعمل حق الرد بشكل تعسفي قاصداً من وراءه إطالة أمد النزاع أو تعطيل الفصل في الدعوى.

وفي السياق ذاته وضع المشرع الفرنسي نصاً عاماً يبين جزاء الكيد أو التعسف في التقاضي، إذ نص في المادة (٣٢) مرافعات على أنه «يحكم على من يستعمل الحق في التقاضي بطريقة كيدية أو تعسفية بغرامة مدنية لا تتجاوز ثلاثة آلاف يورو، وذلك دون إخلال بما يمكن طلبه من التعويضات عن الأضرار الناشئة عن إساءة الحق في التقاضي»^(١).

جزاء التعسف في استعمال حق الدفع في الفقه الإسلامي:

التعسف كما يراه الأصوليون عبارة عن «تحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحق لإجله»^(٢)، فاستعمال الحق بقصد المضارة محرم شرعاً؛ إذ التحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحكم لأجله أو استعمال الحق في غير ما شرع له، مناقضة للشرع، ومناقضة الشرع باطلة، فما أدى إليها باطل. فتغدو المصلحة المشروعة

(١) ويجرى نص المادة بالفرنسية على النحو الآتي:

“Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d`un maximum de 3000€، sans prejudice des dommages- intérêts qui seraient réclamés”

(٢) الشاطبي: الموافقات، ج٢/٣٨٢.

غير مشروعة إذا لزم عنها مفساد مساوية لها، أو راجحة عليها، نتيجة لظرف من الظروف، أو أثرا لباعث غير مشروع^(١).

وفي هذا الصدد يقرر الفقه الإسلامي التعويض عن ضرر التعسف، فإذا وقع عن التعسف ضرر فعلا؛ أزيل الضرر بالتعويض^(٢)، وقواعد الفقه الإسلامي في مسألة الضمان عن الضرر أكثر من أن يتسع المقام لحصرها، فالفقهاء يقررون أن «من تسبب إلى إتلاف شيء ضمنه»^(٣)، فهي توجب الضمان على المتسبب في الضرر، ويقاس على ذلك الضرر الذي تسبب فيه الخصم بدفعه التعسفي، إذ يقرر الفقهاء أن المتسبب يضمن إذا تعمد أو تعدى^(٤)، ففي مجمع الضمانات «المباشر ضامن وإن لم يتعمد أو يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى»^(٥).

أنواع الجزاء على التعسف في الفقه الإسلامي:

الجزاء على التعسف في الفقه الإسلامي يتنوع إلى أكثر من جزاء، وأنواع هذا الجزاء هي: الجزاء العيني، والجزاء التعويضي (الضمان)، والجزاء التعزيري، والجزاء الأخروي، والذي نعنى به هنا هو التعويض، باعتباره مقابلا لما قرره قانون المرافعات كجزاء على التعسف، فالضرر المادي إذا وقع فعلا جزاء التعسف في استعمال حق الدفع، كان على المتسبب فيه تدارك هذا الضرر بالإزالة، لأن الضرر يدفع بقدر الإمكان، فإن لم تمكن إزالته عينا، فيتدارك عن طريق التعويض المادي العادل، وإذا أصاب الخصم المضرور ضرر معنوي أو أدبي من الدفع التعسفي فإن قواعد الشريعة لا تأبى التعويض عنه^(٦).

(١) د. فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٨م، ص ١٥.

(٢) المرجع السابق، ص ٥٠ - ٥١.

(٣) ابن قدامة: المغني، ج ٣/١٦٨.

(٤) د. فتحي الدريني المرجع السابق، ص ٦٠.

(٥) مجمع الضمانات، ص ١٤٦.

(٦) د. فتحي الدريني، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة الموجزة للتعسف في استعمال حق الدفع والمسئولية الناشئة عنه، فإننا نخلص إلى جملة من النتائج والتوصيات، أهمها:

١ - نكاد لا نجد خلافا بين قانون المرافعات والفقهاء الإسلامي في الأحكام المتعلقة بالدفع، والقواعد المنظمة لها، ووجوب استعمالها بحسن نية، وأن استعمالها يجب أن يكون محققا لمصلحة مشروعة للخصم بعيدا عن الكيد بخصمه والإضرار به، فإذا كان يرمي إلى تحقيق مصلحة غير جدية ولا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر فإن صاحبه يمنع منه، ولا يمكن من ذلك؛ إذ دفع الضرر عن خصمه في هذه الحالة يكون أولى من جلب هذه المصلحة له.

٢ - الحقوق الإجرائية مجموعة من الوسائل التي يكتسبها الشخص من مركزه القانوني في الخصومة، والتي يحق له مباشرتها حماية لمصلحة يقرها القانون، والحق في الدفاع أحد أهم هذه الحقوق، ويتفرع عنه حق الدفع باعتباره من أهم وسائل الدفاع التي يلجأ إليها الخصم في مباشرة إجراءات التقاضي.

٣ - وضع المشرع القانوني جملة من القواعد والأحكام المنظمة لاستعمال حق الدفع بأنواعه المختلفة، قاصدا من وراء ذلك تنظيم سير الخصومة، وألا يساء استعمال هذا الحق بالتعسف فيه واتخاذ ذريعة للكيد بالخصم وتأخير الفصل في الدعوى.

٤ - الحقوق الإجرائية بجملتها تقابلها مجموعة من الواجبات الإجرائية التي يجب التزام الخصم بها، وأهمها واجب حسن النية، والذي يفرض على الخصم أن يبتعد عن أساليب المكر والكيد بخصمه؛ وإلا كان سيء النية متعسفا في استعمال حقه، وتجب مساءلته.

٥ - التعسف في حق الدفع يعني انحراف الخصم به عن غايته المشروعة، المتمثلة في المصلحة التي يبتغيها القانون من تنظيمه وحمايته، بحيث يتجاوز ما يصيب الخصم من ضرر.

٦ - يرجع الفضل لفقهاء الشريعة الإسلامية في إرساء مفهوم التعسف في استعمال الحق، إذ المعايير العصرية الواردة في أغلب التشريعات الحديثة، مستقاة من الفقه الإسلامي، وأحكام الشريعة صالحة للتطبيق على هذه المعايير، سواء من حيث قصد الإضرار بالغير، أو عدم تناسب المصلحة مع الضرر الذي يصيب الغير، أو عدم مشروعية المصلحة المقصودة من استعمال الحق.

٧ - يقرر القانون مسئولية الخصم عن التعسف في استعمال حق الدفع، ويرتب على ذلك جواز الحكم عليه بالتعويض، والمصاريف، والغرامة أو أيا منها، إذا ما ثبت التعسف في جانبه.

التوصيات:

١ - ضرورة العمل على إيجاد حلول تشريعية تقضي على فكرة التعسف في استعمال حق الدفع، وتحول بين الخصم وبين ذلك، سيما في تلك الدفوع التي

لا يرد عليها السقوط بالتكلم في الموضوع، والتي يحق للخصم إبدائها في أية حالة كانت عليها الإجراءات.

٢ - التوسع في سلطة القاضي التقديرية في رقابة التعسف في استعمال حق الدفع، وإيجاد آليات لتنفيذ هذه السلطة؛ يمكن للقاضي من خلالها الحيلولة دون اتخاذ الدفع ذريعة للكيد وإطالة أمد النزاع.

٣ - زيادة الغرامة المقررة في المادة الثالثة مرافعات جزاء على إساءة الحق في التقاضي، بحيث تتناسب مع ما أصبحت عليه قيمة العملة الآن، ولتكون جزاء رادعا من إساءة استعمال أي حق إجرائي، ثم جعلها وجوبية على المحكمة وليست جوازية لها، إذ لا نتفق مع وجهة المشرع في جعلها جوازية في الوقت الذي يؤكد فيه أن المحكمة تبينت إساءة استعمال حق التقاضي. وذلك قياسا على الغرامة المقررة في المادة (١٥٩) مرافعات.

٤ - تعديل نص المادة (١٨٨) مرافعات في فقرتيها الأولى والثانية، ليصبح التعويض على كل ما يصيب الخصم من ضرر عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد، ولا يقتصر على النفقات الناشئة عن ذلك. وزيادة الغرامة المنصوص عليها في الفقرة الثانية في حديها الأدنى والأقصى بما يتناسب مع جسامه فعل التعسف، وما أصبحت عليه قيمة العملة الآن، بحيث تصبح جزاء رادعا لمن يبدي طلبا أو دفعا أو دفاعا بسوء نية.

المراجع

أولاً: كتب الحديث:

- محمد ابن اسماعيل البخاري: صحيح البخاري، كتاب الأيمان والنذور، باب النية في الأيمان.
- أبي داود سليمان الأشعث السجستاني: سنن أبي داود، دار الكتاب العربي، بيروت.
- زين الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن شهاب بن رجب: جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة.

ثانياً: كتب الفقه وأصوله والسياسة الشرعية:

- إبراهيم بن موسى الغرناطي الشهير بالشاطبي: الموافقات، دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.
- أبو الوليد محمد بن رشد: بداية المجتهد، مطبعة الاستقامة بالقاهرة، ١٣٧١هـ.
- أبو محمد موفق الدين بن محمد بن قدامة: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
- زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- شمس الدين أبو عبدالله الطرابلسي، الشهير بالحطاب: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، مطبعة السعادة، ١٣٢٩هـ.
- شهاب الدين بن أحمد القليوبي: حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي للمنهاج، ١٦٠٩هـ.
- الشيخ علي قراعة: الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مطبعة الرغائب بدار المؤيد، ١٣٣٩هـ.
- علاء الدين الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت.
- علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، طبعة دار الجبل، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.

■ أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي: الأحكام السلطانية، مطبعة السعادة.

■ محمد أمين بن عمر بن عابدين: حاشية ابن عابدين على البحر الرائق، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ.

■ محمد صالح بن عبدالفتاح الجارم: المجاني الزهرية على الفواكه البدرية، مطبعة النيل.

■ محمد علاء الدين عابدين: قرّة عيون الأخيار، المطبعة العثمانية، ١٣٢٧هـ.

ثالثاً: كتب حديثة في الشريعة الإسلامية:

■ د. فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٨م.

■ د. محمد محبوب أبو النور: نظرية الدفع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي، الدار السودانية للكتب، الخرطوم، ١٩٩٩م.

■ د. محمد نعيم ياسين: نظرية الدعوى، دار النفائس، الطبعة الثانية، ٢٠١١م.

■ د. محمود محمد ناصر بركات: السلطة التقديرية للقاضي، دار النفائس، ٢٠٠٧م.

■ د. واصل بن داود المذن: الدفع الإجرائية واثرها في الدعوى القضائية، كنوز إشبيليا، ٢٠٠٥م.

رابعاً: المراجع القانونية:

■ د. إبراهيم أمين النفاوي:

- الإخلال بالواجب الإجرائي، دار النهضة العربية، ٢٠١١م.

- التعسف في التقاضي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، (د.ت).

■ د. أحمد إبراهيم عبدالنواب: النظرية العامة للحق الإجرائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٩م.

- د. أحمد أبو الوفا:
- التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٨١م.
- المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة عشر، ١٩٩٠م.
- التعليق على قانون المرافعات، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٧م.
- نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ط ٦، ١٩٨٠م.
- د. أحمد حشيش: جزاء عدم القبول في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الأسكندرية، ١٩٨٦م.
- د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في قانون المرافعات، طبعة نادى القضاة، ٢٠١٢م.
- د. أسامة المليجي: الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م.
- أستاذي د. الأنصاري حسن النيداني: القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، ١٩٩٩م.
- د. الصادق ضريفي: التعسف في استعمال الحق، محاضرات أقيمت على طلاب كلية الحقوق جامعة آكلي محند أولحاج، الجزائر، ٢٠١٧م، منشورة على شبكة المعلومات الدولية «الانترنت».
- د. أمينة مصطفى النمر: قوانين المرافعات، الكتاب الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية (د.ت).
- أستاذي د. حامد أبو طالب:
- محاضرات في قانون المرافعات، الكتاب الأول: النظام القضائي المصري.
- محاضرات في قانون المرافعات، الكتاب الثاني: الاختصاص ونظرية الدعوى وإجراءات الخصومة.

- د. رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، الطبعة السابعة، ١٩٦٧م.
- د. زيد قدرى الترجمان: نظرية التعسف في استعمال الحق، مكتبة دار السلام، الرباط/المغرب، ٢٠٠٩م.
- د. شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق ، طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
- د. عبدالباسط جميعي: نظام الإثبات في القانون المدني المصري، الطبعة الثانية، ١٩٣٥م.
- د. عبدالحميد أبو هيف: المرافعات المدنية والتجارية، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٦م.
- د. عبدالسلام علي المزوغي: النظرية العامة لعلم القانون، الجزء الثاني «نظرية الحق» الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ليبيا، ١٩٨٨م.
- د. عبدالمنعم الشرقاوي: نظرية المصلحة في الدعوى، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٤٧م.
- د. عزمي عبدالفتاح: نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى، منشأة المعارف، ٢٠١٨م.
- د. علي عبدالحميد تركي: الحق في التناضي، بين الاستعمال المشروع والتعسف، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٩م.
- د. علي عبيد الحديدي: التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٥م.
- د. علي غسان أحمد: الدفع الشكلية في الدعوى المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٦م .
- د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، نسخة مخصصة لنقابة المحامين، الطبعة الثانية ١٩٨١م.
- د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي: منازعات الحياة والملكية في التشريع المصري، دار النهضة العربية (د.ت) .

▪ د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية، دار النهضة العربية، ٢٠١٥م.

▪ الأستاذ محمد المنجي: الدعوى الكيدية، الكتب القانونية، الطبعة الأولى ٢٠١٢م.
▪ د. نبيل اسماعيل عمر:

- سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨م.

- التكامل الوظيفي لأعمال الإجرائية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١م.
▪ د. وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، ١٩٨٦م.

خامسا: الأبحاث والرسائل العلمية:

▪ د. أحمد إبراهيم عبدالنواب محمد: النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٥م.

▪ د. آمنة راشد العقيلي: آثار الحكم بالدفع في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٠، العدد ٢ سنة ٢٠١٣م.

▪ د. أيمن أحمد رمضان: الجزء الإجرائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الأسكندرية، ٢٠٠٣م.

▪ د. سيد أحمد محمود، شرط المصلحة في الدعوى القضائية، حلقة نقاشية عقدتها مجلة الحقوق جامعة الكويت، ملحق العدد الرابع، السنة الخامسة والعشرون، ديسمبر ٢٠٠١م.

▪ د. عبدالله علي الخياري: عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٤ السنة ٢٩، ديسمبر ٢٠٠٥م.

عقوبة المدين المماطل مالياً

دراسة فقهية مقارنة

إعداد

د/ مدحت عبد العزيز عبد الحكم عبد الحميد

مدرس الفقه المقارن بالكلية

٢٠٢٠م / ١٤٤١هـ

مقدمة:

الحمد لله الذي شرَحَ صدورَ العلماءِ العاملين، وفقههم في الدين، وهداهم إلى المنهاجِ المستقيم، ورفَعَ شأنهم فكانوا في قمةِ العُلياء، وورثةِ الأنبياء، وألبسهم حُلَّ الكرامة؛ لأنهم الدعاةُ إلى الاستقامة، والصلاة والسلام على الهادي الأمين، القائل: «مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ»^(١)، وعلى آله الغر الميامين، وصحابته والتابعين.

وبعد:

فإن مشكلةَ مطلِ المدين وتأخره في أداء ما عليه من الديون من القضايا المهمة التي تشغل بال التجار والصناعيين والمستثمرين والممولين وذوي النشاطات الاقتصادية المختلفة في عصرنا الراهن، نظراً لما يحمل مَطْلُهُ من ظلم للدائنين، وما يورث من ضرر بالغ بهم، قد يبلغ حد إعاقة حركة المال والاقتصاد في المجتمع، وتعطيل كثير من مصالح الأمة الحيوية؛ لأن الثقة بوفاء الحق في أوانه، وقضائه في إبانه أساس الائتمان، وقوام المديونات المثمرة، وفقدان ذلك ينتج خلا في بنية الحياة الاقتصادية، له أبعاده السلبية الخطيرة التي تمس كثيرا من الشؤون والعلاقات في المجتمع والدولة^(٢).

وقد عالج الفقه الإسلامي تلك المشكلة بما يضمن حمل المدين المماطل بغير حق على الوفاء بالالتزام وأداء الحق في الوقت المحدد له، ورفع الظلم والجور عن الدائن حتى لا ينسد باب المعروف والتعاون بين الناس^(٣).

(١) متفق عليه؛ صحيح البخاري، كتاب العلم، باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين (٢٥/١ ح ٧١)، صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب النهي عن المسألة (٧١٨/٢ ح ١٠٣٧).

(٢) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، د/ نزيه حماد (ص ٧٣٣)، ط: دار القلم - دمشق - الطبعة الثانية، ٤١/٣٣٤٤١هـ/٢٠٢٠م.

(٣) المصدر السابق.

وقد ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى جواز تطبيق العقوبة المالية على
المدين المماطل نتيجة تأخره عن وفاء الدين في موعده، وذهب بعضٌ آخر إلى
حرمة ذلك، وسوف أحاول في هذا البحث جمع أقوال كلا الفريقين وبيان ما
استدلوا به وبيان ما أراه راجحاً من وجهة نظري.

إشكالية البحث:

يجيب البحث عن عدة تساؤلات، أهمها: هل يمكن استعمال أسلوب العقوبة المالية كضمان من ضمانات الوفاء بالثمن حتى لا يستمر المماطل الموسر في ظلم الدائنين؟ وما حكم فرض عقوبة مالية على المدين المماطل لصالح الدائن؟ أو لصالح جهة خيرية عامة؟ وما حكم عقوبة المدين المماطل باشتراط حلول باقي الأقساط المؤجلة إذا كان قادراً على الوفاء؟ وما حكم إلزام المدين المماطل بإقراض الدائن قرصاً تعويضياً؟ وما حكم إلزام المدين المماطل بتحمل نفقات الشكاية وأجور التحصيل؟.

أسباب اختيار الموضوع:

- ١- أن مشكلة المماطلة في الديون تعتبر معوقاً أساسياً لنشاط وحركة المعاملات التجارية والاقتصادية وتتنافى مع مقصد رواج المال الذي جاءت به الشريعة الإسلامية.
- ٢- الوقوف على آراء الفقهاء القدامى والمعاصرين في هذه القضية وإظهار الراجح منها.
- ٣- تعلق هذه القضية بمقصد عام للشريعة الإسلامية، ألا وهو حفظ المال.
- ٤- الإسهام في إيجاد حلول فقهية من خلال التراث الفقهي للأئمة الأعلام، وقرارات المجامع الفقهية المعاصرة التي تتواكب مع التطور المالي والاقتصادي الذي يعيشه الناس.

خطة البحث:

يقع هذا البحث في مقدمة، ومطلب تمهيدي، وستة مباحث، وخاتمة. أما المقدمة: فتشتمل على أسباب اختيار الموضوع، وإشكالية البحث، والمنهج المتبع فيه.

وأما المطلب التمهيدي: التعريف بمفردات عنوان البحث.

وأما المباحث فهي على النحو الآتي:

المبحث الأول: أنواع المطل والحكم الشرعي لكل نوع.

المبحث الثاني: حكم فرض عقوبة مالية على المدين المماطل لصالح الدائن مقابل الضرر الناتج عن فوات الربح، أو وقوع ضرر حقيقي.

المبحث الثالث: حكم فرض عقوبة مالية على المدين المماطل لجهات خيرية عامة.

المبحث الرابع: حكم عقوبة المدين المماطل بحلول الأقساط المؤجلة.

المبحث الخامس: حكم فرض عقوبة مالية على المدين المماطل عن طريق القرض التعويضي.

المبحث السادس: حكم إلزام المدين المماطل بدفع تكاليف الشكاية، ونفقات التحصيل.

وأما الخاتمة، فتتضمن أهم النتائج التي أمكن التوصل إليها.

منهج البحث:

يتبع هذا البحث المنهج المقارن، الذي يقارن بين الأقوال الفقهية المختلفة؛ بهدف الوصول إلى الرأي الراجح في المسألة، وأعتمد في بحث المسائل الخطوات الآتية:

أ - ذكر أقوال الفقهاء في المسألة مع عزو كل قول لقائله من خلال كتب المذهب إن كان من المذاهب المدونة المحررة، ومن خلال كتب الخلاف في غيرها، مع ذكر بعض النصوص الفقهية التي تدل على ذكر أقوال الفقهاء.

ب- تحرير محل النزاع في المسائل الخلافية.

ج - ذكرت الأدلة على كل قول مع بيان أوجه الدلالة منها ثم المناقشات الواردة عليها.

د - ذكرت القول الراجح مع بيان سبب الترجيح.

٢- ذكرت مذاهب أهل السنة من الأئمة الأربعة ومذهب الظاهرية، من خلال كتب المذاهب وكتب الخلاف، كما أذكر مذاهب الشيعة الإمامية والزيدية والإباضية ما أمكن.

٣- أشرت إلى مواطن الإجماع حيث وجد، معتمداً في ذلك على كتاب الإجماع لابن المنذر، ومراتب الإجماع لابن حزم، أو توثيق الإجماع من كتب الخلاف مثل: بدائع الصنائع للكاساني، وبداية المجتهد لابن رشد، والمجموع للنووي، والمغني لابن قدامة، والمحلى لابن حزم.

٤ - بينت المصطلحات والألفاظ الغريبة الواردة في البحث.

٥- عزوت الآيات إلى سورها مع ذكر رقم الآية واسم السورة.

٦- خرجت الأحاديث من مصادرها في كتب السنة مع بيان أحوالها من حيث القبول والرد، من خلال كتب التخريج وأقوال علماء هذا الشأن، وإذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما فإني أكتفي بعزوه فقط، ولا أتوسع بذكر من أخرجه غيرهما ففيهما غنية؛ لأنهما أصح كتابين بعد كتاب الله عز وجل.

٧- ترجمت في الهامش لبعض الأعلام الواردة أسماؤهم في البحث، ولا أترجم للصحابة رضي الله عنهم، والأئمة المتبوعين أصحاب المذاهب الأربعة.

٨- وضعت في نهاية البحث خاتمة تتضمن أهم النتائج التي توصلت إليها.

٩- وفي نهاية البحث وضعت الفهارس العلمية اللازمة، وهي:

أ- ثبت المصادر والمراجع، يتضمن اسم الكتاب، والمؤلف، ودار النشر، وسنة الطبع.

ب- فهرس للموضوعات.

وقد بذلت في إعداد هذه البحث قصارى جهدي، مستشعراً أهمية هذا الموضوع وخطورته، فإن وفقت فيما أصبو إليه، فذلك من فضل الله عليّ، وإن كانت الأخرى، فمن نفسي، ومن الشيطان، والله ورسوله منه بريئان، والله تعالى أسأل أن يتقبل مني عملي، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، والحمد لله رب العالمين.

مطلب تمهيدي

التعريف بمفردات عنوان البحث

الفرع الأول: تعريف العقوبة:

العقوبة لغة: اسم مصدر من عاقب يعاقب عقابًا ومعاقبة، يقال: عاقبه بذنبه معاقبة وعقابًا: أخذه به. وتعقبت الرجل: إذا أخذته بذنب كان منه. والعقاب والمعاقبة أن تجزي الرجل بما فعل سوءًا؛ والاسم العقوبة^(١).

العقوبة اصطلاحًا: الجزاء المقرر على مخالفة الشرع بانتهاك حق الله تعالى، أو حق الآدمي؛ حدًا كان، أو كفارة، أو تعزيرًا^(٢).

الفرع الثاني: تعريف الدين:

الدين لغة: الدين بفتح الدال المشددة، قال ابن فارس^(٣): "الدال والياء والنون أصل واحد إليه يرجع فروعه كلها، وهو جنس من الانقياد والذل"^(٤)، والتداين والمداينة: دفع الدين، أو المعاملة بالدين أخذًا وإعطاء، سمي بذلك؛ لأن أحدهما يدفعه والآخر يلتزمه، ومنه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^(٥)، ويقال لمن عليه دين: مدين ومدان ومديون، فالمدين

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور (١/٦١٩)، مختار الصحاح للرازي (ص٢١٣). مادة (عقب).
(٢) انظر: معين الحكام للطربلسي، ط: دار الفكر، من دون طبعة ولا تاريخ، (ص١٩٤-١٩٥).
(٣) ابن فارس: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين: من أئمة اللغة والأدب. ولد سنة ٣٢٩هـ، قرأ عليه البديع الهمداني والصاحب ابن عباد وغيرهما من أعيان البيان. أصله من قزوين، وأقام مدة في همدان، ثم انتقل إلى الري فتوفي فيها، وإليها نسبته. من تصانيفه: «مقاييس اللغة»، و«المجمل» طبع منه جزء صغير، و«الصاحب» في علم العربية، ألفه لخزانة الصاحب بن عباد، و«جامع التأويل» في تفسير القرآن، و«الفصيح»، و«تمام الفصيح»، وله شعر حسن. توفي سنة ٣٩٥هـ. معجم الأدباء لياقوت الحموي (١/٤١٠ وما بعدها)، وفيات الأعيان لابن خلكان (١/١١٨)، الأعلام للزركلي (١/١٩٣).

(٤) معجم مقاييس اللغة (٢/٣١٩). مادة باب الدال والياء وما يثلثهما.

(٥) [البقرة: ٢٨٢].

من يأخذ الدين، ويقال لمن له الدين: دائن، وهو من يعطي الدين^(١). ويطلق الدين على معان، منها: كل شيء ليس بحاضر، وعلى ما له أجل^(٢).

الدين اصطلاحًا: للفقهاء في تعريف الدين معنيان:

تعريف الدين بالمعنى العام بأنه: «الحق اللازم في الذمة» فيشمل كل ما ثبت في الذمة من أموال، أو حقوق محضة كالصلاة والصوم والحج والذکر ... إلخ^(٣).

تعريف الدين بالمعنى الخاص – أي في الأموال: ولفقهاء في حقيقته قولان:

الأول: للحنفية، حيث عرفوا الدين بأنه: ما يثبت في الذمة بعقد، أو استهلاك أو استقراض^(٤). **فالحنفية** يحصرون أسباب ثبوت الدين في ثلاثة أسباب: المعاوضة، والإتلاف، والقرض، وبناء عليه لا يعتبر من الدين ما خرج عن هذه الأسباب الثلاثة، كالزكاة والدية ونحو ذلك.

الثاني: للمالكية والشافعية والحنابلة، حيث عرفوا الدين بأنه: "ما يثبت في

الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته"^(٥).

وعلى ذلك يدخل في الدين ما ثبت في الذمة من أموال، سواء كانت في مقابل عين مالية أو منفعة كثمن المبيع أو المهر، أو ثبتت حقاً لله من غير مقابل، كالزكاة والضمان.

(١) انظر القاموس الفقهي، د/ سعدي أبو حبيب (ص ١٣٣).

(٢) الصحاح للجوهري (٥/٢١١٧)، لسان العرب (١٣/١٦٨)، المصباح المنير (١/٢٠٥). مادة (دين).

(٣) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، د/ نزيه حماد (ص ٢٠٨).

(٤) حاشية ابن عابدين (٥/١٥٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٠٥)، المادة ١٥٨ من مجلة

الأحكام العدلية (٣٣)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر (١/١٢٨).

(٥) المنتقى للباقي (٢/١١٧)، نهاية المحتاج للرملي (٣/١٣٢)، مطالب أولي النهى للرحبياني (٣/٢٣١).

الفرع الثالث: تعريف المماثلة:

المماثلة لغة: مأخوذة من المطل، وهو المدافعة عن أداء الحق، فالميم والطاء واللام أصل صحيح يدل على مد الشيء وإطالته، وهو مشتق من مطلت الحديدية: إذا ضربتها ومددتها لتطول، ومنه يقال: مطله بدينه مطلا، وماطله مماثلة: إذا سوّفه بوعد الوفاء مرة بعد أخرى^(١).

(١) انظر: مقاييس اللغة لابن فارس (٣٣١/٥)، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي للأزهري (١٥٤/١)، المصباح المنير للفيومي (٥٧٥/٢)، معجم لغة الفقهاء، قلعه جي (ص ٤٣٦). مادة (م ط ل).

وإصطلاحاً: للفقهاء في تعريف المطل معنيان:

تعريف المطل بالمعنى العام بأنه: تأخير الحق^(١). أو تأخير قضاء الدين^(٢).

تعريف المطل بالمعنى الخاص بأنه: منع قضاء ما استحق أدائه^(٣)، أو تأخير ما استحق أدائه بغير عذر^(٤)، أو تأخير أداء الدين من وقت إلى وقت بغير عذر^(٥).

أو تأخير ما استحق أدائه بغير عذر شرعي من قادر على الأداء. ويظهر من التعريف أن الفقير معذور فيها، أما الغني فهو فاسق مرتكب لكبيرة^(٦).

فيشمل المعنى العام كل تأخير سواء كان من موسر أو معسر، وكل حق واجب الأداء لم يؤد في حينه، فتدخل فيه كل النفقات والحقوق الواجبة، بينما يختص المعنى الخاص بالتأخير عن الأداء بغير عذر.

قال ابن الملقن^(٧): "يدخل في مطل الغني كل من عليه حق، وكذا هو قادر على القيام به كالزوجين فيما يتعلق بكل منهما من الحق الذي عليه، وكذا الأصول والفروع والسادة والمماليك والحاكم والناظر وغير ذلك"^(٨).

(١) الأم للشافعي(٩٣/٥).

(٢) بدائع الصنائع للكاساني(١٧٣/٧).

(٣) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم(٢٢٧/١٠)، مرقاة المفاتيح للقاري(١٩٥٦/٥).

(٤) انظر: فتح الباري لابن حجر(٤٦٥/٤، ٤٦٦).

(٥) انظر: مرقاة المفاتيح(١٩٥٦/٥)، عون المعبود لأبي الطيب العظيم آبادي(١٣٩/٩)، تحفة الأحوذى للمبار كفوري(٤٤٥/٤).

(٦) انظر: حاشية الدسوقي(١٨١/٤)، شرح النووي على مسلم(٢٢٧/١٠)، سبل السلام للصنعاني(٧٨/٢).

(٧) ابن الملقن: هو عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي، سراج الدين، أبو حفص ابن النحوي، المعروف بابن الملقن: من أكابر العلماء بالحديث والفقه وتاريخ الرجال. أصله من وادي آش (بالأندلس) ومولده بالقاهرة سنة ٧٢٣هـ، له نحو ثلاثمائة مصنف، منها: «إكمال تهذيب الكمال في أسماء الرجال»، و«التذكرة في علوم الحديث»، و«الإعلام بفوائد عمدة الأحكام»، و«التوضيح لشرح الجامع الصحيح» شرح البخاري، كبير، و«البدر المنير في تخريج أحاديث شرح الوجيز للرافعي». توفي سنة ٨٠٤ هـ. البدر الطالع للشوكاني(٥٠٨/١)، الأعلام للزركلي(٥٧/٥).

(٨) الإعلام بفوائد عمدة الأحكام لابن الملقن(٣٧٤/٧).

وقال ابن حجر^(١): «ويدخل في المطل كل من لزمه حق، كالزوح لزوجته، والسيد لعبده، والحاكم لرعيته، وبالعكس»^(٢).

الفرع الرابع: تعريف المال:

المال لغة: ما ملكته من جميع الأشياء، وهو في الأصل ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يُقْتَنَى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل؛ لأنها كانت أكثر أموالهم، والمال عند أهل البادية النَّعْم. وتمول مالاً، أي: اتخذته قنية، فقول الفقهاء ما يتمول، أي: ما يعد مالاً في العرف^(٣).

واصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تحديد معنى المال على رأيين:

الرأي الأول: تعريف المال عند الحنفية:

المال هو اسم لغير الآدمي خُلِقَ لمصالح الآدمي وأمكن إخراجُهُ والتصرفُ فيه على وجه الاختيار^(٤). وأنه: ما يميل إليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع^(٥).

وأنه: ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخارُهُ لوقت الحاجة^(٦).

(١) ابن حجر: هو الحافظ أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد الكنانى العسقلانى، شهاب الدين، ابن حجر: من أئمة الحديث، أصله من عسقلان، ولد سنة ٧٧٣هـ بالقاهرة، ولع بالأدب والشعر ثم أقبل على الحديث، وأصبح حافظ الإسلام في عصره، كان فصيح اللسان، راوية للشعر، عارفاً بأيام المتقدمين وأخبار المتأخرين، ولي قضاء مصر مرات ثم اعتزل، من تصانيفه: فتح الباري في شرح صحيح البخاري، تهذيب التهذيب، لسان الميزان، وتوفي سنة ٨٥٢هـ بالقاهرة. يراجع: البدر الطالع للشوكاني (٨٧/١)، طبقات الحفاظ للسيوطي (ص ٥٥٢)، الضوء اللامع للسخاوي (٣٦/٢).

(٢) فتح الباري لابن حجر (٤/٤٦٦).

(٣) النهاية لابن الأثير (٤/٣٧٤)، المصباح المنير للفيومي (٢/٥٨٦). مادة (م و ل).

(٤) البحر الرائق لابن نجيم (٥/٢٧٧)، الملكية ونظرية العقد، للشيخ/ محمد أبي زهرة (ص ٤٨).

(٥) حاشية ابن عابدين (٤/٥٥٠)، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة (ص ٤٨).

(٦) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٥/٢٧٧)، حاشية ابن عابدين (٤/٥٠١).

الرأي الثاني: تعريف المال عند جمهور الفقهاء:

عرف المالكية المال بأنه: ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذ من وجهه^(١). وقالوا: المعروف من كلام العرب أن كل ما ثُمول وتُملك فهو مال^(٢).

وعرف الشافعية المال فقالوا: ولا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها وتَلَزَمُ مُنْفَعُهُ وإن قَلت، وما لا يطرحه الناس من أموالهم، مثل الفلَس وما أشبه ذلك^(٣).

والمتمول: كل مال يَسُدُّ مَسَدًا أو يقع موقعاً من جلب نفع أو دفع ضرر، أو هو كل ما له قيمة عرفاً وإن قلت قيمته^(٤).

وعرف الحنابلة المال بأنه: ما يباح نفعه مطلقاً، أي في كل الأحوال، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة، فخرج ما لا نفع فيه كالحشرات وما فيه نفع محرم كخمر، وما لا يباح إلا عند الاضطرار كالميتة، وما لا يباح اقتناؤه إلا لحاجة كالكلب^(٥).

وبالنظر في هذه التعريفات يلاحظ ما يأتي^(٦):

١- إن الحنفية لم يجعلوا من عناصر المالية إباحة الانتفاع بالشيء شرعاً، مما ساقهم إلى تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم، بينما اعتبرها جمهور الفقهاء، فلم يحتاجوا إلى ذلك التقسيم.

(١) الموافقات للشاطبي (٣٢/٢).

(٢) التمهيد لابن عبد البر (٥/٢).

(٣) الأم للإمام الشافعي (١٧١/٥).

(٤) مغني المحتاج للشرييني (٢٨٤/٣).

(٥) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٧/٢)، مطالب أولي النهى للرحبياني (١٢/٣).

(٦) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، د/ نزيه حماد (ص ٣٨٨).

- ٢- انفرد الحنفية باشتراط إمكان الادخار لوقت الحاجة، فلم يعتبروا المنافع أموالاً واعتبرها الجمهور، واعتبار جمهور الفقهاء لمالية المنافع له أثر حسن، حيث وسعوا بذلك مفهوم المال ليشمل منافع الحقوق المعنوية كحق الابتكار والتأليف وبذل الخلو، وهذا أرعى للمصلحة من قول الحنفية بعدم مالية المنافع.
- ٣- الناظر في تعاريف الجمهور يستطيع أن يستخلص أن أساس المالية في نظرهم هو:

أ- أن يكون الشيء له قيمة بين الناس.

ب- أن تكون هذه القيمة ناتجة من أنه ينتفع به انتفاعاً مشروعاً، فلا قيمة في نظر الشريعة لأية منفعة اعتبرتها غير مشروعة.

وعليه يمكن تعريف المال على قول الجمهور بأنه: ما كان له قيمة مادية بين الناس وفيه منفعة مباحة شرعاً من غير حاجة أو ضرورة.

المبحث الأول أنواع المطل والحكم الشرعي لكل نوع

تمهيد وتقسيم:

أنواع المطل وحكم كل نوع:

ذكر الفقهاء أن مطل الدين نوعان: مطل بحق، ومطل بباطل.
والمطل بحق له صورتان:

الأولى: مطل المدين المعسر الذي لا يجد وفاء لدينه.

الثانية: مطل المدين الغني الذي منعه العذر عن الوفاء.

وأما المطل الباطل فهو مطل المدين الموسر بلا عذر.

وسيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: المطل بحق.

المطلب الثاني: المطل بباطل.

المطلب الأول: المطل بحق

وتحتة فرعان:

الفرع الأول: مطل المدين المعسر الذي لا يجد وفاء لدينه

الفرع الثاني: مطل المدين الغني الذي منعه العذر عن الوفاء.

الفرع الأول:

مطل المدين المعسر الذي لا يجد وفاء لدينه

اتفق الفقهاء على أن المدين المعسر الذي لا يجد ما لا يقضي به دينه، يمهل حتى يوسر، ولا تحل مطالبته ولا ملازمته ولا مضايقته^(١)؛ لأن الله أمر بإنظاره إلى وقت الميسرة، فقال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٢)، وخالف الحنفية في الملازمة فقط^(٣) فذهبوا إلى القول بجواز ملازمة الدائن لمدينة المعسر^(٤)، قال الجصاص: "واختلف أهل العلم في الحاكم إذا ثبت عنده إعساره وأطلقه من الحبس، هل يحول بين الطالب وبين لزومه؟ فقال أصحابنا: «لطالب أن يلزمه»^(٥).

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني (١٧٣/٧)، المقدمات الممهدة لابن رشد (٣٠٦/٢، ٣٠٧)، المجموع شرح المهذب للنووي (٢٦٩/١٣)، المغني لابن قدامة (٣٣٨/٤)، الإفصاح لابن هبيرة (١٦٦/٢)، المحلى لابن حزم (٣٥٧/٦)، الروضة البهية للجبعي (٤٦٥/٢)، شرح النيل لأطيش (٣٤٢/١٦) - ٣٤٧، السيل الجرار للشوكاني (ص ٨٠٢).

(٢) [البقرة: ٢٨٠].

(٣) الملازمة هي عدم المفارقة وأن يكون الدائن أو وكيله مع المدين حيث كان، وذلك في وقت كسبه، من غير منعه من التردد في حاجته وقضاء أعماله ومصالحه. وذكروا أن الغرض من هذه الملازمة أمران: أحدهما: إضجار المدين الموسر المماطل ليبادر إلى وفاء دينه، حيث إن ملازمته نوع من الأشر. والثاني: اطلاع الدائن أو نائبه على ما يأتيه من أموال ومكاسب، لئلا يتمكن من إخفائها وادعاء العسرة تهرباً من وفاء الدين وأداء الحق. يراجع: العناية للبايرتي (٢٧٧/٩)، حاشية ابن عابدين (٣٨٧/٥)، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، نزيه حماد (ص ٤٣٩).

(٤) أحكام القرآن للجصاص (٥٧٨/١)، الاختيار للموصلي (٩٩/٢)، العناية للبايرتي (٢٧٧/٩)، حاشية ابن عابدين (٣٨٧/٥). واستدلوا على جواز الملازمة بحديث «لصاحب الحق اليد واللسان». إسبن الداقني (٤١٥/٥ ح ٤٥٥٣) فقالوا: أراد باليد الملازمة، وباللسان التقاضي. البحر الرائق لابن نجيم (٩٥/٨).

ويجاب عنه من وجهين: الأول: أن الحديث فيه مقال كما قال ابن المنذر، ثم نحمله على الموسر، بدليل أن النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها، فكثر دينه: «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك». الثاني: أن من ليس لصاحب الحق مطالبته، لم يكن له ملازمته، ومن وجب إنظاره، حرمت ملازمته، كما لو كان دينه مؤجلاً. المغني لابن قدامة (٣٣٨/٤).

(٥) أحكام القرآن للجصاص (٥٧٨/١).

قال أبو جعفر الطحاوي^(١): "قوله تعالى: ﴿فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٢) يوجب تأخيره فصار كالدين المؤجل فيمنع لزومه"..... "فإذا كان مطل الغني ظلماً، فمطل الذي ليس بغني ليس بظلم ولا مطالبة عليه إذاً، وإذا سقطت المطالبة زالت الملازمة"^(٣).

قال ابن رشد الجد^(٤): "لأن المطالبة بالدين إنما تجب مع القدرة على الأداء، فإذا ثبت الإعسار فلا سبيل إلى المطالبة، ولا إلى الحبس بالدين، لأن الخطاب مرتفع عنه إلى أن يوسر"^(٥).

وقال ابن العربي^(٦): "إذا لم يكن المديان غنياً، فمطله عدل، وينقلب الحال على الغريم، فتكون مطالبته ظلماً؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾"^(٧) (٨).

(١) الطحاوي: هو أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي الطحاوي، أبو جعفر: فقيه انتهت إليه رئاسة الحنفية بمصر، ولد سنة ٢٣٩هـ، ونشأ في (طحا) من صعيد مصر، وتفقّه على مذهب الشافعي، ثم تحول حنفياً. وهو ابن أخت المزني صاحب الشافعي. من تصانيفه: شرح معاني الآثار، ومشكل الآثار، وشرحه، في الحديث، وأحكام القرآن، والاختلاف بين الفقهاء، والمختصر في الفقه، شرحه الجصاص وغيره، ومناقب أبي حنيفة، وغيرها، وتوفي بالقاهرة سنة ٣٢١هـ. الجواهر المضية في طبقات الحنفية للقرشي (١/١٠٢)، وفيات الأعيان لابن خلكان (١/٧١)، الأعلام للزركلي (١/٢٠٦).

(٢) [البقرة: ٢٨٠].

(٣) مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٤/٢٨١، ٢٨٢).

(٤) ابن رشد الجد: هو العلامة أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المالكي. ولد في شوال سنة ٤٥٠هـ، كان فقيهاً عالماً، بصيراً بأقوال أئمة المالكية، نافذاً في علم الفرائض والأصول، ومن تصانيفه: المقدمات لأوائل كتب المدونة، والبيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل، واختصار مشكل الآثار للطحاوي، ومات: في ذي القعدة، سنة ٥٢٠هـ. يراجع: سير أعلام النبلاء للذهبي (١٩/٥٠١، ٥٠٢)، الديباج المذهب لابن فرحون (٢/٢٤٨).

(٥) المقدمات الممهدة لابن رشد (٢/٣٠٦، ٣٠٧).

(٦) ابن العربي: هو محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي، القاضي أبو بكر بن العربي، ولد في إشبيلية سنة ٤٦٨هـ، بلغ رتبة الاجتهاد في علوم الدين، وولي قضاء إشبيلية، ومات بقرب فاس، ودفن بها سنة ٥٤٣هـ. من كتبه: «العواصم من القواصم»، و«عارضه الأحوذى في شرح الترمذي»، و«أحكام القرآن»، و«القيس في شرح موطن مالك بن أنس»، و«المحصول في أصول الفقه». يراجع: سير أعلام النبلاء (٢٠/١٩٧)، الديباج المذهب (٢/٢٥٢)، الأعلام للزركلي (٦/٢٣٠).

(٧) [البقرة: ٢٨٠].

(٨) عارضة الأحوذى لابن العربي (٦/٤٦) ط: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

وقال الإمام الشافعي: "لو جازت مؤاخذته لكان ظالماً، والفرض أنه ليس بظالم لعجزه"^(١)^(٢). وقال البهوتي^(٣): «فإن كان المدين عاجزاً عن وفاء شيء منه، أي: الدين، حرمت مطالبته والحجر عليه وملازمته؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٤)، وقوله ﷺ لغرماء الذي كثر دينه: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»^(٥)»^(٦).

وقد استدلت الفقهاء على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع:

أولاً: من الكتاب: استدلو على ما ذهبوا إليه من الكتاب بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: قول الله سبحانه تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٧).

وجه الدلالة من الآية: أن الآية دلت على وجوب إنظار المعسر بقوله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، وهو خبر بمعنى الطلب، أي: فأخروه إلى ميسرته، والأصل في الأمر الوجوب، وعليه فالواجب حينئذ إنظاره إلى أن يوسر ويتمكن من الأداء^(٨).

(١) انظر: فتح الباري لابن حجر (٤/٤٦٦).

(٢) واختلف الفقهاء في المدين المعسر إذا لم يكن القدر الذي استحق عليه حاضراً عنده، لكنه قادر على تحصيله بالتكسب مثلاً، هل يجب عليه ذلك أم لا؟ قال الحافظ ابن حجر: أطلق أكثر الشافعية عدم الوجوب، وصرح بعضهم بالوجوب مطلقاً. وفصل آخرون بين أن يكون أصل الدين يجب بسبب يعصي به فيجب، وإلا فلا. كما اختلفوا في هل يجبر المدين المعسر على إجازة نفسه لوفاء دين الغرماء من أجرته إن كان قادراً على العمل أم لا؟ فتح الباري (٤/٤٦٥).

(٣) البهوتي: هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي: شيخ الحنابلة بمصر في عصره، نسبته إلى (بهوت) في غربية مصر. ولد سنة ١٠٠٠هـ، صنف كتباً كثيرة، منها: «الروض المربع شرح زاد المستنقع»، و «كشاف القناع» عن متن الإقناع للحجاوي، و «دقائق أولى النهى لشرح المنتهى»، وغيرها، توفي سنة ١٠٥١هـ. الأعلام للزركلي (٧/٣٠٧).

(٤) [البقرة: ٢٨٠].

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب استحباب الوضوع من الدين (٣/١١٩١ ح ١٥٥٦).

(٦) كشاف القناع (٣/٤١٨).

(٧) [البقرة: ٢٨٠].

(٨) أحكام القرآن للخصاص (١/٥٧٣، ٥٧٤)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣/٣٧١، ٤٣٠)، أحكام القرآن للكلبي الهراسي (١/٢٣٦).

الدليل الثاني: قول الله سبحانه وتعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾^(٢).

وجه الدلالة من الآيتين: أن المعسر العاجز عن الأداء لا يكلف بما لا يقدر عليه؛ بل يجب إنظاره حتى يقدر على الأداء^(٣).

ثانياً: من السنة:

استدلوا على ما ذهبوا إليه من السنة بالأدلة التالية:

الدليل الأول: عن أبي هريرة - رضي الله عنه -، عن النبي ﷺ، قال: «كَانَ تَاجِرٌ يُدَايِنُ النَّاسَ، فَإِذَا رَأَى مُعْسِرًا قَالَ لِفِئْتَانِهِ: تَجَاوَزُوا عَنْهُ، لَعَلَّ اللَّهَ أَنْ يَتَجَاوَزَ عَنَّا، فَتَجَاوَزَ اللَّهُ عَنْهُ»^(٤).

الدليل الثاني: عن أبي اليسر كعب بن عمرو الأنصاري - رضي الله عنه -، عن النبي ﷺ، قال: «مَنْ أَنْظَرَ مُعْسِرًا أَوْ وَضَعَ عَنْهُ، أَظْلَهُ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ»^(٥).

وجه الدلالة من الحديثين: دل الحديثان على فضل إنظار المعسر والوضع عنه، إما كل الدين وإما بعضه من كثير أو قليل، وفضل المسامحة في الاقتضاء وفي الاستيفاء، سواء استوفي من موسر أو معسر، وفضل الوضع من الدين، وأنه لا يحتقر شيء من أفعال الخير فله سبب السعادة والرحمة^(٦).

(١) [البقرة: ٢٨٦].

(٢) [الطلاق: ٧].

(٣) أحكام القرآن للجصاص (١/٥٧٣، ٥٧٤)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣/٣٧١، ٤٣٠)، أحكام القرآن للكبلي الهراسي (١/٢٣٦).

(٤) منفق عليه: صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من أنظر معسراً (٣/٥٨٨ ح ٢٠٧٨)، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب فضل إنظار المعسر (٣/١١٩٦ ح ١٥٦٢)، واللفظ للبخاري.

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الزهد والرقائق، باب حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر (٤/٢٣٠١ ح ٣٠٠٦).

(٦) فتح الباري لابن حجر (٤/٣٠٩)، شرح صحيح مسلم للنووي (١٠/٢٢٤).

الدليل الثالث: عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه-، قال: أُصِيبَ رَجُلٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي ثَمَارٍ ابْتَاعَهَا، فَكَثُرَ دَيْنُهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ»، فَتَصَدَّقَ النَّاسُ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءَ دَيْنِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِعُرْمَائِهِ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ»^(١).

وجه الدلالة من الحديث: أن في قول النبي ﷺ «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ» دلالة على تحريم مطالبة المعسر العاجز عن الوفاء بما بقي من دينه بعد أخذ ماله الموجود، ووجوب إنظاره حتى يقدر على الوفاء رجاء تحصيل الأجر على إنظار المعسر^(٢).

فكل هذه النصوص تبين كيفية التعامل مع المعسر، وأنه لا دواء لداء الإعسار إلا الإنظار، وضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار: ألا يكون للمدين مال زائد عن حوائجه الأصلية يفي بدينه نقداً أو عينا^(٣).

ثالثاً: من الإجماع:

فقد نقل الإجماع على وجوب إنظار المعسر جمعاً من أهل العلم، قال ابن رشد الحفيد - رحمه الله-^(٤): وأما المفلس الذي لا مال له أصلاً، فإن فقهاء الأمصار مجمعون على أن العدم له تأثير في إسقاط الدين إلى وقت ميسرته^(٥).

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب استحباب الوضوء من الدين (٣/١١٩١ ح ١٥٥٦).
(٢) حاشية السندي على سنن النسائي (٧/٢٦٥)، سبل السلام للصنعاني (٢/٧٨)، نيل الأوطار للشوكاني (٥/٢٨٨).

(٣) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد (٧)، ٧/٢٣٦، قرار رقم: ٧/٢/٦٦ بشأن البيع بالتقسيط - ١٤١٢هـ/١٩٩٢م).

(٤) ابن رشد الحفيد: هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الفيلسوف الشهير بابن رشد الحفيد، ولد بقرطبة سنة ٥٢٠هـ ونشأ بها ودرس الفقه وبرع فيه، وسمع الحديث، وأتقن الطب، وأقبل على علم الكلام والفلسفة حتى صار يضرب به المثل فيها، من مصنفاته: «الضروري» في المنطق، و«منهاج الأدلة» في الأصول، و«المسائل» في الحكمة، و«تهافت التهافت» في الرد على الغزالي، و«بداية المجتهد ونهاية المقتصد» في الفقه، توفي سنة ٥٩٥هـ. الديباج المذهب لابن فرحون (٢/٢٥٧، ٢٥٨)، الأعلام للزركلي (٥/٣١٨ وما بعدها).

(٥) بداية المجتهد لابن رشد (٤/٧٥).

وقال القرافي - رحمه الله-^(١): أجمعت الأمة على أن صاحب الدين على المعسر مخير بين النظرة والإبراء، وأن الإبراء أفضل في حقه، وأحدهما واجب حتماً، وهو ترك المطالبة، والإبراء ليس بواجب^(٢).

وقال ابن تيمية - رحمه الله-^(٣): فإن المعسر يجب إنظاره ولا يجوز الزيادة عليه بمعاملة ولا غيرها بإجماع المسلمين^(٤).

المطلب الثاني: مطل المدين الغني الذي منعه العذر عن الوفاء

مطل المدين الغني الذي منعه العذر عن الوفاء، كغيبته ماله وعدم وجوده بين يديه وقت الوفاء بغير تعمد فلا يكون مطله حراماً، وذلك لأن المطل المنهي عنه كما قال الحافظ ابن حجر: تأخير ما استحق أداءه بغير عذر، وهو معذور^(٥).

وقال النووي: قوله ﷺ «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ» قال القاضي وغيره: المطل منع قضاء ما استحق أداءه، فمطل الغني ظلم وحرام، ومطل غير الغني ليس بظلم ولا حرام؛ لمفهوم الحديث ولأنه معذور ولو كان غنيا ولكنه ليس متمكناً من الأداء لغيبته المال أو لغير ذلك، جاز له التأخير إلى الإمكان، وهذا مخصوص من مطل الغني أو يقال المراد بالغني المتمكن من الأداء فلا يدخل هذا فيه^(٦).

(١) القرافي: هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي، الفقيه المالكي، انتهت إليه رئاسة المذهب المالكي في زمانه، صنف شرح المحصول، والفروق وغيرها. توفي سنة ٦٨٤هـ. يراجع: الديباج المذهب لابن فرحون (٢٣٦/١)، الأعلام للزركلي (٩٥/١).

(٢) الفروق للقرافي (١٠/٢)، الفرق الثامن والأربعون بين قاعدة التخيير الذي يقتضي التسوية وبين قاعدة التخيير الذي لا يقتضي التسوية بين الأشياء المخير بينها).

(٣) ابن تيمية: هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد بن تيمية الحراني، ثم الدمشقي، الإمام الفقيه، المجتهد المحدث، الحافظ المفسر، الأصولي الزاهد، تقي الدين أبو العباس، شيخ الإسلام، ولد يوم الاثنين عاشر ربيع الأول سنة ٦٦١هـ بجران، من تصانيفه: الإيمان، ودره تعارض العقل والنقل، ومنهاج السنة، واقتضاء الصراط المستقيم، شرح العمدة في الفقه الحنبلي. توفي سنة ٧٢٨هـ. يراجع: ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب (٤/٩٨ وما بعدها)، الدرر الكامنة لابن حجر (١٦٨/١).

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية (٧٤/٢٨).

(٥) فتح الباري لابن حجر (٤/٦٥).

(٦) شرح صحيح مسلم للنووي (١٠/٢٢٧)، ويراجع: إكمال المعلم للقاضي عياض (٥/٢٣٣)، سبل السلام للصنعاني (٢/٨٧)، نيل الأوطار للشوكاني (٥/٢٨١).

وقال ابن الملقن: "ولا يخفى جواز التأخير بعذر كغيبه مال ونحوها، ولا يطلق عليه مطل محرم، والحالة هذه"^(١).

المطلب الثالث: مطل المدين الموسر بلا عذر

مطل المدين الموسر القادر على قضاء الدين بلا عذر وذلك بعد مطالبة صاحب الحق^(٢)، فإنه حرام شرعاً، ومن كبائر الإثم، ومن الظلم الموجب للعقوبة الحاملة على الوفاء، لقول النبي ﷺ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ». قال ابن عبد البر^(٣): "إنما يكون المطل من الغني إذا كان صاحب الدين طالباً لدينه رغباً في أخذه، فإذا كان الغريم مليوناً غنياً ومطله وسوّف به فهو ظالم له والظلم محرم قليله وكثيره"^(٤).

وقال الباجي^(٥): ووصفه بالظلم إذا كان غنياً خاصة، ولم يصفه بذلك مع العسر، وقد قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٦)، وإذا كان

(١) الإعلام بفوائد عمدة الأحكام لابن الملقن (٣٧٤/٧).

(٢) فإن المطل يتحقق إذا حل الأجل، وطالبه صاحب الحق بوفاء الدين، فتأخر المدين وماتل مع قدرته على الوفاء. يراجع: بدائع الصنائع للكاساني (١٧٣/٧)، حاشية الدسوقي (١٨١/٤)، الإعلام بفوائد عمدة الأحكام لابن الملقن (٣٧٣/٧)، المبدع في شرح المقنع لابن مفلح (٢٨٢/٤)، المحلى لابن حزم (٣٥١/٦)، البحر الزخار لابن المرتضى (٩٤/١١)، شرح النيل لأطفيش (٣٠٣/١٦).

(٣) ابن عبد البر: هو حافظ المغرب أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري، الأندلسي، القرطبي، المالكي. ولد في سنة ٣٦٨ هـ. كان إماماً ديناً جمع بين الفقه والحديث، وهو ممن بلغ رتبة الاجتهاد. صنف: «التمهيد والاستنكار على الموطأ، والاستيعاب في أسماء الصحابة، وجامع بيان العلم وفضله»، وغير ذلك. توفي ليلة الجمعة في ربيع الآخر، سنة ٤٦٣ هـ. ترتيب المدارك للقاضي عياض (١٢٧/٨)، الديباج المذهب لابن فرحون (٣٦٧/٢)، وفيات الأعيان لابن خلكان (٦٦/٧)، سير أعلام النبلاء للذهبي (١٥٣/١٨).

(٤) الاستنكار (٤٩٢/٦).

(٥) الباجي: هو أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي الأندلسي القرطبي، كان فقيهاً مالكيًا أصولياً، أصله من مدينة بطليوس فتحول جده إلى باجة - بليدة بقرب إشبيلية - فنسب إليها، ولد في باجة بالأندلس سنة ٤٠٣ هـ، وولي القضاء بالأندلس، من مصنفاته: المنتقى في شرح موطأ مالك، وشرح المدونة، الناسخ والمنسوخ، تفسير القرآن، توفي سنة ٤٧٤ هـ يراجع: ترتيب المدارك (١١٧/٨)، سير أعلام النبلاء (٥٣٥/١٨)، الأعلام للزركلي (١٢٥/٣).

(٦) [البقرة: ٢٨٠].

غنيا فمطل بما قد استحق عليه تسليمه فقد ظلم^(١). وقال ابن حجر: المعنى أنه من الظلم، وأطلق ذلك للمبالغة في التفتير من المطل^(٢).

قال ابن القيم^(٣): ولا نزاع بين العلماء في أن من وجب عليه حق من عين أو دين، وهو قادر على أدائه، وامتنع منه، أنه يعاقب حتى يؤديه^(٤).

والعقوبة الزاجرة هي عقوبة تعزيرية غير مقدرة شرعا، المقصود منها حمله على الوفاء وإلجاؤه إلى دفع الحق إلى صاحبه دون تأخير.

أما قبل الطلب، فقد وقع الخلاف في مذهب الشافعي: هل يجب الأداء مع القدرة من غير طلب صاحب الحق، حتى يعد مطالبا بالباطل قبله؟ وحكى ابن دقيق العيد فيه وجهان، ومال الحافظ ابن حجر إلى ترجيح عدم الوجوب قبل الطلب، لأن لفظ «المطل» في الحديث يشعر بتقديم الطلب وتوقف الحكم بظلم المماطل عليه^(٥).

وذكر بعض الفقهاء أن المطل يثبت بالتأجيل والمدافعة ثلاث مرات^(٦).

وقد استدلل الفقهاء على حرمة المماطلة بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع، بل اعتبرها العلماء من الكبائر^(٧):

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٨).

(١) المنتقى للبايجي (٦٦/٥). الاستذكار لابن عبد البر (٤٩٢/٦)، إكمال المعلم للقاضي عياض (٢٣٣/٥).

(٢) فتح الباري (٤٦٥/٤).

(٣) ابن القيم: هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي ثم الدمشقي، الفقيه الحنبلي، الأصولي المفسر النحوي، شمس الدين، أبو عبد الله، ابن قيم الجوزية، ولد سنة ٦٩١هـ، وأخذ العلم عن كثيرين من أشهرهم شيخ الإسلام ابن تيمية. من مصنفاته: أعلام الموقعين، وزاد المعاد، وبدائع الفوائد. توفي سنة ٧٥١هـ. يراجع: المقصد الأرشد لابن مفلح (٣٨٤/٢)، الدرر الكامنة (١٣٧/٥).

(٤) الطرق الحكمية لابن القيم (٢٨٧/١).

(٥) إحكام الأحكام لابن دقيق العيد (١٤٥/٢)، فتح الباري (٤٦٦/٤).

(٦) انظر: الفتاوى الهندية (٤١٢/٣)، الموسوعة الفقهية الكويتية (١١٧/٣٨).

(٧) انظر: الكبائر للذهبي (ص ١٠٩)، الزواجر عن اقتراف الكبائر للهيتمي (٤١٤/١)، فتح الباري لابن حجر (٤٦٦/٤).

(٨) [النساء: ٥٨].

وجه الدلالة من الآية: أمر الله تعالى بأداء الأمانات إلى أربابها، والديون من الأمانات التي أمر الله بأدائها، والمماطلة في أدائها يخالف ما أمر الله به^(١).

وأما السنة، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أَتَبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيُتَّبِعْ»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث: أن المطل من الغني حرام لا يحل، إذا مطل بما عليه من الديون، وكان قادراً على توصيل الدين إلى صاحبه، وكان صاحبه طالباً له؛ لأن الظلم حرام قليله وكثيره^(٣).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَخَذَ أَمْوَالَ النَّاسِ يُرِيدُ أَدَاءَهَا أَدَّى اللَّهُ عَنْهُ، وَمَنْ أَخَذَ يُرِيدُ إِتْلَافَهَا أَتْلَفَهُ اللَّهُ»^(٤).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ توعده من أخذ أموال الناس يريد المماطلة بها وعدم أدائها بأن يتلفه الله عز وجل، بما يدل على أن المماطلة من الكبائر^(٥).

وأما الإجماع، فقد أجمع العلماء على أن المماطلة حرام، قال ابن حزم^(٦):

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص (١٧٢/٣)، أحكام القرآن لابن العربي (٥٧١/١).
(٢) متفق عليه: صحيح البخاري، كتاب الحوالات، باب الحوالة (٣/٩٤ ح ٢٢٨٧)، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني، وصحة الحوالة، واستحباب قبولها إذا أحيى على مليء (٣/١١٩٧ ح ١٥٦٤)، واللفظ لهما. والمطل هو ترك إعطاء ما حل أجله مع طلبه، ويكون من الغني إذا كان صاحب الدين طالباً لدينه رغباً في أخذه، فإذا كان الغريم مليئاً غنياً ومطله وسوف به فهو ظالم له، والظلم محرم قليله وكثيره. الاستذكار لابن عبد البر (٦/٤٩٢)، إكمال المعلم للقاضي عياض (٥/٢٣٣)، فتح الباري لابن حجر (٤/٤٦٥).

(٣) التمهيد لابن عبد البر (١٨/٢٨٥)، نيل الأوطار للشوكاني (٥/٢٨١).
(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب من أخذ أموال الناس يريد أداءها أو إتلافها (٣/١١٥ ح ٢٣٨٧).

(٥) فتح الباري لابن حجر (٥/٥٤)، سبل السلام للصنعاني (٢/٧٠).
(٦) ابن حزم: هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، عالم الأندلس في عصره، وأحد أئمة الإسلام، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤ هـ. كان فقيهاً حافظاً، صنف: «الفصل في الملل والأهواء والنحل» في العقيدة، و«المحلى» في الفقه، و«الناسخ والمنسوخ» في علوم القرآن، و«مراتب الإجماع»، و«الإحكام في أصول الأحكام»، و«إبطال القياس والرأي» في أصول الفقه، توفي سنة ٤٥٦ هـ. يراجع: سير أعلام النبلاء (١٨/١٨٤ وما بعدها)، الأعلام للزركلي (٤/٢٥٤، ٢٥٥).

”أجمعوا على أن كل من لزمه حق في ماله، أو ذمته لأحد، ففرض عليه أداء الحق لمن هو له عليه إذا أمكنه ذلك، وبقي له بعد ذلك ما يعيش به أياماً هو ومن تلزمه نفقته“^(١)، وقال: فإن كان الطالب محقاً، فحرام على المطلوب بلا خلاف من أحد من أهل الإسلام أن يمنعه حقه، أو أن يملكه - وهو قادر على إنصافه - حتى يضطره إلى إسقاطه بعض حقه، أو أخذ غير حقه، فالمطلوب في هذه الجهة أكل مال الطالب بالباطل وبالظلم، والمطل، والكذب، وهو حرام بنص القرآن^(٢).

(١) مراتب الإجماع لابن حزم (ص ٥٨).

(٢) المحلى لابن حزم (٤٦٧/٦).

المبحث الثاني

حكم فرض عقوبة مالية على المدين المماطل لصالح الدائن مقابل الضرر الناتج عن فوات الربح أو وقوع ضرر حقيقي

إذا تأخر المدين الموسر في دفع الأقساط - كلها أو بعضها - عن موعدها، فهو مماطل، ودفعاً لهذه المماطلة يتخذ المتدانون شرطاً جزائياً يكون خال من شرط التعويض المسبق، ولا يذكر فيه مقدار التعويض الافتراضي ولا يُلزم المدين بدفع شيء للدائن مع تأخره إلا إذا وقع ضرر فعلي، ويُحدد التعويض عن الضرر المتعاقدون أو لجنة يرتضيانها أو محكمة.

فحقيقة هذه الحالة أنها: تعويض عن ضرر مطل الغني، وليست شرطاً جزائياً في الديون، لذا ينبغي تسميتها بما يوافق حقيقتها.

التعويض عن ضرر مطل الغني:

ينقسم ضرر مطل الغني إلى نوعين:

النوع الأول: ضرر مجرد التأخير في سداد الديون^(١)

كأن يتأخر المدين عن سداد قسط ما يوماً عن موعد السداد، وهذا الضرر لا يجوز تعويض الدائن عليه؛ لأنه لم يلحق بأثره ضرر فعلي بالدائن، وليس له إلا رأس ماله ولو بعد حين، فالتعويض عنه هو عين ربا الجاهلية، المحرم بقول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾^(٢)، وغير ذلك من أدلة تحريم الربا، وقد نبه

(١) انظر: الشرط الجزائي في الديون، علي محمد الصواص (ص ٢٣٧).

(٢) [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩].

أبو وليد الباجي إلى اعتبار العرف والعادة في ذلك فقال: "وإنما يكون مطلاً بعد حلول أجله، وتأخير ما بيع على النقد عن الوقت المعتاد في ذلك على وجه ما جرت عليه عادة الناس من القضاء^(١)". فإذا كانت المدة التي تأخر فيها المدين قد تجاوزت ما اعتاد عليه كل من الدائن والمدين التساهل فيها كما قال العطار: «على أن تساهل الدائن مع المدين تساهلاً يؤدي إلى اعتياد المدين تأخر الوفاء بالقسط مدة قليلة يقتضي ضرورة تفسير الاتفاق سالف الذكر بحسب ما جرى العمل به أخيراً بين الدائن والمدين»^(٢).

النوع الثاني: ضرر ناتج عن فوات الربح المفترض في الديون الممطولة:

كأن يتأخر المدين سنة عن موعد سداد الدين، فيفوت على الدائن فرصة مؤكدة في استثمار هذا الدين واسترباحه منه. فالفرق بين هذا الضرر والنوع السابق، هو أن الضرر هنا فعلي، ولا سيما إذا تكبد الدائن مصاريف تقاضٍ للحصول على دينه، أما النوع الأول فهو مجرد تأخر ولم يترتب عليه ضرر فعلي، وإنما هو أقرب للضرر المعنوي^(٣).

تحرير محل النزاع:

فإذا وقع الضرر الناتج عن فوات الربح المفترض في المماطلة في الديون، وكان المدين مليئاً «موسراً» ومماطلاً، ولم يُشترط عليه تعويض الدائن عن المماطلة، ولا تحديد مقدار هذا التعويض، وأضرت مماطلته بالدائن، وحكم عليه الحاكم أو القاضي بعقوبة تعزيرية مالية لصالح الدائن، فهل يجوز للدائن أخذها أم لا ؟.

(١) المنتقى شرح الموطأ (٦٦/٥).

(٢) نظرية الأجل في الالتزام للعطار (ص ٣٦٢).

(٣) انظر: الشرط الجزائي في الديون (ص ٢٣٧)، بيع التقسيط للتركي (ص ٣٢٢).

اختلف العلماء والباحثون المعاصرون في ذلك على قولين:

القول الأول: جواز عقوبة المدين مالياً لصالح الدائن، مقابل الضرر الناتج عن فوات الربح، أو وقوع ضرر حقيقي، وبه قال بعض العلماء المعاصرين، منهم: الشيخ/ مصطفى الزرقا^(١)، والدكتور/ محمد سيد طنطاوي^(٢)، والدكتور/ الصديق الضرير^(٣)، والدكتور/ محمد الزحيلي^(٤)، والشيخ/ عبد الله بن منيع^(٥)، وقالوا: إن المدين المماطل قد أضر بالدائن «المصرف»، فلولا مماطلته لاستثمر هذا المال مع باقي الأموال المستثمرة ولحصل منه ربحاً، ولذلك أجازوا للدائن «المصرف» أخذ تعويض من المدين المماطل بمقدار نسبة الربح التي كان يمكن أن يحققها المصرف لو استثمر الدين المماطل في أدنى الحدود المعتادة في التجارة المشروعة، ولا عبرة لسعر الفوائد المصرفية^(٦)، فهم كيفوا المال المردود للدائن من المدين، على أنه تعويض مالي عن ضرر المماطلة^(٧).

-
- (١) انظر: هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟ مصطفى أحمد الزرقا، بحث منشور بمجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جدة، العدد (٢)، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، (ص ٩٥-٩٦).
- (٢) انظر: عشرون سؤالاً وجواباً، لفضيلة الإمام الأكبر/ محمد سيد طنطاوي، شيخ الأزهر الأسبق، سلسلة كتاب اليوم، إصدار أخبار اليوم، القاهرة، مارس ١٩٩٤م، (ص ٣٣، ٣٤).
- (٣) انظر: تعقيبه على مقال الشيخ مصطفى الزرقا في مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي (ص ١١٢).
- (٤) انظر: التعويض عن الضرر من المدين المماطل، د/ محمد الزحيلي، بحث منشور ضمن دراسات المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، (١/٣١٥).
- (٥) انظر: مظل الغنى ظلم يحل عرضه وعقوبته، عبد الله بن منيع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي مكة، العدد (٢)، ص ١٠٨.
- (٦) يرى الدكتور الضرير أن المصرف إذا لم يحقق ربحاً حقيقياً في فترة المماطلة، فلا يستحق تعويضاً، فهو يرى أنه قد توجد المماطلة ولا يحكم للمصرف بالتعويض، وأما الشيخ الزرقا فهو لا يتصور وجود مماطلة من غير تعويض. انظر: بيع التسيط للمصري (ص ١٤٤).
- (٧) وبهذا التكييف يقترب تعويض الدائن عن ضرر المماطلة - من التعزيز بأخذ الأموال وهو غير جائز عند جمهور الفقهاء. انظر: حكم التعزيز بأخذ الأموال في الإسلام، ماجد أبو رحية، بحث منشور ضمن كتاب «بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ط: دار النفائس - الأردن - الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م، (١/٣٢٩ وما بعدها)، محاضرات في الفقه المقارن، د/ محمد سعيد رمضان البوطي، ط: دار الفكر - دمشق - الطبعة: الثانية، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨١م، (ص ١٤٨ وما بعدها)، بيع التسيط، د/ علي السالوس (٢/١٦٣ وما بعدها).

القول الثاني: تحريم عقوبة المدين مالياً لصالح الدائن، وبه قال جمهور العلماء المعاصرين، منهم: الدكتور/ وهبة الزحيلي^(١)، والدكتور/ علي السالوس^(٢)، والدكتور/ محمد عثمان شبير^(٣)، والدكتور/ نزيه حماد^(٤)، والدكتور/ عبد الله بن بيه^(٥)، والدكتور/ محمد تقي العثماني^(٦)، وبه أخذت المجامع الفقهية: مجمع الفقه الإسلامي بمكة^(٧)، ومجمع الفقه الإسلامي بجدّة^(٨)، وبعض الهيئات الشرعية مثل هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٩)، أن ليس للمصرف أخذ تعويض مالي من المدين المماطل، بعلّة إضراره بالمصرف، سواء أكان

(١) المعاملات المالية المعاصرة، د/ وهبة الزحيلي (ص ١٧٩).

(٢) القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي للسالوس (ص ٣٩٠ وما بعدها).

(٣) صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، شبير (٢/ ٨٧٣، ٨٧٤).

(٤) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، د/ نزيه حماد (ص ٣٧٢، ٣٧٥)، دراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي، د/ نزيه حماد، ط: دار الفاروق - الطائف - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ، (ص ٢٨٥).

(٥) مقاصد المعاملات لابن بيه (ص ٢٧٨ - ٢٩٠).

(٦) انظر: أحكام البيع بالتقسيط - وسائله المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، د/ محمد تقي العثماني،

مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدّة، العدد (٧)، ٢/ ٦١٨.

(٧) قرارات مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة (ص ٢٩٧)، القرار (٨)، الدورة (١١) بشأن هل يجوز للمصرف فرض غرامة جزائية على المدين؟ ١٤٠٩هـ/ ٩٨٩م، حيث نص على: «أن الدائن إذا شرط على المدين، أو فرض عليه، أن يدفع له مبلغاً من المال، غرامة مالية جزائية محددة، أو بنسبة معينة، إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما فهو شرط أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء أكان الشارط هو المصرف أم غيره؛ لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه».

(٨) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد (١٢)، ٦٧٠، قراره في البيع بالتقسيط، قرار رقم: ٥١، (٦/٢) ونصه: «إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط بعد الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط؛ لأن ذلك ربا محرم». وقراره في الشرط الجزائي، قرار رقم: ١٠٩، (٣/ ١٢): يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً؛ فإن هذا من الربا الصريح.

(٩) المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (ص ٩٣)، حيث جاء في

المعيار الشرعي رقم (٣)، المدين المماطل، ما نصه:

تحرم مماطلة المدين القادر على وفاء الدين.

لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقداً أو عيناً، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي، على المدين إذا تأخر عن سداد الدين، سواء نص على مقدار التعويض أم لم ينص، وسواء كان التعويض عن الكسب الفائت «الفرصة الضائعة» أم عن تغيير قيمة العملة.

لا تجوز المطالبة القضائية للمدين المماطل بالتعويض المالي نقداً أو عيناً عن تأخير الدين.

التعويض عن الكسب الفائت «الفرصة الضائعة» أم عن تغير قيمة العملة، بل لا يجوز عندهم - قضائياً - مطالبة الدائن لمدينه المماطل بتعويض مالي نقداً أو عيناً عن تأخير سداد الدين، سواء أكان ذلك التعويض عرفاً، أو وعداً، أو شرطاً.

الأدلة والمناقشة

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بجواز عقوبة المدين المماطل مالياً لصالح الدائن بأدلة من الكتاب والسنة والقياس والمعقول.

أولاً: من الكتاب: استدلو على ما ذهبوا إليه من الكتاب بالأدلة التالية:

الدليل الأول: الآيات الآمرة بوفاء العقود، وأداء الأمانات مثل قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾^(٢).

وجه الدلالة من الآيات: أن الأمر هنا للوجوب، والوفاء بالعقد يدخل فيه لزوم التقيد بمواعيد الوفاء؛ إذ كثيراً ما يكون ميعاد الوفاء لا يقل أهمية عن أصل الوفاء، ويكون تأخير الوفاء دون رضا صاحب الدين، فيه حرمان له من التمتع بحقه والاستفادة منه، وهذا الحرمان ضرر يجعل المتسبب فيه مسئولاً، فتغريمه غرامة مالية مقابل الضرر الذي لحق الدائن من العدل الذي أمر الله به^(٣).

الدليل الثاني: الآيات الآمرة بالعدل والقسط والإنصاف، مثل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ

(١) [المائدة: ١].

(٢) [المؤمنون: ٨].

(٣) انظر: هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن للزرقا (ص ٩١)، عقوبة المدين المماطل المالية، د/ أحمد عبد الله اليوسف، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، العدد (٩٠)، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م، (ص ٣٨٣).

وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدُوا ﴿١﴾،
وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ (٢).

وجه الدلالة من الآيات: أن العدل من مقاصد الشريعة في المعاملات المالية،
وذلك يقتضي أن يؤدي الإنسان ما عليه من حقوق لأربابها في مواعيدها (٣).

الدليل الثالث: قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ (٤).

وجه الدلالة من الآية: أن المال يشمل المنافع، وتأخير أداء الحق لمستحقه
هو أكل لمنافعه بالباطل، مما يوجب مسؤولية الأكل (٥).

ثانياً: من السنة:

استدلوا على ما ذهبوا إليه من السنة بالأدلة التالية:

الدليل الأول: ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ،
وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَىٰ مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ» (٦).

الدليل الثاني: ما رواه عمرو بن الشريد عن أبيه رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم «لِيُ الْوَاجِدِ
يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ» (٧).

(١) [النساء: ١٣٥].

(٢) [النحل: ٩٠].

(٣) هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن للزرقا (ص ٩٢: ٩٤).

(٤) [النساء: ٢٩].

(٥) هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن (ص ٩٢).

(٦) سبق تخريجه ص ١٩.

(٧) الحديث في: صحيح البخاري، معلقاً في كتاب الاستقراض، باب لصاحب الحق مقال (١١٨/٣)،
ووصله ابن حجر في تعلق التعلق (٣١٨/٣) وقال في رواية النسائي وابن ماجه: إسناده حسن،
سنن أبي داود: كتاب الأفضية، باب الحبس في الدين وغيره (٥/٤٧٣ ح ٣٦٢٨)، سنن النسائي:
كتاب البيوع، باب مطل الغني (٧/٣١٦ ح ٤٦٨٩)، سنن ابن ماجه: كتاب الصدقات، باب الحبس في
الدين والملازمة (٣/٤٩٧ ح ٤٢٧٢)، ومسند الإمام أحمد (٢٩/٤٦٥ ح ١٧٩٤)، مستدرک الحاكم، كتاب
الأحكام (٤/١١٤ ح ٧٠٦٥) وقال: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي. صحيح ابن حبان،

وجه الدلالة من الحديثين: دل الحديثان الشريفان دلالة ظاهرة على ظلم الغني المماطل، واستحقاقه للعقاب عقوبة تعزيرية، هي الحبس كما هو عند الجمهور، وإن جاز في التعزير غيره كالضرب والتوبيخ، وما دام الهدف من العقوبة التعزيرية الردع والزجر وأداء الحقوق، فالأمر فيه متسع أمام القاضي أو ولي الأمر، ليختار ما يحقق ذلك حتى ولو كان غرامة مالية⁽¹⁾.

ويناقش هذا: بأن الحديث لا يدل على ما ذهبوا إليه من أن التعويض من حق الدائن؛ لأن الحق لا يسمى عقوبة، فلو كان هذا التعويض حقاً فهو لا يدخل تحت الحديث؛ لأنه ينص على العقوبة⁽²⁾.

الدليل الثالث: ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»⁽³⁾.

كتاب الدعوى، باب عقوبة المماطل (١١/٤٨٦ ح ٥٠٨٩)، وقال شعيب الأرنؤوط: إسناده حسن. واللفظ لهم جميعاً.

وشرح المناوي الحديث بقوله: (لي الواجد)، أي: مطلق الغنى، والليّ بالفتح المطل، وأصله لوي فأدغمت الواو في الياء، والواجد الغنى من الوجد بالضم بمعنى السعة والوفرة، ويقال: وجد في المال وجداً، أي: استغنى.

(يحل) بضم الياء من الإحلال. (عرضه) بأن يقول له المدين: أنت ظالم أنت ممامل ونحوه مما ليس بقذف ولا فحش. (وعقوبته) بأن يعزره القاضي على الأداء بنحو ضرب أو حبس حتى يؤدي. فيض القدير للمناوي (٥/٤٠٠). وهو قول سفيان الثوري وعبد الله بن المبارك ووكيع وجماهير أهل العلم.

يراجع: سبل السلام للصنعاني (٢/٧٧، ٧٨)، نيل الأوطار للشوكاني (٥/٢٨٧).

(١) انظر: الاستنكار لابن عبد البر (٦/٤٩٢، ٤٩٣)، شرح السنة للبيهقي (٨/١٩٥)، شرح صحيح مسلم للنووي (١٠/٢٢٧)، فتح الباري لابن حجر (٤/٤٦٥)، هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن للزرقا (ص ٩٢)، بيع التقيسيط، علي السالوس (٢/١٦٤ وما بعدها)، مطل الغنى ظلم يحل عرضه وعقوبته، عبد الله بن منيع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة، العدد (٢)، ص ٩٩ وما بعدها، عشرون سؤالاً وجواباً، لفضيلة الإمام الأكبر/ محمد سيد طنطاوي، شيخ الأزهر الأسبق، سلسلة كتاب اليوم، إصدار أخبار اليوم، القاهرة، مارس ١٩٩٤م، (ص ٣٣، ٣٤)، التعويض عن الضرر من المدين المماطل، د/ محمد الزحيلي (ص ٢٧٣، ٢٧٤).

(٢) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٦)، ٢/٢٨٨، وهو رد الشيخ/ مختار السلافي.

(٣) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/١١٠ ح ٦٥٣٦)، وقال: رواه الطبراني في الأوسط، من حديث جابر وفيه ابن إسحاق، وهو ثقة، ولكنه مُدَلَّس. يراجع: المعجم الأوسط للطبراني (١/٣٠٧ ح ١٠٣٣)، وصححه الألباني بمجموع الطرق في إرواء الغليل (٣/٤٠٨ - ٤١٣).

وجه الدلالة من الحديث: الحديث ينهى عن الضرر، والقواعد الشرعية تقرّر أن الضرر يزال، والدائن (المصرف) لحقه ضرر فيجب إزالته، ولا يمكن إزالته إلا بتعويضه عليه، حتى إن معاقبة المتسبب لا تفيد المضرور شيئاً دون التعويض عليه^(١).

ويناقد هذا: قواعد إزالة الضرر هي أخذ بالعمومات التي تتعارض مع أساس الشريعة ونصوصها الخاصة في تحريم الربا، فضلاً عن كونه إزالة ضرر بضرر^(٢).

ثالثاً: من القياس:

استدلوا على ما ذهبوا إليه من القياس فقالوا: بقياس المطل على الغصب، حيث قرر الفقهاء تضمين الغاصب منافع الأعيان المغصوبة، علاوة على رد الأصل بجامع حجب المال ومنافعه ظلماً وعدواناً في الغصب وتأخير الوفاء بدون عذر بالمماثلة، فيخسر الدائن ربح هذا المال المتوقع لو كان قبضه واستثمره^(٣).

ويناقد هذا: قياس المماثلة على غصب المال لا يصح؛ لأنه في مقابل النصوص الناهية عن الربا، والقياس إذا خالف نصاً يكون باطلاً^(٤).

رابعاً: من المعقول:

استدلوا على ما ذهبوا إليه من المعقول فقالوا: إن من مقاصد الشريعة العدل في المعاملات المالية، والذي يقتضي عدم المساواة بين المدين الباذل والمماطل، وما تقتضيه المصلحة من منع المماطل من استغلال أموال المسلمين ظلماً

(١) هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض (ص ٩٤)، التعويض عن الضرر من المدين المماطل، د/ محمد الزحيلي (ص ٢٧٤)، بيع التقسيط، على السالوس (١٦٤/٢، ١٦٥).

(٢) انظر: المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلي (ص ١٧٩).

(٣) انظر: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن (ص ٩٤)، التعويض عن الضرر من المدين المماطل، د/ محمد الزحيلي (ص ٢٨٠).

(٤) انظر: توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال، أ.د/ عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه (ص ١٣٥)، مقاصد المعاملات لابن بيه (ص ٢٨٤).

وعدواناً، وإلا لاجتهد كل مدين في تأخير سداد دينه، والاستفادة من هذا الظلم بأكبر قدر ممكن طالما أنه لن يؤدي سوى أصل دينه^(١).

ويناقد هذا من عدة وجوه:

الوجه الأول: أن مآل هذا الرأي والمصلحة التي يراعيها هي أكل الربا، وهي ملغاة شرعاً^(٢).

الوجه الثاني: بيان أن فوات الربح المتوقع من الدين ليس ضرراً معوضاً عليه في الشرع، بدلالة عدم تعويض الشارع للمغصوب منه منافع العين المغصوبة^(٣).

الوجه الثالث: أن الحكمة من معاقبة المماطل هي حماية المجتمع والأحكام الشرعية، لا ليستفيد منها المتضرر شيئاً^(٤).

ومن الاقتراحات التي تتوافق مع هذا الرأي، القول بتحميل المماطل هبوط القيمة الشرائية للنقود^(٥)، حيث قالوا: ومن العقوبة أن يربط الحق بسعر يوم سداده إذا كان فيه نقص على صاحبه، فالزيادة على المماطل بأداء الحق عقوبة يستحقها بسبب لبه ومطله، وإعطاء صاحب الحق هذه الزيادة يُعد من العدل والإنصاف؛ لأن مماثلة خصمه أضرت به بمقدار هذه الزيادة^(٦).

(١) هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض (ص ٩٣)، التعويض عن الضرر من المدين المماطل، محمد الزحيلي (ص ٢٨٥)، مقاصد المعاملات لابن بيه (ص ٢٨٩)، توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال لابن بيه (ص ٩٣).

(٢) انظر: المصدر السابق (ص ١٣٩)، بيع التقسيط، رفيق المصري (ص ١٤٠).

(٣) أحكام بيع التقسيط، نقي العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٧)، (٢/٦١٦).

(٤) انظر: توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل الأموال لابن بيه (ص ١٣٦)، المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلي (ص ١٧٩، ١٨٠).

(٥) ذهب لذلك: د/ محمود يوسف قاسم، والشيخ/ عبد الله بن منيع.

(٦) موقف الشريعة الإسلامية من ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار، عبد الله بن منيع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٥)، ١٣٩٠/٢ وما بعدها، مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته لابن منيع، العدد (٢)، (ص ١٠٦)، تغير قيمة العملة، د/ يوسف محمود قاسم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٥)، ١٢٨٥/٢ وما بعدها، بيع التقسيط، رفيق المصري (ص ١٥١).

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بتحريم عقوبة المدين مالياً لصالح الدائن بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أولاً: من الكتاب: استدلو على ما ذهبوا إليه من الكتاب بعموم الأدلة الدالة على تحريم الربا، ومنها: قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾^(٢).

وجه الدلالة من الآيات:

دلت الآيتان على تحريم الربا وإبطاله، ورد أصحاب الديون إلى رؤوس أموالهم بلا زيادة ولا تعويض عن تأخر في الوفاء، ولم تفرق بين أخذ الزيادة عن مجرد التأخير، أو حصول ضرر بسبب ذلك التأخير، وترك الاستفصال في مقام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال، ويكون أخذ الزيادة مقابل التأخير من جنس الربا - ربا الجاهلية - بغض النظر عن سبب ذلك^(٣).

وفي قوله تعالى: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ نص على أن التعويض المالي عن ضرر المماطل ظلم؛ لأنه زيادة على رأس المال، ولو كان المماطل ظالماً بمطله، فإنه لا يجوز رد الظلم بظلم آخر^(٤).

(١) [البقرة: ٢٧٥].

(٢) [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩].

(٣) عقوبة المدين المماطل المالية، د/ أحمد عبد الله محمد اليوسف (ص ٣٨٩).

(٤) دراسات في أصول المدائيات في الفقه الإسلامي، د/ نزيه حماد (ص ٢٩٢).

ثانياً: من السنة:

استدلوا على ما ذهبوا إليه بقول النبي ﷺ: «لِيُ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعَقُوبَتَهُ»^(١).

وجه الدلالة من الحديث: قرر الفقهاء أن عقوبة المدين المماطل هي الحبس كما نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك، فقال: أكثر من نحفظ عنه قوله من علماء الأمصار، وقضاتهم يرون الحبس في الدين، وممن نحفظ ذلك عنه، مالك وأصحابه، والشافعي، والنعمان، وأصحابهما، وأبو عبيد، وبه قال سوار بن عبد الله، وعبيد الله بن الحسن، وقد روينا هذا القول عن شريح، والشعبي^(٢).

ولم يعهد من قضاة الشرع إيجاب زيادة للدائن يأخذها المدين المماطل لالتباس ذلك بالربا، وعليه فالقاضي يأمر المماطل بالأداء، فإن امتنع حبسه، فإن لم يوف ما عليه ضربه وعزره حتى يؤدي الدين، فإن أبى باع ماله ووفى الدائنين حقوقهم^(٣).

ثالثاً: من الإجماع:

فقد نقل الإجماع على حرمة الزيادة على القرض مع الشرط غير واحد من أهل العلم.

قال ابن المنذر^(٤): "أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة

(١) سبق تخريجه ص ٢٦.

(٢) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٦/٢٥٢).

(٣) دراسات في أصول المداينات (ص ٢٩٣)، التعويض عن الضرر من المدين المماطل، د/ محمد الزحيلي (١/٣٠١، ٣٠٢)، عقوبة المدين المماطل المالية، د/ أحمد اليوسف (ص ٣٩٣).

(٤) ابن المنذر: هو الإمام أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المُجمع على إمامته، وجلالته، ووفور علمه، وجمعه بين التمكن في علمي الحديث والفقه، وله المصنفات المهمة النافعة في الإجماع والخلاف، وبيان مذاهب العلماء، منها الأوسط، والإشراف، وكتاب الإجماع، وابن المنذر وإن ذكر في طبقات الشافعية إلا أنه يعد من المجتهدين، توفي سنة ٣١٨ هـ على الصحيح. يراجع: طبقات الشيرازي (١/١٠٨)، وفيات الأعيان (٤/٢٠٧)، سير أعلام النبلاء (١٤/٤٩٠).

أو هدية، فأسلف على ذلك، أن أخذ الزيادة على ذلك ربا^(١).

وقال ابن قدامة^(٢): "وكل قرض شرط فيه أن يزيده، فهو حرام، بغير خلاف"^(٣).

وقال ابن تيمية: "يعاقب الغني المماطل بالحبس، فإن أصر عوقب بالضرب حتى يؤدي الواجب، وقد نص على ذلك الفقهاء: من أصحاب مالك، والشافعي، وأحمد، وغيرهم، ولا أعلم فيه خلافاً"^(٤).

وبناء عليه: لا يجوز دفع تعويض مالي عن ضرر المطل؛ لأنه يعد من قبيل الربا، وإنما يكتفى بالعقوبات الشرعية كالحبس والضرب التي جاءت في الحديث.

رابعاً: من المعقول، استدلو على ما ذهبوا إليه من المعقول بالأوجه التالية:

الوجه الأول: أن هذا الشرط في بيع التسيط فاسد ومفسد للعقد؛ لأن العقد أصبح به عقداً ربوياً، وما أجاز أحد من الفقهاء، أن يدفع المدين قدر زائداً عن الدين كعقوبة تعزيرية، ولو قيل بدفع مقابل الزمن فهذا هو عين الربا، فليس للدائن إلا دينه، سواء أخذه وقت استحقاقه أم بعد مدة المطل^(٥).

(١) الإجماع لابن المنذر (ص ١٣٦).

(٢) ابن قدامة: هو أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي ثم الدمشقي الصالحي الحنبلي، كان فقيهاً مجتهداً، ولد بجماعيل، وهي قرية بجبل نابلس بفلسطين في شهر شعبان سنة ٥٤١هـ. قال ابن تيمية: ما دخل الشام بعد الأوزاعي أفقه من ابن قدامة، من مصنفاته: المغني، والكافي، والمقتع، والعمدة في الفقه، وروضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، والبرهان في علوم القرآن، توفي سنة ٦٢٠هـ. يراجع: سير أعلام النبلاء (١٦٦/٢٢)، ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب (٢٨١/٣)، شذرات الذهب لابن العماد (١٥٥/٧).

(٣) المغني لابن قدامة (٤/٢٤٠).

(٤) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، لابن تيمية (ص ٣٦، ٣٧).

(٥) انظر: تعقيب قصير على اقتراح الأستاذ الزرقا - إلزام المدين المماطل بالتعويض على الدائن: رفيق المصري - مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي جدة، العدد (٢)، ١٥٤/٢، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، د/ محمد عبد العزيز اليمني (ص ٢٢٤، ٢٢٥، ٣١٧)، بيع التسيط للسالوس (١٦٦/٢)، ويراجع: نهي الفقهاء عن تغريم المماطل مالياً في: مصف ابن أبي شيبة (٤/٣٤٩)، أحكام القرآن للجصاص (٢/٥٧٤، ٥٧٥)، الجامع لأحكام القرآن القرطبي (٣/٣٧١).

الوجه الثاني: أنه لو جاز للمصرف تعزيز العميل مالياً، فمن باب أولى أن يكون له الحق في أن يعززه بالحبس أو الضرب^(١).

الوجه الثالث: أن جواز تغريم المماطل يشمل المدين المعسر مع المدين الموسر، وهذا لا يجوز؛ إذ يتعذر على المصارف عملياً التمييز بين كلا المدينين^(٢).

الوجه الرابع: فشل هذه العقوبة في تحقيق أهداف التعزيز؛ لأن الأرباح التي تحققها المصارف الإسلامية أقل من الفوائد الربوية غالباً، لذا استمر مستطو هذه الفوائد في مطلبهم غير عابثين بما يضيفه المصرف الإسلامي عليهم من غرامات؛ وبذلك تحولت العقوبة التعزيرية إلى زيادة ترتبط بربح المصرف والزمن، ورضي بهذا الطرفان، وأصبحت الفائدة الممنوعة نظرياً تمارس عملياً باسم العقوبة "جزاء التأخير"^(٣).

الوجه الخامس: استبعاد هذا الرأي للمؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على أداء الدين، كأن يكون له كفيل فيطالب أو رهن فينفذ عليه عاجلاً وبدون الرجوع إلى المحكمة^(٤)، أو أن يُحرم من الانتفاع بالتسهيلات المصرفية في المستقبل بأن يُشهر في الإعلان والصحف بكونه مماطلاً؛ فلا تتعامل معه باقي مصارف الدولة^(٥).

(١) انظر: تعقيب الدكتور رفيع المصري على رأي الشيخ الزرقا (ص ١٥٤)، بيع التقسيط للسالوس (١٦٦/٢).

(٢) أحكام البيع بالتقسيط - وسائله المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، محمد تقي العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، العدد (٧)، ٦١٤/٢.

(٣) انظر: بيع التقسيط للسالوس (١٦٦/٢) وما بعدها، تعقيب الدكتور رفيع المصري على رأي الشيخ الزرقا (ص ١٥٤).

(٤) انظر: تعقيب الدكتور رفيع المصري على رأي الشيخ الزرقا (ص ١٥٤)، الشرط الجزائي في الديون، محمد علي الصوالح (ص ٢٥٢)، توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال لابن بيه (ص ١٤٠).

(٥) انظر: أحكام البيع بالتقسيط، تقي العثماني، مجلة الفقه الإسلامي، العدد (٧)، (٦١٣/٢)، بيع التقسيط للمصري (ص ١٣٤).

الرأي المختار:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم والمناقشات الواردة عليها يتبين أن الراجح هو القول الثاني القائل بحرمة عقوبة المدين المماطل مالياً لصالح الدائن، وذلك بالمرجحات التالية:

- ١- قوة ما استدلووا به وضعف أدلة المخالف.
- ٢- أن هذا القول مآله الوقوع في الربا المحرم، وانتشاره في المجتمع، ولا شك أن هذا يترتب عليه أضرار اقتصادية كبيرة، والنظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً.
- ٣- أن حقيقة العقوبة المالية هي ربا جاهلية، والعبرة بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني.
- ٤- دعوى كون هذا الأمر مصلحة، فهي مصلحة ملغاة لما تضمنته من مخالفة لمقصد الشريعة في تحريم الربا وما يؤدي إليه من مضار اقتصادية.
- ٥- أن الفقه الإسلامي قد نص على العقوبات المقررة لأزمة المماطلة من المدين، ألا وهي الحبس، والحجر عليه في ماله وبيعه لاستيفاء حقوق الدائنين وإسقاط عدالته ورد شهادته، وملازمته، وضربه حتى يقضي ما عليه، وتغريمه نفقات الشكاية ورفع الدعوى^(١).
- ٦- ومما يقوي هذا الترجيح أنه قد وافق قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، حيث جاء فيه ما نصه:
بعد البحث والدراسة قرر المجمع الفقهي بالإجماع على ما يأتي:-

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (١١٨/٣٨) وما بعدها).

”أن الدائن إذا شرط على المدين، أو فرض عليه، أن يدفع له مبلغاً من المال، غرامة مالية جزائية محددة، أو بنسبة معينة، إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما فهو شرط أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء أكان الشارط هو المصرف أم غيره؛ لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه^(١).

٧- ومما يقوي هذا الترجيح أنه قد وافق قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، حيث جاء فيه ما نصه: قرار رقم: (٥٣/ ٦/ ٢) بشأن البيع بالتقسيط: ”إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط؛ لأن ذلك ربا محرم.

- يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط ومع ذلك لا يجوز شرعا اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء“^(٢).

(١) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة (ص ٢٩٧)، القرار (٨)، الدورة (١١) بشأن هل يجوز للمصرف فرض غرامة جزائية على المدين؟ ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م.

(٢) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٦/ ٣٢١.

المبحث الثالث

حكم فرض عقوبة مالية على المدين المماطل لصالح جهات خيرية عامة

يحسن قبل الوقوف على آراء الفقهاء أن أذكر بعض النصوص الفقهية وثيقة الصلة بالموضوع:

ذهب المالكية في المشهور عندهم إلى عدم جواز هذا الشرط كما قال ابن رشد: «... وهو المشهور في المذهب من أن الصدقة بيمين لا يحكم بها»^(١). وهو مقتضى قول الحنفية^(٢) والشافعية^(٣) في قول؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائم موجبه؛ لأن فيه منفعة لأجنبي، كما أن فيه ضرراً على أحد العاقدين، ولأن الجبر على التطوع غير مشروع^(٤).

وقد ذهب بعض المالكية إلى جواز هذا الشرط، قال الحطاب المالكي^(٥):
”وأما إذا التزم أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا، فعليه كذا وكذا لفلان، أو صدقة للمساكين، فهذا هو محل الخلاف المعقود له هذا الباب، فالمشهور أنه لا يقضى به - كما تقدم - وقال ابن دينار: يقضى به»^(٦).

وبناء على هذه النصوص السابقة فقد اختلف الباحثون المعاصرون في حكم عقوبة المدين المماطل مالياً لصالح الجهات الخيرية العامة، وذلك على قولين:

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب (ص ١٧٠).

(٢) بدائع الصنائع للكاساني (١٧٠/٥، ١٧١).

(٣) المجموع للنووي (٣٦٣/٩ وما بعدها).

(٤) صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، شبير (٨٧٧/٢).

(٥) الحطاب: هو أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيضي، المعروف بالحطاب: فقيه مالكي، من علماء المتصوفين. أصله من المغرب. ولد سنة ٩٠٢ هـ، واشتهر بمكة، ومات في طرابلس الغرب سنة ٩٥٤ هـ. من كتبه: «قرة العين بشرح ورفات إمام الحرمين» في الأصول، و «تحرير الكلام في مسائل الالتزام»، و «مواهب الجليل في شرح مختصر خليل» في فقه المالكية، و «شرح نظم نظائر

رسالة القيرواني»، لابن غازي. الأعلام للزركلي (٥٨/٧).

(٦) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب (ص ١٧٦).

القول الأول: حرمة عقوبة المدين المماطل مالياً لصالح الجهات الخيرية،
وبه قال الدكتور/ أحمد فهمي أبو سنة^(١)، والشيخ/ ابن منيع^(٢)، والدكتور/ رفيق
المصري^(٣)، ومنع مجمع الفقه الإسلامي بمكة^(٤)، ومجمع الفقه الإسلامي بجدة
من تغريم المدين مالياً على الإطلاق^(٥).

القول الثاني: جواز عقوبة المدين المماطل مالياً لصالح الجهات الخيرية ،
وبه قال الدكتور/ وهبة الزحيلي^(٦)، والدكتور/ محمد عثمان شبير^(٧)، والدكتور/
محمد تقي العثماني^(٨)، والدكتور/ عبد الستار أبو غدة^(٩)، والدكتور/ محمد
الزحيلي^(١٠)، والدكتور/ علي السالوس^(١١)، والشيخ/ المختار السلامي، والشيخ/
خليل الميس^(١٢)، وغيرهم^(١٣)، وبه أخذت بعض الهيئات الشرعية، كهيئة

(١) كما في مقال له بعنوان «المدين المماطل يعاقب بالحبس لا بتغريم المال» في مجلة الأزهر، الجزء
(٧)، ص ٧٥٦، السنة الثالثة والستون، رجب ١٤١١هـ.

(٢) كما في بحثه في أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي (ص ٢٤٤).

(٣) كما في تعليقه على بحث الشيخ الزرقا في مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، العدد (٢)، رجب
١٤١٧هـ، (ج ٣/ص ٧٤).

(٤) انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة (ص ٢٩٧)، القرار (٨)، الدورة (١١) بشأن هل
يجوز للمصرف فرض غرامة جزائية على المدين؟ ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، ونصه: «أن الدائن إذا شرط على
المدين، أو فرض عليه، أن يدفع له مبلغاً من المال، غرامة مالية جزائية محددة، أو بنسبة معينة، إذا
تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما فهو شرط أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل،
سواء أكان الشارط هو المصرف أم غيره؛ لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه». (٥)
انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (١٢)، ٢/٦٧٠، ٦٧١، قرار رقم: ١٠٩ (٣/١٢)،
بشأن الشرط الجزائي، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، ونصه: «إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط بعد
الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط؛ لأن ذلك ربا محرم». (٦)
المعاملات المالية المعاصرة، للزحيلي (ص ١٧٨).

(٧) صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، د/ عثمان شبير (٢/٨٧٩).

(٨) قضايا فقهية معاصرة، د/ محمد تقي العثماني (ص ٤٤ وما بعدها).

(٩) انظر: البيع المؤجل لأبي غدة (ص ٩٥ - ٩٨).

(١٠) انظر: التعويض عن الضرر من المدين المماطل، محمد الزحيلي (ص ٢٤٢).

(١١) كما في حكم الغرامة المالية في الفقه الإسلامي، عصام أنس الزفتاوي (٢/٣٢٧).

(١٢) انظر: مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٦)، ٢/٢٦٠ وما بعدها.

(١٣) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ديبان بن محمد الديبان (٥/٥٣٣).

المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(١)، وهيئة الرقابة الشرعية في بيت التمويل الكويتي^(٢)، واختيار ندوة مؤسسة البركة^(٣).

الأدلة والمناقشة

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بجرمة عقوبة المدين المماطل مالياً لصالح الجهات الخيرية بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول.

أولاً: من الكتاب، استدلو على ما ذهبوا إليه من الكتاب بآيات تحريم الربا، مثل: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ زُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾^(٤).

وجه الدلالة من الآيتين: دلت الآيتان على تحريم تغريم المدين المماطل بدفع غرامة مالية للجهات الخيرية، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن الله أمر بترك الربا، وبين أن التوبة منه بأخذ رأس المال فقط، مما يدل على أن من أخذ زيادة على رأس المال لا يعد تائباً من أكل الربا، سواء كانت هذه الزيادة للدائن أو للجهات الخيرية^(٥).

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣) المدين المماطل، (ص ٩٤)، ونصه: «يجوز أن ينص في عقود المدابنة؛ مثل المرابحة، على التزام عند المماطلة بالتصدق بمبلغ أو نسبة من الدين بشرط أن يصرف ذلك في وجوه البر عن طريق المؤسسة بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة».

(٢) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، بيت التمويل الكويتي: ص ٤٩٩، ٥٠٠، رقم الفتوى: ٥٢٠.

(٣) حيث جاء في فتاوى ندوة البركة الثانية عشرة ما نصه: «يجوز اشتراط غرامة مقطوعة، وبنسبة محددة على المبلغ والفترة، في حال تأخر حامل البطاقة عن السداد دون عذر مشروع، وذلك على أساس

صرف هذه الغرامة في وجوه البر، ولا يملكها مستحق المبلغ». فتاوى الهيئة الشرعية للبركة (ص ٣٠٤).

(٤) [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩].

(٥) تغيير الأجل وأثره في الديون، د/ مرضي العنزي (ص ١٠٢).

الوجه الثاني: أن الحكمة من تحريم الربا هي ظلم المدين بدفع زيادة على رأس المال ، والظلم متحقق في دفع الزيادة للجهات الخيرية؛ لأن المدين هو الذي يقوم بدفعها زيادة على رأس المال^(١).

ثانياً من السنة، استدلو على ما ذهبوا إليه من السنة بما رواه مسلم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَمَنْ زَادَ، أَوْ اسْتَزَادَ، فَقَدْ أَرَبَى، الْأَخْذُ وَالْمُعْطَى فِيهِ سَوَاءٌ»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث: دل الحديث على أن من أعطى الزيادة، أو طلبها فقد أربى، أي: فعل الربا المحرم واشترك في إثمه الآخذ والمعطي، سواء كان الآخذ المدين أو جهة خيرية^(٣).

ثالثاً: من المعقول، استدلو على ما ذهبوا إليه من المعقول فقالوا: إن المماثلة في الديون لا توجب عقوبة مالية، وإنما تشمل ما يزره عن فعله، كالحبس، والمنع من السفر، والضرب، والحجر على أمواله، ونحو ذلك، ولم ينقل عن أحد من العلماء السابقين أنه أفتى بجواز عقوبة مالية تدفع لغير الدائن، كجهات البر ونحوها، مع قربها من الذهن لو كانت جائزة^(٤).

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بجواز عقوبة المدين المماثل ماليا لصالح الجهات الخيرية بأدلة من السنة والمعقول.

- (١) المماثلة في الديون، د/ سلمان بن صالح بن محمد الدخيل (ص ٥١٤).
- (٢) صحيح مسلم: كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (٣/١٢١١ ح ١٥٨٤).
- (٣) سبل السلام للصنعاني (٥٢/٢)، المماثلة في الديون للدخيل (ص ٥١٤).
- (٤) انظر: دراسات في أصول المداينات، نزيه حماد (ص ٢٩٣)، بحوث في قضايا معاصرة، للعثماني (ص ٤٠)، تغير الأجل في الديون، مرضي العنزي (ص ١٠٣)، عقوبة المدين المماثل المالية، أحمد اليوسف (ص ٤١٢).

أولاً: من السنة:

استدلوا على ما ذهبوا إليه من السنة بما جاء عن عمرو بن الشريد، عن أبيه، قال: قال رسول الله ﷺ: «لِيُ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ» (١).

وجه الدلالة من الحديث: أنه يجوز معاقبة المماطل بما يردعه عن الماطل، إذا لم يكن هناك محذور شرعي من هذه العقوبة، ومعاقبة المدين المماطل بدفع غرامة مالية لجهات الخير ليس فيه محذور شرعي، فيجوز (٢).

ثانياً: من المعقول:

استدلوا على ما ذهبوا إليه من المعقول، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن الأصل في الشروط والعقود الإباحة إلا ما دل الدليل على منعه، واشتراط تغريم المماطل لصالح جهات خيرية، شرط صحيح يجب الوفاء به؛ لأن الدائن لا يأخذ تلك الزيادة، وتحفز المدين على الوفاء، وفيها نفع للفقراء (٣).

الوجه الثاني: أن حقيقة هذا الشرط أنه من قبيل الالتزام بالتبرع المقرر مشروعيته عند أهل العلم، بل يستحب الوفاء به (٤)، قال **الحطاب:** "ولا خلاف في استحباب الوفاء بالوعد (٥)". وأما الإلزام به فقد قال به بعض المالكية (٦).

(١) سبق تخريجه ٢٦.

(٢) المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلي (ص ١٧٨)، تغيير الأجل في الديون (ص ١٠٥).

(٣) صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، د/ عثمان شبيب (١٨٧٩/٢)، عقوبة المدين المماطل المالية، أحمد اليوسف (ص ٤١٠).

(٤) عقوبة المدين المماطل المالية، أحمد اليوسف (ص ٤١٠، ٤١١).

(٥) تحرير الكلام في مسائل الالتزام (ص ١٧٦)، ويراجع: بدائع الصنائع للكاساني (٢٣٢/٥)، الذخيرة للقرافي (٢٩٩/٦)، المجموع للنووي (٦٥٣/٤)، الإنصاف للمرداوي (١٥٢/١)، المحلى لابن حزم (٢٧٨/٦).

(٦) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب (ص ١٧٦).

الرأي المختار:

بعد عرض القولين وأدلتهما يظهر أن القول الراجح هو القول الثاني القائل بجواز دفع المدين المماطل غرامة مالية للجهات الخيرية العامة، وذلك بالمرجحات الآتية:

١- أن الشرع فرق بين المدين المعسر والمماطل، فأمر بإنظار المعسر، وأحل عقوبة المدين المماطل بما يردعه عن أكل أموال الناس بالباطل، وبما يحفظ على الناس أموالهم، وعليه فالقول بجواز دفع المدين المماطل غرامة مالية للجهات الخيرية العامة مآله يلتقي مع مقصد الشريعة في حفظ المال وعدم إضاعته، ومآله عدم وقوع هذا المدين في ماطلة الديون مرة أخرى، والنظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً^(١).

٢- أن القول بالجواز يُعد من المصالح المرسلة، وليس معنى أن الفقهاء قد قرروا عقوبة المماطل بالحبس أو الضرب أو الحجر على ماله، أن ما عداها من العقوبات محرمة، خاصة إذا تم دفع هذه الغرامة لجهة خيرية عامة، فانفكاك الجهة هنا يمنع اعتبار الأمر من قبيل الربا؛ لأن الربا إذا أخذ الدائن هذه الزيادة.

٣- أنه شرط تضمن مقصوداً صحيحاً من الشرع، وهو تحقيق النفع للفقراء وذوي الحاجة، ويحفز المدين على الوفاء بالدين في الوقت المحدد، ويوفر الاطمئنان للدائن على ماله^(٢).

٤- أن الأصل في الشروط والعقود الإباحة إلا ما دل الدليل على منعه، ولا دليل على منع ذلك.

(١) انظر: الموافقات للشاطبي (١٧٧/٥).

(٢) صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر، شبير (٨٧٩/٢).

المبحث الرابع

حكم عقوبة المدين المماطل بحلول باقي الأقساط المؤجلة

المصارف الإسلامية التي لا تأخذ بجواز عقوبة المدين المماطل مالياً لصالح الدائن، حيث لم تجزه هيئات الرقابة الشرعية لديها، رأت أن اتخاذ الإجراءات ضد المدين المماطل يكلفها الكثير، فنصت في عقود البيع على أن المشتري إذا تأخر في دفع قسطين متتاليين فإن باقي الأقساط تحل فوراً، ويحق للمصرف المطالبة بجميع الأقساط، واتخاذ ما يراه لازماً للوصول إلى حقه^(١).

لكن يلزم هنا التفرقة بين المدين المعسر والموسر، فلكل منهما حكمه، كما سأبينه في المطلبين الآتين:

المطلب الأول: حلول الأقساط المؤجلة عند المماطلة أو تأخر السداد من المدين المعسر.

المطلب الثاني: حلول الأقساط المؤجلة عند المماطلة أو تأخر السداد من المدين الموسر.

(١) انظر: القضايا الفقهية المعاصرة، د/ علي السالوس (ص ٣٩٣)، فقه البيع والاستيثاق (ص ٧٢٧).

المطلب الأول

حلول الأقساط المؤجلة عند المماثلة أو تأخر السداد من المدين المعسر

لا خلاف بين الفقهاء أنه لا يجوز في حق المدين المعسر اشتراط حلول الأقساط قبل موعدها - عند المماثلة أو تأخر سداد بعضها؛ لأنه إذا كان المدين معسراً^(١)، فالواجب حينئذ إنظاره إلى أن يوسر ويتمكن من الأداء، ولا يجوز أن يفرض عليه زيادة مقابل الإنظار، ولا المطالبة بتعويض عن ذلك التأخير بأن تحل باقي الأقساط^(٢)، واستدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة والقياس:

أولاً: من الكتاب: استدلوا على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٣).

وجه الدلالة من الآية: أن الآية دلت على وجوب إنظار المعسر بقوله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، وهو خبر بمعنى الطلب، أي: فأخروه إلى ميسرته، والأصل في الأمر الوجوب، وعليه فالواجب حينئذ إنظاره إلى أن يوسر ويتمكن من الأداء^(٤).

(١) الإعسار: هو العجز عن الإنفاق أو عن سداد الدين. أو هو عدم القدرة على النفقة أو أداء ما عليه بمال ولا كسب. والإفلاس: هو أن يكون الدين الذي على الشخص أكثر من ماله.

والفرق بينهما أن الإفلاس لا ينفك عن دين أما الإعسار فقد يكون عن دين أو عن قلة ذات اليد، فالدين يلزم الإفلاس، بينما لا يلزم الإعسار ضرورة. فالإعسار والإفلاس بينهما عموم وخصوص مطلق، فكل مفلس معسر، ولا عكس. حاشية الصاوي (٣/٣٤٥)، مغني المحتاج للشربيني (٣/٩٧)، الموسوعة الفقهية الكويتية (٥/٢٤٦)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٤٣/٧، الفروق بين المؤسسات الإسلامية والتقليدية والفروق بين مصطلحات الاقتصاد الإسلامي ذات الصلة، د/ ياسر عجيل النشمي (ص ١١٤، ١١٥) ط: دار الضياء - الكويت - الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني (٧/١٧٣)، المقدمات الممهدة لابن رشد (٢/٣٠٦، ٣٠٧)، المجموع شرح المذهب للنووي (١٣/٢٦٩)، المغني لابن قدامة (٤/٣٣٨)، الإفصاح لابن هبيرة (٢/١٦٦)، المحلى لابن حزم (٦/٣٥٧)، الروضة البهية للجبعي (٢/٤٦٥)، شرح النيل لأطفيش (١٦/٣٤٢-٣٤٧)، السيل الجرار للشوكاني (ص ٨٠٢).

(٣) [البقرة: ٢٨٠].

(٤) أحكام القرآن للخصاص (١/٥٧٣، ٥٧٤)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣/٣٧١، ٤٣٠)، أحكام القرآن للكلبي الهراسي (١/٢٣٦).

ثانياً: من السنة: استدلو على ما ذهبوا إليه من السنة بما رواه أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه-، قال: أُصِيبَ رَجُلٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي ثَمَارِ ابْتِغَاءِهَا، فَكَثُرَ دَيْنُهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ»، فَتَصَدَّقَ النَّاسُ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءَ دَيْنِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِغُرَمَائِهِ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ»^(١).

وجه الدلالة من الحديث: أن في قول النبي ﷺ «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ» دلالة على تحريم مطالبة المعسر المعجز عن الوفاء بما بقي من دينه بعد أخذ ماله الموجود، ووجوب إنظاره حتى يقدر على الوفاء رجاء تحصيل الأجر على إنظار المعسر^(٢).

ثالثاً: من المعقول: أنه إذا وجب إنظاره بسبب الإعسار في دينه الحال، فمن باب أولى أن يبقى دينه المؤجل إلى أجله وألا يسقط هذا الأجل بسبب الإعسار؛ لأنه إذا كان سبب التأخير هو العجز عن أداء القسط الحال، فكيف يمكن إلزامه بأداء بقية الأقساط^(٣).

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين (٣/١١٩١ ح ١٥٥٦).
(٢) حاشية السندي على سنن النسائي (٧/٢٦٥)، سبل السلام للصنعاني (٢/٧٨)، نيل الأوطار للشوكاني (٥/٢٨٨).
(٣) انظر: بيع النقيط للتركي (ص ٣٤٢).

المطلب الثاني

حلول الأقساط المؤجلة عند المماثلة أو تأخر السداد من المدين الموسر

يحسن قبل الوقوف على آراء الفقهاء في الحالة المذكورة أن أذكر بعض النصوص الفقهية وثيقة الصلة بالموضوع، قال الكاساني^(١) - رحمه الله -:
”وكذلك لو جعل المال نجوماً بكفيل، أو بغير كفيل، وشرط أنه إن لم يوفه كل نجم عند محله، فالمال حال عليه فهو جائز على ما شرط؛ لأنه جعل الإخلال بنجم شرطاً لحلول كل المال عليه، وأنه صحيح“^(٢).

وقال ابن القيم - رحمه الله -: «فإن خاف صاحب الحق أن لا يفي له من عليه بأدائه عند كل نجم كما أجله، فالحيلة أن يشترط عليه أنه إن حل نجم ولم يؤده قسطه فجميع المال عليه حال، فإذا نَجَمَهُ على هذا الشرط جاز، وتمكن من مطالبته به حالاً ومنجماً عند من يرى لزوم تأجيل الحال ومن لا يراه، أما من لا يراه فظاهر، وأما من يراه فإنه يجوز تأجيله لهذا الشرط كما صرح به أصحاب أبي حنيفة، والله أعلم»^(٣).

(١) الكاساني: هو علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، وقيل: الكاشاني، وكاسان بلدة من وراء النهر من بلاد الترك، فقيه حنفي لقب بملك العلماء من أهل حلب، تفقه على علاء الدين السمرقندي، وقرأ عليه معظم تصانيفه مثل: التحفة في الفقه وغيرها من كتب الأصول، وزوجه شيخه ابنته الفقيهة العالمة؛ وسبب تزويجه بابنته شيخه أنها كانت من حسان النساء، وقد حفظت التحفة تصنيف والدها، وطلبها جماعة من ملوك بلاد الروم، فامتنع والدها، فجاء الكاساني ولزم والدها واشتغل عليه، وبرع في علم الأصول والفروع، وصنف كتاب البدائع، وهو شرح التحفة، وعرضه على شيخه، فازداد فرحاً به وزوجه ابنته، وجعل مهرها منه ذلك، فقال الفقهاء في عصره: شرح تحفته وزوجه ابنته، وقد صنف: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، والسلطان المبين في أصول الدين، توفي في حلب سنة ٥٨٧هـ. يراجع: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/٢٤٤)، بغية الطلب في تاريخ حلب، عمر بن أحمد بن هبة الله بن أبي جرادة العقيلي، كمال الدين ابن العديم، (المتوفى: ٦٦٠هـ)، ط: دار الفكر - بيروت، المحقق: د/ سهيل زكار، (١٠/٤٣٤٧)، تاج التراجم لابن قطلوبغا (ص ٣٢٧)، معجم المؤلفين، عمر كحالة (٣/٧٥)، الأعلام للزركلي (٢/٧٠).

(٢) بدائع الصنائع للكاساني (٦/٤٥).

(٣) أعلام الموقعين لابن القيم (٥/٤٤١، ٤٤٢).

وجاء في درر الحكام: إذا اشترط الدائن في الدين المقسط بأنه إذا لم يدفع المدين الأقساط في أوقاتها المضروبة يصبح الدين معجلاً، فيجب مراعاة الشرط، فإذا لم يدفع المدين بالشرط ولم يدفع القسط الأول مثلاً عند حلول أجله يصبح الدين جميعه معجلاً^(١).

وبناء على ما سبق ذكره من النصوص الفقهية فقد اختلف الفقهاء في حكم اشتراط حلول الأقساط المؤجلة إذا كان المدين المماطل أو المتأخر في السداد موسراً ملياً، على قولين:

القول الأول: جواز هذا الشرط، وهو قول لبعض الحنفية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وبه أخذ مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي^(٤)، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(٥)، وهيئة الشرعية بمصرف الراجحي^(٦)، وجمهور الفقهاء المعاصرين، منهم الدكتور/ وهبة الزحيلي^(٧)، والدكتور/ علي السالوس^(٨)، والدكتور/ محمد عثمان شبير^(٩)، والدكتور/ محمد تقي العثماني^(١٠)،

(١) درر الحكام، علي حيدر (٨٥/١)، المادة ٨٣: يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان.
(٢) بدائع الصنائع (٤٥/٦)، البحر الرائق لابن نجيم (٣٠٢/٥)، (١٣٣/٦)، درر الحكام (٨٥/١).
(٣) أعلام الموقعين لابن القيم (٤٤١/٥، ٤٤٢).
(٤) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، عدد (٦)، (٣٢١/٢)، (قرار رقم: ٥٣/٢/٦) بشأن: بيع التقسيط - ١٤١٠هـ/١٩٩٠م، ومن بنود القرار: يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد.
وفي الدورة السابعة، مجلة المجمع، عدد (٧)، (٧٣٦/٢، ٧٤١٢هـ/١٩٩٢م، قرار رقم: ٦٦/٢/٧، بشأن البيع بالتقسيط، ومن بنود القرار: يجوز اتفاق المتدينين على حلول سائر الأقساط عند امتناع المدين عن وفاء أي قسط من الأقساط المستحقة عليه ما لم يكن معسراً.
(٥) فقد جاء في المعيار الشرعي رقم (٣) المدين المماطل ما نصه: يجوز اشتراط حلول الأقساط جميعها إذا تأخر المدين المماطل عن سداد قسط منها، والأولى ألا يطبق هذا الشرط إلا بعد إشعار المدين، ومضي مدة مناسبة، وذلك ما لم توجد ظروف طارئة. المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة (ص ٩٤).
(٦) قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي (٢٧٠/١) قرار رقم (١٧٠)، (٥٠١/١)، قرار رقم (٣٣١).
(٧) المعاملات المالية المعاصرة للزحيلي (ص ٣٥٨).
(٨) فقه البيع والاستيثاق للسالوس (ص ٧٢٧)، مجلة المجمع، العدد (٦)، بيع التقسيط للسالوس (١٦٧/٢).

(٩) صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، شبير (٨٧٦/٢).
(١٠) بحوث في قضايا فقهية معاصرة، د/ محمد تقي العثماني، ط: دار القلم - دمشق - سوريا، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ، (ص ٣٦).

والدكتور/ رفيق المصري^(١)، والدكتور/ عبد الستار أبو غدة^(٢)، والدكتور/ سليمان التركي^(٣).

القول الثاني: عدم جواز هذا الشرط، وهو قول لبعض العلماء المعاصرين، منهم: الشيخ/ عبد العزيز بن باز، والشيخ عبد العزيز آل الشيخ، والدكتور/ بكر أبو زيد، والشيخ/ عبد الله الغديان، والشيخ/ صالح الفوزان^(٤).

الأدلة والمناقشة

أدلة القول الأول: استدل القائلون بجواز اشتراط حلول الأقساط المؤجلة إذا كان المدين المماطل أو المتأخر في السداد موسراً مالياً بالمعقول، وذلك كما يأتي:

الدليل الأول: أن الأصل في العقود والشروط الإباحة والجواز ما لم يأت دليل بالمنع، فإذا تم التراضي بين المتعاقدين على اشتراط حلول بقية الأقساط بالتأخر عن سداد بعضها، فهو داخل فيما أمر الله بالوفاء به، ولا دليل على منعه، ولا يترتب عليه تحليل حرام، أو تحريم حلال^(٥).

الدليل الثاني: أن التأجيل حق للمدين، وله أن يتنازل عنه متى شاء؛ لأنه موضوع لمصلحته، وله أن يعلق تنازله عن التأجيل بعجزه عن الوفاء أو تأخيره الأقساط^(٦).

الدليل الثالث: أن في هذا الشرط مصلحة للمتعاقدين، فالدائن يطمئن على ماله، والمدين لا يتأخر بوفاء ما عليه لئلا تحل بقية الأقساط، ولا مانع منه فيصح، ويلزم الوفاء به^(٧).

(١) بيع التسيط - تحليل فقهي واقتصادي للمصري (ص ١٠٦).

(٢) البيع المؤجل لأبي غدة (ص ٨١).

(٣) بيع التسيط وأحكامه للتركي (ص ٣٤٢، ٣٤٣).

(٤) كما في فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء (١٣/١٨١، ١٨٢).

(٥) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٩/١٣٢).

(٦) البيع المؤجل لأبي غدة (ص ٨٢)، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر، شبير (٨٧٦/٢).

(٧) المصدرين السابقين.

الدليل الرابع: أن الدائن رضي بتأجيل الوفاء بالدين بشرط الالتزام بسداد أقساط الدين، وعدم المماطلة في دفعها، فإذا ماطل المدين بطل شرط التأجيل، وحل باقي الأقساط، وعقوبة المدين المماطل من الشرع، كما جاء في الحديث: «لِيُ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ»^(١).

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بعدم جواز اشتراط حلول الأقساط المؤجلة إذا كان المدين المماطل أو المتأخر في السداد موسراً ملياً بالمعقول، وذلك كما يأتي:

الدليل الأول: أن اشتراط حلول الأقساط عند التأخر في أداء بعضها شرط ينافي مقتضى العقد، وهو بقاء الدين المؤجل إلى أجله، وعليه فهو شرط غير صحيح، فيكون باطلاً^(٢).

ونوقش هذا: أن التأجيل حق للمدين، وله أن يتنازل عنه متى شاء؛ لأنه مضروب لمصلحته كما قال ابن عابدين: «أبطلت الأجل أو تركته صار حالاً»^(٣). وله أن يعلق تنازله عن التأجيل بعجزه عن الوفاء أو تأخيره لقسط من الأقساط، لكي يكون حافظاً له على الوفاء بالدين في محله، وفي هذا مصلحة له أي للمدين^(٤).

الدليل الثاني: أن زيادة الثمن مقابل لزيادة الأجل، فإذا اتفق العاقدان على حلول الأقساط عند عدم أداء بعضها، كان الدائن آخذاً للزيادة دون مقابل، والزيادة دون مقابل ربا أو أكل لأموال الناس بالباطل^(٥).

(١) سبق تخريجه ص ٢٦.

(٢) فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء (١٣/١٨٢).

(٣) حاشية ابن عابدين (٥/١٥٧).

(٤) صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، شبير (٢/٨٧٥، ٨٧٦).

(٥) انظر: المصدر السابق (٢/٨٧٦)، البيع المؤجل لأبي غدة (ص ٨٢).

ونوقش هذا من وجهين:

الأول: أن هذه المنفعة لا تجوز المعاوضة عنها؛ لأن الثمن استقر في ذمة المدين منذ انعقاد العقد، وله أن يؤديه متى شاء^(١).

الثاني: أن ذلك ليس من أكل أموال الناس بالباطل؛ لأن المشتري قد رضي بهذا الشرط على نفسه فجاز، ولأن عدم هذا الشرط يؤدي لأكل أموال الناس بالمماثلة.

قلت (الباحث): ويمكن أن يستدل للقول بعدم الجواز بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ: «نَهَى عَنِ بَيْعِ وَشَرْطِ، الْبَيْعِ بَاطِلٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ»^(٢).

ويجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: أنه حديث ضعيف لا يثبت، وقد عارضه من الصحاح ما يدل على جواز البيع مع الشرط، فإن اشترط جابر بعد بيعه للجمل أن يكون له ظهره إلى المدينة قد صححه الشارع^(٣)، كما رواه الشيخان عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - أَنَّهُ كَانَ يَسِيرُ عَلَى جَمَلٍ لَهُ قَدْ أَعْيَا، فَمَرَّ النَّبِيُّ ﷺ، فَصَرَبَهُ فَدَعَا لَهُ، فَسَارَ بِسَيْرٍ لَيْسَ يَسِيرُ مِثْلَهُ، ثُمَّ قَالَ: «بِعْنِيهِ بِوَقِيَّةٍ»، قُلْتُ: لَا، ثُمَّ قَالَ: «بِعْنِيهِ بِوَقِيَّةٍ»، فَبِعْتُهُ، فَاسْتَنْبَيْتُ حُمْلَانَهُ إِلَى أَهْلِي، فَلَمَّا قَدِمْنَا أَتَيْتُهُ بِالْجَمَلِ وَتَقَدَّنِي ثَمَنَهُ، ثُمَّ انْصَرَفْتُ، فَأَرْسَلَ عَلَيَّ إِثْرِي، قَالَ: «مَا كُنْتُ لِأَخْذِ

(١) المصدرين السابقين.

(٢) الحديث في: مسند الإمام أبي حنيفة رواية أبي نعيم، لأبي نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق ابن موسى بن مهران الأصبهاني، (المتوفى: ٤٣٠هـ)، ط: مكتبة الكوثر - الرياض -، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ، المحقق: نظر محمد الفاريابي، (ص ١٦٠)، المعجم الأوسط للطبراني (٤/٣٣٥ ح ٤٣٦١)، واللفظ لأبي حنيفة والطبراني.

والحديث ضعفه ابن الملقن في البدر المنير (٦/٤٩٧)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/٨٥): رواه الطبراني في الأوسط، وفي طريق عبد الله بن عمرو مقال.

(٣) البدر المنير لابن الملقن (٦/٤٩٨)، نيل الأوطار للشوكاني (٥/٢٠٧).

جَمَلِكَ، فَخُذْ جَمَلَكَ ذَلِكَ، فَهُوَ مَالُكَ»، وفي رواية: فَبِعْتُهُ عَلَى أَنْ لِي فَقَارَ ظَهْرِهِ، حَتَّى أَبْلُغَ الْمَدِينَةَ^(١).

الوجه الثاني: أنه على فرض صحته، فهذا النهي لا يعم جميع الشروط، فإن من الشروط ما لا يمنع صحة العقد، ويجب الوفاء به، كما قال النبي ﷺ: «مَنْ ابْتِئَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ، فَتَمَرَّتْهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ، وَمَنْ ابْتِئَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ»^(٢)، وجملة ذلك أن كل شرط هو من مقتضى البيع أو من مصلحة البيع، فهو جائز^(٣).

الرأي المختار:

بعد عرض أقوال الفقهاء والباحثين المعاصرين وأدلتهم والمناقشات الواردة عليها يترجح لي الرأي المجيز لاشتراط حلول الأقساط المؤجلة بالمطالبة إذا كان المدين موسراً ملياً؛ وذلك بالمرجحات الآتية:

- أن فيه حفظ حقوق الدائن وأمواله، وحفظ المال من مقاصد الشريعة الكبرى.
- أن فيه تفرغ ذمة المدين المماطل، وجميع ذلك مقاصد للشرع.
- على أن هذا الرأي يجب أن يتقيد بدفع القيمة الحالية للدين، بخضم ما زيد فيه من أجل الأجل؛ إذ للأجل قيمة مالية^(٤)، وقد زيد في الثمن من أجله.

(١) متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز (٣/١٨٩ح٢٧١٨)، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه (٣/١٢٢١ح١٥٩٩)، واللفظ للبخاري.

(٢) متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل (٣/١١٥ح٢٣٧٩)، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر (٣/١١٧٢ح١٥٤٣)، واللفظ للبخاري.

(٣) شرح السنة للبخاري (٨/١٤٧).

(٤) انظر: الجامع في أصول الربا، د/ رفيق يونس المصري، ط: دار القلم - دمشق - سوريا، الطبعة: الثانية، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م، (ص٣٢٧-٣٣٦)، أصول الاقتصاد الإسلامي، د/ رفيق المصري، ط: دار القلم - دمشق - سوريا، والدار الشامية للنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، (ص٩٨-٩٩)، البيع المؤجل، د/ عبد الستار أبو غدة (ص٥٦-٥٧).

▪ وقد ذكر بعض الباحثين في حال حلول الأقساط المؤجلة، أنه إذا كان الدين قرصاً مؤجلاً لم يزد فيه للأجل، فالواجب هو رد القيمة الاسمية، والإحسان هو القيمة الحالية^(١)، وإذا كان الدين بيعاً مؤجلاً، زيد فيه للأجل، فالواجب هو القيمة الحالية- التي نحصل عليها بأن نطرح من القيمة الاسمية «المؤجلة» بنسبة الأجل المتبقي^(٢)، فمثلاً لو أن شخصاً اشترى سيارة بمائة ألف جنيه مؤجلة على عشر سنوات، وثمانها الحال تسعون ألفاً، فزيد عشرة آلاف مقابل التأجيل بواقع ألف جنيه عن كل سنة، فإذا تأخر في أداء الأقساط بعد مضي خمس سنوات، فطالبه البائع بتعجيل أقساط السنوات الخمس الباقية وفاء بالشرط، فإنه لا يستحق من الثمن المتبقي إلا خمسة وأربعين ألفاً فقط، أما الخمسة الباقية فتحط من الثمن؛ لأنها قد زيدت في مقابل الأجل، وقد زال الموجب لها فينبغي أن تزول^(٣).

▪ كما أنه إذا امتنعت المعاوضة على الزيادة الموجودة في الأقساط خوفاً من الوقوع في الربا؛ يجب أيضاً الامتناع عن أخذ هذه الزيادة منعاً من أكل أموال الناس بالباطل.

▪ كما ينبغي تقييد القول بالجواز بما إذا كانت المدة التي تأخر فيها المدين قد جاوزت ما اعتاد عليه كل من الدائن والمدين التساهل فيها كما قال العطار:

(١) القيمة الاسمية هي القيمة الحقيقية التي تدون على الورقة النقدية عند إصدارها، ولا تتغير بارتفاع أو انخفاض الأسعار. القيمة الحالية هي القيمة السوقية أو الشرائية للنقود وتتغير من خلال تقلبات الأسعار. اقتصاديات النقود والمال، د/ زينب حسين عوض الله (ص ٢٠٩) ط: الدار الجامعية - الاسكندرية- مصر.

(٢) انظر: بيع التسيط- تحليل فقهي واقتصادي، د/ رفيق المصري (ص ١٠٧). وقد أصدرت هيئة الرأجي قراراً بذلك، جاء فيه ما نصه: «تري الهيئة أنه إذا تخلف الطرف الثاني عن دفع قسطين متتاليين بعد حلولهما، واستحقت بسبب ذلك جميع الأقساط المتبقية دفعة واحدة، فإن على الشركة أن تلتزم في هذه الحال بأن تحط عن الطرف الثاني الأرباح الملحوظة في المبالغ التي تقبض قبل آجالها المقررة في العقد، وذلك لإعمال مبدأ العدل في التعامل كما توجه الشريعة الإسلامية. قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الرأجي (١/٢٧٠)، قرار رقم: ١٧٠.

(٣) انظر: بيع التسيط للتركي (ص ٣٤٥، ٣٤٦).

«على أن تساهل الدائن مع المدين تساهلاً يؤدي إلى اعتياد المدين تأخر الوفاء بالقسط مدة قليلة يقتضي ضرورة تفسير الاتفاق سالف الذكر بحسب ما جرى العمل به أخيراً بين الدائن والمدين»^(١).

وبناء على القول الراجح بجواز اشتراط حلول الأقساط المؤجلة بسبب المماثلة، يستلزم عرض مسألة وثيقة الصلة بالموضوع، وهي الحط من الدين مقابل تعجيل سداده «ضع وتعجل»:

فإذا اتفق المتدينان على الإنقاص من الدين بشرط تعجيل السداد فهذه معاوضة، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بمسألة «ضع وتعجل»، وقد اختلفت أقوال الفقهاء فيها، ويحسن هنا قبل الوقوف على آراء الفقهاء والباحثين المعاصرين في حكم هذه المسألة أن أذكر بعض النصوص الفقهية وثيقة الصلة بحكم هذا الموضوع:

قال السرخسي: "وإذا كان لرجل على رجل دين إلى أجل، وهو من ثمن مبيع فحط عنه شيئاً على أن يعجل له ما بقي فلا خير فيه، ولكن يرد ما أخذ والمال كله إلى أجله، وهو مذهب عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يجوز ذلك، ولسنا نأخذ بقوله؛ لأن هذا مقابلة الأجل بالدرهم، ومقابلة الأجل بالدرهم ربا، ألا ترى أن في الدين الحال لو زاده في المال ليؤجله لم يجز، فكذا في المؤجل إذا حط عنه البعض ليعجل له ما بقي"^(٢).

قال ابن رشد الحفيد: "أما ضع وتعجل: فأجازه ابن عباس من الصحابة، وزفر من فقهاء الأمصار، ومنعه جماعة منهم: ابن عمر من الصحابة، ومالك، وأبو حنيفة، والثوري، وجماعة من فقهاء الأمصار، واختلف قول الشافعي في ذلك.

(١) نظرية الأجل في الالتزام للعطار (ص ٣٦٢).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٢٦/١٣).

فأجاز مالك، وجمهور من ينكر: ضع وتعجل، أن يتعجل الرجل في دينه المؤجل عرضاً يأخذه، وإن كانت قيمته أقل من دينه^(١).

وقال ابن قدامة: "إذا كان عليه دين مؤجل، فقال لغريمه: ضع عني بعضه، وأعجل لك بقيته، لم يجز. وكرهه زيد بن ثابت، وابن عمر، والمقداد، وسعيد بن المسيب، وسالم، والحسن، وحماد، والحكم، والشافعي، ومالك، والثوري، وهشيم، وابن علية، وإسحاق، وأبو حنيفة. وقال المقداد لرجلين فعلا ذلك: كلاكما قد آذن بحرب من الله ورسوله.

وروي عن ابن عباس: أنه لم ير به بأساً، وروي ذلك عن النخعي^(٢)، وأبي ثور؛ لأنه أخذ لبعض حقه، تارك لبعضه، فجاز، كما لو كان الدين حالاً^(٣).

قال ابن جزى^(٤): "قاعدة - ضع وتعجل - حرام عند الأربعة بخلاف عن الشافعي وأجازها ابن عباس وزفر، وهي أن يكون له عليه دين لم يحل فيعجله قبل حلوله على أن ينقص منه، ومثل ذلك أن يعجل بعضه ويؤخر بعضه إلى أجل آخر، وأن يأخذ قبل الأجل بعضه عيناً وبعضه عرضاً، ويجوز ذلك كله بعد الأجل باتفاق، ويجوز أن يعطيه في دينه عرضاً قبل الأجل وإن كان يساوي أقل من دينه"^(٥).

(١) بداية المجتهد لابن رشد (١٦٢/٣).

(٢) النخعي: هو الإمام الحافظ إبراهيم بن يزيد بن قيس بن عمرو النخعي، أبو عمران الكوفي، فقيه العراق، ولد سنة ٥٠ هـ، وأدرك عدداً من الصحابة إلا أنه لم يسمع منهم، كان بصيراً بعلم ابن مسعود، وتوفى سنة ٩٦ هـ. يراجع: تهذيب الكمال في أسماء الرجال للمزي (٢/٢٣٣)، تهذيب التهذيب، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، (المتوفى: ٨٥٢ هـ)، ط: مطبعة دائرة المعارف النظامية - الهند، الطبعة: الأولى، ١٣٢٦ هـ، (١/١٧٧).

(٣) المغني لابن قدامة (٣٩/٤).

(٤) ابن جزى: هو أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن يحيى بن عبد الرحمن بن يوسف ابن جزى الكلبي، فقيه من العلماء بالأصول واللغة من أهل غرناطة، ولد سنة ٦٩٣ هـ. من كتبه: "القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية"، و"تقريب الوصول إلى علم الأصول"، و"الفوائد العامة في لحن العامة"، و"البارع في قراءة نافع"، توفي في السابع من جمادى الأولى سنة ٧٤١ هـ. الدرر الكامنة لابن حجر (٥/٨٨، ٨٩)، الأعلام للزركلي (٥/٣٢٥).

(٥) القوانين الفقهية لابن جزى (ص ١٦٧).

وبناء على النصوص الفقهية السابقة اختلف الفقهاء في ضع وتعجل على
ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم جواز هذه المعاملة، أي: المنع مطلقاً من الحط من الدين
مقابل تعجيله، وهو قول جماهير الفقهاء: الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وقول عند
الإباضية^(٣)، وقول عند الشافعية^(٤)، والمذهب عند الحنابلة^(٥)، وهذا القول مروى
عن عمر ابن الخطاب، وابنه عبد الله، وزيد بن ثابت، والمقداد، والحسن، وسالم،
والحكم، والشعبي، وهشام بن عروة، والثوري، وابن عيينة، وابن علي، وإسحاق،
ورواية سعيد بن المسيب^(٦).

القول الثاني: جواز الحط من الدين المؤجل مقابل تعجيله مطلقاً، وبه قال
زفر من علماء الحنفية^(٧)، ورواية عن الإمام أحمد^(٨)، اختارها شيخ الإسلام ابن
تيمية^(٩)، وتلميذه ابن القيم^(١٠)، وهو مذهب الشيعة الزيدية^(١١)، وهذا القول مروى
(١) المبسوط للسرخسي (١٢٦/١٣)، (٣١/٢١)، تبين الحقائق للزليعي (٤٢/٥، ٤٣)، البحر الرائق
لابن نجيم (٢٥٩/٧).
(٢) الاستنكار لابن عبد البر (٤٨٨/٦-٤٩١)، المنتقى للباجي (٦٥/٥)، بداية المجتهد لابن رشد
(١٦٢/٣)، حاشية الدسوقي (٤٥/٣)، حاشية الصاوي (٤١٠/٣).
(٣) انظر: شرح النيل لأطفيش (٣٢٢/٢٧).
(٤) الشرح الكبير للرافعي (٨٩/٥)، روضة الطالبين للنووي (١٩٦/٤).
(٥) المغني لابن قدامة (٣٩/٤)، إغاثة اللهفان لابن القيم (٦٧٩/٢)، بيع التسيط للمصري (ص ٩٧)،
تسيط الدين في الفقه الإسلامي، د/ عبد الجبار العاني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، العدد
(٦)، ١٨١/٢.
(٦) انظر: الإشراف لابن المنذر (٢٥٥/٦، ٢٥٦)، الاستنكار لابن عبد البر (٤٨٨/٦-٤٩١)، بداية
المجتهد لابن رشد (١٦٢/٣)، المغني لابن قدامة (٣٩/٤)، إغاثة اللهفان لابن القيم (٦٧٩/٢)، بيع
التسيط للمصري (ص ٩٧)، تسيط الدين في الفقه الإسلامي، د/ عبد الجبار العاني، مجلة مجمع الفقه
الإسلامي، جدة، العدد (٦)، ١٨١/٢.
(٧) المبسوط للسرخسي (١٢٦/١٣)، (٣١/٢١).
(٨) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٣٩٦/٥)، إغاثة اللهفان لابن القيم (٦٧٩/٢-٦٨٥).
(٩) نفس المصدرين السابقين.
(١٠) إغاثة اللهفان لابن القيم (٦٧٩/٢-٦٨٥).
(١١) البحر الزخار لابن المرتضى (٢٥/٩)، التاج المذهب لأحمد بن قاسم العنسي (١٦١/٤)، السيل
الجرار للشوكاني (ص ٥٥٢)، ونصه: "ويصح شرط حط البعض". إذا حصل التراضي على هذا فليس
في ذلك مانع من شرع ولا عقل؛ لأن صاحب الدين قد رضي ببعض ماله وطابت نفسه عن باقيه،

عن ابن عباس^(١)، وبه قال النخعي، وأبو ثور^(٢)، وأصحاب هذا الرأي ذهبوا إلى أن من يفعل ذلك، فقد أخذ بعض حقه وترك بعضه، وهذا جائز كما لو كان الدين حالاً.

القول الثالث: الجواز بلا شرط وامتناعه مع الشرط المقارن، وهذا مذهب الشافعي^(٣)، وهو مذهب الظاهرية^(٤)، والقول الصحيح عند الإباضية^(٥)، وبهذا القول أخذ مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي^(٦)، والهيئة الشرعية بمصرف الراجحي^(٧).

وقد عبر أصحاب الشافعي عن ذلك، فقال **الماوردي**: فأما المزني فإنه اشتبه عليه ما قاله الشافعي، فقد قال الشافعي في هذا الموضوع: وضع وتعجيل لا يجوز، وأجازه في موضع آخر، فتوهم أن الشافعي اختلف قوله في الإبراء على شرط التعجيل، وليس الجواب مختلفاً كما توهمه المزني، وإنما أجاز التعجيل والإبراء بغير شرط وأبطلهما مع الشرط، فاختلف جوابه لاختلاف الشرط، لا لاختلاف القول^(٨).

وهو يجوز أن تطيب نفسه عن جميع ذلك المال وتبرأ نمته من هو عليه، فالبعض بالأولى، وقد ثبت في الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع رجلين يتخاصمان في المسجد وقد ارتفعت أصواتهما، وكانت تلك الخصومة في دين لأحدهما على الآخر، فأشرف عليهما النبي صلى الله عليه وسلم وأشار بيده إلي من له الدين أن يضع الشطر فوضعه، فكان هذا دليلاً على جواز التعجيل بشرط حط البعض. (١) انظر: الإشراف لابن المنذر (٦/٢٥٥، ٢٥٦)، الاستذكار لابن عبد البر (٦/٤٨٨-٤٩١)، بداية المجتهد لابن رشد (٣/١٦٢).

(٢) نفس المصادر السابقة بنفس العزو.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي (١٨/٢٣٣)، فتاوى السبكي (١/٣٤٠-٣٤١).

(٤) فتاوى السبكي (١/٣٤٠-٣٤١)، المحلى لابن حزم (٦/٣٥٣، ٣٥٦، ٣٥٧).

(٥) انظر: شرح النيل لأطفيش (٦/٣٥٥)، ونصه: "فحسن القضاء من البائع هنا أن يأخذ أقل مما له، ومن المشتري أن يعطي أكثر مما عليه، فإذا أعطى من عليه الحق أكثر فقد وهب ما زاد، وإذا أعطى أقل، فقد وهب له صاحب الحق ما نقص، وهذا القول هو الصحيح عندي؛ لأن ذلك غير بيع مستأنف فلا ربا فيه ولم يقصد ذلك من أول الأمر".

(٦) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، ٧٣٦/٢.

(٧) انظر: قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، ١٧/١ قرار رقم: (١)، ٤٤٤/١، قرار رقم:

(٢٩٠)، ٦٠٨/١، قرار رقم: (٤١١)، ٨٨٦/٢، ٨٨٧، قرار رقم: (٥٨٣)، ٨٩٢/٢، قرار رقم: (٥٨٥).

(٨) الحاوي الكبير للماوردي (١٨/٢٣٣).

وقال السبكي: "إن جرى شرطٌ بطل، وإن لم يشترط بل عجل بغير شرط، وأبرأ الآخر وطابت بذلك نفس كل منهما، فهو جائز، وهذا مذهبننا. والشرط المبطل هو المقارن، فلو تقدم لم يبطل، صرح به الجوري هنا، وهو مقتضى تصريح جميع الأصحاب في غير هذا الموضوع، وقد رويت آثار في الإباحة والتحریم يمكن تنزيلها على ما ذكرناه من التفصيل"^(١).

الأدلة والمناقشة

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بمنع الحط من الدين مقابل تعجيله بأدلة من السنة والأثر والقياس.

أولاً: من السنة: استدلوا على ما ذهبوا إليه من السنة بما روي عن المقداد ابن الأسود رضي الله عنه قال: «أَسْلَفْتُ رَجُلًا مِائَةَ دِينَارٍ، ثُمَّ خَرَجَ سَهْمِي فِي بَعْثٍ بَعَثَهُ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم، فَقُلْتُ لَهُ: عَجَلْ لِي تِسْعِينَ دِينَارًا وَأَحْطُ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ، فَقَالَ: نَعَمْ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم، فَقَالَ: أَكَلْتُ رَبًّا يَا مَقْدَادُ، وَأَطَعَمْتَهُ»^(٢).

ويشهد له ما جاء عن أبي المَعَارِكِ، أَنَّ رَجُلًا مِنْ عَافِيٍّ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ مِنْ مَهْرَةَ مِائَةَ دِينَارٍ فِي زَمَنِ عُثْمَانَ، فَغَنِمُوا غَنِيمَةً حَسَنَةً قَالَ الْمَهْرِيُّ: أُعْجِلْ لَكَ سَبْعِينَ دِينَارًا عَلَى أَنْ تَمْحُو عَنِّي الْمِائَةَ، وَكَانَتْ الْمِائَةُ مُشَاجِرَةً، فَرَضِي بِذَلِكَ الْعَافِيُّ، فَمَرَّ بِهِمَا الْمَقْدَادُ فَأَخَذَ بِلِجَامِ دَابَّتِهِ لِيُشْهَدَهُ، فَلَمَّا قَصَّ عَلَيْهِ الْحَدِيثَ قَالَ: «كِلَاكُمَا قَدْ أُذِنَ بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ»^(٣).

(١) فتاوى السبكي (٣٤١/١)، وانظر: الاستنكار (٤٨٨/٦-٤٩١)، إغاثة اللهفان (٦٧٩/٢).
(٢) الحديث في: السنن الكبرى للبيهقي: كتاب البيوع، باب لا خير في أن يعجله بشرط أن يضع عنه (٦/٤٧١ ح ١١١٤١) وقال: في إسناده ضعف.
(٣) الحديث في: المعجم الكبير للطبراني (٢٠/٢٥٢ ح ٥٩٧). وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/١٣٠ ح ٦٦٤٧): رواه الطبراني في الكبير، وأبو المَعَارِكِ لم أعرفه، وبقية رجاله ثقات.

وجه الدلالة من الحديث: أن مثل هذا لا يقال بالرأي، بل لا بد أن يكون المقداد سمعه من رسول الله ﷺ، وهو نص في حرمة ضع وتعجل لا اعتبارها من قبيل الربا^(١).

ثانياً: من الآثار، استدلو على ما ذهبوا إليه بما جاء عن بعض الصحابة من النهي عن الحط من الدين المؤجل مقابل تعجيله، ومن ذلك:

١- ما رواه أبو المنهال: «أَنَّه سَأَلَ ابْنَ عُمَرَ -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا- قُلْتُ: لِرَجُلٍ عَلَيَّ دَيْنٌ، فَقَالَ لِي: عَجِّلْ لِي وَأَضْعُ عَنكَ، فَتَهَانِي عَنْهُ، وَقَالَ: نَهَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ يَغْنِي عُمَرَ -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ-: «أَنْ نَبِيعَ الْعَيْنَ بِالْدَيْنِ»^(٢).

٢- وما رواه أبو صالح مولى السفاح أنه قال: "بُعِثَ بَرًّا مِنْ أَهْلِ السُّوقِ إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى الْكُوفَةِ، فَعَرَضُوا عَلَيَّ أَنْ أَضَعَ عَنْهُمْ وَيَنْقُدُونِي، فَسَأَلْتُ عَنْ ذَلِكَ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ-، فَقَالَ: «لَا أَمُرُّكَ أَنْ تَأْكُلَ هَذَا وَلَا تُؤْكِلَهُ»^(٣).

وجه الدلالة من الآثار: دلت هذه الآثار على تحريم الحط من الدين مقابل تعجيله؛ لأنه لا يمنعه من أن يأكله، ويؤكله مع كونه مباحاً^(٤).

(١) مسألة «ضع وتعجل» آراء العلماء فيها وضوابطها، د/ محمد عبد الغفار الشريف، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت، العدد (٣٤)، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م، (ص ١٠٣، ١٠٤).

(٢) الأثر في: مصنف عبد الرزاق: كتاب البيوع، باب: الرجل يضع من حقه ويتعجل (٧٢/٨ ح ١٤٣٥٩)، السنن الكبرى للبيهقي: كتاب البيوع، باب لا خير في أن يعجله بشرط أن يضع عنه (٤٧/٦ ح ١١١٤٠)، وقال: «وروى فيه حديث مسند في إسناده ضعف» وأورده المتقي الهندي في كنز العمال (٦/٢٥٤ ح ١٥٥٦٥)، واللفظ للبيهقي.

(٣) الأثر في: الموطأ للإمام مالك: كتاب البيوع، باب الربا في الدين (٢/٣٨١ ح ٢٦٦٨)، مصنف عبد الرزاق: كتاب البيوع، باب: الرجل يضع من حقه ويتعجل (٧١/٨ ح ١٤٣٥٥)، السنن الكبرى للبيهقي: كتاب البيوع، باب لا خير في أن يعجله بشرط أن يضع عنه (٦/٤٦ ح ١١١٣٨)، جامع الأصول، لأبي السعادات مجد الدين المبارك بن محمد بن محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، (المتوفى: ٦٠٦هـ)، ط: مكتبة الحلواني - مطبعة الملاح - مكتبة دار البيان، الطبعة: الأولى، تحقيق: عبد القادر الأرنبوط - التتمة تحقيق بشير عيون، (١/٥٧١ ح ٤٠٤)، وقال عبد القادر الأرنبوط: "إسناده صحيح". واللفظ للبيهقي.

(٤) الاستذكار لابن عبد البر (٦/٤٨٨-٤٩١)، المنتنقى للباقي (٥/٦٥).

ثالثاً: القياس:

قالوا: بالقياس على زد وتأجل المجمع على تحريمها بجامع الاعتياض عن الأجل في كل، وفي ذلك قال الإمام مالك - رحمه الله -: والأمر المكروه والذي لا اختلاف فيه عندنا: أن يكون للرجل على الرجل الدين إلى أجل، فيضع عنه الطالب، ويعجله المطلوب، وذلك عندنا بمنزلة الذي يؤخر دينه بعد محله عن غريمه، ويزيده الغريم في حقه، فهذا الربا بعينه لا شك فيه^(١).

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بجواز الحط من الدين مقابل تعجيله بأدلة من السنة والآثار والمعقول.

أولاً: من السنة: استدلوا على ما ذهبوا إليه من السنة بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: ما رواه ابن عباس - رضى الله عنهما - بقوله: لَمَّا أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِإِخْرَاجِ بَنِي النَّضِيرِ مِنَ الْمَدِينَةِ، جَاءَهُ نَاسٌ مِنْهُمْ، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّكَ أَمَرْتَ بِإِخْرَاجِهِمْ وَلَهُمْ عَلَى النَّاسِ دُيُونٌ لَمْ تَحِلَّ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: "ضَعُوا وَتَعَجَّلُوا"، أَوْ قَالَ: "وَتَعَجَّلُوا"^(٢).

(١) الموطأ للإمام مالك: كتاب البيوع، باب الربا في الدين (٣٨٢/٢).
(٢) الحديث في: شرح مشكل الآثار للطحاوي (٥٦/١١ ح ٤٢٧٧)، المعجم الأوسط للطبراني (٢٤٩/١ ح ٨١٧)، وقال: لم يرو هذا الحديث عن عكرمة إلا علي بن محمد بن طلحة بن يزيد بن ركانة، تفرد به: مسلم بن خالد. سنن الدارقطني: كتاب البيوع (٤٦٥/٣، ٤٦٦ ح ٢٩٨٠ - ٢٩٨٣) وقال: "مسلم بن خالد ثقة، إلا أنه سيئ الحفظ، وقد اضطرب في هذا الحديث". مستدرک الحاكم: كتاب البيوع (٢٣٢٥ ح ٦١/٢)، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وتعقبه الذهبي بقوله: الزنجي ضعيف، وعبد العزيز ليس بثقة. السنن الكبرى للبيهقي: كتاب البيوع، باب من عجل له أدنى من حقه (٨٦/٦ ح ١١١٣٧)، واللفظ للبيهقي.

والحديث ضعفه ابن القطان في بيان الوهم والإيهام (١١٣١/٣-١١٣٣)، وقال ابن القيم: هو على شرط السنن وقد ضعفه البيهقي، وإسناده ثقات، وإنما ضعفه بمسلم بن خالد الزنجي، وهو ثقة فقيه روى عنه الشافعي واحتج به». إغاثة اللهفان (٦٨٣/٢)، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/١٣٠ ح ٦٦٤٥)، وقال: "فيه مسلم بن خالد الزنجي، وهو ضعيف وقد وثق".

وجه الدلالة من الحديث: فيه دلالة صريحة على جواز الحط من الدين مقابل تعجيله.

ونوقش هذا من قبل الجمهور أنهم: حملوا حديث «ضعوا وتعجلوا» على أنه كان قبل تحريم الربا، ثم نسخ بنزول حكم الربا^(١).

الدليل الثاني: ما رواه عبد الله بن كعب بن مالك، عن كعب رضي الله عنه-، أَنَّهُ تَقَاضَى ابْنُ أَبِي حَدْرَدٍ دَيْنًا كَانَ لَهُ عَلَيْهِ، فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ، فِي الْمَسْجِدِ فَارْتَفَعَتْ أَصْوَاتُهُمَا حَتَّى سَمِعَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ فِي بَيْتِهِ، فَخَرَجَ إِلَيْهِمَا حَتَّى كَشَفَ سِجْفَ^(٢) حُجْرَتِهِ، فَنَادَى: «يَا كَعْبُ» قَالَ: لَبَّيْكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَأَشَارَ إِلَيْهِ بِيَدِهِ أَنْ ضَعِ الشَّطْرَ مِنْ دَيْنِكَ»، قَالَ كَعْبُ: قَدْ فَعَلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «قُمْ فَأَقْضِهِ»^(٣).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ أمره أن يضع الشطر فوضعه، فكان هذا دليلاً على جواز التعجيل بشرط حط البعض^(٤).

ثانياً: من الأثر: استدلوا على ما ذهبوا إليه بما ثبت عن ابن عباس رضي الله عنهما: «أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ الْحَقُّ عَلَى الرَّجُلِ إِلَى أَجَلٍ، فَيَقُولُ: عَجَلٌ لِي وَأَضَعُ عَنْكَ، فَقَالَ: «لَا بَأْسَ بِذَلِكَ»، «إِنَّمَا الرَّبَا أَخْرَجَ لِي، وَأَنَا أَرِيدُكَ وَلَيْسَ، عَجَلٌ لِي وَأَضَعُ عَنْكَ»^(٥).

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢٦/١٣).
(٢) سجف حجرته، أي: سترها، السجف بكسر السين وفتحها لغتان وإسكان الجيم: الستر. وقيل: لا يسمى سجفاً إلا أن يكون مشقوق الوسط كالمصراعين. شرح النووي على مسلم (٢٢٠/١٠).
(٣) متفق عليه: صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب الصلح بالدين والعين (١٨٨/٣ ح ٢٧١٠)، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين (١١٩٢/٣ ح ١٥٥٨)، واللفظ لمسلم. قال ابن بطال: اتفق العلماء على أنه إن صالح غريمه عن دراهم بدراهم أقل منها جاز إذا حل الأجل، فإذا لم يحل الأجل لم يجز أن يحط عنه شيئاً قبل أن يقبضه مكانه، وإن صالحه بعد حلول الأجل عن دراهم بدنانير، أو عن دنانير بدراهم جاز واشترط القبض. شرح صحيح البخاري لابن بطال (١٠٣/٨)، ونقله ابن حجر في فتح الباري (٣١١/٥).

(٤) السيل الجرار للشوكاني (ص ٥٥٢)، نيل الأوطار (٣١٩/٨).
(٥) مصنف عبد الرزاق، كتاب البيوع، باب الرجل يضع من حقه ويتعجل (٧٢/٨ ح ١٤٣٦٢)، مصنف ابن أبي شيبة: كتاب البيوع، باب في المكاتب يقول لمواليه: أعجل لك وتضع عني (٤/٤٧١ ح ٢٢٢٢٦)، كنز العمال للمتقي الهندي، كتاب البيوع (٢٠١/٤ ح ١٠١٥٥)، واللفظ لعبد الرزاق.

ثالثاً: من المعقول: استدلووا على ما ذهبوا إليه من المعقول فقالوا: إن هذا

الخط من الدين ضد الربا من وجهين:

الوجه الأول: أن الخط فيه انتفاع لكلا الطرفين من غير ضرر؛ فالمدين يخفف عنه مقدار الدين، والدائن يُعجل له الانتفاع بدينه، بخلاف الربا فهو منفعة للدائن فقط، وإضرار محض بالغيريم^(١).

والوجه الثاني: أن الوضع في مقابل التعجيل ذريعة لتخليص الذمم، أما مقابلة الأجل بالزيادة كما في الربا فهو ذريعة إلى الضرر، حيث تُشغل الذمم بغير فائدة، والشارع له تطلع إلى براءة الذمم^(٢).

أدلة القول الثالث:

هي مجموع أدلة القول الأول والثاني، غير أنهم حملوا أدلة المانعين على أنها خط مع الشرط فقالوا: هذا شبيه بالربا، وحملوا أدلة المجيزين على أنها خط من غير شرط؛ فقالوا هذا جائز؛ لأنه من قبيل التبرع، وإنما الأعمال بالنيات^(٣)، وقالوا: إذا أعطى من عليه الحق أكثر فقد وهب ما زاد، وإذا أعطى أقل فقد وهب له صاحب الحق ما نقص؛ لأن ذلك غير بيع مستأنف فلا ربا فيه ولم يقصد ذلك من أول الأمر^(٤).

الرأي المختار: وبعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم والمناقشات الواردة عليها، يتبين أن الرأي الثالث هو الراجح، وهو الرأي المجيز للخط من الدين مقابل تعجيله بشرط عدم اتفاق المتدائنين على ذلك مسبقاً، وذلك بالمرجحات الآتية:

(١) انظر: إغاثة اللهفان (٢/٦٧٩-٦٨٥)، إعلام الموقعين (٥/٣٣٠، ٣٣١).

(٢) انظر: إغاثة اللهفان (٢/٦٧٩-٦٨٥)، إعلام الموقعين (٥/٣٣٠، ٣٣١)..

(٣) انظر: تقسيط الدين في الفقه الإسلامي، د/ محمد رضا عبد الجبار العاني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد (٦)، (٢/١٨٣).

(٤) شرح النيل لأطفيش (١٦/١٥٥).

١- موافقة هذا الرأي لحديث «ضعوا وتعجلوا»، فقد قواه بعض المحدثين، وبذلك يجمع هذا الرأي بين أدلة الفريقين، وإعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما^(١).

٢- موافقة هذا الرأي لمقاصد الشريعة من حيث:

▪ فقهه للواقع وسده لذريعة اتفاق المتدائنين مسبقاً على الحطيطة، وصولاً للربا، على خلاف الرأي الأول الذي لم يلتفت لذلك.

* اتساع النظر الفقهي في هذا الرأي وتطنه لمجمل المعاملات وجزئياتها وتراكيبها في آن واحد، مع مراعاة مآلات الأفعال، والنظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً^(٢).

▪ تفعيله لمقاصد الشريعة من إفراغ الذم وعدم شغلها، ولا سيما أن القاعدة الشرعية تقول: «الأصل براءة الذمة»^(٣).

تحقيقه لليسر على الناس في معاملاتهم، والشارع يقول: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾^(٤).

▪ ومما يقوي هذا الترجيح أنه وافق قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، قرار رقم: ٧/٢/٦٦، بشأن البيع بالتقسيط، حيث جاء فيه ما نصه: «الحطيطة من الدين المؤجل، لأجل تعجيله، سواء أكانت بطلب الدائن أو المدين، "ضع وتعجل" جائزة شرعاً، لا تدخل في الربا المحرم

(١) انظر: المنشور في القواعد الفقهية للزركشي (١/١٨٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٢٨).

(٢) انظر: الموافقات للشاطبي (٥/١٧٧).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٥٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٥٠)، شرح القواعد

الفقهية للشيخ/ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (ص١٠٥).

(٤) [البقرة: ١٨٥].

إذا لم تكن بناء على اتفاق مسبق، وما دامت العلاقة بين الدائن والمدين ثنائية، فإذا دخل بينهما طرف ثالث لم تجز؛ لأنها تأخذ عندئذ حكم حسم الأوراق التجارية»^(١).

▪ والحط من قيمة الدين تقييد بما قد زيد فيه مقابل الأجل، وذلك في المعاوضات (ومنها بيع التقسيط) حيث يكون للأجل قيمة مالية، وعدم اعتبارها هو أكل لأموال الناس بالباطل، واعتبارها إعمال لمبدأ العدل في المعاملات المالية^(٢)، وقد أصدرت هيئة الرأجي قراراً بذلك، جاء فيه ما نصه: «ترى الهيئة أنه إذا تخلف الطرف الثاني عن دفع قسطين متتاليين بعد حلولهما، واستحقت بسبب ذلك جميع الأقساط المتبقية دفعة واحدة، فإن على الشركة أن تلتزم في هذه الحال بأن تحط عن الطرف الثاني الأرباح الملحوظة في المبالغ التي تقبض قبل آجالها المقررة في العقد، وذلك لإعمال مبدأ العدل في التعامل كما توجه الشريعة الإسلامية»^(٣).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٧)، ٢/٧٣٦.
(٢) انظر: البيع المؤجل لأبي غدة (ص ٥٦-٥٧)، بيع التقسيط للمصري (ص ١٠٧).
(٣) قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الرأجي (١/٢٧٠)، قرار رقم: ١٧٠.

المبحث الخامس

حكم فرض عقوبة مالية على المدين المماطل عن طريق القرض التعويضي

القرض التعويضي: هو أن يتم تعويض الدائن عن ضرر المماطلة بعد استيفاء الدين له، بإلزام الغني المماطل قضائياً بتقديم قرض يعادل مقدار الدين الذي ماطل فيه، ومؤجلاً بنفس مدة المماطلة، عملاً بالقواعد الشرعية الحاكمة بمعاقبة المسيء بنقيض قصده^(١).

وقد اختلف الباحثون المعاصرون في ذلك على قولين:

القول الأول: حرمة القرض التعويضي، وبه قال الدكتور/ الصديق الضيرير^(٢)، والدكتور/ حسن الأمين^(٣)، والدكتور/ رفيق المصري^(٤).

القول الثاني: جواز القرض التعويضي، وبه قال الدكتور/ أنس الزرقا، والدكتور/ محمد علي القري^(٥).

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بحرمة القرض التعويضي بأدلة من السنة والمعقول.

- (١) انظر: البيع المؤجل لأبي غدة (ص ١٠٠-١٠٢)، بيع التسيط للمصري (ص ١٤٥ - ١٤٦)، حكم الغرامة المالية في الفقه الإسلامي، عصام أنس الزفتاوي (٢/٣٢٧).
- (٢) كما في تعليقه على بحث التعويض عن ضرر المماطلة في الدين، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، المجلد الخامس، ١٤١٣ هـ، (ص ٧٤).
- (٣) كما في تعليقه على بحث الزرقا، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، العدد الثاني، المجلد الثالث، (ص ٤٤).
- (٤) المصدر السابق (ص ٦٨).
- (٥) انظر: التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، د/ محمد أنس الزرقا، د/ محمد علي القري، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، جدة، ١٤١١ هـ/ ١٩٩١ م، (ص ٣٥ - ٣٧)، حكم الغرامة المالية في الفقه الإسلامي، عصام أنس الزفتاوي (٢/٣٢٧).

أولاً: من السنة:

استدلوا على ما ذهبوا إليه من السنة بما جاء عن عمرو بن الشريد، عن أبيه، قال: قال رسول الله ﷺ: «لِيِ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ» (١).

وجه الدلالة من الحديث: دل الحديث على تحريم مطل الواجد ولذا أبيحت عقوبته، ودل على جواز حبس من عليه الدين حتى يقضيه إذا كان قادراً على القضاء تأديباً له وتشديداً عليه، فأحل عرضه وعقوبته دون ماله، وهذا النص أصل فيما يقتضيه المطل من آثار، فلا يملك الدائن مطالبة المدين بالتعويض المالي (٢).

ثانياً: من المعقول:

استدلوا على ما ذهبوا إليه من المعقول، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن القرض التعويضي عبارة عن قرض مقابل قرض، وسلف مقابل سلف، وقد نص الفقهاء على المنع من أسلفني وأسلفك (٣)، لأن هذه منفعة يجربها القرض الأول، وقد أجمع الفقهاء على تحريم كل قرض جر نفعاً مشروطاً للمقرض، قال ابن المنذر: «أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية، فأسلف على ذلك، أن أخذ الزيادة على ذلك ربا» (٤).

وقال ابن قدامة: «وكل قرض شرط فيه أن يزيده، فهو حرام، بغير خلاف» (٥).

(١) سبق تخريجه ٢٦.

(٢) سبل السلام (٧٨/٢)، نيل الأوطار (٢٨٧/٥)، المماثلة في الديون للدخيل (ص ٥٣٠).

(٣) مواهب الجليل للحطاب (٣٩١/٤)، ونصه: «ولا خلاف في المنع من أن يسلف الإنسان شخصاً ليسلفه بعد ذلك». ويراجع: حاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٤٧/٥).

(٤) الإجماع لابن المنذر (ص ١٣٦).

(٥) المغني لابن قدامة (٢٤٠/٤).

الوجه الثاني: أن هذا يلزم منه الدور، فيما لو ماطل الدائن الأول - الذي أخذ القرض التعويضي - فهل يفرض عليه قرصاً تعويضياً للمماطل الأول، فيمنع منه منعاً للتسلسل وقطعاً للنزاع^(١).

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بجواز القرض التعويضي بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول.

أولاً: من الكتاب:

استدلوا على ما ذهبوا إليه من الكتاب بالأدلة التالية:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(٢).

وجه الدلالة من الآية: إذا كان المماطل حرم الدائن من الانتفاع بماله مدة المماطلة، استحق أن يعامل بمثل معاملته، فيحرم من الانتفاع بماله ويمكن الدائن من الانتفاع بماله بقدر دينه المماطل فيه ولنفس المدة^(٣).

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾^(٤).

وجه الدلالة من الآيتين: أن غنماً رعت ليلاً في زرع لرجل فأتلفته، فحكم داود عليه السلام لصاحب الحرث بالغنم، وحكم سليمان عليه السلام بأن تدفع الغنم لصاحب الحرث ينتفع بألبانها وأولادها وأصوافها، ويدفع الحرث لصاحب الغنم

(١) عقوبة المدين المماطل المالية، د/ أحمد اليوسف (ص ٤١٨).

(٢) [البقرة: ١٩٤].

(٣) عقوبة المدين المماطل المالية، د/ أحمد عبد الله اليوسف (ص ٤١٦).

(٤) [الأنبياء: ٧٨، ٧٩].

ليقوم بإصلاحه، ففضل الله فهم سليمان للقضية، وعليه يكون الحكم بتعويض الطرف المتضرر، بتسليمه مال من أحدث الضرر له، لكي ينتفع به ويستثمره حتى يعود إليه ماله كما كان كاملاً^(١).

ثانياً من السنة:

استدلوا على ما ذهبوا إليه من السنة بعموم أدلة رفع الضرر ومنها قوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»^(٢).

ثالثاً: من المعقول:

استدلوا على ما ذهبوا إليه من المعقول، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: إن الحاجة الخاصة تنزل منزلة الضرورة العامة، والحاجة لهذه العقوبة لئلا يجر المماطل، ورد حق الدائن إليه، ولينتفع بمال المدين، كما انتفع المماطل بمال الدائن؛ إذ لا ضرر ولا ضرار^(٣).

ويناقش: بأن ضرر المطل يمكن إزالته عن الدائن بالعقوبات الشرعية الرادعة، والحاملة على الوفاء من حبس المدين أو ضربه أو الحجر عليه في ماله،... إلخ.

الوجه الثاني: إعمال القاعدة الشرعية أن يعاقب الإنسان بنقيض قصده^(٤).

الرأي المختار:

بعد عرض القولين وأدلتهما يتبين لي أن الراجح هو حرمة القرض التعويضي،

وذلك بالمرجحات الآتية:

- (١) انظر: أحكام القرآن للجصاص (٢٩١/٣)، أحكام القرآن لابن العربي (٢٦٥/٣)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣٠٧/١١)، المماطلة في الديون للدخيل (ص ٥٣٥).
- (٢) سبق تخريجه ٢٧.
- (٣) عقوبة المدين المماطل المالية، د/ أحمد عبد الله اليوسف (ص ٤١٧).
- (٤) حكم الغرامة المالية في الفقه الإسلامي (٣٢٨/٢).

- ١- أنه يتعارض مع الإجماع: أن كل قرض جر نفعاً فهو ربا، ولا شك أن الإجماع أقوى الحجج.
- ٢- أن المماطلة في الديون لا تقبل المعاوضة والجبر، وإنما فيها العقوبة والزجر، والعقوبات التي جاءت في الشريعة الغراء كفاية لزجر المدين المماطل.
- ٣- أن مآلات القرض التعويضي هي الوقوع في الربا المحرم، والنظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً.
- ٤- أن أدلة إزالة الضرر من العمومات، وأن الضرر لا يزال بضرر أشد منه، وقد جاء الشرع هنا بما يزيل الضرر عن الدائن من حبس وضرب المدين المماطل الغني، والحجر عليه في ماله حتى يستوفي الدائن حقه.
- ٥- أن قصة سليمان عليه السلام شرع من قبلنا، وقد جاء في شرعنا ما يخالفه، وهو أن العجماء جرحها جبار؛ لما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «العجماء جرحها جبار»^(١).
- ٦- أن هذا الرأي متلبس بالربا؛ لأنه من القروض المتبادلة، كما أنه غير مجدٍ اقتصادياً؛ لأن استثمار قيمة الدين في هذا العام، لن تعادل استثمار الدين في العام السابق^(٢).

(١) متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب الديات، باب العجماء جبار (١٢/٩ ح ٦٩١٣)، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب جرح العجماء، والمعدن، والبيئر جبار (٣/٣٣٤ ح ١٧١٠). العجماء هي كل الحيوان سوى الأدمي، وسميت البهيمة عجماء؛ لأنها لا تتكلم. والجبار: الهدر. فأما قوله صلى الله عليه وسلم: «العجماء جرحها جبار» فمحمول على ما إذا أتلفت شيئاً بالنهار، أو أتلفت شيئاً بالليل بغير تقريب من مالكها، أو أتلفت شيئاً وليس معها أحد، فهذا غير مضمون، وهو مراد الحديث، والمراد بجرح العجماء إتلافها سواء كان بجرح أو غيره. شرح النووي على صحيح مسلم (٢٢٥/١١).

(٢) انظر: حكم الغرامة المالية في الفقه الإسلامي، عصام أنس الزفتاوي (٢/٣٢٧ - ٣٣٢)، بيع التقسيط للمصري (ص ١٤٥ - ١٤٦).

المبحث السادس

حكم إلزام المدين المماطل بدفع تكاليف الشكاية ونفقات التحصيل

إذا ماطل المدين وتأخر في سداد الأقساط وهو قادر على الوفاء حتى اضطر الدائن إلى رفع دعوى قضائية، أو تكبد في سبيل ذلك نفقات كثيرة لأجل حصوله على ماله من المدين المماطل، وذلك مثل: نفقات الشكاية، ورسوم المحكمة وأجرة المحامي، وأجور التحصيل، فهل يجوز إلزام المدين المماطل بدفع هذه التكاليف؟.

يحسن أن أذكر بعض النصوص الفقهية وثيقة الصلة بهذا الموضوع: جاء في الجوهرة النيرة في الفقه الحنفي عند كلامهم على أجره العون وهو رسول القاضي الذي يبعثه مع الخصم: "اختلف المشايخ في أجره العون الذي يبعثه القاضي مع المدعي إلى خصمه، قال بعضهم: يجب في بيت المال. وقال بعضهم: على المتمرد، وكذا السارق إذا قطعت يده، فأجره القاطع وثمان الدهن الذي يحسم به العروق على السارق؛ لأنه تقدم منه سبب وجوبها وهو السرقة" (١).

وقال ابن فرحون (٢): «وإذا تبين أن المطلوب ألد بالمدعي، ودعاه الطالب إلى الارتجاع إلى القاضي فأبى، فيكون على المطلوب أجره الرسول إليه، ولا يكون على الطالب من ذلك شيء، ويؤدب القاضي كل من أبى أن يرتفع إليه، وقال مثله أبو عبد الله بن العطار» (٣).

(١) الجوهرة النيرة (١/٢٦١).

(٢) ابن فرحون: هو إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري: عالم باحث، ولد ونشأ ومات في المدينة سنة ٧٩٩هـ، وهو مغربي الأصل، نسبته إلى يعمر بن مالك، من عدنان. رحل إلى مصر والقدس والشام سنة ٧٩٢هـ، وتولى القضاء بالمدينة سنة ٧٩٣هـ ثم أصيب بالفالج في شقه الأيسر، فمات بعلته عن نحو ٧٠ عاماً. وهو من شيوخ المالكية، من كتبه: «الديباج المذهب في تراجم أعيان المذهب» المالكي، و «تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام»، و «تسهيل المهمات في شرح جامع الأمهات» لابن الحاجب. الأعلام للزركلي (١/٥٢).

(٣) ابن العطار: هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله المعروف بابن العطار، قرطبي. كان هذا الرجل متقناً في علوم الإسلام، وثابتاً في الفقه، لا نظير له، حاذقاً بالشروط، وأملئ فيها كتاباً عليه معول أهل زماننا، وكان بفضل فقهاء وقته بمعرفته بالنحو واللسان. توفي ابن العطار عقب ذي الحجة، سنة ٣٩٩هـ. ترتيب المدارك للقاضي عياض (٧/١٤٨ وما بعدها).

تنبيه: قال ابن الفخار^(١): في الانتقاد على ابن العطار، ولا نعم ذنبا يوجب استباحة المال إلا الكفر وحده، وليس مطله يوجب استباحة ماله، وأن تكون أجرة الرسول عليه، وإنما هو ظالم بمطله وتبطل بذلك شهادته، ويستحق اسم الظلم وماله محرم ولا يأخذ منه شيئا. **قال بعض المتأخرين:** ما قاله ابن العطار أولى؛ لأن هذا ليس من باب استباحة المال، وإنما هو أدخل غريمه في غرم وعرض بإتلاف ماله، بعدم انقياد إلى الحكم فتوجه عليه غرم ذلك^(٢).

وقال ابن حجر الهيتمي^(٣): «فجعل أجرة الملائم بإذن الحاكم على المدين؛ لتقصيره بتأخير الوفاء مع القدرة، ولا يلزم الدائن ملازمته بنفسه»^(٤).

وقال ابن تيمية: «إذا كان الذي عليه الحق قادرا على الوفاء، ومطل صاحب الحق حقه حتى أحوجه إلى الشكاية، فما غرمه بسبب ذلك، فهو على الظالم المماطل، إذا كان غرمه على الوجه المعتاد»^(٥).

وقال البهوتي: «وما غرم) رب دين (بسببه) أي سبب مطل مدين أحوج رب الدين إلى شكواه (فعلى مماطل) لتسببه في غرمه»^(٦).

(١) ابن الفخار: هو محمد بن عمر بن يوسف، أبو عبد الله بن الفخار: عالم الأندلس في زمانه، ومن أئمة المالكية بقرطبة، ولد سنة ٣٣٩هـ، رحل إلى المشرق فحج وجاور وسكن المدينة المنورة، ثم عاد إلى الأندلس، توفي سنة ٤١٩هـ. من كتبه، منها «تقييد على الجمل للزجاجي» و «التبصرة» رد علي ابن أبي زيد في رسالته، و «الرد على أبي عبد الله بن العطار» في وثائقه. الأعلام للزركلي (٦/٣١٢).
(٢) تبصرة الحكام (١/٣٧١)، ويراجع: مواهب الجليل للحطاب (٦/١١٣)، شرح الخرشي على خليل (٥/٢٧٧)، منح الجليل لعليش (٦/٥١)، التاج والإكليل للمواق (٨/١٥٣).
(٣) الهيتمي: هو أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس: فقيه باحث مصري، مولده في محلة أبي الهيثم (من إقليم الغربية بمصر) سنة ٩٠٩هـ وإليها نسبه. والسعدي نسبة إلى بني سعد من عرب الشرقية (بمصر) تلقى العلم في الأزهر، ومات بمكة. له تصانيف كثيرة، منها: «تحفة المحتاج لشرح المنهاج» في فقه الشافعية، و «الفتاوى الهيتمية» أربع مجلدات، و «شرح مشكاة المصابيح للتبريزي» و «الإيعاب في شرح العباب» و «شرح الأربعين النووية» توفي سنة ٩٧٤هـ. الأعلام للزركلي (١/٢٣٣، ٢٣٤).

(٤) تحفة المحتاج (١٠/١٩٠).

(٥) مجموع الفتاوى (٣٠/٢٤، ٢٥).

(٦) شرح منتهى الإرادات (٢/١٥٧).

وقال أيضا: «ولو مطل المدين رب الحق حتى شكا عليه، فما غرمه رب الحق فعلى المدين المماطل إذا كان غرمه على الوجه المعتاد»^(١).

وجاء في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية: "يتحمل المدين المماطل مصروفات الدعوى التي غرمها الدائن من أجل تحصيل دينه"^(٢).

بناء على ما سبق ذكره من نصوص فقهية تبين أن إلزام المدين المماطل بدفع تكاليف الشكاية ونفقات التحصيل هو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بأدلة من السنة والمعقول:

أما السنة: فبما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ»^(٣).

وجه الدلالة من الحديث: أن الحديث نص على أن مطل الغني ظلم، فإذا ترتب على رفع هذا الظلم بذل مال من المدين فهو على المماطل الظالم؛ لأنه المتسبب في ذلك^(٤).

أما المعقول: فقالوا: إن المدين المماطل هو الذي أدخل غريمه في غرم وعرض بإتلاف ماله، بسبب المماطلة مع القدرة على الوفاء، فتوجه عليه غرم ذلك^(٥).

(١) كشف القناع (٣/٤١٩).

(٢) المعيار الشرعي رقم (٣) المدين المماطل (ص ٩٤).

(٣) سبق تخريجه ٢٦.

(٤) مواهب الجليل للحطاب (٦/١١٣)، تحفة المحتاج للهيتمي (١٠/١٩٠)، مجموع الفتاوى لابن تيمية (٣٠/٢٤، ٢٥)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/١٥٧).

(٥) شرح الخرشي على خليل (٥/٢٧٧)، منح الجليل لعليش (٦/٥١)، التاج والإكليل للمواق (٨/١٥٣).

ويمكن القول أن تحميل المدين المماطل هذه النفقات يلتقي مع اعتبار مآلات الأفعال، لأنه لو تحملها الدائن ربما ترك المطالبة بحقه؛ لكثرة تكاليف الشكاية والتحصيل، وفي ذلك تضييع للحقوق والأموال؛ وذلك لأن المماطل يزداد ظلما على ظلمه ويجترئ على المماطلة.

قال الشاطبي^(١): النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل^(٢).

ولكن يشترط لتحمل المدين المماطل هذه النفقات ألا تخرج عن الوجه المعتاد كما نص الفقهاء على ذلك، أي لا يجوز المبالغة فيها، بل يجب أن تكون حقيقية.

(١) الشاطبي: هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، أبو إسحاق الشاطبي أصولي حافظ من أهل غرناطة، كان من أئمة المالكية، من كتبه: الموافقات، والاعتصام في أصول الفقه، وشرح الألفية سماه المقاصد الشافية في شرح خلاصة الكافية، توفي سنة ٧٩٠هـ. يراجع: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد بن محمد بن عمر بن علي بن قاسم مخلوف، (المتوفى: ١٣٦٠هـ)، ط: دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، علق عليه: عبد المجيد خيالي، (١/٣٣٢)، الأعلام للزركلي (١/٧٥).

(٢) الموافقات (٥/١٧٧).

الخاتمة:

أذكر هنا النتائج التي توصل إليها هذا البحث، ومن أهمها ما يأتي:

- ١- أن الشريعة الإسلامية جاءت بما فيه جلب المصالح ودرء المفساد، فحرمت مماثلة الديون، وأنها من الكبائر.
- ٢- أن الفقه الإسلامي فرق بين المدين المعسر والموسر، فأمر بإنظار المعسر أو إبرائه، وشرع عقوبات تحمل المدين الموسر على الوفاء.
- ٣- أن المدين المعسر يمهل حتى يوسر، ويترك يطلب الرزق لنفسه وعياله والوفاء لدائنيه، ولا تحل مطالبته.
- ٤- لا يعتبر من قبيل المطل المحرم مطل المدين الغني الذي منعه العذر عن الوفاء، كغيبته ماله وعدم وجوده بين يديه وقت الوفاء بغير تعمله.
- ٥- أن المطل يتحقق بحلول الأجل، والمطالبة من صاحب الحق، وحصول التأخير من المدين مع قدرته على الوفاء.
- ٦- مطل المدين الموسر القادر على قضاء الدين بلا عذر حرام شرعاً، ومن كبائر الإثم، ومن الظلم الموجب للعقوبة الحاملة على الوفاء.
- ٧- أن الراجح هو القول بحرمة عقوبة المدين المماطل مالياً لصالح الدائن، وذلك لأن هذا القول بالجواز مآله الوقوع في الربا المحرم، وانتشاره في المجتمع، ولا شك أن هذا يترتب عليه أضرار اقتصادية كبيرة، والنظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، كما أن حقيقة العقوبة المالية هي ربا جاهلية، والعبرة بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني.
- ٨- أن الفقه الإسلامي قد نص على العقوبات المقررة لأزمة المماثلة من المدين، ألا وهي الحبس، والحجر عليه في ماله وبيعه لاستيفاء حقوق الدائنين

وإسقاط عدالته ورد شهادته، وملازمته، وضربه حتى يقضي ما عليه، وتغريمه نفقات الشكاية ورفع الدعوى.

٩- لا خلاف بين الفقهاء أنه لا يجوز في حق المدين المعسر اشتراط حلول الأقساط قبل موعدها - عند المماطلة أو تأخر سداد بعضها؛ لأنه إذا كان المدين معسراً، فالواجب حينئذ إنظاره إلى أن يوسر ويتمكن من الأداء، ولا يجوز أن يفرض عليه زيادة مقابل الإنظار، ولا المطالبة بتعويض عن ذلك التأخير بأن تحل باقي الأقساط.

١٠- أن الراجح جواز اشتراط حلول الأقساط المؤجلة بالمماطلة إذا كان المدين موسراً ملياً؛ وذلك لأن فيه حفظ حقوق الدائن وأمواله، وحفظ المال من مقاصد الشريعة الكبرى.

١١- أن القول الراجح هو القول بجواز عقوبة المدين المماطل مالياً للجهات الخيرية العامة، وذلك أن القول بالجواز يعتبر من المصالح المرسله، وليس معنى أن الفقهاء قد قرروا عقوبة المماطل بالحبس أو الضرب أو الحجر على ماله، أن ما عداها من العقوبات محرمة، خاصة إذا تم دفع هذه المال لجهة خيرية عامة، فانفكاك الجهة هنا يمنع اعتبار الأمر من قبيل الربا؛ لأن الربا إذا أخذ الدائن هذه الزيادة.

١٢- أن الراجح هو حرمة القرض التعويضي؛ لأن حقيقته هي الوقوع في الربا المحرم، وذلك أنه يتعارض مع الإجماع: أن كل قرض جر نفعاً فهو ربا، ولا شك أن الإجماع أقوى الحجج.

١٣- إذا كان الذي عليه الحق قادراً على الوفاء، ومطل صاحب الحق حقه حتى أوجه إلى الشكاية، فما غرمه بسبب ذلك، فهو على الظالم المماطل، إذا كان غرمه على الوجه المعتاد.

فهرس المصادر والمراجع^(١)

- ١- الإجماع، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، (المتوفى: ٣١٩هـ)، ط: مكتبة الفرقان - عجمان، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة: الثانية، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، تحقيق: الدكتور/ أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف.
- ٢- أحكام البيع بالتقسيط - وسائله المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، للدكتور/ محمد تقي الدين العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، العدد (٧).
- ٣- أحكام القرآن، لأبي الحسن الطبري، علي بن محمد بن علي، الملقب بعماد الدين، المعروف بالكلية الهراسي الشافعي، (المتوفى: ٥٠٤هـ)، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ، المحقق: موسى محمد علي، وعزة عبد عطية.
- ٤- أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، (المتوفى: ٥٤٣هـ)، ط: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، راجع أصوله وخرج أحاديثه: محمد عبد القادر عطا.
- ٥- أحكام القرآن، لأحمد بن علي أبي بكر الرازي الجصاص الحنفي، (المتوفى: ٣٧٠هـ)، ط: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين.
- ٦- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، ط: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، إشراف: زهير الشاويش.
- ٧- الاستذكار، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، (المتوفى: ٤٦٣هـ)، ط: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض.
- ٨- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لذكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبي يحيى السنيكي، (المتوفى: ٩٢٦هـ)، ط: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: من دون طبعة ولا تاريخ.

(١) رتبت المصادر والمراجع ترتيباً هجائياً على اسم الكتاب.

- ٩- الأشباه والنظائر، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم الحنفي المصري، (المتوفى: ٩٧٠هـ)، ط: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات.
- ١٠- الإشراف على مذاهب العلماء، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، (المتوفى: ٣١٩هـ)، ط: مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، المحقق: صغير أحمد الأنصاري.
- ١١- أصول الاقتصاد الإسلامي، للدكتور/ رفيق المصري، ط: دار القلم - دمشق - سوريا، والدار الشامية للنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.
- ١٢- أعلام الموقعين عن رب العالمين، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية، (المتوفى: ٧٥١هـ)، ط: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ، قدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، وشارك في التحرير: أبو عمر أحمد عبد الله أحمد.
- ١٣- الإعلام بفوائد عمدة الأحكام لابن الملقن، لأبي حفص سراج الدين عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، (المتوفى: ٨٠٤هـ)، ط: دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، المحقق: عبد العزيز بن أحمد بن محمد المشيقح.
- ١٤- الأعلام، لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي، (المتوفى: ١٣٩٦هـ)، ط: دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشرة، ٢٠٠٢م.
- ١٥- الإفصاح عن معاني الصحاح، للوزير عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي، (المتوفى: ٥٦٠هـ)، ط: مركز فجر للطباعة والنشر والتحقيق، والمكتبة الإسلامية للطباعة والنشر - القاهرة، الطبعة: الثانية، من دون تاريخ.
- ١٦- إكمال المعلم بفوائد مسلم، للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن اليحصبي السبتي، (المتوفى: ٥٤٤هـ)، ط: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م، المحقق: د/ يحيى إسماعيل.
- ١٧- الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، (المتوفى: ٢٠٤هـ)، ط: دار المعرفة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، سنة النشر: ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.
- ١٨- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، (المتوفى: ٨٨٥هـ)، ط: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - من دون تاريخ.

- ١٩- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، (المتوفى: ٩٧٠هـ)، ط: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية، من دون تاريخ.
- ٢٠- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، لأحمد بن يحيى بن المرتضى، المهدي لدين الله، (المتوفى: ٨٤٠هـ)، ط: مكتبة اليمن، من دون طبعة ولا تاريخ.
- ٢١- بحوث في قضايا فقهية معاصرة، للدكتور/ محمد تقي الدين العثماني، ط: دار القلم - دمشق - سوريا، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ.
- ٢٢- بحوث وفتاوى إسلامية معاصرة، لفضيلة الإمام الأكبر الشيخ/ جاد الحق علي جاد الحق، شيخ الأزهر الأسبق، ط: دار الحديث - القاهرة، من دون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م.
- ٢٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الشهير بابن رشد الحفيد، (المتوفى: ٥٩٥هـ)، ط: دار الحديث - القاهرة، الطبعة: من دون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
- ٢٤- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين، أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، (المتوفى: ٥٨٧هـ)، ط: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.
- ٢٥- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، ط: دار المعرفة - بيروت، من دون طبعة ولا تاريخ.
- ٢٦- البدر المنير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لابن الملحق سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، (المتوفى: ٨٠٤هـ)، ط: دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض - السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م، تحقيق: مصطفى أبو الغيط، عبد الله بن سليمان، وياسر بن كمال.
- ٢٧- بغية الطلب في تاريخ حلب، عمر بن أحمد بن هبة الله بن أبي جرادة العقيلي، كمال الدين بن العديم، (المتوفى: ٦٦٠هـ)، ط: دار الفكر - بيروت، المحقق: د/ سهيل زكار.
- ٢٨- البيان والتحصيل، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المعروف بابن رشد الجد، (المتوفى: ٥٢٠هـ) ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م، حققه: د/ محمد حجي، وآخرون.

- ٢٩- بيع النسيب - تحليل فقهي واقتصادي، للدكتور/ رفيق يونس المصري، ط: دار القلم - دمشق - سوريا، الطبعة: الثانية، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
- ٣٠- بيع النسيب وأحكامه، سليمان بن تركي التركي، ط: دار اشبيليا - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م.
- ٣١- البيع المؤجل، للدكتور/ عبد الستار أبو غدة، ط: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة، الطبعة الثانية، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م.
- ٣٢- تاج التراجم، لأبي الفداء زين الدين أبي العدل قاسم بن قُطُوبغا السوداني الجمالي الحنفي، (المتوفى: ٨٧٩هـ)، ط: دار القلم - دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م، المحقق: محمد خير رمضان يوسف.
- ٣٣- التاج المذهب في أحكام المذهب، لأحمد بن قاسم العنسي الصنعاني، (المتوفى: ١٣٩٠هـ)، ط: دار الكتاب الإسلامي، من دون طبعة ولا تاريخ.
- ٣٤- التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله المواق المالكي، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، (المتوفى: ٨٩٧هـ)، ط: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ/١٩٩٤م.
- ٣٥- تحرير الكلام في مسائل الالتزام، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، (المتوفى: ٩٥٤هـ)، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، المحقق: عبد السلام محمد الشريف.
- ٣٦- تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، لأبي العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، ط: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ٣٧- تحفة الفقهاء، لأبي بكر علاء الدين السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، (المتوفى: نحو ٥٤٠هـ)، ط: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
- ٣٨- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، ط: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، الطبعة: بدون طبعة، عام النشر: ١٣٥٧هـ/١٩٨٣م.
- ٣٩- ترتيب المدارك وتقريب المسالك، لأبي الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي، (المتوفى: ٥٤٤هـ)، ط: مطبعة فضالة - المحمدية، المغرب، الطبعة: الأولى، ١٩٨٣م، تحقيق: مجموعة من المحققين.

- ٤٠- التعويض عن الضرر من المدين المماطل، للدكتور/ محمد الزحيلي، بحث منشور ضمن دراسات المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ط: دار الميمان للنشر والتوزيع - الرياض-، من دون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٣٧هـ/٢٠١٥م.
- ٤١- تغليق التعليق، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، (المتوفى: ٨٥٢هـ)، ط: المكتب الإسلامي، دار عمار- بيروت، عمان - الأردن، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ، المحقق: سعيد عبد الرحمن موسى القرقي.
- ٤٢- تغير الأجل وأثره في الديون، للدكتور/ مرضي بن مشوح العنزي، ط: دار المقتبس - دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٣٨هـ/٢٠١٧م.
- ٤٣- تغير قيمة العملة، للدكتور/ يوسف محمود قاسم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، العدد (٥).
- ٤٤- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، (المتوفى: ٤٦٣هـ)، ط: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، من دون طبعة، عام النشر: ١٣٨٧هـ، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري.
- ٤٥- توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال، للدكتور/ عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، ط: دار ابن حزم - بيروت- الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/٢٠٠٨م.
- ٤٦- الجامع في أصول الربا، للدكتور/ رفيق يونس المصري، ط: دار القلم - دمشق- سوريا، الطبعة: الثانية، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.
- ٧٤- الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، (المتوفى: ٦٧١هـ)، ط: دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م، تحقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش.
- ٤٨- الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لأبي محمد عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، محيي الدين الحنفي، (المتوفى: ٧٧٥هـ)، ط: مير محمد كتب خانه - كراتشي.
- ٤٩- الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي، (المتوفى: ٨٠٠هـ)، ط: المطبعة الخيرية، الطبعة: الأولى، ١٣٢٢هـ.

٥٠- حاشية الخلوتي على منتهى الإيرادات، محمد بن أحمد بن علي البهوتي الخلوتي، (المتوفى: ١٠٨٨هـ)، ط: دار النوادر - سوريا، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ / ٢٠١١م، تحقيق: الدكتور/ سامي بن محمد بن عبد الله الصقير، والدكتور/ محمد بن عبد الله بن صالح اللحيدان.

٥١- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريز، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، ط: دار الفكر، الطبعة: من دون طبعة ولا تاريخ.

٥٢- حاشية السندي على سنن النسائي، لأبي الحسن، نور الدين السندي محمد بن عبد الهادي التتوي، (المتوفى: ١١٣٨هـ)، ط: مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب - سوريا، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.

٥٣- حاشية الصاوي على الشرح الصغير، لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، (المتوفى: ١٢٤١هـ)، ط: دار المعارف، من دون طبعة ولا تاريخ.

٥٤- حكم التعزيز بأخذ الأموال في الإسلام، ماجد أبو رخية، بحث منشور ضمن كتاب «بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ط: دار النفائس - الأردن-، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م.

٥٥- حكم الغرامة المالية في الفقه الإسلامي، عصام أنس الزفتاوي، بحث منشور ضمن موسوعة الاقتصاد الإسلامي في المصارف والنقود والأسواق المالية، ط: المعهد العالمي للفكر الإسلامي - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م، إشراف أ.د/ رفعت السيد العوضي، تقديم أ.د/ علي جمعة محمد.

٥٦- خلاصة البدر المنير، لأبي حفص سراج الدين عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، الشهير بابن الملقن، (المتوفى: ٨٠٤هـ)، ط: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ / ١٩٨٩م.

٥٧- دراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي، للدكتور/ نزيه حماد، ط: دار الفاروق - الطائف - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ.

٥٨- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي، (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، ط: دار الجيل، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ / ١٩٩١م، تعريب: فهمي الحسيني.

٥٩- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، (المتوفى: ٨٥٢هـ)، ط: مجلس دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد - الهند، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ / ١٩٧٢م، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان.

- ٦٠- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون، برهان الدين اليعمري، (المتوفى: ٧٩٩هـ)، ط: دار التراث للطبع والنشر - القاهرة، من دون طبعة ولا تاريخ، تحقيق وتعليق: الأستاذ الدكتور/ محمد الأحمدى أبو النور.
- ٦١- الذخيرة، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، (المتوفى: ٦٨٤هـ)، ط: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة.
- ٦٢- ذيل طبقات الحنابلة، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي، (المتوفى: ٧٩٥هـ)، ط: مكتبة العبيكان - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م، تحقيق: د عبد الرحمن بن سليمان العثيمين.
- ٦٣- رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، ط: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.
- ٦٤- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، زين الدين بن علي العاملي الجبعي، (المتوفى: ٩٦٥هـ) ط: دار العالم الإسلامي - بيروت، من دون طبعة ولا تاريخ.
- ٦٥- الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهرى، ط: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الطبعة: الأولى، ١٣٩٩هـ، تحقيق: د/ محمد جبر الأفى.
- ٦٦- الزواجر عن اقتراف الكبائر، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (المتوفى: ٩٧٤هـ)، ط: دار الفكر، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.
- ٦٧- سبل السلام شرح بلوغ المرام، لأبي إبراهيم، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الصنعاني، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمرير، (المتوفى: ١١٨٢هـ)، ط: دار الحديث - القاهرة، الطبعة: من دون طبعة ولا تاريخ.
- ٦٨- سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه، (المتوفى: ٢٧٣هـ)، ط: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمّد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله.
- ٦٩- سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، (المتوفى: ٢٧٥هـ)، ط: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي.

٧٠- سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، (المتوفى: ٢٧٩هـ)، ط: دار الغرب الإسلامي - بيروت، سنة النشر: ١٩٩٨م، تحقيق: د/ بشار عواد معروف.

٧١- سنن النسائي، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، (المتوفى: ٣٠٣هـ)، ط: مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة.

٧٢- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، (المتوفى: ٧٢٨هـ)، ط: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ.

٧٣- سير أعلام النبلاء، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، (المتوفى: ٧٤٨هـ)، ط: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط.

٧٤- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، ط: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، من دون تاريخ.

٧٥- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد بن محمد بن عمر بن علي بن قاسم مخلوف، (المتوفى: ١٣٦٠هـ)، ط: دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م، علق عليه: عبد المجيد خيالي.

٧٦- شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لأبي الفلاح عبد الحي بن أحمد بن محمد بن العماد العكري الحنبلي، (المتوفى: ١٠٨٩هـ)، ط: دار ابن كثير، دمشق - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م، حققه: محمود الأرنؤوط، وخرج أحاديثه: عبد القادر الأرنؤوط.

٧٧- شرائع الإسلام في أحكام الحلال والحرام، لجعفر بن الحسن الهذلي، المشهور بالحلي، (المتوفى: ٦٧٦هـ)، ط: مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان، من دون طبعة ولا تاريخ.

٧٨- شرح السنة لمحبي السنة، أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغدادي الشافعي، (المتوفى: ٥١٦هـ)، ط: المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد زهير الشاويش.

- ٧٩- الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير، ط: دار الفكر، الطبعة: من دون طبعة ولا تاريخ.
- ٨٠- شرح النيل وشفاء العليل، محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش، (المتوفى: ١٣٤٣هـ)، ط: مكتبة الإرشاد - جدة-، من دون طبعة ولا تاريخ.
- ٨١- شرح صحيح مسلم، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، (المتوفى: ٦٧٦هـ)، ط: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ.
- ٨٢- شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، (المتوفى: ١١٠١هـ)، ط: دار الفكر للطباعة - بيروت، الطبعة: من دون طبعة ولا تاريخ.
- ٨٣- شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، (المتوفى: ١٠٥١هـ)، ط: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.
- ٨٤- الشرط الجزائي في الديون، للدكتور/ علي محمد الصوا، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، العدد (٥٨).
- ٨٥- الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد عبد العزيز اليمني، ط: دار كنوز اشبيليا - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م.
- ٨٦- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، (المتوفى: ٣٩٣هـ)، ط: دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة: الرابعة، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار.
- ٨٧- صحيح ابن حبان، لأبي حاتم، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد، التميمي، الدارمي، البُستي، (المتوفى: ٣٥٤هـ) ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، (المتوفى: ٧٣٩هـ)، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، حققه وخرج أحاديثه: شعيب الأرنؤوط.
- ٨٨- صحيح البخاري، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، (المتوفى: ٢٥٦هـ)، ط: دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر.
- ٨٩- صحيح مسلم، لأبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، (المتوفى: ٢٦١هـ)، ط: دار إحياء التراث العربي - بيروت، من دون طبعة ولا تاريخ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

- ٩٠- صيانة المديونات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، للدكتور/ محمد عثمان شبير، بحث منشور ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ط: دار النفائس - الأردن - الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م.
- ٩١- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للسخاوي، أبي الخير شمس الدين محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد، (المتوفى: ٩٠٢هـ)، ط: منشورات دار مكتبة الحياة - بيروت، من دون طبعة ولا تاريخ.
- ٩٢- طبقات الحفاظ، جلال الدين السيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر، (المتوفى: ٩١١هـ)، ط: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ.
- ٩٣- طبقات الفقهاء، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، (المتوفى: ٤٧٦هـ)، ط: دار الرائد العربي، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٩٧٠م، هذبة: محمد بن مكرم بن منظور، (المتوفى: ٧١١هـ)، تحقيق: إحسان عباس.
- ٩٤- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن القيم، ط: دار عالم الفوائد - مكة المكرمة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد.
- ٩٥- عشرون سؤالاً وجواباً، لفضيلة الإمام الأكبر/ محمد سيد طنطاوي، شيخ الأزهر الأسبق، سلسلة كتاب اليوم، إصدار أخبار اليوم، القاهرة، مارس ١٩٩٤م.
- ٩٦- عقوبة المدين المماطل المالية، للدكتور/ أحمد عبد الله اليوسف، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، العدد (٩٠)، ١٤٣٣هـ / ٢٠١٢م.
- ٩٧- عمدة القاري شرح صحيح البخاري، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، (المتوفى: ٨٥٥هـ)، ط: دار إحياء التراث العربي - بيروت، من دون طبعة ولا تاريخ.
- ٩٨- عون المعبود شرح سنن أبي داود، لأبي عبد الرحمن، محمد أشرف بن أمير بن علي ابن حيدر، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي، (المتوفى: ١٣٢٩هـ)، ط: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ.
- ٩٩- الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية بدولة الكويت، ط: وزارة الوقاف الكويتية، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م.
- ١٠٠- فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، ط: رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء - الإدارة العامة للطبع - الرياض.

- ١٠١- الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، ط: دار الفكر، الطبعة: الثانية، ١٣١٠هـ.
- ١٠٢- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (المتوفى: ٨٥٢هـ)، ط: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات الشيخ: عبد العزيز بن عبد الله بن باز.
- ١٠٣- الفروق، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، (المتوفى: ٦٨٤ هـ)، ط: عالم الكتب - بيروت - من دون طبعة ولا تاريخ.
- ١٠٤- الفروق بين المؤسسات الإسلامية والتقليدية والفروق بين مصطلحات الاقتصاد الإسلامي ذات الصلة، د/ ياسر عجيل النشمي، ط: دار الضياء - الكويت - الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م.
- ١٠٥- الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور/ وهبة مصطفى الزحيلي، ط: دار الفكر - سورية - دمشق، الطبعة: الرابعة، من دون تاريخ.
- ١٠٦- افقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، للدكتور/ علي أحمد السالوس، ط: مكتبة دار القرآن، ودار ابن الجوزي - مصر -، الطبعة: الأولى، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م.
- ١٠٧- فيض القدير شرح الجامع الصغير، للمناوي، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف ابن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري، (المتوفى: ١٠٣١هـ)، ط: المكتبة التجارية الكبرى - مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٥٦هـ، علق عليه تعليقات يسيرة: ماجد الحموي.
- ١٠٨- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الإصدار الثالث في دوراته العشرين.
- ١٠٩- قرارات وتوصيات مؤتمرات مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة، إعداد/ عبد الرحمن العسيلي، ماهر السيد الحداد، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م.
- ١١٠- قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، ط: دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م.
- ١١١- القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، للدكتور/ علي أحمد السالوس، ط: مكتبة دار القرآن - مصر، الطبعة: الثانية عشرة، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م.

- ١١٢- قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، للدكتور/ نزيه حماد، ط: دار القلم - دمشق، الطبعة: الثانية، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م.
- ١١٣- قضايا فقهية معاصرة، للدكتور/ محمد سعيد البوطي، ط: مكتبة الفارابي - سوريا، الطبعة: الرابعة، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م.
- ١١٤- الكبائر، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (المتوفى: ٧٤٨هـ)، ط: دار الندوة الجديدة - بيروت.
- ١١٥- كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، (المتوفى: ١٠٥١هـ)، ط: دار الكتب العلمية، من دون طبعة ولا تاريخ.
- ١١٦- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، لعلاء الدين علي بن حسام الدين بن قاضي خان القادري الشاذلي الهندي البرهانفوري ثم المدني فالمكي الشهير بالمتقي الهندي، (المتوفى: ٩٧٥هـ)، ط: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الخامسة، ١٤٠١هـ/١٩٨١م، المحقق: بكري حياني - صفوة السقا.
- ١١٧- لسان العرب، لأبي الفضل محمد بن مكرم بن علي، جمال الدين بن منظور الأنصاري الرويعي الإفريقي، (المتوفى: ٧١١هـ)، ط: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤١٤هـ.
- ١١٨- المبدع في شرح المقنع لأبي إسحاق، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، (المتوفى: ٨٨٤هـ)، ط: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
- ١١٩- مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ط: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، تحقيق: نجيب هواويني.
- ١٢٠- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد (٧).
- ١٢١- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لأبي الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيتمي، (المتوفى: ٨٠٧هـ)، ط: مكتبة القدسي، القاهرة، عام النشر: ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م، تحقيق: حسام الدين القدسي.
- ١٢٢- مجموع الفتاوى، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، (المتوفى: ٧٢٨هـ)، ط: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية،

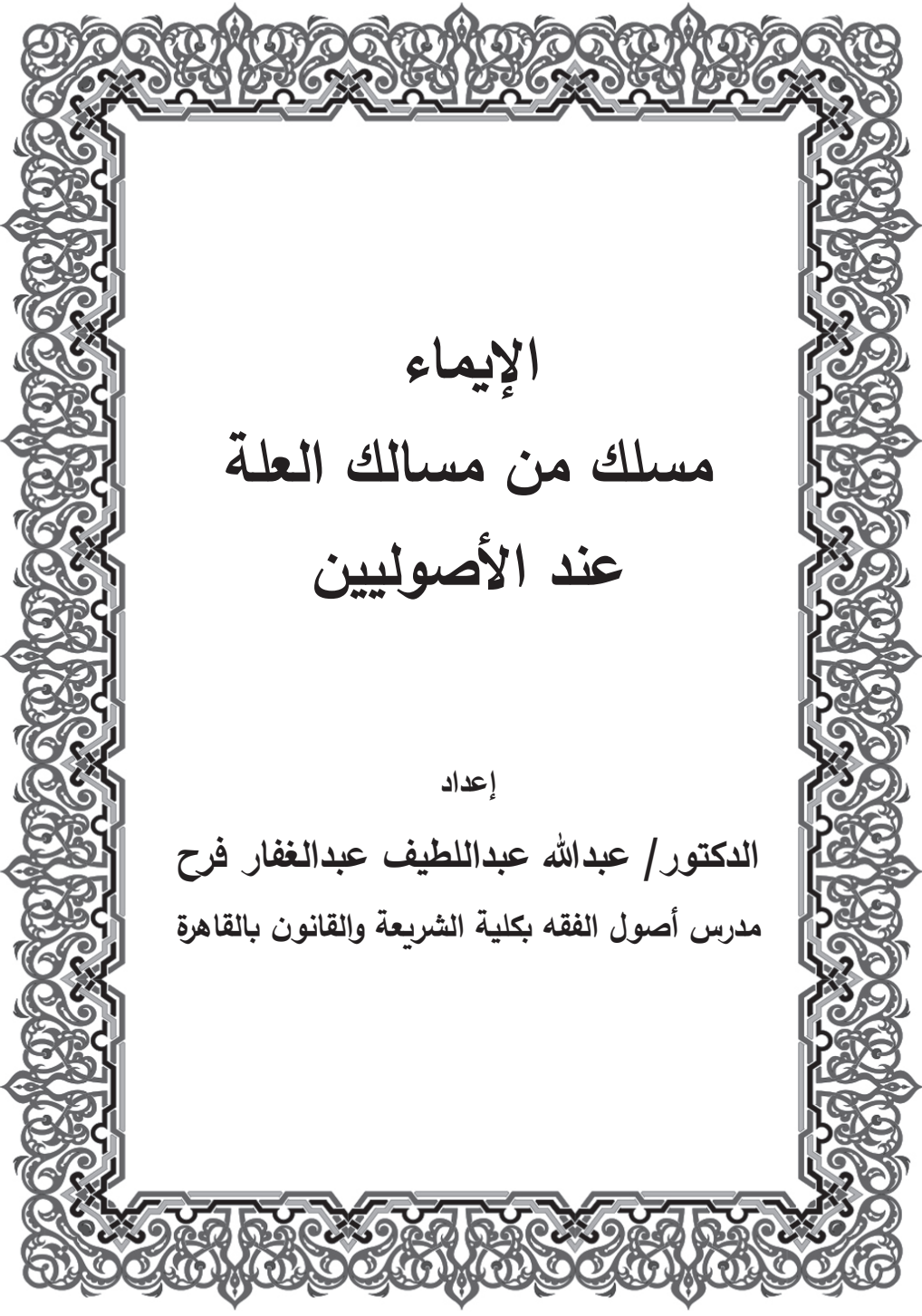
- المملكة العربية السعودية، طبعة: ١٤١٦هـ/١٩٩٥م، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم.
- ١٢٣- المجموع شرح المذهب، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، (المتوفى: ٦٧٦هـ)، ط: دار الفكر، من دون طبعة ولا تاريخ، (طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي).
- ١٢٤- محاضرات في الفقه المقارن، للدكتور/ محمد سعيد رمضان البوطي، ط: دار الفكر - دمشق - الطبعة: الثانية، ١٤٠٢هـ/١٩٨١م.
- ١٢٥- المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، (المتوفى: ٤٥٦هـ)، ط: دار الفكر - بيروت، الطبعة: من دون طبعة ولا تاريخ.
- ١٢٦- مختار الصحاح، لزين الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، (المتوفى: ٦٦٦هـ)، ط: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، تحقيق: يوسف الشيخ محمد.
- ١٢٧- مراتب الإجماع، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، (المتوفى: ٤٥٦هـ)، ط: دار الكتب العلمية - بيروت، من دون طبعة ولا تاريخ.
- ١٢٨- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، لأبي الحسن علي بن سلطان محمد، نور الدين الملا الهروي القاري (المتوفى: ١٠١٤هـ)، ط: دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- ١٢٩- المستدرك على الصحيحين، لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد ابن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري، (المتوفى: ٤٠٥هـ)، ط: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ/١٩٩٠م، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا.
- ١٣٠- مسند الإمام أبي حنيفة رواية أبي نعيم، لأبي نعيم أحمد بن عبد الله ابن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني، (المتوفى: ٤٣٠هـ)، ط: مكتبة الكوثر - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ، المحقق: نظر محمد الفاريابي.
- ١٣١- مسند الإمام أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، (المتوفى: ٢٤١هـ)، ط: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠١م، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي.

- ١٣٢- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأبي العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي، (المتوفى: ٧٧٠هـ)، ط: المكتبة العلمية - بيروت، من دون طبعة ولا تاريخ.
- ١٣٣- مصنف ابن أبي شيبة، لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، (المتوفى: ٢٣٥هـ)، ط: مكتبة الرشد-الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٠٩هـ، تحقيق: كمال يوسف الحوت.
- ١٣٤- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي، (المتوفى: ١٢٤٣هـ)، ط: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.
- ١٣٥- مطل الغنى ظلم يحل عرضة وعقوبته، عبد الله بن منيع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، العدد (٢).
- ١٣٦- المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، للدكتور/ ديبان بن محمد الديبان، ط: مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، ١٤٣٢هـ.
- ١٣٧- المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور/ محمد رواس قلعه جي، ط: دار النفائس- بيروت- لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م.
- ١٣٨- المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور/ محمد عثمان شبير، ط: دار النفائس للنشر والتوزيع - الأردن، الطبعة: السادسة، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٧م.
- ١٣٩- المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور/ وهبة الزحيلي، ط: دار الفكر - دمشق - سوريا، الطبعة: الثالثة، ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م.
- ١٤٠- المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية- المنامة- البحرين، ط: دار الميمان للنشر والتوزيع - الرياض- المملكة العربية السعودية، من دون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٣٧هـ/٢٠١٥م.
- ١٤١- المعجم الأوسط، لأبي القاسم الطبراني سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، (المتوفى: ٣٦٠هـ)، ط: دار الحرمين - القاهرة، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني.
- ١٤٢- معجم البلدان، لأبي عبد الله شهاب الدين ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي، (المتوفى: ٦٢٦هـ)، ط: دار صادر- بيروت-، الطبعة: الثانية، ١٩٩٥م.

- ١٤٣- معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، للدكتور/ نزيه حماد، ط: الدار العالمية للكتاب الإسلامي - الرياض، الطبعة: الثالثة، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.
- ١٤٤- معجم المؤلفين، عمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة الدمشقي، (المتوفى: ١٤٠٨هـ)، ط: مكتبة المثنى - بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- ١٤٥- معجم لغة الفقهاء، د/ محمد رواس قلعه جي، حامد صادق قنبيي، ط: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.
- ١٤٦- معرفة السنن والآثار، لأبي بكر البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي ابن موسى الخراساني، (المتوفى: ٤٥٨هـ)، ط: جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة)، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ/ ١٩٩١م، المحقق: عبد المعطي أمين قلعي.
- ١٤٧- مغني المحتاج لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، (المتوفى: ٩٧٧هـ)، ط: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م، (٢٢٧/١).
- ١٤٨- المغني، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، (المتوفى: ٦٢٠هـ)، ط: مكتبة القاهرة، الطبعة: من دون طبعة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ/ ١٩٦٨م.
- ١٤٩- مقاصد المعاملات ومراصد الواقعات، للدكتور/ عبد الله بن الشيخ محفوظ بن بيه، ط: مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية - مصر، الطبعة: الثالثة، ١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣م.
- ١٥٠- مقاييس اللغة لابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبي الحسين، (المتوفى: ٣٩٥هـ)، ط: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م، تحقيق: عبد السلام محمد هارون.
- ١٥١- المقدمات الممهديات، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، (المتوفى: ٥٢٠هـ)، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م، تحقيق: الدكتور/ محمد حجي.
- ١٥٢- المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن محمد بن مفلح، (المتوفى: ٨٨٤هـ)، ط: مكتبة الرشد - الرياض

- السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م، تحقيق: د/ عبد الرحمن بن سليمان العثيمين.
- ١٥٣- الملكية ونظرية العقد، للشيخ/ محمد أبو زهرة، ط: دار الفكر العربي - القاهرة، من دون طبعة، تاريخ النشر: ١٩٩٦م.
- ١٥٤- المماثلة في الديون - دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، د/ سلمان بن صالح بن محمد الدخيل، ط: كنوز اشبيليا - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م.
- ١٥٥- المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد ابن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي، (المتوفى: ٤٧٤هـ)، ط: مطبعة السعادة - مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٣٢هـ.
- ١٥٦- منح الجليل شرح مختصر خليل، للشيخ/ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش، المالكي، (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، ط: دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.
- ١٥٧- المذهب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، (المتوفى: ٤٧٦هـ)، ط: دار الكتب العلمية.
- ١٥٨- الموافقات في أصول الشريعة، لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، (المتوفى: ٧٩٠هـ)، ط: دار ابن عفان، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، تحقيق الشيخ/ أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان.
- ١٥٩- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، (المتوفى: ٩٥٤هـ)، ط: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.
- ١٦٠- الموسوعة الفقهية الكويتية، ط: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الطبعة: (من ١٤٠٤هـ - ١٤٢٧هـ).
- ١٦١- نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، لأبي محمد جمال الدين عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، (المتوفى: ٧٦٢هـ)، ط: مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية- جدة - السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، قدم للكتاب: محمد يوسف البنوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجانى، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، تحقيق: محمد عوامة.

- ١٦٢- نظرية الشرط في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية، للدكتور/ حسن علي الشاذلي، ط: دار كنوز اشبيليا - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م.
- ١٦٣- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، ط: دار الفكر، بيروت، الطبعة: ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.
- ١٦٤- النهاية في غريب الحديث والأثر، لأبي السعادات مجد الدين المبارك بن محمد ابن محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني الجزري بن الأثير، (المتوفى: ٦٠٦هـ)، ط: المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي.
- ١٦٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، ط: دار الحديث - القاهرة - مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م، تحقيق: عصام الدين الصبابطي.
- ١٦٦- الورق النقدي - حقيقته وتاريخه وقيمته وحكمه، للشيخ/ عبد الله بن منيع، ط: مطابع الرياض، الطبعة: الأولى، ١٣٩١هـ.
- ١٦٧- وفيات الأعيان، لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر بن خلكان البرمكي الإربلي، (المتوفى: ٦٨١هـ)، ط: دار صادر - بيروت، من دون طبعة، تاريخ النشر: ١٩٩٠م-١٩٩٤م، تحقيق: إحسان عباس.



الإيماء
مسك من مسالك العلة
عند الأصوليين

إعداد

الدكتور / عبدالله عبداللطيف عبدالغفار فرح
مدرس أصول الفقه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، وصفيه من خلقه وحبيبه، اللهم صل وسلم وبارك عليه وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد

فإن من أهم مباحث علم أصول الفقه القياس؛ إذ هو أصل من أصول التشريع ومصدر من مصادره؛ فعن طريقه نجد لكل واقعة حكما ولكل حادثة جوابا وحلا، فهو كما قال إمام الحرمين: (مناط الاجتهاد وأصل الرأي، ومنه يتشعب الفقه وأساليب الشريعة، وهو المفضى إلى الاستقلال بتفاصيل أحكام الوقائع مع انتفاء الغاية والنهاية) (١).

والعلة ركن في القياس لا بد في تحققه منها ليجمع بها بين الأصل والفرع بل هي الركن الأعظم ومباحثها أعظم مباحث الأصول وأصعبها.

ومن هنا كانت العلة محط أنظار العلماء من الأصوليين والفقهاء حتى تشعبت أبحاثها وتوسعت فروعها، ومن أهم مباحثها وأكثرها نفعاً، مبحث مسالك العلة والذي يعني بالطرق الموصلة إلى معرفة العلة وتحديد عينها؛ وإنما كان هذا المبحث من أهم مباحث العلة لأنه لا يكتفى في القياس بمجرد وجود العلة بل لا بد من دليل يشهد له بالاعتبار، وهذه المسالك هي التي تشهد بذلك وهي التي يتوصل بها إلى معرفة كون الوصف علة (٢).

(١) ينظر: (البرهان ٣/٢).

(٢) ينظر: (نبراس العقول ص ٢١٥، ٢٢٧).

ومن أهم هذه المسالك مسلك الإيماء -موضوع البحث- والذي رغبت أن أسهم بالكتابة فيه بغية تجلية مسأله، وإيضاح دقائقه.

أولاً: مشكلة البحث:

يحاول هذا البحث الإجابة على عدة تساؤلات، ومن أهمها:

- ١- ما هي حقيقة الإيماء؟ وهل دلالة الإيماء على العلية بطريق الالتزام أم لا؟
- ٢- ما هي أنواع الإيماء؟ وهل دلالة ترتيب الحكم على الوصف بالفاء على العلية من قبيل النص أم من قبيل الإيماء؟
- ٣- ترتيب الحكم على الوصف بدون الفاء هل يفيد العلية أم لا؟
- ٤- هل يشترط مناسبة الوصف للحكم في جميع أنواع الإيماء للدلالة على العلية أم لا؟
- ٥- ما هي الآثار والتطبيقات الفقهية المخرجة على الإيماء؟

ثانياً: أهمية البحث وأسباب اختياره:

وإن من أهم أسباب اختياري لهذا الموضوع ما يأتي:

- ١- أهمية الموضوع عموماً، وذلك لتعلقه بدليل من أدلة الشرع وأصل من أصوله وهو القياس، ولأن العلة أهم ركن من أركان هذا الدليل، فقد اجتمع أمران مهمان: أهمية الدليل، وأهمية الركن لهذا الدليل.
- ٢- أهمية مسلك الإيماء خصوصاً، وتكمن هذه الأهمية في أنه يعد طريقاً من طرق معرفة العلة الشرعية، والاهتداء إليها، والتي هي بدورها -كما ذكرت سابقاً- تعد الركن الأعظم في القياس الشرعي والذي لا يتم إلا بها.

٣- كثرة تطبيقاته الفقهية عند الفقهاء، واستدلّاهم به على العلية في كثير من تعليلاتهم القياسية.

٤- قلة الأبحاث العلمية -بحسب ما اطلعت عليه- التي تستجمع مسأله بصورة مستقلة.

وقد حظي مسلك الإيماء باهتمام الأصوليين فقل أن تجد كتاباً أصولياً يغفل عن ذكر هذا المسلك، لكن ما كتب فيه من أبحاث علمية يقع في الغالب ضمن مسالك العلة الأخرى، ولم يتناوله الباحثون ببحث مستقل إلا قليلاً.

ثالثاً: الدراسات السابقة:

وما يمكن عده من الدراسات السابقة لهذا الموضوع ما يأتي:

١- الأنوار الساطعة في طرق إثبات العلة الجامعة لأستاذنا الدكتور/ رمضان عبدالودود عبدالودود، وهو بحث منشور بمكتبة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة تحت رقم (٥٤٦)، وقد تناول فيه مؤلفه مسلك الإيماء بشي من الإيجاز ضمن الكلام عن مسالك العلة، وقد أفدت منه عند كتابتي لهذا البحث فجزى الله مؤلفه خيراً الجزاء

٢- مباحث العلة في القياس عند الأصوليين للدكتور عبدالحكيم بن عبدالرحمن السعدي، والذي طبعته دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثانية سنة (١٤٢١ هـ -٢٠٠٠م)، وقد تناول فيه مؤلفه مسلك الإيماء بشي من الإيجاز أيضاً ضمن الكلام عن مسالك العلة، فعرف الإيماء وذكر أنواعه حيث أفرد له ما يقرب من عشرين صفحة من كتابه، وقد أفدت منه عند كتابتي لهذا البحث فجزى الله مؤلفه خيراً الجزاء.

٣- الإيماء عند الأصوليين وأثره على القياس إعداد/ علي أحمد محمد جعفر وهو بحث قدمه مؤلفه كبحث تكميلي لنيل درجة الماجستير إلى جامعة القرآن الكريم بجمهورية السودان سنة (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م)، وقد تناول فيه المؤلف تعريف الإيماء وبيان أنواعه، لكنه لم يذكر التطبيقات الفقهية المخرجة عليه.

٤- الإيماء عند الأصوليين إعداد/ يسري محمد عبدالقادر الحوامدة، وهو بحث قدمه مؤلفه أيضا كأطروحة استكمالاً لمتطلبات الماجستير إلى جامعة النجاح الوطنية بفلسطين سنة (١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م)، تناول فيه المؤلف الإيماء كنوع من أنواع الدلالة، ومسلك من مسالك التعليل، فتكلم عن تعريف الإيماء، وبين أنواعه لكنه لم يستقص الكلام عن بعض المسائل الأصولية المتعلقة بالإيماء كمسلك من مسالك العلة، ولم يستوف كلام الأصوليين في بعض أنواعه.

وبهذا يتضح أن مسلك الإيماء بحاجة إلى مزيد بحث وعناية لكثير من متعلقاته ومسائله، وأرجوا أن أكون موفقا في هذا البحث في إبراز ذلك وإيضاحه.

رابعاً: منهجي في البحث:

حاولت جهدي إخراج هذا البحث متبعاً في ذلك المنهج العلمي والذي يمكن

تلخيصه في النقاط التالية:

١- استقراء المصادر والمراجع التي تناولت موضوع البحث، والاعتماد على المصادر الأصلية عند الكتابة، وعدم إغفال المراجع الحديثة.

٢- مراعاة الدقة في نسبة الأقوال الأصولية إلى قائلها مع ذكر مرجع صاحب القول إن كان له كتاب، وإن لم يكن له كتاب خرجت قوله من كتب الأصول الأخرى.

- ٣- تخريج الآيات القرآنية بعزوها إلى سورها مع ذكر أرقام الآيات.
- ٤- تخريج الأحاديث النبوية بإيجاز، وذلك بذكر مصدر الحديث من كتب السنة المشهورة مع ذكر اسم الكتاب والباب ورقم الجزء والصفحة ورقم الحديث إن ورد في الصحيحين أو في أحدهما، وأكتفي بذكر رقم الجزء والصفحة ورقم الحديث إن ورد في غير الصحيحين.
- ٥- توثيق المعاني اللغوية من كتب اللغة المعتمدة.
- ٦- العناية بالكتابة الإملائية الصحيحة.
- ٧- الاهتمام بعلامات الترقيم ووضعها في مواضعها الصحيحة ما أمكنني ذلك.
- ٨- وضع ثبت للمصادر والمراجع، والموضوعات.

خامسا: خطة البحث:

- وقد اشتمل هذا البحث على مقدمة وأربعة مباحث، وخاتمة كالاتي:
- المقدمة:** وتشتمل على مشكلة البحث، وأهمية البحث وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطة البحث.
- المبحث الأول: تعريف القياس، وبيان أركانه، وفيه مطلبان:**
- المطلب الأول: تعريف القياس لغة واصطلاحا.
- المطلب الثاني: أركان القياس.
- المبحث الثاني: مسالك العلة، وفيه مطلبان:**
- المطلب الأول: تعريف مسالك العلة.

المطلب الثاني: مسالك العلة التي ذكرها الأصوليون.

المبحث الثالث: الإيماء مسلك من مسالك العلة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الإيماء لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: أنواع الإيماء

المبحث الرابع: التطبيقات الفقهية على الإيماء.

سادساً: الخاتمة:

ذكرت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها.

والله أسأل أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه وأن يمدني بعونه وتوفيقه.

المبحث الأول: تعريف القياس، وبيان أركانه، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف القياس لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: أركان القياس.

المطلب الأول: تعريف القياس لغة واصطلاحاً

تعريف القياس في اللغة:

يطلق القياس في اللغة على معنيين:

المعنى الأول: التقدير، ومنه: «قست الثوب بالذراع»: إذا قدرته به ، و«قاس الطبيب الجراحة»: إذا جعل فيها الميل يقدرها به، أيعرف غورها ، وهو عبارة عن رد الشيء إلى نظيره^(١).

المعنى الثاني: المساواة ، يقال: قاس الشيء بالشيء إذا ساواه به ، سواء كانت المساواة حسية كقولنا: «قست النعل بالنعل» أي: ساويت إحداهما بالأخرى، أو كانت المساواة معنوية كقولنا: «فلان يقاس بفلان» أي: يساويه في الفضل، والشرف، والعلم^(٢).

(١) ينظر: (الصحاح تاج اللغة ٩٦٨/٣، ومختار الصحاح ص٢٦٣، وتاج العروس ٤١٦/١٦، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ١٢٥/٣).

(٢) ينظر: (لسان العرب ١٨٨/٦ ، وتاج العروس ٤١٨/١٦ ، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ١٢٥/٣).

وهناك معان لغوية للقياس وردت في كتب الأصوليين ولم يرد لها ذكر في كتب اللغة، من بين هذه المعاني:

- الاعتبار ، يقال: قست الشيء إذا اعتبرته، ومنه: قيس الرأي، وامرؤ القيس؛ لاعتبار الأمور برأيه.

- ومنها أيضا: الإصابة ، يقال: قاس محمد الشيء ، إذا أصابه ؛ لأن القياس يصاب به حكم الله في الفرع الذي تحققت فيه علة الأصل.

- ومنها: المماثلة ، يقال: هذا قياس هذا أي: مثله (١).

تعريف القياس في الاصطلاح:

اتسمت تعريفات المتقدمين للقياس ببيان صورته دون تدقيقات المتأخرين من الأصوليين من أهل الكلام في التعاريف ومراعاة الشروط الصارمة التي اشترطها المناطق، أما المتأخرون فقد دققوا واحترزوا وقيدوا وناقشوا واعترضوا ورجحوا بين التعاريف (٢)، وسوف أبين ذلك فيما يلي:

أولاً: تعريف متقدمي الأصوليين للقياس:

ذكر الشافعي في «الأم» ما يشبه تعريف القياس، حيث قال: القياس الجائز أن يشبه ما لم يأت فيه حديث بحديث لازم (٣).

وقال: ومن ذهب مذهب القياس أعاد الأمور إلى الأصول ثم قاسها عليها وحكم لها بأحكامها (٤).

(١) ينظر: (الحاوي للماوردي ١٣٦/١٦، والبحر المحيط ٦/٧، وإرشاد الفحول ٨٩/٢، وقياس الأصوليين بين المثبتين والنافين لأستاذنا الدكتور/محمد محمد عبداللطيف ص ١٠).

(٢) ينظر: (دروس في القياس لأستاذنا الدكتور/محمود عبدالرحمن عبدالمنعم ص ١٦).

(٣) ينظر: (الأم للإمام الشافعي ١٨١/٥).

(٤) ينظر: (المرجع السابق ٣٧/٤).

فالقياس عند الإمام الشافعي يعني: طلب الدلائل لإلحاق فرع بأصل لإثبات حكمه لأمر جامع بينهما (١).

وقال ابن جرير الطبري في تعريفه، هو: رد الفروع المختلف فيها إلى نظائرها من الأصول المجمع عليها (٢).

ثانياً: تعريف متأخري الأصوليين للقياس:

اختلفت عبارات متأخري الأصوليين في تعريف القياس، ويرجع ذلك إلى اختلافهم في القياس هل هو دليل مستقل بذاته نظر فيه أم لم ينظر، وجد مجتهد أم لم يوجد، أو هو عمل من أعمال المجتهد (٣).

فمن ذهب إلى القول بأن القياس من فعل المجتهد - كالباقلائي، والرازي، والبيضاوي، وغيرهم - ذكر عند تعريفه للقياس لفظ: «حمل فرع على أصل»، أو «إثبات»، أو «إلحاق»، أو «تعديّة»، أو «تسوية»، أو «رد»، أو نحو ذلك مما يفيد أن القياس من فعل المجتهد، ومكتسب منه؛ حيث إن الحمل يحتاج إلى حامل، والإثبات يحتاج إلى مثبت، والإلحاق يحتاج إلى ملحق، والتعديّة تحتاج إلى معدي، والتسوية تحتاج إلى مسوي، والرد يحتاج إلى راد، وهذا هو المجتهد، وهو القائنس.

ومن ذهب إلى القول بأن القياس دليل مستقل، وهو موجود قبل اجتهاد المجتهد - وهم بعض الأصوليين كالأمدي، وابن الحاجب، وابن عبدشكور، وابن الهمام، وغيرهم - ذكر عند تعريفه للقياس لفظ: «استواء»، أو «مساواة»، أو نحو ذلك (٤).

(١) ينظر: (دروس في القياس لأستاذنا الدكتور/ محمود عبدالرحمن عبدالمنعم ص ١٧).

(٢) ينظر: (تفسير الطبري ٤٣/١٠).

(٣) ينظر: (المهذب في أصول الفقه المقارن ٤/١٨٣٠).

(٤) ينظر: (تسهيل الوصول إلى علم الأصول للشيخ المحلاوي ص ٣٦١، وأصول الفقه لفضيلة الشيخ/

محمد أبو النور زهير ٨/٤، والمهذب في أصول الفقه المقارن ٤/١٨٢٨).

وسوف أذكر بعض تعريفات الأصوليين للقياس بهذين الاعتبارين:

الاعتبار الأول: كون القياس من أفعال المجتهد.

فقد عرفه القاضي الباقلاني بهذا الاعتبار فقال هو: حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما أو نفيه عنهما بأمر جامع بينهما من إثبات حكم، أو صفة، أو نفيهما عنهما.

واختار هذا التعريف الغزالي، وابن التلمساني في «شرح المعالم»، وقال هو: (أسد عبارة اعتمدها المتقدمون، واختارها المحققون) ^(١)، ونسبه الرازي إلى جمهور المحققين ^(٢).

وعرفه البيضاوي بأنه: إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت ^(٣).

وهذا التعريف أبداه الرازي في «المعالم» ^(٤)، واختاره ابن السبكي، وقال: (هو أقرب التعاريف) ^(٥).

الاعتبار الثاني: كون القياس دليلا مستقلا.

عرفه الأمدى بهذا الاعتبار فقال: هو عبارة عن الاستواء بين الفرع والأصل في العلة

(١) ينظر: (شرح المعالم ٢/٢٥٠).

(٢) ينظر: (المستصفى ص ٢٨٠، والمحصل للرازي ٥/٥).

(٣) ينظر: (منهاج الوصول ص ٩١).

(٤) ينظر: (المعالم ص ١٥٣).

(٥) ينظر: (الإبهاج ٣/٣).

المستتبطة من حكم الأصل^(١).

قال الأمدى: (هذه العبارة جامعة مانعة وافية بالغرض عرية عما يعترضها من التشكيكات العارضة لغيرها)^(٢).

ويمكن أن يعترض على الأمدى بأن تعريفه غير جامع؛ إذ يخرج منه قياس العلة إذا كانت علته منصوصة، وهو أقوى أنواع الأقيسة^(٣).

(١) ينظر: (الإحكام للأمدى ٣/١٩٠).

(٢) ينظر: (المرجع السابق).

(٣) ينظر: (دروس في القياس لأستاذنا الدكتور/ محمود عبدالرحمن عبدالمنعم ص ٢٠).

المطلب الثاني أركان القياس

أركان القياس أربعة:

الأصل - الفرع - الوصف الجامع بين الأصل والفرع وهو العلة - حكم الأصل.

قال الزركشي: (أركانه - أي القياس - وهي أربعة: الأصل، والفرع، والعلة، وحكم الأصل، ولا بد من ذكر هذه الأربعة في القياس) (١).

فإذا قلنا: النبيذ كالخمر في الإسكار ، فيحرم كما تحرم الخمر تحقق في هذا القياس الأركان الأربعة.

فالخمر هي الأصل ، والنبيذ هو الفرع ، والإسكار هو العلة ، وتحريم الخمر هو حكم الأصل (٢).

فالركن الأول: الأصل:

وقد اختلف العلماء فيما يسمى أصلا في القياس على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الأصل هو الصورة التي ثبت فيها الحكم أولا، وهي الخمر في المثال السابق ، ويسمى المقيس عليه، والمحمول عليه والمشبه به. وبه قال الفقهاء (٣).

القول الثاني: الأصل هو دليل الحكم في الصورة الأولى، وبه قال المتكلمون، فالأصل عندهم في المثال السابق هو الدليل الذي أثبت التحريم في الخمر وهو

(١) ينظر: (البحر المحيط ٧/٩٤، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٤/٤٨).

(٢) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٤/٤٨).

(٣) ينظر: (المحصول للرازي ٥/١٦، والبحر المحيط ٧/٩٥، وأصول الفقه للشيخ خلاف ص ٦٠، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٤/٤٩).

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْحَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ (١).

القول الثالث: كل قياس مشتمل على أصلين وفرعين، فالأصل الأول: هو حكم الصورة الأولى، وفرعه: هو العلة المأخوذة منه، والأصل الثاني: العلة في الصورة الثانية، وفرعه: هو الحكم الثابت في هذه الصورة، وبه قال الرازي (٢).

الركن الثاني: الفرع:

وكما اختلف العلماء فيما يسمى أصلا اختلفوا أيضا فيما يسمى فرعا على قولين:

القول الأول: أن الفرع هو المشبه أي الواقعة أو المحل الذي لم ينص على حكمه، وبه قال الفقهاء (٣).

القول الثاني: أن الفرع هو حكم المشبه -أي حرمة النبيذ في المثال السابق- لا المشبه نفسه. وبه قال المتكلمون (٤).

وعلاوا ذلك: بأن الحكم في الصورة الثانية متفرع عن العلة ، والعلة متفرعة من حكم الصورة الأولى ، وفرع الفرع فرع لذلك الأصل ، فصح أن يكون حكم الصورة الثانية فرعا بهذا الاعتبار (٥).

(١) سورة المائدة آية رقم (٩٠)، وينظر: (المحصول للرازي ١٦/٥، والإبهاج ٢٢٧٤/٦، والبحر المحيط ٩٥/٧، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٤٩/٤).

(٢) ينظر: (المحصول للرازي ١٧/٥، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٤٩/٤).

(٣) ينظر: (البحر المحيط ١٣٦/٧، وقياس الأصوليين بين المثبتين والنافين لأستاذنا الدكتور/ محمد عبداللطيف ص ٥٠).

(٤) ينظر: (البحر المحيط ١٣٦/٧، وقياس الأصوليين بين المثبتين والنافين لأستاذنا الدكتور/ محمد عبداللطيف ص ٥٠).

(٥) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٥٠/٤).

الركن الثالث: العلة: وهي الوصف الذي بنى عليه حكم الأصل وبناء على وجوده في الفرع يسوى بالأصل في حكمه (١).

الركن الرابع: حكم الأصل: وهو الحكم الشرعي الذي ورد به النص في الأصل، ويراد أن يكون حكماً للفرع (٢).

(١) ينظر: (أصول الفقه للشيخ خلاف ص ٦٠).

(٢) ينظر: (أصول الفقه للشيخ خلاف ص ٦٠).

المبحث الثاني: مسالك العلة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف مسالك العلة.

المطلب الثاني: مسالك العلة التي ذكرها الأصوليون.

المطلب الأول

تعريف مسالك العلة

تعريف المسالك:

المسالك جمع مسلك ، ومادته سلك، يقال: سلكت الطريق سلوكا -من باب قعد- أي: ذهب فيه والفعل سلك يتعدى بنفسه، وبالباء أيضا، فيقال: «سلكت زيدا الطريق»، و«سلكت به الطريق»، وسلكت الشيء في الشيء، أي: أنفذته^(١). قال ابن فارس: (سلك -السين، واللام، والكاف-: أصل يدل على نفوذ شيء في شيء، يقال: سلكت الطريق أسلكه، وسلكت الشيء في الشيء، أي: أنفذته^(٢). والمسلك: الطريق، جاء في المعجم الوسيط: المسلك: الطريق، ومنه: مسالك المياه، جمعه: مسالك^(٣)).

تعريف العلة في اللغة

العلة - بكسر العين - هي: معنى يحل بالمحل فيتغير به حال المحل، ومنه سمي المرض علة؛ لأنه بحلوله يتغير الحال من القوة إلى الضعف، فيقال: اعتل إذا مرض^(٤).

(١) ينظر: (المصباح المنير ١/٢٨٦).

(٢) ينظر: (معجم مقاييس اللغة ٣/٩٧).

(٣) ينظر: (تاج العروس ٢٧/٢٠٧، والمعجم الوسيط ١/٤٤٥).

(٤) ينظر: (المصباح المنير ٢/٤٢٦، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لأستاذنا الدكتور/ محمود عبدالرحمن ٢/٥٣٦).

وتطلق العلة في اللغة على أربعة معان:

- ١- تطلق على ما يتغير حكم الشيء بحصوله، مأخوذ من العلة التي هي المرض، لأن تأثيرها في الحكم كأثر العلة في ذات المريض، يقال: اعتل فلان إذا حال عن الصحة إلى السقم.
- ٢- وتطلق على ما يفيد التكرار والدوام، وهي مأخوذة من العَلَلِ بعد النهل، وهو معاودة الماء للشرب مرة بعد مرة، لأن المجتهد في استخراجها يعاود النظر بعد النظر، ولأن الحكم يتكرر بتكرار وجودها.
- ٣- وتطلق على الدواعي إلى فعل شيء أو الامتناع عنه، فيقال: علة إكرام محمد لإبراهيم علمه وإحسانه، ويقال: محمد لم يفعل الشر لعله قبحه.
- ٤- وتطلق على الحجة والدليل، يقال: أعله إذا جعله ذا علة، واعتل إذا تمسك بدليل^(١).

تعريف العلة في الاصطلاح:

اختلفت عبارات الأصوليين في تعريف العلة؛ وذلك تبعاً لاختلافهم في كون العلة مؤثرة بذاتها أم بجعل الله لها مؤثرة أم هي الباعث على الحكم أم هي المعرف؟^(٢).

وسوف أذكر هذه التعاريف كما يلي:

(١) ينظر: (مختار الصحاح ص ٢١٦، والمصباح المنير ٤٢٦/٢، وتاج العروس ٤٤/٣٠، والبحر المحيط ١٤٢/٧، والأنوار الساطعة في إثبات العلة الجامعة لأستاذنا الدكتور/ رمضان عبدالودود ص ١٥).

(٢) ينظر: (الأنوار الساطعة في إثبات العلة الجامعة لأستاذنا الدكتور/ رمضان عبدالودود ص ١٦).

التعريف الأول للمعتزلة:

فقد عرفوا العلة: بأنها الوصف المؤثر في الحكم بذاته، أو هي الموجبة للحكم بذاتها لا بجعل الله تعالى (١).

التعريف الثاني:

وهو: الوصف المؤثر في الحكم لا بذاته بل بجعل الشارع، ويعني ذلك أن تأثير الوصف في الحكم ليس بنفسه كما تقول المعتزلة، بل معناه أن الشارع ربط بين العلة وبين معلولها ربطا عاديا بحيث أن وجودها يستلزم وجود معلولها عندها كما ربط بين حز الرقبة وإزهاق الروح، وبين مماساة النار والإحراق (٢). وهذا هو تعريف الغزالي (٣)، وقال الهندي: وهو قريب لا بأس به (٤).

التعريف الثالث:

للأمدى وابن الحاجب فقد عرفا العلة: بأنها الباعث على التشريع، بمعنى أنه لا بد أن يكون الوصف مشتملا على حكمة صالحة أن تكون مقصودة للشارع من شرع الحكم (٥).

التعريف الرابع:

للإمام الرازي، والبيضاوي فقد عرفا العلة: بأنها الوصف المعروف للحكم، أي جعلت علما على الحكم إن وجد المعنى وجد الحكم (٦).

(١) ينظر: (المغني للقاضي عبد الجبار ١٧/٣٣٠، والإبهاج ٦/٢٢٨٥، والبحر المحيط ٧/١٤٤٤).

(٢) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٤/٥١).

(٣) ينظر: (شفاء الغليل ص ٢١، ٥٦٩).

(٤) ينظر: (نهاية الوصول ٨/٣٢٥٩، والبحر المحيط ٧/١٤٤٤).

(٥) ينظر: (الإحكام للأمدى ٣/٢٠٢، ومختصر ابن الحاجب ٢/١٠٣٩).

(٦) ينظر: (المحصول للرازي ٥/١٣٤، ومنهاج الوصول ص ٩٨، ونهاية السؤل ص ٣١٩).

قال الهندي: (وإذا بطل تفسير العلة الشرعية بالموجب لذاته، وبالباعث تعين تفسيرها إما «بالمعرف» لا بمعنى أنها تعرفنا حكم الأصل؛ فإن ذلك معرف بالنص بل حكم الفرع، لكن يخدمه ما هو المشهور من قول أصحابنا: من أن حكم الأصل معلل بالعلة المشتركة بينهما وبين الفرع مع أنه غير معرف بها)^(١).

ومن الجدير بالذكر أن أقول: إن الشيخ العروسي ذكر أن إطلاق اسم الأمانة والعلامة والمعرف والباعث والموجب صحيح كما أن من سماها السبب والداعي والمستدعي والحامل والمناط والدليل والمقتضي والموجب والمؤثر كذلك صحيح، ونسب الشيخ العروسي هذا القول إلى جماهير السلف من الصحابة والتابعين وقال: (هو الذي دلت عليه النصوص الشرعية).

وبين بطلان من ذهب إلى القول بأن العلة هي المعرف للحكم، فقال: (ومن سماها أمانة وعلامة، ولم يجعلها إلا مجرد ذلك، وسلبها التأثير فقوله باطل؛ لأننا نعلم أن الحكم في الأصل ثابت بالنص والإجماع، والنص والإجماع دليل على الحكم، فإذا كانت العلة مجرد علامة وأمانة فأى حاجة إليها؟ وفي النص والإجماع دلالة على الحكم وهي كافية، وعلة الحكم إنما تطلب بعد ثبوت الحكم، فإذا ثبت الحكم في الأصل فأى فائدة في طلب العلة؟ وكيف نتصور أن تكون علامة على الحكم وهي فرع ثبوت الحكم في نظرنا).

ثم قال: (قد يكون من أطلق على العلة اسما من هذه الأسماء فقد راعى بعض أوصافها الشهيرة أو المميّزة كمن سماها المناط؛ لأن الحكم ناط بها أي تعلق، ومن سماها المقتضي لاقتضائها الحكم، ولكن بعض هذه التسميات مراعى فيها مخالفة المعتزلة الذين يقولون إن العلة تؤثر في الحكم بذاتها، وقد بالغوا أحيانا في رد بعض هذه التسميات كما تعسفوا في تأويل بعضها مما ورد استعماله من قبل الذين استعملوها من علماء هذا الفن)^(٢).

(١) ينظر: (نهاية الوصول ٣٢٥٨/٨).

(٢) ينظر: (المسائل المشتركة بين أصول الفقه وأصول الدين للشيخ العروسي ص ٢٨٧).

فمسالك العلة هي: الطرق الدالة على كون الوصف المعين علة للحكم^(١).

وعرفها الزركشي بأنها: الطرق الدالة على العلة^(٢).

وبعض الأصوليين لم يسمها مسالك العلة، وإنما آثر التعبير عنها بمعناها،
ومن ذلك:

الدال على صحة العلة ، وهي عبارة القاضي أبي يعلى^(٣).

وإثبات علة الأصل، وهي عبارة إمام الحرمين الجويني^(٤).

وبيان إثبات العلة في القياس، وهي عبارة الغزالي^(٥).

والدلالة على العلة، وهي عبارة الكلوزاني^(٦).

وطرق إثبات العلة، وهي عبارة الطوفي^(٧).

والطرق الدالة على كون الوصف علة الحكم. وهي عبارة صفى الدين

الهندي^(٨).

ومن ذلك كله يتضح أن المراد من مسالك العلة: الطرق التي يتوصل بها

المجتهد إلى معرفة علة الحكم في الأصل^(٩).

(١) ينظر: (بيان المختصر ٨٦/٣، و البحر المحيط ٢٣٤/٧، والتحبير شرح التحرير ٣٣١١/٧،

وغاية الوصول ص ١٢٥).

(٢) ينظر: (البحر المحيط ٢٣٤/٧).

(٣) ينظر: (العدة ١٤٢٣/٥).

(٤) ينظر: (البرهان ٢٩/٢).

(٥) ينظر: (المستصفى ٣٠٧/١).

(٦) ينظر: (التمهيد للكلوزاني ٩/٤).

(٧) ينظر: (شرح مختصر الروضة ٣٥٧/٣).

(٨) ينظر: (نهاية الوصول ٣٢٥٥/٨).

(٩) ينظر: (مسلك الدوران حقيقته وحجبيته وأحكامه الأصولية للدكتور/ عايض بن عبدالله الشهراني

ص ٢٦).

المطلب الثاني

مسالك العلة التي ذكرها الأصوليون

نقل الغزالي عن بعض الأصوليين القول بأنه لا يجب إقامة الدليل على علة الأصل؛ وعللوا ذلك بأنه قد تحقق صورة القياس بمجرد الجمع، والأصل أن كل وصف يذكر في الأصل علة إلا أن يمنع منه مانع.

ورد الغزالي على هذا القول بأنه هذيان لا حاصل له: فإن الأصول تنقسم إلى ما يعلل، وإلى ما لا يعلل، ومع الاتفاق على صحة تعليل حكم الأصل، اتفقوا على صحة هذا الانقسام، فيحتمل أن لا يكون الأصل معللاً؛ وإن كان معللاً: احتتمل أن لا يكون معللاً بهذا الوصف المذكور، فلا بد من دليل يميز هذا الوصف عن سائر الأوصاف الموجودة في الأصل، لينبني على الاشتراك فيه الاشتراك في الحكم^(١).

فتبين بذلك أنه لا بد من إقامة دليل على علة الأصل، وقد صرح بذلك كثير من الأصوليين، قال الشيرازي: (لا بد من الدلالة على صحة العلة؛ لأن العلة شرعية كما أن الحكم شرعي، فكما لا يجوز إثبات الحكم من غير دليل لا يجوز إثبات العلة من غير دليل)^(٢).

وقال عضد الملة الإيجي: (كون الوصف الجامع علة حكم خبري غير ضروري فلا بد في إثباته من الدليل)^(٣).

(١) ينظر: (شفاء الغليل ص ٢٣).

(٢) ينظر: (شرح اللمع ٢/٨٥٠).

(٣) ينظر: (شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٣/٣٩٤).

وقال الزركشي: (اعلم أنه لا يكتفى في القياس بمجرد وجود الجامع في الأصل والفرع، بل لا بد من دليل يشهد له في الاعتبار) (١).

وقال الشوشاوي: (كل علة لا بد لها من دليل يدل عليها، كما أن كل حكم لا بد له من دليل يدل عليه) (٢).

فإذا تبين أن ذلك لا بد منه، فكون الوصف علة لحكم الأصل يعرف بمسالك، وبعض الأصوليين يعبر عنها بالطرق، وهذه المسالك إما أن تكون نصاً أو إجماعاً أو اجتهاداً.

ولذا يمكن تقسيم مسالك العلة التي ذكرها الأصوليون إلى قسمين:

القسم الأول: مسالك العلة النقلية، وهي التي ثبتت فيها العلة عن طريق النقل من نص أو إجماع.

القسم الثاني: مسالك العلة العقلية، وهي التي ثبتت فيها العلة عن طريق الاجتهاد والاستنباط.

وسوف أبين هذه الأقسام فيما يلي:

أولاً: مسالك العلة النقلية:

هذا هو القسم الأول من المسالك التي تدل على العلة، ويشتمل على مسلكين:

المسلك الأول: النص: وهو أن يذكر دليل من الكتاب أو السنة على التعليل بالوصف بلفظ موضوع له في اللغة من غير احتياج فيه إلى نظر واستدلال (٣).

(١) ينظر: (البحر المحيط ٧/٢٣٤).

(٢) ينظر: (رفع النقاب عن تنقيح الشهاب ٥/٢٩٥).

(٣) ينظر: (الإحكام للآمدي ٣/٢٥٢، والردود والنقود للبارتري ٢/٥١٩).

وينقسم هذا المسلك إلى قسمين:

القسم الأول: النص الصريح -وعبر عنه البيضاوي بالقاطع-(^١): وهو ما وضع للتعليل من غير احتمال، فيكون قاطعا في تأثيره، أي: ما صرح فيه بكون الوصف علة أو سببا للحكم الفلاني، وذلك كما لو قال: «اقطعوا يد السارق؛ لعله كذا»، أو « لسبب كذا»، ومنه قوله تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾ (^٢).

القسم الثاني: النص الظاهر، وهو: ما لا يكون قاطعا في تأثيره، فيحتمل التعليل ويحتمل غيره، ولكن التعليل به أرجح (^٣).

ولهذا القسم ألفاظ كثيرة، منها:

- اللام، كقوله تعالى: ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ﴾ (^٤)، فاللام وضعت للتعليل كما قال أهل اللغة، ولكن ورد استعمالها في غيره كالملك والاختصاص والعاقبة، فلذلك جعلت من قبيل الظاهر؛ لاحتمالها غير التعليل.

- إن -المشددة مكسورة الهمزة- كقوله ﷺ في قتلى أحد: (زملوهم بكلومهم فإنهم يحشرون يوم القيامة وأوداجهم تشخب دما، اللون لون الدم والريح ريح المسك) (^٥)، فإن في هذا الحديث تفيد التعليل، لكن كثرة استعمالها في التأكيد جعلها من قبيل الظاهر لاحتمالها غير التعليل.

(١) ينظر: (منهاج الوصول ص ٩٨).

(٢) سورة المائدة جزء من آية (٣٢)، وينظر: (الإحكام للآمدي ٢٥٢/٣، والمهذب في علم أصول الفقه المقارن ٢٠٢٧/٥).

(٣) ينظر: (المهذب في علم أصول الفقه المقارن ٢٠٢٨/٥).

(٤) سورة الإسراء جزء من آية (٧٨).

(٥) رواه النسائي في سننه من حديث عبد الله بن ثعلبة قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: زملوهم بدمائهم فإنه ليس كلم يكلم في سبيل الله إلا يأتي يوم القيامة يدمى، لونه لون الدم والريح ريح المسك، ينظر: (سنن النسائي الكبرى كتاب: الجنائز، باب: مواراة الشهيد بدمه ٤٥٣/٢ ح رقم ٢١٤٠).

- الباء، كقوله تعالى: ﴿جَزَاءً بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾^(١)، فالباء في الآية تفيد التعليل، لكنها تستعمل كثيرا في غيره كالإلصاق والاستعانة، ولهذا جعلت من قبيل الظاهر لاحتمالها غير التعليل^(٢).

المسلك الثاني: الإجماع: وهو أن يذكر ما يدل على إجماع الأمة في عصر من الأعصار على كون الوصف الجامع علة لحكم الأصل، إما قطعا أو ظنا^(٣).

مثال ذلك:

- إجماع العلماء على أن الصغر علة لثبوت الولاية على الصغيرة في قياس ولاية النكاح على ولاية المال^(٤).

- إجماعهم أيضا على أن العلة في تقديم الأخ الشقيق على الأخ للأب في الميراث هي: امتزاج النسبين -أي: نسب الأم والأب بمعنى اختلاطهما- فثبتت العلية بذلك، ويمكن قياس الأخ الشقيق في ولاية النكاح على الأخ الشقيق في الميراث؛ ليثبت له التقديم عليه في ولاية النكاح كما ثبت تقديمه عليه في الميراث^(٥).

(١) سورة السجدة جزء من آية (١٧).

(٢) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٥٢/٣، والإبهاج ٢٢٩٧/٦، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٥٥/٤).

(٣) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٥١/٣، والردود والنقود للبابرتي ٥١٩/٢).

(٤) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٥١/٣، والردود والنقود للبابرتي ٥١٩/٢).

(٥) ينظر: (نهاية السؤل ص ٣٢٥، والإبهاج ٢٣٢٣/٦، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٧٠/٤).

ثانيا: مسالك العلة العقلية:

هذا هو القسم الثاني من أقسام مسالك العلة، وهو مسالك العلة العقلية أو الاجتهادية، ويشتمل على سبعة مسالك، وهي:

المسلك الأول: الإيماء والتنبيه، وهذا المسلك هو محل البحث، وسوف أفصل القول فيه في المبحث الثالث إن شاء الله تعالى.

المسلك الثاني: المناسبة، قال ابن الحاجب: (ويسمى تخريج المناط، وهو تعيين العلة بمجرد إبداء المناسبة من ذاته لا بنص ولا غيره، كالإسكار في التحريم، والقتل العمد العدوان في القصاص)^(١)، وقال الزركشي: (ويعبر عنها بـ «الإخالة»، وبـ «المصلحة»، وبـ «الاستدلال»، وبـ «رعاية المقاصد». ويسمى استخراجها «تخريج المناط» لأنه إبداء مناط الحكم، وهي عمدة كتاب القياس وغمرته ومحل غموضه ووضوحه)^(٢).

والمناسبة عند الأصوليين معرفتها متوقفة على تعريف المناسب عندهم ضرورة أن المناسب بالمعنى المصطلح عليه عندهم جزء من تعريفها، ومعرفة الكل متوقفة على معرفة أجزائه^(٣).

فالمناسب عرفه ابن الحاجب بأنه: وصف ظاهر منضبط يحصل عقلا من ترتيب الحكم عليه ما يصلح أن يكون مقصودا من حصول مصلحة أو دفع مفسدة^(٤).

(١) ينظر: (مختصر ابن الحاجب ٢/١٠٨٤).

(٢) ينظر: (البحر المحيط ٧/٢٦٢).

(٣) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٤/٧١).

(٤) ينظر: (مختصر ابن الحاجب ٢/١٠٨٥).

مثال المناسب الذي ينطبق عليه التعريف كما ذكر ابن الحاجب: الإسكار فإنه وصف لا خفاء فيه، منضبط لا اضطراب فيه، يحصل عقلا من ترتيب الحكم عليه الذي هو التحريم مصلحة هي حفظ العقول وإن شئت قلت دفع مفسدة هي زوال العقل^(١).

وكذلك القتل العمد العدوان وصف ظاهر منضبط يحصل عقلا من ترتيب الحكم عليه وهو وجوب القصاص مصلحة هي حفظ النفس، ودفع مفسدة وهي هلاك النفس.

فالمناسبة هي: كون الوصف ظاهرا منضبطا يحصل عقلا من ترتيب الحكم عليه ما يصلح أن

يكون مقصودا من جلب مصلحة أو دفع مفسدة^(٢).

متى تكون المناسبة مفيدة للعلية؟ ولماذا؟

تكون المناسبة مفيدة للعلية إذا اعتبرها الشارع.

وإنما كانت المناسبة مفيدة للعلية عند اعتبار الشارع لها؛ لأنه ثبت بالاستقراء والتتبع لأحكام الشارع أن كل حكم لا يخلو عن مصلحة ترجع إلى العبد أو مفسدة تدفع عنه تفضلا منه سبحانه، فالوصف عند مناسبته للحكم وعدم وجود ما يصلح للعلية غيره، يغلب على ظن المجتهد أن يكون علة، وإلا لزم أن يخلو الحكم عن العلة، فيخلو عن الحكمة والمصلحة، وذلك خلاف ما دل عليه الاستقراء.

(١) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٧٢/٤).

(٢) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٧٢/٤).

وإذا حصل الظن بأن الوصف المناسب علة للحكم كانت المناسبة مفيدة للعلية
ظنا، ولهذا اعتبرت طريقا من الطرق الدالة على العلية (١).

المسلك الثالث: السير والتقسيم: وهو جمع الأوصاف التي يظن كونها علة
في الأصل ثم اختبارها بإبطال ما لا يصلح منها للعلية فيتعين الباقي للتعليل (٢).

صورة السبر والتقسيم:

أن تقول: الحكم الثابت في الأصل لا يجوز أن يكون بلا علة، والموجود فيه
وصفان أو ثلاثة فإني بحثت عن الأوصاف فلم أجد غير ما ذكر والأصل عدم
ما سواها إلا بدليل ولا دليل، ثم يحذف بعد ذلك ما لا يصلح للتعليل بدليل، فيلزم
من مجموع الأمرين انحصار التعليل في الباقي (٣).

مثال ذلك:

- قول الشافعية: علة حرمة الربا إما أن تكون الطعم أو الكيل أو القوت،
والثاني والثالث باطلان؛ لعدم المناسبة أو للتخلف، فتعين أن تكون العلة الطعم (٤).
- وقولهم: ولاية الإجماع على النكاح إما أن تكون غير معللة أو معللة،
وحينئذ فإما أن تكون العلة البكارة أو الصغر أو غيرهما، وما عدا القسم الثاني
وهو التعليل بالبكارة - من الأقسام باطل.

(١) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٨٥/٣، والإبهاج ٢٣٤٦/٦، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير
٧٨/٤).

(٢) ينظر: (مختصر ابن الحاجب ١٠٧٩/٢، والردود والنقود للبارتري ٥٣٠/٢، وأصول الفقه للشيخ
أبي النور زهير ٩٢/٤).

(٣) ينظر: (الردود والنقود للبارتري ٥٣٠/٢).

(٤) ينظر: (نهاية السؤل ص ٣٣٤).

أما الأول وهو عدم تعليلها مطلقا، والرابع وهو تعليلها بغير البكارة والصغر فبالإجماع على أنها معللة وأن العلة منحصرة في هذين الوصفين، وأما الثالث وهو تعليلها بالصغر فلأنها لو عللت بالصغر لثبتت ولاية الإيجابار على الثيب الصغيرة لوجود الصغر فيها وهو باطل؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم - : (الثيب أحق بنفسها)، فتعين أن تكون العلة في الإيجابار البكارة^(١).

المسك الرابع: الدوران.

ويعبر عنه الأقدمون ب«الجريان»، وب«الطرد والعكس» وهو: أن يوجد الحكم عند وجود الوصف ويرتفع عند ارتفاعه^(٢).

ويسمى هذا بالدوران الوجودي والعدمي، أو الدوران المطلق، ويقع على وجهين:

الوجه الأول: أن يقع في صورة واحدة كالتحريم مع السكر في العصير، فإنه لما لم يكن مسكرا لم يكن حراما، فلما حدث السكر فيه وجدت الحرمة، ثم لما زال السكر بصيرورته خلا زال التحريم وصار حلالا، فدل على أن العلة في تحريمه هي: السكر^(٣).

الوجه الثاني: أن يقع في صورتين، مثل: تحريم التفاضل في الربويات مع الطعام، فإن التحريم يوجد عند وجود الطعام في المطاعم، وينعدم عند انعدام الطعام في غيرها كالحديد والجبس، فلا يحرم التفاضل^(٤).

(١) ينظر: (الإبهاج ٦/٢٣٨٧، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٤/٩٢).

(٢) ينظر: (الإبهاج ٦/٢٣٧٥، والبحر المحيط ٧/٣٠٨، وغاية الوصول ص ١٣٢).

(٣) ينظر: (الإبهاج ٦/٢٣٧٦، والبحر المحيط ٧/٣٠٨، والمهذب في علم أصول الفقه المقارن ٥/٢٠٨٩).

(٤) ينظر: (الإبهاج ٦/٢٣٧٦، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٤/٩٢).

أما إذا وجد الحكم عند وجود الوصف، ولا ينعدم الحكم عند عدم الوصف، فهذا يسمى: الدوران الوجودي، وإذا انعدم الحكم عند عدم الوصف، ولا يوجد الحكم عند وجود الوصف، فهذا يسمى: الدوران العدمي^(١).

المسلك الخامس: الشبه.

من مسالك العلة: الشبه، ويسميه بعض الفقهاء « الاستدلال بالشيء على مثله »^(٢).

قال الزركشي: (وهو عام أريد به خاص؛ إذ الشبه يطلق على جميع أنواع القياس، لأن كل قياس لا بد فيه من كون الفرع شبيها بالأصل بجامع بينهما، إلا أن الأصوليين اصطلاحوا على تخصيص هذا الاسم بنوع من الأقيسة، وهو من أهم ما يجب الاعتناء به)^(٣).

وقد عرفه القاضي الباقلاني بأنه: الوصف المقارن للحكم المناسب له بالتبع، دون الذات^(٤).

فإن الوصف المقارن للحكم إما أن يناسبه بالذات أو لا:

فإن ناسبه بالذات فهو المناسب كالسكر للتحريم؛ إذ السكر مناسب بالذات لتحريم السكر.

وإن لم يناسبه بالذات فإما أن يناسبه بالتبع أو لا يناسبه مطلقاً:

(١) ينظر: (المهذب في علم أصول الفقه المقارن ٥/٢٠٨٩).

(٢) ينظر: (البحر المحيط ٧/٢٩٣).

(٣) ينظر: (البحر المحيط ٧/٢٩٣).

(٤) ينظر: (الإبهاج ٦/٢٣٥٨).

فإن ناسبه بالتبع أي بالالتزام فهو الشبه، كالتطهارة لاشتراط النية، فإن التطهارة من حيث هي لا تناسب اشتراط النية لكن تناسبها من حيث إنها عبادة، والعبادة مناسبة لاشتراط النية.

وإن لم يناسبه مطلقا فهو الطرد (١).

والتعريف السابق للشبه نقله الأصوليون عن القاضي الباقلاني، وقد ذكر ابن السبكي أنه رأى له تعريفا آخر في كتابه مختصر التقريب والإرشاد، حيث عرفه بأنه: إلحاق فرع بأصل؛ لكثرة أشباهه للأصل في الأوصاف من غير أن يعتقد أن الأوصاف التي شابه الفرع فيها الأصل علة حكم الأصل (٢).

وعرفه أكثر المحققين بأنه: الوصف الذي لا تظهر فيه المناسبة بعد البحث التام، ولكن ألف من الشارع الالتفات إليه في بعض الأحكام (٣).

قال الأمدى: (فهو دون المناسب وفوق الطردى، ولعل المستند في تسميته شبيها إنما هو هذا المعنى) (٤)، أي: أن له شبيها بالوصف المناسب من حيث الالتفات الشارع إليه في بعض الأحكام، وشبيها بالوصف الطردى من حيث إن مناسبته للحكم لم تظهر بعد البحث والتأمل (٥).

مثاله:

قول الشافعي في مسألة إزالة النجاسة: تطهارة تتراد لأجل الصلاة، فلا تجوز بغير الماء كطهارة الحدث، فإن الجامع هو التطهارة، ومناسبتها لتعيين الماء فيها

(١) ينظر: (الإبهاج ٦/٢٣٥٨).

(٢) ينظر: (الإبهاج ٦/٢٣٥٨).

(٣) ينظر: (الإحكام للأمدى ٣/٢٩٦، ونهاية السؤل ص ٣٣٠).

(٤) ينظر: (الإحكام للأمدى ٣/٢٩٦).

(٥) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٤/٨٣).

بعد البحث التام غير ظاهرة، وبالنظر إلى كون الشارع اعتبرها في بعض الأحكام كمس المصحف والصلاة والطواف، يوهم اشتغالها على المناسبة (١).

المسلك السادس: الطرد:

الطرد مصدر بمعنى الاطراد، وهو أن يثبت الحكم مع الوصف الذي لم يعلم كونه مناسباً ولا مستلزماً للمناسب في جميع الصور المغايرة لمحل النزاع (٢).

قال ابن السبكي: (هذا هو المراد من الاطراد على قول الأكثر) (٣).

والوصف الثابت بهذا المسلك يسمى بالوصف الطردي، ويعرف بأنه وصف مقارن للحكم ولا مناسبة بينه وبين الحكم لا بالذات ولا بالتبع (٤).

مثاله:

قول الشافعي: الخل مائع لا نبي على جنسه القنطرة فلا تزال به النجاسة كالدهن، فيكون الدهن مائعا لا تبنى على جنسه القنطرة، لا مناسبة بينه وبين عدم إزالة النجاسة به، وإنما هو وصف طردي وجب عدم إزالة النجاسة به عنده (٥).

المسلك السابع: تنقيح المناط.

التنقيح: هو التهذيب والتمييز، وكلام منقح، أي: لا حشو فيه، والمناط: هو

العلة (٦).

(١) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٩٦/٣، ونهاية السؤل ص ٣٣٠).

(٢) ينظر: (نهاية السؤل ص ٣٣٥).

(٣) ينظر: (الإبهاج ٢٣٩١/٦).

(٤) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٩٥/٤).

(٥) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٩٥/٤).

(٦) ينظر: (البحر المحيط ٣٢٢/٧).

وقد عرف ابن السبكي تنقيح المناط بأنه: بذل الجهد في تعيين العلة من بين الأوصاف التي أناط الشارع الحكم بها إذا ثبت ذلك بنص أو إجماع وذلك بحذف ما لا دخل له في التأثير (١).

مثل: حديث الأعرابي الذي قال فيه: واقعت أهلي في نهار رمضان، فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم - : «أعتق رقبة» (٢)، فإن تقدير الكلام: واقعت أهلك في نهار رمضان فأعتق رقبة.

فالرسول ﷺ أناط عتق الرقبة - وهو الحكم - بوقاع الأعرابي أهله في نهار رمضان، وهذه الأوصاف لا تأثير لبعضها في الحكم، مثل كون الذي واقع أعرابيا؛ لأن الأحكام تشريعها عام لا يختص بها فرد دون فرد ما دام لم يقدّم دليل على الخصوصية، ومثل كون الموطوءة أهلا وزوجة للواطي؛ لأن غير الأهل أولى بالكفارة من الأهل من حيث أن الزوجة يحل وطؤها في الجملة وذلك في ليل رمضان، وغير الزوجة لا يحل وطؤها لا ليلا ولا نهارا، وبذلك يكون كل من وصف الأعرابي والأهل ملغى لا تأثير له في وجوب الكفارة، ويكون المؤثر هو الجماع في نهار رمضان، فيكون هو العلة (٣).

وعرفه البيضاوي بأنه: بيان المستدل إلغاء الفارق بين الأصل والفرع ليتعين المشترك بينهما للعلية (٤).

(١) ينظر: (جمع الجوامع ومعه شرح المحلي وعليه حاشية العطار ٣٣٧/٢، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٩٧/٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه من رواية أبي هريرة ؓ (كتاب: كفارات الأيمان، باب: من أعان المعسر في الكفارة ١٤٤/٨ ح رقم ٦٧١٠)، ومسلم في صحيحه (كتاب: الصيام، باب: تغليظ الجماع في نهار رمضان ٧٨١/٢ ح رقم ١١١١).

(٣) ينظر: (جمع الجوامع ومعه شرح المحلي وعليه حاشية العطار ٣٣٧/٢، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٩٧/٤).

(٤) ينظر: (منهاج الوصول ص ١٠٣، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٩٨/٤).

وصورته:

أن يقال لا فرق بين الفرع والأصل إلا كذا وكذا، وذلك لا مدخل له في الحكم البتة، فيلزم

اشتراكهما في الحكم لا اشتراكهما في الموجب له^(١).

مثاله:

قياس الأمة على العبد في السراية في قوله - صلى الله عليه وسلم - : (من أعتق شركا له في عبد قوم عليه الباقي)^(٢) بأنه لا فارق بين الأمة والعبد إلا الذكورة، وهو ملغى بالإجماع؛ إذ لا مدخل له في العلية^(٣).

(١) ينظر: (الإبهاج ٦/٢٣٩٥).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (كتاب: العتق، باب: إذا أعتق عبدا بين اثنين ... ١٤٤/٣ ح رقم ٢٥٢٢)، ومسلم في صحيحه (كتاب: العتق، باب: من أعتق شركا له في عبد ١١٣٩/٢ ح رقم ١٥٠١).

(٣) ينظر: (الإبهاج ٦/٢٣٩٦).

المبحث الثالث: الإيماء مسلك من مسالك العلة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الإيماء لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: أنواع الإيماء.

المطلب الأول

تعريف الإيماء لغة واصطلاحاً

من المسالك العقلية التي تدل على العلية: الإيماء، ويسمى أيضاً التثبيته، فهما لفظان مترادفان يؤدي كل منهما في اللغة معنى الآخر، ولذا اكتفى بعض الأصوليين بذكر أحدهما^(١).

والإيماء في اللغة:

مصدر أومأ إلى الشيء إذا أشار إليه،

قال ابن منظور: (الإيماء: الإشارة بالأعضاء كالرأس واليد والعين والحاجب، يقال: أومأت إليه أومئ إيماء، وومأت لغة فيه)^(٢).

وجاء في المصباح المنير: (أومأت إليه إيماء أشرت إليه بحاجب أو يد أو غير ذلك، وفي لغة: ومأت ومئا، من باب نفع)^(٣).

(١) ينظر: (مختصر ابن الحاجب ١٠٧٣/٢، ونهاية السؤل ص ٣٢١، وتيسير التحرير ٤٠/٤، والنقض كطريق مبطل للعلية للدكتور: ماهر أحمد عامر ص ٥٧).

(٢) ينظر: (لسان العرب ٤١٥/١٥).

(٣) ينظر: (المصباح المنير ٦٧٣/٢).

وجاء في معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية: الإيماء والتنبية لفظان يدور
معناهما في اللغة حول الإشارة، والانتباه من النوم، ولا يبعد المعنى الاصطلاحي
عن أصل الوضع اللغوي للإيماء^(١).

الإيماء في الاصطلاح:

عرف الأصوليون الإيماء بتعريفين:

التعريف الأول: وهو تعريف ابن الحاجب:

فقد عرفه بقوله: هو أن يقترن وصف بحكم لو لم يكن هو أو نظيره للتعليل
لكان بعيدا^(٢).

شرح التعريف:

يقترن: أي: يجمع، فالأقترن معناه الجمع بين الشئيين، وهو جنس في التعريف
يشمل كل اقتران سواء كان بين ذاتين كاقترن الزوج بزوجه، أو بين ذات ومعنى
مثل: زيد قائم، أو بين معنى وحكم مثل: شرب الخمر حرام للإسكار.

وإضافة الاقتران إلى الوصف مقيدا بالحكم قيد أول يخرج ماعدا ذلك مثل:
اقتران الذاتين، أو اقتران الذات بالحكم.

والوصف: هو المعنى القائم بالغير.

والحكم: يعني النسبة التامة سواء كانت شرعية أو لغوية أو عقلية؛ لأن الإيماء
طريق مثبت لعلية الوصف مطلقا سواء كانت العلة شرعية أو لغوية أو عقلية،
فوجب التعميم في الحكم ليكون التعريف شاملا للجميع.

(١) ينظر: (معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية ٢٩/٤٧٠).

(٢) ينظر: (مختصر ابن الحاجب ٢/١٠٧٣).

لو لم يكن هو: الضمير يعود على الوصف، وأبرز الضمير مع أن مقتضى الظاهر أن يكون مستترا ليعطف عليه قوله بعد ذلك: أو نظيره؛ لأنه لا يجوز العطف على الضمير المتصل المرفوع إلا إذا فصل بالضمير المنفصل أو بفواصل آخر غيره، والفصل بالضمير أولى.

أو نظيره: الضمير يعود على الوصف أيضا، ونظير الوصف مثله.

للتعليل: أي لو لم يكن الوصف علة للحكم، أو لم يكن نظير الوصف علة لنظير الحكم.

لكان بعيدا: يعني لو لم يكن الغرض من اقتران الوصف بالحكم هو أن يكون الوصف علة للحكم أو نظير الوصف علة لنظير الحكم لكان اقتران الوصف بالحكم بعيدا، أي: مستبعدا من الشارع لا يليق بفصاحته وإتيانه الألفاظ في مواضعها.

وقوله: «لو لم يكن هو أو نظيره للتعليل لكان القران بعيدا» قيد في التعريف مخرج لما عدا الإيماء من باقي طرق العلة؛ لأن المفيد في غير الإيماء ليس بعد القران بل شيء آخر كالنص أو المناسبة أو السبر أو الدوران.

وبعد القران: معناه خلوه عن الفائدة بحيث يكون الكلام المشتمل عليه غير مناسب لمقتضى الحال.

الأمثلة على الإيماء:

المثال الأول: وهو مثال لاقتران الوصف بالحكم للدلالة على أن الوصف علة للحكم:

قوله ﷺ في شأن الهرة: (إنها من الطوافين عليكم والطوافات) (١)، فالوصف وهو الطواف قد اقترن بالحكم وهو الطهارة المسؤول عنها، فلو لم يكن الطواف علة للطهارة لكان قرنه بها بعيداً؛ لأنه يجعل السؤال خالياً عن الجواب، وهو بعيد من الرسول ﷺ.

المثال الثاني: وهو مثال لاقتران الوصف بالحكم للدلالة على أن نظير الوصف علة لنظير الحكم:

ما رواه البخاري: (أن امرأة قالت: يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم نذر أفأصوم عنها؟ فقال ﷺ: رأيت لو كان على أمك دين فقضيته أكان ذلك يؤدي عنها؟ قالت: نعم. قال: فصومي عن أمك، فدين الله أحق بالأداء) (٢).

فالرسول ﷺ قرن بين دين العباد ووجوب قضائه وهو اقتران وصف بحكم وفائدة الاقتران هو الدلالة على أن نظير الوصف علة لنظير الحكم، وبذلك يمكن معرفة حكم المسؤول عنه بقياسه على ما علم حكمه من الجواب.

فلو لم يكن هذه الاقتران مفيداً للعلية لخلا السؤال عن الجواب، ولزم تأخير البيان عن وقت الحاجة وهو باطل (٣).

التعريف الثاني: وهو تعريف صاحب مسلم الثبوت، ونقله الإسنوي وغيره

دون نسبة لأحد:

وهو: ما دل على عليية وصف لحكم بواسطة قرينة من القرائن (٤).

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٩/١ ح رقم ٧٥)، والترمذي في سننه (١٥٣/١ ح رقم ٩٢)، والنسائي في سننه الكبرى (٩٥/١ ح رقم ٦٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (كتاب: الصوم، باب: من مات وعليه صوم ٣٥/٣ ح رقم ١٩٥٣)، ومسلم في صحيحه (كتاب: الصيام، باب: قضاء الصيام عن الميت ٨٠٤/٢ ح رقم ١١٤٨).

(٣) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٥٧/٤، ٥٨، ونيراس العقول ص ٢٣٧، ومعلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية ٤٧٠/٢٩).

(٤) ينظر: (مسلم الثبوت ومعه فواتح الرحموت ٣٤٨/٢، ونهاية السؤل ص ٣٢١، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٥٨/٤، ونيراس العقول ص ٢٤١).

شرح التعريف:

ما: يعني لفظا بقرينة قوله بعد ذلك «دل»؛ لأن الدلالة من عوارض الألفاظ، وهو جنس في التعريف يشمل جميع الألفاظ سواء كانت مستعملة أو مهملة، وسواء دلت على العلية أو دلت على غيرها.

دل: قيد في التعريف يخرج المهمل، والدلالة باعتبار أنها من صفات الفاهم هي: «فهم أمر من أمر بعد العلم بالوضع»، وباعتبار أنها من صفات الألفاظ هي: «كون اللفظ بحالة بحيث إذا أطلق فهم منه معناه».

على علية وصف لحكم: العلية معناها كون الشيء علة، فَعَلِيَّةُ الوصف للحكم معناها: كون الوصف علة للحكم، وهو قيد في التعريف يخرج ما دل على غير العلية مثل: زيد قائم، فلا يكون إيماء.

بقرينة من القرائن: هذا القيد في التعريف يعم القرينة اللفظية كالفاء في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوهُ﴾، والقرينة المعنوية مثل: بعد القران، وهو قيد في التعريف أيضا يخرج به النص فإن دلالاته على العلية بالوضع لا بالقرينة (١).

الفرق بين التعريفين:

إذا دققنا النظر في التعريفين السابقين للإيماء نجد أن التعريف الأول وهو تعريف ابن الحاجب قد جعل بعد القران فقط هو الذي أفاد العلية، وبعد القران قرينة معنوية، وبذلك يكون اللفظ الدال على العلية بواسطة القرينة اللفظية كالفاء في قوله تعالى: ﴿الرَّانِيَةُ وَالرَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ (٢) ليس من

(١) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٥٨/٤، ٥٩).

(٢) سورة النور جزء من آية رقم (٢).

الإيماء؛ ولذلك جعل ابن الحاجب دلالة الفاء على العلية من قبيل الظاهر لا من قبيل الإيماء.

أما التعريف الثاني فقد جعل المفيد للعية في الإيماء هو مطلق قرينة، وذلك شامل للقرينة اللفظية، والقرينة المعنوية، وبذلك تكون دلالة اللفظ على العلية بواسطة الفاء إيماء على التعريف الثاني دون التعريف الأول^(١).

وقد اعترض الشيخ عيسى منون على هذا التفريق بوجهين:

الوجه الأول:

أنه يلزم أن يكون التعريف الأول غير جامع بالنسبة للذي جعل الترتيب بالفاء من قبيل الإيماء فإن هذا التعريف لا يشمل.

الوجه الثاني:

أن التعريف الثاني بهذا الشمول لا يصح عند من جعل الترتيب بالفاء من النص مع أننا وجدنا الأصوليين يعرفون بكل منهما بقطع النظر عن اعتبار الترتيب بالفاء من النص أو الإيماء، فصاحب مسلم الثبوت قد عرف بالثاني واعتبر الفاء من النص^(٢).

ثم حقق الشيخ عيسى هذه المسألة فقال:

التحقيق أن اعتبار الترتيب بالفاء من الإيماء أو من النص إنما هو لمدرک خاص، ولا يترتب عليه تغيير حقيقة الإيماء فحقيقته واحدة والتعريفان المذكوران يتصادقان على شيء واحد غير أن الأول لاحظ جهة الدلالة فضبط الإيماء بها، والثاني لاحظ الدال الحقيقي - وهو اللفظ - فعرف به^(٣).

(١) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٥٩/٤).

(٢) ينظر: (نبراس العقول ص ٢٤٢).

(٣) ينظر: (نبراس العقول ص ٢٤٢).

إذا ذكر الوصف وحذف الحكم أو العكس بأن ذكر الحكم وحذف الوصف هل
يعتبر ذلك إيماء أم لا؟

تبين من خلال التعريفين السابقين أن حقيقة الإيماء عبارة عن اقتران وصف
بحكم، فهل تتحقق هذه الحقيقة بمجرد ذكر أحدهما مع عدم ذكر الآخر أم يشترط
ذكرهما معا حتى تتحقق حقيقته، فأقول:

اتفق الأصوليون على أن اقتران الوصف بالحكم عند ذكرهما معا يكون إيماء
(^١)، وذلك كقوله ﷺ: (من أحيأ أرضا ميتة فهي له) (^٢)،

وقوله: (من ملك ذا رحم محرم عتق عليه) (^٣)، فقد صرح في الأول بالإحياء،
وهو الوصف، والحكم وهو الملك. وفي الثاني بالملك وهو الوصف، وبالعتق وهو
الحكم (^٤).

أما إذا ذكر الوصف وحذف الحكم، مثل: قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (^٥)،
فحل البيع وصف، وصحته حكم، والحل يدل على الصحة.

قال الأمدى: (ووجه استنباط الصحة منه: أنه لو لم يكن البيع صحيحا لم
يكن مثمرا؛ إذ هو معنى نفي الصحة، وإذا لم يكن مثمرا مفيدا كان تعاطيه عبثا،

(١) ينظر: (الإحكام للأمدى ٢٦٢/٣، وشرح مختصر الروضة ٣٧٤/٣، والبحر المحيط للزركشي
٢٥٢/٧، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٦/٤، ونبراس العقول ص ٢٣٩).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٧٨/٣ ح رقم ٣٠٧٣)، والترمذي في سننه (٣/٦٥٤ ح رقم ١٣٧٨)،
والنسائي في سننه الكبرى (٥/٣٢٤ ح رقم ٥٧٢٧).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤/٢٦ ح رقم ٣٩٤٩)، وابن ماجه في سننه (٢/٨٤٣ ح رقم ٢٥٢٤)،
والترمذي في سننه (٣/٦٣٨ ح رقم ١٣٦٥)، والنسائي في سننه الكبرى (٥/١٣ ح رقم ٤٨٧٧).

(٤) ينظر: (شرح مختصر الروضة ٣٧٤/٣، والبحر المحيط للزركشي ٢٥٢/٧).

(٥) سورة البقرة جزء من آية (٢٧٥).

والعبث مكروه، والمكروه لا يحل، وعند ذلك فيلزم من الحل الصحة؛ لتعذر الحل مع انتفاء الصحة^(١).

أو إذا ذكر الحكم وحذف الوصف، مثل: تحريم الخمر، فالتحريم حكم، والإسكار المستتبط منه وصف، والتحريم لا يدل على الإسكار^(٢)، فقد اختلف الأصوليون هل يعتبر ذلك من قبيل الإيماء أم لا على ثلاثة أقوال حكاها ابن الحاجب في مختصره^(٣):

القول الأول: لا يعتبر ذلك إيماء سواء كان المذكور الوصف أو الحكم^(٤).

واستدل هذا القول: بأن الإيماء اقتران الوصف بالحكم، والاقتران حقيقة في الجمع بين الأمرين، فانفراد أحدهما بالذكر لا يحقق الإيماء^(٥).

القول الثاني: أنه يكون إيماء سواء كان المذكور الوصف أو الحكم^(٦).

واستدل هذا القول: بأن الإيماء اقتران الحكم بالوصف، والاقتران حاصل، سواء كان الحكم والوصف مذكورين صريحا، أو أحدهما مذكورا صريحا، والآخر مقدرا^(٧).

(١) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٦٢/٣).

(٢) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٧/٤، ونبراس العقول ص ٢٣٩).

(٣) ينظر: (مختصر ابن الحاجب ١٠٧٨/٢).

(٤) ينظر: (مختصر ابن الحاجب ١٠٧٨/٢، والإحكام للآمدي ٢٦٢/٣، وبيان المختصر ١٠١/٣،

وتيسير التحرير ٤١/٤، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٦/٤، ونبراس العقول ص ٢٣٩).

(٥) ينظر: (بيان المختصر ١٠١/٣، وتيسير التحرير ٤١/٤، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير

٦٤/٤، ونبراس العقول ص ٢٣٩).

(٦) ينظر: (مختصر ابن الحاجب ١٠٧٨/٢، وبيان المختصر ١٠١/٣، وتيسير التحرير ٤١/٤،

وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٦/٤، ونبراس العقول ص ٢٣٩).

(٧) ينظر: (بيان المختصر ١٠١/٣، وتيسير التحرير ٤١/٤).

القول الثالث: أنه إذا ذكر الوصف واستنبط منه الحكم كان إيماء، وإذا ذكر الحكم واستنبط منه الوصف لم يكن ذلك من الإيماء في شيء. نسبه الآمدي إلى المحققين، وقال: (هو الحق) ^(١)، وقال صاحب مسلم الثبوت: (وهو الأشبه) ^(٢)، واختاره صفي الدين الهندي، ونقل الاتفاق على أن الثاني لا يكون إيماء وذكر أن بعض الأصوليين صرح بنقل الخلاف فيه أيضًا، وقال: (وهو بعيد من جهة النقل والمعنى؛ لأنه يقتضى أن تكون العلة والإيماء متلازمين لا ينفك أحدهما عن الآخر) ^(٣).

واستدل هذا القول: بأن الوصف مستلزم للحكم والحكم غير مستلزم للوصف، فالحكم عند ذكر الوصف يعتبر كأنه موجود؛ لأن وجود الملزوم يستلزم وجود اللازم بخلاف الوصف عند ذكر الحكم فإنه لا يعتبر موجوداً؛ لأنه لا يلزم من وجود اللازم وجود الملزوم ^(٤).

نوع الخلاف في هذه المسألة:

قال الزركشي: (والنزاع لفظي يلتفت إلى تفسير الإيماء هل هو اقتران الحكم والوصف، سواء كانا مذكورين أو أحدهما مذكوراً والآخر مقدرًا، أو بشرط أن يكونا مذكورين؟ وإن إثبات مستلزم الشيء نقيض إثباته) ^(٥).

(١) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٦٣/٣، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٦/٤، ونبراس العقول ص ٢٣٩).

(٢) ينظر: (مسلم الثبوت ومعه فواتح الرحموت ٣٤٩/٢).

(٣) ينظر: (نهاية الوصول ٣٢٨٢/٨).

(٤) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٧/٤، ونبراس العقول ص ٢٣٩).

(٥) ينظر: (البحر المحيط ٢٥٢/٧).

ومن الجدير بالذكر أن أقول:

إن الآمدي، وصفيّ الدين الهندي، والزرکشي ذهبوا إلى القول بأن دلالة الإيماء على العليّة بطريق الالتزام؛ لأنّه يفهم التعليل فيه من جهة المعنى لا من جهة اللفظ (١).

قال صفي الدين الهندي: (إذ اللفظ لو كان موضوعًا لها لم تكن دلالاته من قبيل الإيماء، بل كان صريحًا في ذلك) (٢).

بينما ذهب تاج الدين السبكي إلى القول بأن دلالة الإيماء على العليّة ليست التزامية.

حيث قال: (والحق عندي: في هذا أن يقال: ترتب الحكم على الوصف يفيد العليّة بوضع اللغة، ولم تضع العرب ذلك دالًّا على مدلوله بالقطع والصرحة بل بالإيماء والتنبيه، ولا بدع في مثل هذا الوضع، وإنما نجعله من باب الصريح لتخلفه في بعض محاله عن أن يكون إيماء وهو حيث تكون الفاء، بمعنى الواو، فكانت دلالاته أضعف، وإذا وضع هذا علمت أن دلالاته ليست التزامية، كما زعم الآمدي والهندي) (٣).

(١) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٥٤/٣، ونهاية الوصول ٣٢٦٧/٨، والإبهاج ٢٣٠١/٦، والبحر المحيط ٢٥١/٧).

(٢) ينظر: (نهاية الوصول ٣٢٦٧/٨).

(٣) ينظر: (الإبهاج ٢٣٠٨/٦).

المطلب الثاني أنواع الإيماء

يتنوع الإيماء إلى أنواع عديدة جعلها بعض الأصوليين كالرازي ومن تبعه خمسة أنواع^(١)، وجعلها بعضهم كالأمدي وصفي الدين الهندي ستة أنواع^(٢) قال الشيخ عيسى منون: (اعلم أن الأصوليين يختلفون في عدد هذه الأنواع، فبعضهم يدمج نوعا في آخر وبعضهم يقتصر على بعضها، والضابط الجامع فيها أن كل ما يتحقق فيه الاقتران السابق فهو من قبيل الإيماء، والتنوع إنما جاء من الحالات التي يكون عليها هذا الاقتران وهو اعتباري، فبعضهم يعتبر عدة حالات متقاربة نوعا واحدا وبعضهم يعتبرها أنواعا، وهكذا)^(٣).
وسوف أقوم ببيان هذه الأنواع بالتفصيل كما يلي:

النوع الأول

ترتيب الحكم على الوصف بواسطة الفاء

والمقصود من ترتيب الحكم على الوصف بالفاء: أن يذكر حكم ووصف، وتدخل الفاء على الثاني منهما سواء كان الثاني هو الوصف أو الحكم، وسواء كان من كلام الشارع أو الراوي، وبهذا التفسير يشمل هذا الترتيب أربعة أقسام:

- (١) ينظر: (المحصول للرازي ١٤٣/٥، والإبهاج ٢٣٠١/٦، ونهاية السؤل ص ٣٢١، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٥٩/٤).
- (٢) ينظر: (الإحكام للأمدي ٢٥٤/٣، ونهاية الوصول ٣٢٧٧/٨).
- (٣) ينظر: (نبراس العقول ص ٢٤٣).

القسم الأول: تقدم الحكم وتأخر الوصف في كلام الشارع، كقوله ﷺ في المحرم الذي وقصت به ناقته: (لا تقربوه طيبا؛ فإنه يبعث يوم القيامة ملبيا) (١)، فالوصف بعثه يوم القيامة ملبيا، والحكم: حرمة إمساسه الطيب (٢).

القسم الثاني: تقدم الحكم وتأخر الوصف في كلام الراوي، قال الإسنوي: (ولم يظفروا له بمثال) (٣)؛ لأن شأن الراوي أن يحكي ما يقع في الخارج، والذي يقع في الخارج تقدم الوصف وتأخر الحكم لا تقدم الحكم وتأخر الوصف.

ويمكن أن يمثل له بمثال تقديري مثل أن يقول الراوي: سجد رسول الله فسها، ورجم ماعز فزنى (٤).

القسم الثالث: تقدم الوصف وتأخر الحكم في كلام الشارع كقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ (٥)، ومثل قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ (٦)، وقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَى فَأَعْتَزِلُوا النَّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ (٧)، وقوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (كتاب: جزاء الصيد، باب: ما ينهى من الطيب للمحرم والمحرمة ١٥/٣ ح رقم ١٨٣٩)، ومسلم في صحيحه (كتاب: الحج، باب: ما يفعل بالمحرم إذا مات ٨٦٧/٢ ح رقم ١٢٠٦)، وينظر: (المحصول للرازي ١٤٣/٥، ونهاية الوصول ٣٢٦٧/٨، والإبهاج ٢٣٠٢/٦، ونهاية السؤل ص ٣٢١، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٠/٤).

(٢) ينظر: (نبراس العقول ص ٢٤٣).

(٣) ينظر: (نهاية السؤل ص ٣٢١).

(٤) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٠/٤).

(٥) سورة المائدة جزء من آية رقم (٣٨).

(٦) سورة النور جزء من آية رقم (٢).

(٧) سورة البقرة جزء من آية رقم (٢٢٢).

فتيمموا صعيدا طيبا^(١)، وقوله ﷺ: (من بدل دينه فاقتلوه)^(٢)، وقوله: (من أحيا أرضًا ميتة فهي له)^(٣).

فهذه كلها أحكام ذكرت عقيب أوصاف كقطع السارق عقيب السرقة، وجدد الزاني عقيب الزنا، واعتزال النساء عقيب المحيض، والتيمم عقيب فقد الماء، وقتل المرتد عقيب التبديل، وملك الأرض بعد الإحياء^(٤).

ومن ذلك أيضا قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾^(٥)، فسبب تكفل الولي بإملاء الحق ضعف المولى عليه وسفهه وعجزه.

كل ذلك تنبيه على إضافة الأحكام إلى الأسباب، ونصب الأسباب علا فيها، حتى يقال: تكفل الولي بالإملاء وإن ورد فيه التداين، فالحكم غير مقصور على التداين، بل يجري في سائر التصرفات المتعلقة بالمصلحة، لتعدي العلة في أمثال ذلك^(٦).

(١) سورة النساء جزء من آية رقم (٤٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (كتاب: استتابة المرتدين، باب: حكم المرتد والمردة واستتابتهم ١٥/٩ ح رقم ٦٩٢٢).

(٣) ينظر: (نهاية الوصول ٣٢٦٨/٨، وشرح مختصر الروضة ٣/٣٦٢، والإبهاج ٦/٢٣٠٣، ونهاية السؤل ص ٣٢١، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٤/٥٩، ونبراس العقول ص ٢٤٣).

(٤) ينظر: (شفاء الغليل ص ٢٨، وشرح مختصر الروضة ٣/٣٦٢).

(٥) سورة البقرة جزء من آية (٢٨٢).

(٦) ينظر: (شفاء الغليل ص ٢٩).

القسم الرابع: تقدم الوصف وتأخر الحكم في كلام الراوي، وذلك كقول الراوي:
زنى ما عر فرجم^(١)،

وسها رسول الله ﷺ فسجد^(٢)، وكذا قول أنس رضي: (رضخ يهودي رأس جارية، فأمر رسول الله ﷺ أن يرضخ رأسه بين حجرين)^(٣)، وقول الآخر: (عتقت بريرة تحت عبد، فخيرها رسول ﷺ)^(٤) وإنما أفاد العلية مع أنه من كلام الراوي لأنه والشارع جميعا من أهل اللغة، واقتضاء اللغة واحد، فلا يفترقان فيه^(٥)، فدللت هذه الصيغة من الراوي على أنه فهم الحكم، وفهم سببه أيضا، ولو لم يفهم كون الرجم موجب الزنا، وكون السجود موجب السهو، وكون الرضخ موجب الرضخ: لما جاز له أن يروى على هذا الوجه^(٦).

واستدل على إفادة هذا النوع من الإيماء العلية:

بأن الفاء وضعت للترتيب مع التعقيب، والتعقيب معناه: حصول الثاني بعد الأول من غير مهلة، ولهذا فإنه لو قيل: «جاء زيد فعمرو» فإن ذلك يدل على

(١) قال الشيخ عيسى منون عن التمثيل بهذا المثال: (كذا يمثل به في كتب الأصول وهو مروى بالمعنى وأصل قصة ما عر في الصحيحين ولكن المقصود هذا اللفظ وهو لم يرد كما قال الزركشي، وقال العراقي: لا تعرف أصلا لهذا اللفظ، فالأولى أن يمثل بما رواه الترمذي وأبو داود والنسائي عن عمران بن حصين أن النبي ﷺ سها فسجد). ينظر: (نبراس العقول ص ٢٤٤).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٣/١ ح رقم ١٠٣٩)، والترمذي في سنن (٢٤٠/٢ ح رقم ٣٩٥)، والنسائي في سننه الكبرى (٣١٤/١ ح رقم ٦٠٩)، وينظر: (نهاية الوصول ٣٢٦٨/٨، وشرح مختصر الروضة ٣/٣٦٣، والإبهاج ٦/٢٣٠٣، ونهاية السؤل ص ٣٢١، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٠/٤).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (كتاب: الخصومات، باب: ما يذكر في الإشخاص والخصومة بين المسلم واليهودي ١٢١/٣ ح رقم ٢٤١٣)، ومسلم في صحيحه (كتاب: القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب: ثبوت القصاص في القتل بالحجر ١٢٩٩/٣ ح رقم ١٦٧٢).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (كتاب: العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق ١١٤٣/٢ ح رقم ١٥٠٤)، وابن ماجه في سننه (١/٦٧٠ ح رقم ٢٠٧٤)، وينظر: (شرح مختصر الروضة ٣/٣٦٣).

(٥) ينظر: (شرح مختصر الروضة ٣/٣٦٣).

(٦) ينظر: (شفاء الغليل ص ٣٠).

مجيء عمرو عقيب مجيء زيد من غير مهلة، ودخول الفاء على الحكم بعد الوصف يقتضي ثبوت الحكم عقيب الوصف، وهذا يستلزم أن يكون الأول علة في الثاني؛ لأن وجود العلة يستلزم وجود المعلول من غير تراخ في الزمن، فالتعليل لازم للتعقيب، وبذلك كانت الفاء مفيدة للتعليل بطريق اللزوم^(١).

واعترض الهندي على هذا الدليل وصححه ابن السبكي:

بأننا نسلم أن كل سبب يعقبه الحكم، لكن لا نسلم أن كل ما يعقبه الحكم سبب، فإن القضية الكلية لا تنعكس بنفسها فلا بد من دلالة منفصلة على ذلك^(٢).

وذكر ابن السبكي أن هذا الدليل على ضعفه يختص بدخولها على الحكم بعد الوصف دون عكسه^(٣).

هل هذه الأقسام الأربعة على درجة واحدة أم تتفاوت في إفادة العلية ؟

مما سبق يتبين أن ترتيب الحكم على الوصف بالفاء يشمل أربعة أقسام، وهذه الأقسام ليست على درجة واحدة في إفادة العلية بل متفاوتة، فأقوى هذه الأقسام في إفادة العلية ترتيب الحكم على الوصف بالفاء في كلام الشارع سواء تقدم الوصف على الحكم أو تأخر عنه؛ لأن الشارع لا يجوز عليه الخطأ ولا النسيان في الأحكام^(٤).

قال الرازي: (ولا شك أن قول الشارع أبلغ في إفادة العلية من قول الراوي؛ لأنه يجوز أن يتطرق إلى كلام الراوي من الخلل ما لا يجوز تطرقه إلى كلام الشارع)^(٥).

(١) ينظر: (الإحكام للأمدي ٢٥٤/٣، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٠/٤).

(٢) ينظر: (نهاية الوصول ٣٢٧٠/٨، والإبهاج ٢٣٠٨/٦).

(٣) ينظر: (الإبهاج ٢٣٠٨/٦).

(٤) ينظر: (نهاية الوصول ٣٢٦٩/٨، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٠/٤).

5 () ينظر: (المجصول للرازي ١٤٧/٥).

وجعل الآمدي الوارد في كلام الله أقوى من الوارد في كلام رسوله ﷺ، فقال: (وهذه الرتب متفاوتة، فأعلاها ما ورد في كلام الله تعالى، ثم ما ورد في كلام رسوله) (١).

لكن الحق مساواة ما ورد في كلام الله وما ورد في كلام الرسول ﷺ وأنه لا فرق بينهما؛ وذلك لأن الرسول معصوم عن الخطأ والغلط فيما يتعلق بتبليغ الأحكام والتشريع فلا يتطرق عليه خلل لا بحسب السهو والنسيان، ولا بسبب الظن الخطأ؛ كما قاله الهندي وصححه ابن السبكي (٢).

ويلي هذا القسم في القوة ترتيب الحكم على الوصف بالفاء في كلام الراوي؛ وذلك لجواز الخطأ والنسيان عليه (٣).

ولم يفرق الآمدي بين ما إذا كان الراوي فقيها أو لم يكن، غير أنه قال: (إن كان فقيها كان الظن بقوله أظهر، وإذا لم يكن فقيها وإن كان في أدنى الرتب غير أنه مغلب على الظن؛ لأنه إذا قال: «سها رسول الله ﷺ فسجد»، فالظاهر من حاله مع كونه متدينا عالما بكون الفاء موضوعة للتعقيب، أنه لو لم يفهم أن السهو سبب للسجود، وإلا لما رتب السجود على السهو بالفاء لما فيه من التلبيس بنقل ما يفهم منه السببية، ولا يكون سببا بل ولما كان تعليقه للسجود بالسهو أولى من غيره) (٤).

وجعل الهندي وابن السبكي الوارد في كلام الراوي الفقيه أقوى في الدلالة على العلية من الوارد في كلام من ليس بفقيه، وعلل الهندي ذلك بأن احتمال الخطأ في الثاني أكثر (٥).

- (١) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٥٥/٣).
- (٢) ينظر: (نهاية الوصول ٣٢٦٩/٨، والإبهاج ٢٣٠٧/٦).
- (٣) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٠/٤).
- (٤) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٥٥/٣).
- (٥) ينظر: (نهاية الوصول ٣٢٧٠/٨، والإبهاج ٢٣٠٧/٦).

والحق أنه لا فرق بين ما ورد في كلام الراوي الفقيه وما ورد في كلام غير الفقيه؛ لأن الظاهر من حاله وهو عدل أنه لو لم يفهم كون الوصف علة لم يأت بالفاء (١).

ثم إن تقدم الوصف على الحكم ودخول الفاء على الحكم سواء كان ذلك في كلام الشارع أو كلام الراوي أقوى في إفادة العلية من العكس، وهو تقدم الحكم وتأخر الوصف ودخول الفاء على الوصف (٢).

قال الرازي: (ولا شك أن قول الشارع أبلغ في إفادة العلية من قول الراوي؛ لأنه يجوز أن يتطرق إلى كلام الراوي من الخلل ما لا يجوز تطرقه إلى كلام الشارع، وأما القسمان الباقيان فيشبه أن يكون تقدم العلة على الحكم أقوى في الإشعار بالعلية من الثاني؛ لأن إشعار العلة بالمعلول أقوى من إشعار المعلول بالعلة؛ لأن الطرد واجب في العلل غير واجب فيها) (٣).

وذهب النقشواني إلى القول بأن تقدم الحكم على العلة أقوى في الدلالة على العلية من العكس؛ وعلل ذلك بأنه إذا تقدم الحكم لتشوقت نفس السامع لعل ذلك الحكم غاية الشوق، فإذا سمع وصفاً معقبا بالفاء سكنت نفسه عن الطلب وركنت إلى أن ذلك هو العلة، وأما إذا تقدم وصف لم يعلم بعد حكمه مثل: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾ (٤) أو قوله: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ﴾ (٥)، فالنفس تطلب الحكم فإذا صار الحكم المذكورا، فبعد ذلك قد يكتفى في العلة بما سبق إن كان شديد المناسبة، مثل:

(١) ينظر: (مختصر ابن الحاجب ١٠٧٢/٢، والردود والنقود للبابرتي ٥٢٢/٢).

(٢) ينظر: (نهاية الوصول ٣٢٦٩/٨، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٠/٤).

(٣) ينظر: (المجصول للرازي ١٤٧/٥).

(٤) سورة النور جزء من آية رقم (٢).

(٥) سورة المائدة جزء من آية رقم (٦).

﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾^(١)، وقد لا يكتفى بل يطلب العلة بعد ذلك بطريق آخر، بأن يقول: (إذا أقمتم الصلاة فاغسلوا وجوهكم؛ تعظيماً للمعبود)، وأما فيما إذا تأخر ذكر العلة عن الحكم فلا يجوز ذكر علة أخرى، ولو ذكر علة عد متناقضا، فيعلم من هذا أن إشعار ذلك القسم بالعلية أقوى^(٢).

هل دلالة هذه الأقسام على العلية من قبيل النص أم الإيحاء؟

دلالة الأقسام التي ذكرناها في هذا النوع اعتبرها بعض الأصوليين كالإمام الرازي، وتبعه صاحب المنهاج، والآمدي في الأحكام من قبيل التنبيه والإيحاء^(٣)، واعتبرها ابن الحاجب وصاحب مسلم الثبوت من قبيل النص الصريح^(٤)، واعتبرها ابن السبكي في جمع الجوامع من قبيل النص الظاهر^(٥).

وقد قرر السعد التفتازاني في حواشي العضد وجه كونها من النص بأن الفاء بحسب الوضع إنما تدل على الترتيب، ودلالاتها على العلية استدلالية أي: تستفاد بطريق النظر والاستدلال من الكلام على أن هذا ترتب حكم على الباعث المتقدم عليه عقلاً أو ترتب الباعث على حكمه الذي يتقدمه في الوجود، فمن جهة كونها للترتيب بالوضع جعل من أقسام ما يدل بوضعه، ومن جهة احتياج ثبوت العلة إلى النظر جعل استدلالية لا وضعية صرفة^(٦).

(١) سورة النور جزء من آية رقم (٢).

(٢) ينظر: (نفائس الأصول ٣٢٤٧/٧، والإبهاج ٢٣٠٤/٦).

(٣) ينظر: (شفاء الغليل للغزالي ص ٢٧، والمحصول للرازي ١٤٣/٥، والأحكام للآمدي ٢٥٤/٣، ومنهاج الوصول للبيضاوي ص ١٠٠، ونهاية الوصول ٣٢٦٧/٨، والتحبير شرح التحرير ٣٣٢٨/٧).

(٤) ينظر: (مختصر ابن الحاجب ١٠٧٢/٢، ومسلم الثبوت ومعه فواتح الرحموت ٣٤٧/٢، وشرح الشيخ المطيعي على نهاية السؤل ٦٤/٤، والتحبير شرح التحرير ٣٣٢٨/٧).

(٥) ينظر: (شرح المحلى على جمع الجوامع ومعه حاشية العطار ٣٠٧/٢، والتحبير شرح التحرير ٣٣٢٨/٧).

(٦) ينظر: (شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ومعه حاشية التفتازاني ٣٩٦/٣).

واعترض الشيخ عيسى منون على ما قرره السعد بأنه صريح في أن الفاء ليست موضوعة للتعليل، ومجرد كونها موضوعة لشيء يستلزم التعليل لا يقتضي اعتبارها من النص على رأيه^(١).

ووفق البدخشي بين من جعل هذه الأقسام من الإيماء وبين من قال إنها من الصريح بأنها لما احتاجت دلالتها على العلية إلى النظر لم تكن وضعية صرفة فلذا جعلها الرازي ومن معه من الإيماء، ولما دلت على الترتيب بالوضع جعلها غيره من أقسام ما يدل بوضعه^(٢).

ترتيب الحكم على الوصف بدون الفاء هل يفيد العلية أم لا؟^(٣).

يناقش الأصوليون -تفريعا على هذا النوع وهو ترتيب الحكم على الوصف بالفاء- مسألة ترتيب الحكم على الوصف بدون الفاء، هل يقتضي العلية مطلقا أو بشرط المناسبة^(٤).

تحرير محل النزاع في هذه المسألة:

اتفق الأصوليون على أن ترتيب الحكم على الوصف بالفاء مفيد للعية، وإن كان البعض يرى ذلك من قبيل الإيماء، والبعض الآخر يرى ذلك من قبيل النص. أما ترتيب الحكم على الوصف بدون الفاء فهذا مما اختلف فيه الأصوليون على النحو التالي.

(١) ينظر: (نبراس العقول ص ٢٤٩).

(٢) ينظر: (مناهج العقول ٦٥/٤).

(٣) الخلاف في هذه المسألة -وهو اشتراط مناسبة الوصف وعدم اشتراطها- حكاها الرازي والبيضاوي في ترتيب الحكم على الوصف بدون الفاء فقط، وحكاها غيرهما كالأمدي وابن الحاجب وابن السبكي في جمع الجوامع في جميع أنواع الإيماء. ينظر: (المحصول للرازي ١٤٥/٥، والإحكام للأمدي ٢٦١/٣، ومنهاج الوصول ص ١٠٠، ومختصر ابن الحاجب ١٠٧٨/٢، وشرح المحلي على جمع الجوامع ومعه حاشية العطار ٣١٣/٢، ونبراس العقول ص ٢٥٤).

(٤) ينظر: (معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية ٤٧٢/٢٩).

أقوال الأصوليين في المسألة:

اختلف الأصوليون في ترتيب الحكم على الوصف بدون الفاء هل يفيد العلية أم لا على قولين:

القول الأول: أن ترتيب الحكم على الوصف بدون الفاء يفيد العلية مطلقا سواء كان الوصف مناسبا أو غير مناسب، وبه قال جمهور الأصوليين (١).

القول الثاني: أن ترتيب الحكم على الوصف بدون الفاء لا يفيد العلية إلا إذا كان الوصف مناسبا، وبه قال بعض الأصوليين (٢)، وقال الإسني: (اختاره الأمدى وابن الحاجب مع ترجيحهما أن ما عدا هذا النوع من أنواع الإيماء وهو ترتيب الحكم على الوصف لا يشترط فيه المناسبة) (٣).

إلا أن عبارة الأمدى في الإحكام تدل على أنه يقول بأشترط المناسبة في القسم السادس من أقسام الإيماء التي ذكرها - وهو ما إذا ذكر الشارع مع الحكم وصفا ومناسبا- وعلل ذلك بأن عدم اشتراط المناسبة في هذه الحالة يعد تناقضا، وأما غير هذا القسم فإن كانت العلة بمعنى الباعث اشترط فيها المناسبة، وإن كانت بمعنى الأمانة فلا تشترط فيها، حيث قال: (أما ما كان من القسم السادس (٤) الذي فهم التعليل فيه مستندا إلى ذكر الحكم مع الوصف المناسب، فلا يتصور فهم

(١) ينظر: (المحصول للرازي ١٤٥/٥، ومنهاج الوصول ص ١٠٠، والإبهاج ٢٣١١/٦، وشرح المحلي على جمع الجوامع ومعه حاشية العطار ٣١٣/٢، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٢/٤، ونبراس العقول ص ٢٥١).

(٢) ينظر: (المحصول للرازي ١٤٥/٥، ومختصر ابن الحاجب ١٧٨/٢، والإبهاج ٢٣١١/٦، ونبراس العقول ص ٢٥١).

(٣) ينظر: (نهاية السؤل ص ٣٢٢).

(٤) القسم السادس هو: أن يذكر الشارع مع الحكم وصفا مناسبا. ينظر: (الإحكام للأمدى ٢٦٠/٣).

التعليل فيه دون فهم المناسبة ; لأن عدم المناسبة فيما المناسبة شرط فيه يكون تناقضا، وأما ما سواه من الأقسام فلا يمتنع التعليل فيها بما لا مناسبة فيه، إلا أن تكون العلة بمعنى الباعث، وأما بمعنى الأمانة والعلامة فلا^(١).

أما ابن الحاجب فقد قال بأن المناسبة إنما تشترط إذا كان التعليل لا يفهم إلا من المناسبة، فقد قال: (وفي اشتراط المناسبة في صحة علل الإيماء، ثالثها المختار: إن كان التعليل فهم من المناسبة اشترطت)^(٢).

أدلة الأقوال:

أولا: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بأن ترتيب الحكم على الوصف بدون الفاء يفيد العلية مطلقا سواء كان الوصف مناسبا أو غير مناسب بما يلي:

الدليل الأول:

أنه لو قال قائل: «أكرم الجاهل، وأهن العالم»، لكان ذلك قبىحا عرفا، وليس قبىحه لمجرد الأمر بإكرام الجاهل وإهانة العالم، فإن الأمر بإكرام الجاهل قد يحسن؛ لدينه أو شجاعته أو نسبه أو سوابق نعمه، كذلك الأمر بإهانة العالم قد يحسن أيضا؛ لفسقه، أو بدعته، أو سوء خلقه، وإذا لم يكن القبىح لمجرد الأمر فهو لسبق التعليل - أي: لكونه يسبق إلى الأفهام تعليل هذا الحكم بهذا الوصف - لأن الأصل عدم علة أخرى، وإذا سبق إلى الأفهام التعليل من ترتب الحكم على الوصف بدون الفاء في هذا المثال مع عدم المناسبة فيه بين الوصف والحكم كان

(١) ينظر: (الإحكام للآمدي ٣/٢٦١).

(٢) ينظر: (مختصر ابن الحاجب ٢/١٠٧٨).

ترتيب الحكم على الوصف بدون الفاء مفيدا للعلية عند عدم المناسبة كما يفيدها عند المناسبة وهو ما ندعيه^(١).

واعترض على هذا الدليل بما يلي:

الاعتراض الأول:

لم لا يجوز أن يقال: إن الاستقباح إنما جاء لأن الجهل مانع من الإكرام، والعلم مانع من الاستخفاف، فلما أمر بإكرام الجاهل فقد أثبت الحكم مع قيام المانع^(٢).

وأجيب عن هذا الاعتراض:

أنا قد بينا أنه قد يثبت استحقاق الإكرام مع الجهل، فوجب أن لا يكون الجهل مانعا منه؛ لئلا يلزم مخالفة الأصل^(٣).

الاعتراض الثاني:

بأن هذا الدليل أخص من المدعى؛ لأن المدعى هو كل ترتب للحكم على الوصف بدون الفاء مفيد للعلية مطلقا مناسبا أو غير مناسب، والدليل خاص؛ لأنه إنما يثبت كون الترتيب مفيدا للعلية في قول القائل: «أكرم الجاهل وأهن العالم»، وهو جزئي من جزئيات المدعى، والجزئي لا يصح ولا يثبت الكلي؛ لجواز أن تكون الجزئيات مختلفة في الأحكام^(٤).

(١) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٢/٤)، وينظر أيضا: (المحصول للرازي ١٤٥/٥، والإبهاج ٢٣١١/٦، ونهاية السؤل للإسنوي ص ٣٢٢).

(٢) ينظر: (المحصول للرازي ١٤٦/٥).

(٣) ينظر: (المحصول للرازي ١٤٦/٥).

(٤) ينظر: (نهاية السؤل ص ٣٢٢، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٣/٤، ونبراس العقول ص ٢٥٢).

وأجيب عن هذا الاعتراض:

بأن دلالة الترتيب على العلية في هذه الجزئيات تستلزم دلالاته عليها في باقي الجزئيات؛ لأنه لو لم يدل الترتيب على العلية في غير هذه الجزئية للزم أن يكون مشتركا لفظيا بين العلية وعدم العلية؛ لكونه قد دل على العلية في هذه الجزئية وعلى عدم العلية في غيرها، والاشتراك اللفظي خلاف الأصل، وإذا بطل الاشتراك اللفظي ثبت أن الترتيب دل على العلية في هذه الجزئية وفي غيرها من الجزئيات وثبت ما ندعيه (١).

الدليل الثاني:

أنه لا بد لهذا الحكم من علة ولا علة إلا هذا الوصف، أما الأول فلأنه لو ثبت الحكم بدون العلة والداعي كان عبثا وهو على الله تعالى محال، وأما الثاني فلأن غير هذا الوصف كان معدوما والعلم بأنه كان معدوما يوجب ظن بقائه على ذلك العدم، وإذا بقي على العدم امتنع أن يكون علة، فثبت أن غير هذا الوصف يمتنع أن يكون علة، فوجب أن يكون هذا الوصف هو العلة وهو المطلوب (٢).

ثانيا: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بأن ترتيب الحكم على الوصف بدون الفاء لا يفيد العلية إلا إذا كان الوصف مناسبا بما يلي:

الدليل الأول:

أن تصرفات الشارع في الغالب تكون على وفق تصرفات العقلاء من أهل العرف، والعقلاء من أهل العرف لا يفهمون التعليل من ترتيب الحكم على الوصف

(١) ينظر: (نهاية السؤل ص ٣٢٢، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٤/٦٣).

(٢) ينظر: (المحصول للرازي ٥/١٤٧، ونبراس العقول ص ٢٥٣).

عند عدم المناسبة، فإنهم إذا سمعوا قائلًا يقول لغيره: «أكرم الجاهل، وأهن العالم» لا يفهمون منه أن الجهل علة الإكرام، والعلم علة الإهانة، بل يفهمون أن إكرام الجاهل لوصف يناسب ذلك، وأن إهانة العالم لوصف يناسب الإهانة، وبذلك لا يكون الترتيب عند عدم المناسبة مفيدا للعلية، وهو المطلوب (١).

ونوقش هذا الدليل:

بأن أهل العرف لو فهموا من القول المذكور أن العلة في إكرام الجاهل وصف مناسب غير الجهل، وأن العلة في إهانة العالم كذلك وصف مناسب غير العلم لما كان هناك ما يوجب استقباح هذا القول من قائله، لكن الثابت أن أهل العرف يستقبحون هذا القول من القائل، فكان ذلك دليلا على أنهم فهموا أن الوصف الذي رتب عليه الحكم هو العلة، وبذلك يكون الترتيب بدون الغاء مفيدا للعلية عند عدم المناسبة ويبطل ما تقولون (٢).

الدليل الثاني:

من المتفق عليه أن أحكام الله تعالى قد لا تخلو عن الحكم والمصالح -إما تفضلا منه سبحانه وتعالى كما تقول الأشاعرة أو وجوبا عليه كما تقول المعتزلة- والوصف الذي لا مناسبة بينه وبين الحكم لا يترتب على شرع الحكم عنده مصلحة، فلا يصح أن يكون علة، وإلا لزم أن يخلو الحكم الذي يشرع عنده عن المصلحة، وهو باطل (٣).

(١) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٦١/٣، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٤/٤، ونبراس العقول ص ٢٥٣).

(٢) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٤/٤).

(٣) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٦١/٣، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٤/٤، ونبراس العقول ص ٢٥٣).

ونوقش هذا الدليل:

بأن أحكام الله لا تخلو عن الحكم والمصالح باعتبار الواقع ونفس الأمر، ولكن قد تخفى علينا المصلحة، وبذلك تكون المناسبة بين الحكم والوصف موجودة في الواقع ولكنها غير ظاهرة لنا، فإن كان مرادكم أن المناسبة لا بد من وجودها في الوصف وإن لم تظهر لنا لم يضرنا ذلك^(١).

(١) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٤/٤).

النوع الثاني

أن يحكم الشارع على شخص بحكم عقب علمه بصفة صدرت منه

معنى ذلك: أن يحكم الرسول ﷺ بحكم في محل عند علمه بصفة فيه، فيغلب على الظن أن تلك الصفة علة لذلك الحكم (١).

والمراد بصفة صدرت منه: أي بصفة صدرت من المحكوم عليه، ومقتضاه أن الصفة لا بد أن تكون فعلا صادرا من المكلف، فلو كانت قائمة به لا صادرة عنه بأن كانت صفة من صفاته الخلقية ككونه طويلا أو أبيضاً وعلمها الشارع فحكم عليه لا يكون إيماء (٢).

مثال هذا النوع:

ما روي «أن أعرابيا جاء إلى النبي ﷺ فقال: هلكت وأهلك، فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم - : ماذا صنعت؟ فقال: واقعت أهلي في نهار رمضان عامدا، فقال: أعتق رقبة».

فإنه يدل على أن الجماع علة في الإعتاق؛ لأن الأعرابي إنما سأل النبي - صلى الله عليه وسلم - عن واقعته لبيان حكمها شرعا، وقوله ﷺ: (أعتق) صالح لجواب ذلك السؤال، والكلام الصالح لأن يكون جواب السؤال إذا ذكر عقب السؤال يغلب على الظن كونه جوابا له؛ لكيلا يخلو السؤال عن الجواب، وإذا ثبت أن كلام الرسول ﷺ يعتبر جوابا عن سؤال الأعرابي كان السؤال معادا في الجواب تقديرا، فكأنه قيل: واقعت أهلك في نهار رمضان فأعتق رقبة، وبذلك

(١) ينظر: (نهاية الوصول ٨/٣٢٧١، والإبهاج ٦/٢٣١٣).

(٢) ينظر: (معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية ٢٩/٤٧٣).

يكون الكلام من قبيل ترتيب الحكم على الوصف بالفاء، وهو مفيد للعلية كما سبق في النوع الأول^(١).

والفرق بين هذا النوع والنوع الأول أن الفاء مقدره هنا، ولكنها مذكورة في النوع الأول^(٢)، ولذلك كان هذا النوع دون النوع الأول في المرتبة.

وقد فرق الغزالي بينهما بوجه آخر حيث قال: (وهذا مرتبته دون المرتبة السابقة؛ إذ لا يفهم التعليل في هذا المقام إلا إذا عرف أنه أجاب به عن سؤاله، وأنه لم يذكر ذلك ابتداء بعد الإعراض عن كلامه... وفي هذا، يفارق ذكر الحكم مرتبا على الفعل بفاء التعقيب؛ فإن الفعل المذكور لو لم يكن سببا لاختل نظم الكلام؛ وقد انتظم الكلام من ذكر الأمرين جميعا: الفعل والحكم، والمتقاطعات لا يجوز نظمها وترتيبها على هذا الوجه.... فأما إذا لم يذكر الشارع إلا أحد القسمين فقد احتتمل أن يكون جوابا، واحتتمل أن يكون ابتداء منقطعا عن سؤاله، فهذا وجه التفاوت في الرتبة)^(٣).

وقد أثار الرازي اعتراضا على هذا المثال، فقال:

فإن قلت: لا نزاع في أن هذا الكلام صالح لأن يكون جوابا عن ذلك السؤال، لكن لا نسلم أن مثل هذا الكلام إذا ذكر عقيب السؤال حصل ظن أنه ذكر ليكون جوابا عن ذلك السؤال، فإنه ربما ذكره جوابا عن سؤال آخر أو لغرض آخر أو زجرا له عن هذا السؤال، كما أن العبد إذا قال لسيدته: «دخل فلان دارك»، فيقول له السيد: اشتغل بشأنك فمالك وهذا الفضول؟!^(٤).

(١) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٧/٤)، وينظر أيضا: (شفاء الغليل ص ٣٢، والمحصول للرازي ١٤٨/٥، والإحكام للآمدي ٢٥٥/٣، ونهاية السؤل ص ٣٢٣، ونبراس العقول ص ٢٥٦).

(٢) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٧/٤).

(٣) ينظر: (شفاء الغليل ص ٣٤).

(٤) ينظر: (المحصول للرازي ١٤٨/٥).

ونقل الرازي جوابين على هذا الاعتراض عن بعض الأصوليين، وهما:

الجواب الأول:

أنه لو لم يكن هذا الكلام جوابا عن ذلك السؤال لكان تأخيرا للبيان عن وقت الحاجة وهو لا يجوز.

ولم يرتض الرازي هذا الجواب؛ وذلك لأنه يحتمل أن النبي ﷺ عرف أنه لا حاجة بذلك المكلف إلى ذلك الجواب في ذلك الوقت فلا يكون إعراض الرسول ﷺ عن ذكر الجواب تأخيرا للبيان عن وقت الحاجة.

الجواب الثاني:

سلمنا أن ما يقوله الرسول ﷺ جوابا عن السؤال مشعر بالتعليل، فلم قلت: إن الذي يزعم الراوي أنه جواب عن السؤال مشعر به؟

ولم يرتض الرازي أيضا هذا الجواب؛ لاحتمال أنه اشتبه الأمر على الراوي فظن ما لم يكون جوابا جوابا (١).

ثم أجاب الرازي عن الاعتراض بما هو راجح من وجهة نظره فقال:

الجواب عن الأول:

أن الأكثر على أن الكلام الذي يصلح أن يكون جوابا عن السؤال إذا ذكر عقيب السؤال فإنما يذكر جوابا عنه، والصورة التي ذكرتموها نادرة، والنادر مرجوح.

وعن الثاني:

(١) ينظر: (المحصول للرازي ١٤٨/٥).

أن العلم يكون الكلام المذكور بعد السؤال جوابا عنه أو ليس جوابا عنه أمر ظاهر يعرف بالضرورة عند مشاهدة المتكلم ولا يفتقر فيه إلى نظر دقيق (١).

فإن قيل: هل يكفي علم النبي ﷺ بصفة المحكوم عليه أو لا بد من إعلامه بها؟ قلنا: مقتضى تعبيرهم بعلمه بصفة المحكوم عليه الاكتفاء بمجرد العلم، ومقتضى تقريرهم للمثال السابق من أن ما حصل من الأعرابي في قوة سؤال مرفوع للنبي ﷺ عن حادثة وقعت منه أنه لا بد من الإعلام (٢).

أما إذا علم الشارع فعلا مجردا تكلم عقيبه بحكم فهل يكون علمه كإعلامه حتى يكون الفعل المجرد المعلوم سببا؟

قال الإبياري: (هذا فيه نظر، وللأصوليين فيه اضطراب، والصحيح عندنا أنه لا يصح استناد التعليل إليه؛ لأنه يحتمل أن يكون ذلك حكما مبتدأ، ولكن جرى ذكر الواقعة اتفاقا، والظاهر الربط فإنه أبعد عن اللبس وأقرب إلى الفهم) (٣)، وقال الشيخ عيسى منون: (والظاهر أن المدار في ذلك على القرائن التي تدل على أن حكمه ﷺ لهذه الحادثة المذكورة أم لغيرها) (٤).

(١) ينظر: (المحصول للرازي ١٤٩/٥).

(٢) ينظر: (نبراس العقول ص ٢٥٦).

(٣) ينظر: (التحقيق والبيان في شرح البرهان ١٤٤/٣).

(٤) ينظر: (نبراس العقول ص ٢٥٧).

النوع الثالث

أن يذكر الشارع وصفا لو لم يؤثر في الحكم - أي: لو لم يكن علة فيه -
لم يكن ذكره مفيدا.

هذا هو النوع الثالث من أنواع الإيماء وهو أن يذكر الشارع وصفا مع الحكم
لو لم يكن علة فيه لما كان لذكره فائدة، ومنصب الشارع مما ينزه عنه.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا النوع وبين جنسه وهو مطلق الاقتران الذي هو
الإيماء؟

قلنا: هذا أخص؛ لأن الاقتران أعم من أن يكون الوصف ملفوظا أو مقدرا
مستتبطا أو منصوصا.

فإن قيل: ما وجه ذكر الأصوليين في هذا النوع وجه دلالة الإيماء على العلية
وهي قولهم: (لو لم يؤثر لم يفد) مع انها ليست خاصة كما علم من تعريف
الإيماء؟

قلنا: إنما ذكروها في هذا النوع بخصوصه؛ لأنه لو لم تذكر فيه بل اقتصر
على ذكر الوصف مع الحكم لا يظهر وجه كونه من أنواع الإيماء الدالة على
العلية بخلاف غيره من الأنواع فإن فيها خواص ومزايا يظهر منها وجه الدلالة
على العلية من غير التصريح بهذا الوجه العام، فالنوع الأول مثلا وهو الترتيب
بالفاء يكفي في ظهور كونه من أنواع الإيماء مجرد الاقتصار على ذكر الترتيب
بالفاء وهكذا بقية الأنواع (١).

(١) ينظر: (نبراس العقول ص ٢٥٧).

وجه إفادة هذا النوع التعليل:

أن الوصف المذكور إما أن يكون مذكورا مع الحكم في كلام الله تعالى أو كلام رسوله ﷺ.

فإن كان في كلام الله تعالى وقدرنا أنه لو لم يكن علة فيه فذكره لا يكون مفيدا، وهذا لا يجوز في كلام الله تعالى بالإجماع؛ نفيًا لما لا يليق بكلامه عنه. وإن كان ذلك في كلام رسوله ﷺ فلا يجوز أيضا؛ لأنه لا يخفى أن الأصل إنما هو انتفاء العبث عن العاقل في فعله وكلامه ونسبة ما لا فائدة فيه إليه؛ لكونه عارفاً بوجوه المصالح والمفاسد، فلا يقدم في الغالب على ما لا فائدة فيه، وإذا كان ذلك هو الظاهر من آحاد العقلاء فمن هو أهل للرسالة عن الله تعالى ونزول الوحي عليه وتشريع الأحكام أولى.

وإذا عرف ذلك فيجب اعتقاد كون الوصف المذكور في كلام الشارع مع الحكم علة له (١).

وهذا النوع ذكره بعض الأصوليين كالزركشي من غير أن يقسموه إلى أقسام (٢)، وذكر الآمدي له أقساما ثلاثة (٣)، والغزالي قسمه إلى أربعة أقسام (٤) وكذلك الرازي في المحصول وتبعه صاحب المنهاج مع شراح كلامه (٥)، وسوف نتبعهم ونذكر هذه الأقسام الأربعة، وبيانها كالتالي:

(١) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٥٦/٣).

(٢) ينظر: (البحر المحيط ٢٥٣/٧).

(٣) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٥٧/٣).

(٤) ينظر: (شفاء الغليل ص ٣٩).

(٥) ينظر: (المحصول للرازي ١٤٩/٥، ونهاية السؤل ص ٣٢٣، ونبراس العقول ص ٢٥٨).

القسم الأول: أن يكون ذكر الوصف دافعا لسؤال أورده من توهم الاشتراك بين صورتين ليكون ذكر الوصف دافعا لهذا الإيهام.

مثاله: ما روي أنه ﷺ امتنع من الدخول على قوم عندهم كلب، فقيل له: إنك دخلت على قوم عندهم هرة، فقال ﷺ: (إنها ليست بنجسة، إنها من الطوافين عليكم والطوافات)، فلو لم يكن طواف الهرة علة لعدم نجاستها لكان ذكر هذا الوصف هنا عبثا، لا سيما وهو من الواضحات - فإن كثرة طواف الهرة أمر معروف- التي لا ينبغي أن تذكر لتعلم في ذاتها وإنما تذكر لقصد التعليل به (١).

القسم الثاني: أن يذكر الشارع الوصف ابتداء من غير أن يسبقه سؤال في محل الحكم لو لم يكن علة لم يحتج إلى ذكره.

مثاله: حديث ابن مسعود المشهور أنه أحضر للنبي ﷺ ماء طرح فيه تمر، فتوضأ به، وقال: (ثمرة طيبة وماء طهور) (٢)، فإن وصف المحل وهو النبيذ بطيب ثمرته وطهورية مائه دليل على بقاء طهورية الماء، وهذا الحكم مقدر غير مصرح به، وإنما قلنا أن وصف المحل بطيب الثمرة وطهورية الماء دليل على بقاء طهورية الماء؛ لأنه لو لم يكن كذلك لكان ذكره ضائعا من غير فائدة؛ لأنه ظاهر في ذاته لا يحتاج إلى بيان (٣).

فإن قيل: إن أحد جزأي العلة والحكم متحدان، وهو طهورية الماء!؟

قلنا: إن جزء العلة طهورية الماء أصالة، والحكم بقاء الماء على الطهورية واستمراره عليها (٤).

(١) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٨/٤، ونبراس العقول ص ٢٥٨)، وينظر أيضا: (شفاء الغليل ص ٤٠، والمحصول للرازي ١٥٠/٥، ونهاية السؤل ص ٣٢٣).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه (١٣٥/١ ح رقم ٣٨٥)، وأبو داود في سننه (٢١/١ ح رقم ٨٤)، والترمذي في سننه (١٤٧/١ ح رقم ٨٨).

(٣) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٨/٤، ونبراس العقول ص ٢٦٠)، وينظر أيضا: (شفاء الغليل ص ٤١، والمحصول للرازي ١٥٠/٥، والإحكام للأمدى ٢٥٧/٣، ونهاية السؤل ص ٣٢٤).

(٤) ينظر: (نبراس العقول ص ٢٦٠).

وقد نص القرافي على أن هذا المثال غير مطابق؛ لأن ذكره ﷺ طيب الثمرة ليس إشارة إلى العلة وبقاء الماء على الطهورية، بل إشارة إلى عدم المانع، والمعنى لو كانت الثمرة مستقرة أمكن أن تكون نجسة تمنع من بقاء الطهورية لكنها ليست كذلك (١).

القسم الثالث: أن يسأل الشارع عن وصف، فإذا أجاب عنه المسئول أقره عليه، ثم يذكر بعده الحكم.

مثاله: قوله ﷺ حين سئل عن جواز بيع الرطب بالتمر متساويا: (أينقص الرطب إذا جف؟، فقيل: نعم، فقال ﷺ -مبينا الحكم-: فلا إذا) (٢)، فقوله ﷺ هذا مشعر بأن العلة في منع البيع هي: نقصان الرطب بالجفاف؛ لأن ذلك يوجب التفاضل بين العوضين اللذين هما من جنس واحد وهو ربا، وإلا لكان السؤال عن النقصان مجردا عن الفائدة (٣).

وكون التعليل مفهوما من الترتيب بالفاء ومن إذن لا ينافي ذلك؛ لأنه لو قدر انتفاؤها بأن فرض أنه ﷺ قال: لا يجوز لبقية التعليل؛ إذ لو لم يكن للتعليل لكان السؤال عنه غير مفيد، فهذا المثال فيه النص على العلة ودلالتان إيمائيتان الترتيب بالفاء، وهذا النوع (٤).

القسم الرابع: أن يسأل الرسول ﷺ عن وصف فلا يجيب عنه، وإنما يجيب عن نظيره ليبين ﷺ للسائل أن المسئول عنه نظير لذلك الوصف، وينبه على وجه الشبه بينه وبين المسئول عنه فيفيد أن وجه الشبه هو العلة.

- (١) ينظر: (نفائس الأصول ٣٢٥٠/٧، والإبهاج ٢٣١٧/٦، ونبراس العقول ص ٢٦٠).
- (٢) أخرجه ابن ماجه في سننه (٧٦١/٢ ح رقم ٢٢٦٤)، وأبو داود في سننه (٢٥١/٣ ح رقم ٣٣٥٩)، والترمذي في سننه (٥٢٠/٣ ح رقم ١٢٢٥)، والنسائي في سننه الكبرى (٣٦/٦ ح رقم ٦٠٩١)، وينظر: (نهاية السؤل ص ٣٢٤).
- (٣) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٨/٤)، وينظر أيضا: (المحصول للرازي ١٥١/٥، والإحكام للأمدي ٢٥٧/٣).
- (٤) ينظر: (شفاء الغليل ص ٤٣، ونبراس العقول ص ٢٦١).

مثاله:

١- قول المرأة الخثعمية: (يا رسول الله إن أُمِّي ماتت وعليها صوم نذر أفصوم عنها؟ فقال لها ﷺ: أرأيت لو كان على أمك دين فقضيته عنها أكان ذلك يكفي عنها؟ فقالت: نعم، فقال ﷺ: صومي عن أمك فدين الله أحق بالأداء) فالمرأة سألته عن دين الله، فلم يجبهها عنه وأجابها عن نظيره، وهو دين العباد ليبين لها أنهما مشتركان في العلة، وأن حكم المسئول عنه هو حكم نظيره، فلو لم يجعل ذلك مفيدا لكون النظر علة لنظير الحكم لكان السؤال خاليا عن الجواب، وهو بعيد، لما فيه من تأخير البيان عن وقت الحاجة^(١).

٢- قوله ﷺ لعمر وقد سأله عن إفساد الصوم بالقبلة من غير إنزال: (أرأيت لو تمضضت بماء ثم مججته -يعني: لفظته- أكنت شاربته؟)^(٢) فعمر ﷺ سأل النبي ﷺ عن إفساد الصوم بالقبلة، فلم يجبه عنه وإنما أجابه عن نظيره، وهو المضمضة، فنبه الرسول ﷺ بهذا على أن حكم القبلة في عدم إفسادها الصوم كحكم ما يشبهها وهي المضمضة، ووجه الشبه أن كلا منهما مقدمة للمفسد للصوم وهو الشرب بالنسبة للمضمضة والإنزال بالنسبة للقبلة لكن لم يحصل منه المقصود من الشرب والإنزال، فلو لم يجعل ذلك مفيدا لكون النظر علة لنظير الحكم لكان السؤال خاليا عن الجواب، وهو بعيد، لما فيه من تأخير البيان عن وقت الحاجة^(٣).

واعترض الأمدي على التمثيل بهذا الحديث بوجهين:

- (١) ينظر: (نهاية السؤل ص ٣٢٤، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٨/٤).
(٢) أخرجه النسائي في سننه الكبرى (٢٩٣/٣ ح رقم ٣٠٣٦)، وأحمد في مسنده (٤٣٩/١ ح رقم ٣٧٢).
(٣) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٨/٤، ونبراس العقول ص ٢٦١)، وينظر أيضا: (شفاء الغليل ص ٤٤، والمحصول للرازي ١٥٢/٥، ونهاية السؤل ص ٣٢٤).

الوجه الأول:

أنه ليس من قبيل ما نحن فيه؛ وذلك لأن النبي ﷺ إنما ذكر ذلك بطريق النقض لما توهمه عمر رضي الله عنه من كون القبلة مفسدة للصوم لكونها مقدمة للوقوع المفسد للصوم، فنقض النبي ﷺ ذلك بالمضمضة فإنها مقدمة للشرب المفسد للصوم وليست مفسدة للصوم.

أما أن يكون ذلك تنبيها على تعليل عدم الإفساد بكون المضمضة مقدمة للفساد فلا؛ وذلك لأن كون القبلة والمضمضة مقدمة لإفساد الصوم ليس فيه ما يتخيل أن يكون مانعا من الإفطار حتى يكون علة له، بل غايته أن لا يكون مفطرا، فكان الأشبه بما ذكره رضي الله عنه أن يكون نقضا لا تعليلا (١).

وقد ضعف الهندي هذا الوجه؛ لأن القصد من قوله ﷺ: «أرأيت لو تمضضت بماء ثم مججته أكنت شاربه» التنبيه على الوصف المشترك بين المضمضة والقبلة وهو عدم حصول المقصود منهما وهو يصلح للعلية؛ لعدم اشتراط المناسبة في الوصف المومئ إليه كما هو مذهب الأمدي، وبتقدير اشتراط المناسبة فإنه لا يشترط ظهور الحكمة بل يكفي في ذلك أن يكون الوصف مظنة لذلك، وما ذكر من الجامع كذلك، فيصلح أن يكون علة، فيكون من قبيل ما نحن فيه (٢).

الوجه الثاني:

أن الأصل أن يكون الجواب مطابقا للسؤال لا يزيد عليه ولا ينقص عنه، أما الزيادة فلعدم تعليق الغرض بها، وأما النقصان فلما فيه من الإخلال بمقصود السائل، وعمر رضي الله عنه إنما سأل عن كون القبلة مفسدة للصوم أم لا؟ فالجواب

(١) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٥٨/٣، ونبراس العقول ص ٢٦١).

(٢) ينظر: (نهاية الوصول ٣٢٧٣/٨).

المطابق إنما يكون بما يدل على الإفساد أو عدمه، وكون القبلة علة لنفي الفساد غير مسئول عنه، فلا يكون اللفظ الدال على ذلك جواباً مطابقاً للسؤال، بخلاف النقض فإنه يتحقق به أن القبلة غير مفسدة، فكان جواباً مطابقاً للسؤال^(١).

وقد رد الشيخ عيسى منون هذا الوجه:

بأنه ضعيف في ذاته لا يحتاج إلى رد؛ ولذلك لم يتعرض الأصوليون لرده؛ لأنه إذا ثبت أن القصد التنبيه على أن الوصف المشترك علة لا يكون في الجواب زيادة عن المقصود^(٢).

(١) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٥٨/٣، ونبراس العقول ص ٢٦٢).

(٢) ينظر: (نبراس العقول ص ٢٦٢).

النوع الرابع

أن يفرق الشارع بين شيئين في الحكم بذكر وصف لأحدهما، فيعلم أن ذلك الوصف علة لذلك الحكم وإلا لم يكن لتخصيصه بالذكر فائدة (١)

وهذا النوع يندرج تحته نوعان:

النوع الأول: أن يكون حكم أحد الشيئين مذكورا مع الوصف دون حكم الآخر، كقوله ﷺ: (القاتل لا يرث) (٢)، فالوصف -وهو القتل- قد ذكر معه أحد الحكمين وهو عدم الإرث، ولم يذكر الحكم الآخر وهو ميراث من لم يقتل، فلو لم يكن ذلك لكون القتل علة لعدم الإرث لكان ذكره بعيدا، وليس عدم القتل علة للإرث؛ لأن علته النسب أو غيره من أسباب الميراث المعلومة (٣).

النوع الثاني: أن يكون حكم كل من الشيئين مذكورا مع الوصف، وهذا على خمسة أوجه:

الوجه الأول: أن تكون التفرقة بين الشيئين بالشرط، كقوله ﷺ: (لا تبيعوا البر بالبر، ولا الشعير بالشعير) إلى أن قال: (فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم، يدا بيد) (٤)، فالشيئان هما الجنسان المتحدان والجنسان المختلفان،

(١) ينظر: (نهاية الوصول ٣٢٧٤/٨، ونهاية السؤل ص ٣٢٤).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه (٨٨٣/٢ ح رقم ٢٦٤٥)، والترمذي في سننه (٤/٤٢٥ ح رقم ٢١٠٩)، والنسائي في سننه (١٢١/٦ ح رقم ٦٣٣٥).

(٣) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٩/٤، ونبراس العقول ص ٢٦٣)، وينظر أيضا: (شفاء الغليل ص ٤٦، والمحصول للرازي ١٥٢/٥، والإحكام للأمدي ٢٥٩/٣، ونهاية السؤل ص ٣٢٤، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٨/٤).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (كتاب: المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا ١٢١١/٣ ح رقم ١٥٨٧)، وينظر: (نهاية السؤل ص ٣٢٤).

والحكمان هما جواز البيع في المختلفين عند التقابض وعدم جوازه في الجنسين المتحدين، وذكر الاختلاف مشعر بأنه علة التفرقة بين الحكمين (١).

الوجه الثاني: أن تكون التفرقة بالغاية، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ (٢)، فالشيئان هما الحيض والطهر، والحكمان هما جواز القربان في حالة الطهر وعدم جوازه في حالة الحيض، والتفرقة بينهما ب«حتى»، وهي للغاية، فتفريقه بين المنع من قربانهن قبل الطهر وبين جوازه في الطهر لو لم يكن لعلية الطهر لكان بعيدا (٣).

الوجه الثالث: أن تكون التفرقة بالاستثناء كقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ (٤) فالحكمان هما تنصيف الصداق، وعدم تنصيفه بل سقوطه عن الزوج، والتفرقة بينهما حصلت بأداة الاستثناء وهي «إلا»، فلو لم يكن التفريق بينهما لعلية العفو للسقوط لكان بعيدا (٥).

الوجه الرابع: أن تكون التفرقة بالاستدراك كقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾ (٦)، فالشيئان هما اليمين اللغو واليمين المنعقدة، والحكمان هما المؤاخذة وعدم المؤاخذة، والتفرقة بينهما في الحكم حيث وجبت الكفارة في المنعقدة ولم تجب في اللغو قد حصلت بحرف

(١) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٩/٤)، وينظر أيضا: (المحصول للرازي ١٥٣/٥).

(٢) سورة البقرة جزء من آية رقم (٢٢٢).

(٣) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٩/٤، ونبراس العقول ص ٢٦٣)، وينظر أيضا: (المحصول للرازي ١٥٣/٥، ونهاية السؤل ص ٣٢٤)..

(٤) سورة البقرة جزء من آية رقم (٢٣٧).

(٥) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٩/٤، ونبراس العقول ص ٢٦٤)، وينظر أيضا: (المحصول للرازي ١٥٣/٥، ونهاية السؤل ص ٣٢٤).

(٦) سورة المائدة جزء من آية رقم (٨٩).

الاستدراك وهو «لكن»، فلو لم يكن التفريق بينهما لعلية التعقيد للمؤاخذة لكان بعيداً^(١).

الوجه الخامس: أن تكون التفرقة باستتفاف ذكرهما، كقوله ﷺ: (للراجل سهم، وللفارس سهمان)^(٢)، فالشيئان هما الراجل والفارس، والحكمان هما إعطاء السهمين للفارس وإعطاء الراجل سهماً واحداً، فتفريقه بين هذين الحكمين بهاتين الصفتين وهما الفرسية والرجلية لو لم يكن لعلية كل منهما لكان بعيداً^(٣).

(١) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٦٩/٤، ونيراس العقول ص ٢٦٤)، وينظر أيضاً: (المحصول للرازي ١٥٣/٥، ونهاية السؤل ص ٣٢٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (كتاب: المغازي، باب: غزوة خيبر ١٣٦/٥ ح رقم ٤٢٢٨) بلفظ: عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: «قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر للفارس سهمين، وللراجل سهماً»، ولفظ قريب أخرجه مسلم في صحيحه (كتاب: الجهاد والسير، باب: كيفية قسمة الغنائم بين الحاضرين ١٣٨٣/٣ ح رقم ١٧٦٢).

(٣) ينظر: (أصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٧٠/٤، ونيراس العقول ص ٢٦٤)، وينظر أيضاً: (المحصول للرازي ١٥٣/٥، ونهاية السؤل ص ٣٢٤).

النوع الخامس

أن يكون الشارع قد أنشأ الكلام لبيان مقصود وتحقيق مطلوب ثم يذكر في أثناءه شيئاً آخر (١)

ومعنى ذلك: أن يذكر الشارع كلاماً يكون القصد منه بيان حكم من الأحكام، ثم يذكر في أثناء ذلك كلاماً آخر، فيعلم من هذا أن الكلام الثاني له تعلق بالحكم الذي قصد بيانه، فلو لم يقدر كونه علة لذلك الحكم المطلوب لم يكن له تعلق بالكلام لا بأوله ولا بآخره، وكان ذكره في هذا المقام عبثاً، والعبث من الشارع محال (٢).

مثال ذلك: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ (٣)، فهذه الآيات قد ساقها الشارع لبيان الأحكام المتعلقة بصلاة الجمعة، وليس المقصود بها بيان أحكام البيع، فذكر النهي عن البيع في هذا السياق مشعر بأن له ارتباطاً بأحكام الجمعة من حيث إن الانشغال بالبيع يؤدي إلى تفويت السعي الواجب لها، وبذلك يعلم أن علة النهي عن البيع وقت نداء الجمعة هي تفويته السعي الواجب لها، وذلك بطريق الإيماء (٤).

ومنه أيضاً: قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا﴾ (٥)، فإن الآية سبقت لقصد معلوم، وهو: الحث على توقير الوالدين وإعظامهما واحترامهما، والبر والإحسان إليهما، والتأفيف إيذاء، والإيذاء يناقض الإعظام الواجب (٦).

(١) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٦٠/٣).

(٢) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٦٠/٣، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٧٠/٤).

(٣) سورة الجمعة جزء من آية رقم (٩).

(٤) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٦٠/٣، وأصول الفقه للشيخ أبي النور زهير ٧٠/٤).

(٥) سورة الإسراء جزء من آية رقم (٢٣).

(٦) ينظر: (شفاء الغليل ص ٥٢).

النوع السادس

أن يذكر الشارع مع الحكم وصفا مناسباً (١)

كقوله ﷺ: (لا يقضي القاضي وهو غضبان) (٢)، فإنه يشعر بكون الغضب علة مانعة من القضاء لما فيه من تشويش الفكر واضطراب الحال، وكذلك إذا قال: «أكرم العالم وأهن الجاهل»، فإنه يسبق إلى الفهم منه أن العلم علة للإكرام والجهل علة للإهانة، وذلك لوجهين:

الأول: ما أُلّف من عادة الشارع من اعتبار المناسبات دون إغائها، فإذا قرن بالحكم في لفظه وصفا مناسباً غلب على الظن اعتباره له.

الثاني: ما علمنا من حال الشارع أنه لا يرد بالحكم خالياً عن الحكمة؛ إذ الأحكام إنما شرعت لمصالح العبيد وليس ذلك بطريق الوجوب إلى جري العادة المألوفة من شرع الأحكام فإذا ذكر مع الحكم وصفا مناسباً غلب على الظن أنه علة له إلا أن يدل الدليل على أنه لم يرد به ما هو الظاهر منه فيجوز تركه (٣).

(١) وهذا النوع ذكره الأمدى والطوفى. ينظر: (الإحكام للأمدى ٢٦٠/٣، وشرح مختصر الروضة ٣٧٣/٣).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (كتاب: الأفضية، باب: كراهة قضاء القاضي وهو غضبان ١٣٤٢/٣ ح رقم ١٧١٧).

(٣) ينظر: (الإحكام للأمدى ٢٦٠/٣).

النوع السابع

ترتيب الحكم على الاسم المشتق فإنه يدل على عليّة ما منه الاشتقاق

هذا هو النوع السابع من أنواع الإيحاء، وهو ربط الحكم باسم مشتق، فإن تعليق الحكم به مشعر بالعليّة، نحو: أكرم زيدا العالم، فإن ذكر الوصف المشتق مشعر بأن الإكرام لأجل العلم^(١).

قال الزركشي: (وإلى هذا صار الشافعي في مسألة الربا، وأول القاضي مذهبه، وقال: لعله تمسك بالحديث في إثبات حكم الربا لا في إثبات علته، قال الغزالي: ليس كما ظنه القاضي؛ لأنه أثبت عليّة الطعم، وقال إمام الحرمين: تعلق أئمتنا في تعليل ربا الفضل بالطعم بقوله: «لا تبيعوا الطعام بالطعام» وهو موقوف على إثبات كون الطعام مشعرا بتحريم التفاضل، وإلا فالطعام والبر سواء في تعليق الحكم به)^(٢).

ونقله إمام الحرمين عن الأصوليين، واختار التفصيل حيث قال: (ومما يجري تعليلا صيغة تتضمن تعليق الحكم باسم مشتق، فالذي أطلقه الأصوليون في ذلك أن ما منه اشتقاق الاسم علة للحكم في موجب هذه الصيغة، كما قال تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾^(٣)، وكما قال: ﴿لِرَّزَانِيَّةٍ وَالرَّزَانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^(٤)، فتضمن سياق الآيتين تعليل القطع والحد بالسرقة والزنا.

(١) ينظر: (إرشاد الفحول ١٢٣/٢).

(٢) ينظر: (البرهان لإمام الحرمين ٣٣/٢، والمنحول ص ٤٤٦، والبحر المحيط ٢٥٦/٧).

(٣) سورة المائدة جزء من آية (٣٨).

(٤) سورة النور جزء من آية (٢).

وهذا الذي أطلقوه مفصل عندنا فإننا نقول: إن كان ما منه اشتقاق الاسم مناسباً للحكم المعلق بالاسم فالصيغة تقتضي التعليل كالقطع الذي شرع مقطعة للسرقة والجلد المثبت مردعة عن فاحشة الزنا وفي الآيتين قرآن تؤكد هذا منها قوله تعالى: ﴿جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ﴾^(٢)، وإن لم يكن ما منه اشتقاق الاسم مناسباً للحكم فالاسم المشتق عندي كالاسم العلم^(٣).

(١) سورة المائدة جزء من آية (٣٨).

(٢) سورة النور جزء من آية (٢).

(٣) ينظر: (البرهان لإمام الحرمين ٣٢/٢).

النوع الثامن

ترتيب الحكم على الوصف بصيغة الشرط والجزاء (١)

مثال هذا النوع:

قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾^(٢)، أي: لأجل تقواه، ﴿وَمَنْ يَتَّوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ﴾^(٣)، أي: لأجل توكله.

والفرق بين هذا النوع وما سبق من أنواع الإيماء وخصوصا النوع الأول أن في باب الشرط والجزاء لا يكون ما بعد الفاء إلا حكما وما قبلها إلا سببا، لأن جواب الشرط متأخر عن الشرط في وضع اللغة تحقيقا، نحو: إن كنت مؤمنا فأتق الله، أو تقديرا، نحو: اتق الله إن كنت مؤمنا والسبب في ذلك أن الشرط لازم، والمشروط ملزوم، والملزوم إنما يكون بعد اللازم، وثبوته فرع على ثبوته.

أما ما سبق، فإن ما بعد الفاء قد يكون حكما نحو: ﴿قُلْ هُوَ أَدْنَىٰ فَاغْتزِلُوا﴾^(٤)، وقد يكون علة، نحو: (لا تقربوه طيبا، فإنه يبعث يوم القيامة ملبيا)، فإن بعثه ملبيا هو علة تجنيبه الطيب^(٥).

(١) ينظر: (شرح مختصر الروضة ٣/٣٦٦، والبحر المحيط ٧/٢٥٦، والتحبير شرح التحرير ٧/٣٣٢٩، وإرشاد الفحول ٢/١٢٣).

(٢) سورة الطلاق جزء من آية رقم (٢).

(٣) سورة الطلاق جزء من آية رقم (٣).

(٤) سورة البقرة جزء من آية (٢٢٢).

(٥) ينظر: (شرح مختصر الروضة ٣/٣٦٧، والبحر المحيط ٧/٢٥٦).

أنواع أخرى للإيماء انفراد الزركشي بذكرها

هناك أنواع أخرى للإيماء انفراد الزركشي بذكرها، وهي:

النوع الأول:

تعليل عدم الحكم بوجود المانع منه، كقوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا أَنْ يَكُونَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً لَجَعَلْنَا لِمَنْ يَكْفُرُ بِالرَّحْمَنِ﴾^(١)، وقوله: ﴿وَلَوْ بَسَطَ اللَّهُ الرِّزْقَ لِعِبَادِهِ﴾^(٢)، وقوله: ﴿وَمَا مَنَعَنَا أَنْ نُرْسِلَ بِالْآيَاتِ﴾^(٣) أي: آيات الاقتراح لا الآيات الدالة على صدق الرسل، وقوله: ﴿وَلَوْ جَعَلْنَاهُ قُرْآنًا أَعْجَمِيًّا لَقَالُوا لَوْلَا فُصِّلَتْ آيَاتُهُ﴾^(٤)، وقوله: ﴿لَوْلَا أَنْزَلَ عَلَيْهِ مَلَكٌ وَلَوْ أَنْزَلْنَا مَلَكَ لَقُضِيَ الْأَمْرُ﴾^(٥)، فأخبر سبحانه عن المانع الذي منع من إنزال الملك عيانا بحيث يشاهدونه، وأن لطفه بخلقه منعه، فإنه لو أنزل عليه ملكا وعينوه ولم يؤمنوا فعملوا العقوبة، وجعل الرسول بشرا ليتمكنهم التلقي عنه والرجوع إليه.

النوع الثاني:

إنكاره سبحانه على من زعم أنه لم يخلق الخلق لغاية ولا لحكمة. بقوله: ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنْمَّا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا﴾^(٦)، وقوله: ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى﴾^(٧)، وقوله: ﴿وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا لِاعْبِيْن. مَا خَلَقْنَاهُمَا إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٨).

- (١) سورة الزخرف جزء من آية (٣٣).
- (٢) سورة الشورى جزء من آية (٢٧).
- (٣) سورة الإسراء جزء من آية (٥٩).
- (٤) سورة فصلت جزء من آية (٤٤).
- (٥) سورة الأنعام جزء من آية (٨).
- (٦) سورة المؤمنون جزء من آية (١١٥).
- (٧) سورة القيامة آية (٣٦).
- (٨) سورة الدخان آية (٣٨ ، ٣٩).

النوع الثالث:

إنكاره سبحانه أن يسوى بين المختلفين، ويفرق بين المتماثلين.

(فالأول) كقوله تعالى: ﴿أَفَجَعَلُ الْمُسْلِمِينَ كَالْمُجْرِمِينَ. مَا لَكُمْ كَيْفَ تَحْكُمُونَ﴾^(١)، وقوله: ﴿أَمْ نَجْعَلُ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ كَالْمُفْسِدِينَ فِي الْأَرْضِ أَمْ نَجْعَلُ الْمُتَّقِينَ كَالْفُجَّارِ﴾^(٢)، وقوله: ﴿أَمْ حَسِبَ الَّذِينَ اجْتَرَحُوا السَّيِّئَاتِ﴾^(٣).

و(الثاني) كقوله: ﴿وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَالرَّسُولَ فَأُولَئِكَ مَعَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ﴾^(٤)، وقوله: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(٥)، وقوله: ﴿الْمُنَافِقُونَ وَالْمُنَافِقَاتُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ﴾^(٦).

قال الشيخ عيسى منون: (ولا يخفى أنه يمكن رجوع ما ذكره الزركشي إلى بعض الأنواع السابقة بل يمكن اختصار الأنواع إلى أقل مما ذكر) ^(٧) ، فإن الضابط الجامع في هذه الأنواع -كما ذكر أنفا- أن كل ما يتحقق فيه الاقتران فهو من قبيل الإيماء، والتنويع إنما جاء من الحالات التي يكون عليها هذا الاقتران وهو اعتباري فبعضهم يعتبر عدة حالات متقاربة نوعا واحدا وبعضهم يعتبرها أنواعا وهكذا.

(١) سورة القلم آية (٣٥، ٣٦).

(٢) سورة ص آية (٢٨).

(٣) سورة الجاثية جزء من آية (٢١).

(٤) سورة النساء جزء من آية (٦٩).

(٥) سورة التوبة جزء من آية (٧١).

(٦) سورة التوبة جزء من آية (٦٧) ، وينظر: (البحر المحيط ٢٥٧/٧، وإرشاد الفحول ١٢٣/٢).

(٧) ينظر: (نبراس العقول ص ٢٦٥).

اشتراط مناسبة الوصف الموماً إليه للحكم في الأنواع السابقة:

ذكرت سابقاً أن الخلاف في اشتراط مناسبة الوصف الموماً إليه للحكم وعدم اشتراطها حكاه الإمام الرازي في المحصول والبيضاوي في المنهاج في مسألة ترتيب الحكم على الوصف بدون الفاء^(١)، وقد بينت أقوال الأصوليين فيها وأدلة كل قول، أما الآمدي وابن الحاجب وابن السبكي وغيرهم فقد حكى الخلاف في جميع أنواع الإيماء^(٢).

وسوف أنقل ما ذكره من خلاف بين الأصوليين في هذه المسألة فأقول:
اختلف الأصوليون في اشتراط مناسبة الوصف للحكم في الأنواع السابقة للإيماء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا تشترط مناسبة الوصف للحكم في جميع أنواع الإيماء السابقة. وهذا القول حكاه الهندي عن المحققين^(٣)، ونسبه ابن السبكي والزرکشي إلى الأكثرين^(٤).

واستدلوا بمثل ما استدل به القائلون بعدم اشتراط المناسبة في ترتيب الحكم على الوصف بدون الفاء، واستدلوا أيضاً بما يلي:

الدليل الأول:

أن الوصف الموماً إليه الخالي من المناسبة إن لم يكن علة الحكم فإما أن لا يكون للحكم علة، أو يكون له علة أخرى غير ذلك الوصف الموماً إليه، والقسمان

- (١) ينظر: (المحصول للرازي ١٤٥/٥، ومنهاج الوصول ص ١٠٠، ونبراس العقول ص ٢٥٤).
- (٢) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٦١/٣، ومختصر ابن الحاجب ١٠٧٨/٢، وشرح المحلي على جمع الجوامع ومعه حاشية العطار ٣١٣/٢، ونبراس العقول ص ٢٥٤).
- (٣) ينظر: (نهاية الوصول ٣٢٧٨/٨).
- (٤) ينظر: (شرح المحلي على جمع الجوامع ومعه حاشية العطار ٣١٣/٢، والبحر المحيط ٢٥٩/٧، وإرشاد الفحول ١٢٤/٢ والأنوار الساطعة في طرق إثبات العلة الجامعة ص ١٤٥).

باطلان، فبطل أن لا يكون الوصف الموماً إليه علة، وإنما قلنا: إنه لا يجوز أن لا يكون للحكم علة أصلاً لوجهين:

أحدهما: أن الحكم مع علته أكثر فائدة مما إذا لم يكن كذلك، وحمل تصرفات الشارع على ما هو أكثر فائدة أولى.

وثانيهما: أن الحكم بدون العلة والغرض عبث، وهو على الله تعالى محال؛ وإنما قلنا: إنه لا يجوز أن يكون غير هذا الوصف علة؛ لأن غير هذا الوصف كان معدوماً، والأصل بقاء ما كان على ما كان فيغلب على الظن بقاؤه على العدم استصحاباً للحال^(١).

الدليل الثاني:

أنه يفهم السببية من مثل قوله ﷺ: (من مس ذكره فليتوضأ)^(٢) وإن لم يناسب الوصف الحكم ووجود المشروط بدون الشرط محال^(٣).

القول الثاني: ذهب إلى اشتراط مناسبة الوصف للحكم، وبه قال إمام الحرمين الجويني، والغزالي^(٤).

واستدلوا بمثل ما استدل به القائلون باشتراط المناسبة في ترتيب الحكم على الوصف بدون الفاء، واستدلوا أيضا بما يلي:

الدليل الأول:

أن الغالب في العلل مناسبتها لأحكامها؛ لأن التعليل بالأوصاف المناسبة يكون أدعى إلى الانقياد لأوامر الشارع وقبول أحكامه، والحكم على الكثير الغالب لا على القليل النادر فيلحق غيره به^(٥).

(١) ينظر: (نهاية الوصول ٣٢٧٨/٨).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٦/١ ح رقم ١٨١)، والترمذي في سننه (١٢٦/١ ح رقم ٨٢).

(٣) ينظر: (نهاية الوصول ٣٢٧٩/٨).

(٤) ينظر: (البرهان ٣٢/٢، والمنحول ص ٤٤٧، والبحر المحيط ٢٥٩/٧، وإرشاد الفحول ١٢٤/٢).

(٥) ينظر: (تيسير التحرير ٤٥/٤، والأنوار الساطعة في طرق إثبات العلة الجامعة ص ١٤٧).

الدليل الثاني:

إن العلة تستلزم الحكمة والمصلحة عند وجود مناسبة الوصف للحكم، فمع عدم وجود المناسبة في الوصف لا يستلزم ذلك فيكون تناقضا، وهو ممتنع^(١).

مناقشة هذين الدليلين:

إن القول بالغالبا في التعليل بالأوصاف هو كون الوصف مناسبا، والقول باستلزام الحكم والمصالح للعلل المشتملة على مناسبة مبني على أن العلة بمعنى الباعث، وذلك أن الوصف إذا كان مناسبا يبعث المكلف على الامتثال والخضوع والانقياد لأوامر الشرع، لكن العلة عندان بمعنى المعرف فالعلل عند جمهور الأصوليين أمارات وعلامات على وجود الأحكام عندها^(٢).

القول الثالث: ذهب إلى التفصيل فقال: إن كان التعليل فهم من المناسبة، كما في قوله صلى الله عليه وسلم: (لا يقض القاضي وهو غضبان) اشترطت، وأما غيره فلا يشترط؛ لأن التعليل يفهم من غيرها. وبه قال الأمدي وابن الحاجب^(٣).

واستدلوا بما يلي:

إن كان التعليل فهم من المناسبة اشترطت؛ لأن عدم المناسبة فيما المناسبة شرط فيه تناقض؛ لأن اشتراط المناسبة في التعليل بالوصف المشتمل عليها يؤدي إلى اعتبارها شرطا، وجواز التعليل بالوصف عند عدم المناسبة يؤدي إلى عدم اشتراطها، فالاشتراط وعدمه تناقض، وأما ما سواه من الأقسام فلا تشترط فيه المناسبة؛ فإن التعليل يفهم من غيرها وقد وجد^(٤).

(١) ينظر: (الأنوار الساطعة في طرق إثبات العلة الجامعة ص١٤٨).

(٢) ينظر: (الأنوار الساطعة في طرق إثبات العلة الجامعة ص١٤٨).

(٣) ينظر: (الإحكام للآمدي ٢٦١/٣، ومختصر ابن الحاجب ١٠٧٨/٢، والبحر المحيط ٢٥٩/٧،

وإرشاد الفحول ١٢٤/٢، والأنوار الساطعة في طرق إثبات العلة الجامعة ص١٤٥).

(٤) ينظر: (شرح العضد ٤٠٤/٣، والأنوار الساطعة ص١٥٥).

وقد ضعف التفتازاني هذا القول ودليله بقوله:

ولا يخفى ضعف هذا فإن وجود ما يفهم منه العلية لا يقتضى عدم اشتراط شرط آخر لصحة العلية واعتبارها فى باب القياس (١).

فائدة:

أفاد الرازي والآمدي وغيرهما أن أقسام الإيماء السابق ذكرها وإن كان الظاهر منها يدل على العلية إلا أن هذا الظاهر قد يترك عند قيام الدليل عليه (٢).

والمثال على ذلك: قوله ﷺ (لا يقضي القاضي وهو غضبان).

فقد ذهب الآمدي إلى أن هذا الحديث وإن دل بظاهره على أن مطلق الغضب علة فجاوز القضاء مع الغضب اليسير يدل على أن مطلق الغضب ليس بعلة، بل الغضب المانع من استيفاء النظر (٣).

بينما ذهب الرازي وصفى الدين الهندي إلى أن علة المنع ليست هي الغضب بل تشويش الفكر (٤).

وبين الرازي خطأ من يقول: «إن الغضب هو العلة لكن لكونه مشوشاً»؛ وعل ذلك بأن الحكم لما دار مع تشويش الفكر وجوداً وعدمًا وانقطع عن الغضب وجوداً وعدمًا وليس بين التشويش والغضب ملازمة أصلاً؛ لأن تشويش الفكر قد يوجد حيث لا غضب والغضب يوجد حيث لا تشويش علمنا أنه ليس بينهما ملازمة، وحينئذ تعلم أنه لا يمكن أن يكون الغضب علة، بل العلة إنما هو

(١) ينظر: (شرح العصد ومعه حاشية التفتازاني ٣/٤٠٤).

(٢) ينظر: (المحصول للرازي ٥/١٥٤، والإحكام للآمدي ٣/٢٦٠، ونهاية الوصول ٨/٣٢٨٠).

(٣) ينظر: (الإحكام للآمدي ٣/٢٦١).

(٤) ينظر: (المحصول للرازي ٥/١٥٤، ونهاية الوصول ٨/٣٢٨١).

التشويش فقط إلا أنه يجوز إطلاق لفظ الغضب لإرادة التشويش إطلاقاً لاسم
السبب على المسبب.

وفي آخر كلام الرازي نبه على وجوب العلم بأن الذي به يصرف اللفظ عن
ظاهره لا بد وأن يكون أقوى^(١).

(١) ينظر: (المحصول للرازي ١٥٤/٥، ١٥٥).

المبحث الرابع التطبيقات الفقهية على الإيماء

من التطبيقات الفقهية التي ذكرها الأصوليون على الإيماء باعتباره مسلكا من المسالك التي تدل على العلية ما يلي:

الفرع الأول: حكم إجابة المؤذن في حالة تكرار الأذان:

ذكر الإسنوي هذا الفرع تخريجا على النوع الأول من أنواع الإيماء وهو: ترتيب الحكم على الوصف المناسب، فقال: (من فروع المسألة: ما إذا سمع مؤذنا بعد مؤذن فالمختار استحباب إجابة الجميع؛ لقوله ﷺ في الحديث: «إذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول» إلا أن الأول متأكد يكره تركه) (١).

الفرع الثاني: حكم من جامع زوجته في نهار رمضان:

ورد أنه: (جاء أعرابي إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله هلكت، قال: وما ذاك؟ قال: واقعت أهلي في نهار رمضان، فقال: أعتق رقبة) (٢)، فقد حكم الرسول ﷺ عليه بأن يعتق رقبة بعدما علم صفة من صفاته وهي وقاعه لأهله في نهار رمضان، كأنه قال: واقعت فكفر.

ووجه استفادة العلة بطريق الإيماء في هذا الحديث أن الحكم (أعتق رقبة) جاء مرتبا على الوصف (واقعت أهلي في نهار رمضان) تقديرا؛ لأن السؤال معاد في الجواب تقديرا، والحكم المرتب على الوصف تقديرا شأنه شأن الحكم المرتب على الوصف تحقيقا بقاء التعقيب، فكلاهما إيماء وتنبية إلى العلة (٣).

(١) ينظر: (التمهيد للإسنوي ص ٤٧٠).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) ينظر: (نبراس العقول ص ٢٥٦، ومعلمة زايد الأصولية ٢٩/٤٧٨).

الفرع الثالث: حكم من أحيا أرضاً مواتاً:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن من أحيا أرضاً مواتاً كان ذلك سبباً في امتلاكه لها، واستدلوا على ذلك بما ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: (من أحيا أرضاً ميتة فهي له) (١).
ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ رتب الحكم وهو تملك الأرض الموات على الفعل وهو الإحياء بقاء التعقيب والتسبب، فكان ذلك إيماءً وتنبهاً على تعليل الحكم بالفعل الذي رُتِبَ عليه (٢).

الفرع الرابع: حد الزاني:

قال تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾، فهذه الآية تقتضي وجوب الجلد على كل الزناة إلا ما خص منها وهو المحصن، قال الرازي في تفسيره: (إن ترتيب الحكم على الوصف المشتق يفيد كون ذلك الوصف علة لذلك الحكم، لا سيما إذا كان الوصف مناسباً وهاهنا كذلك، فيدل ذلك على أن الزنا علة لوجوب الجلد، فيلزم أن يقال أينما تحقق الزنا يتحقق وجوب الجلد ضرورة أن العلة لا تنفك عن المعلول) (٣).

الفرع الخامس: إسقاط المطلقة ما وجب لها على الزوج بالطلاق قبل

الدخول:

قال تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصَفْ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ (٤)، فقد جاءت هذه الآية في سياق أحكام

(١) سبق تخريجه.

(٢) ينظر: (شفاء الغليل ص ٢٧، ومعلمة زايد الأصولية ٢٩/٤٧٨).

(٣) ينظر: (تفسير الرازي ٢٣/٣٠٩، وقواعد أصول الفقه وتطبيقاتها للدكتور/صفوان بن عدنان داوودي

ص ٨٠٦).

(٤) سورة البقرة جزء من آية رقم (٢٣٧).

النكاح، وما يلزم من صداق للزوجة على زوجها، وقدم حكم الصداق إذا افترقا ولم يقع تماس بينهما، أو لم يسم لها مهرا، ثم أتبعه حكم الصداق إذا افترقا وقد فرض لها صداقا ولم يمسه، فأوجب لها نصف ما فرض الزوج من صداق، فكان النصف حقا لازما إلا أن الشارع فرق بين هذا الحكم وبين عدمه بالاستثناء، فقال: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ فعلم أن هذا الاستثناء لو لم يكن علة للعفو لما كان لذكره فائدة، فهو يومئ إلى علة إسقاط ما وجب لها عليه (١).

الفرع السادس: جزاء الصيد:

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾ (٢)، فقد نصت هذه الآية على وجوب الجزاء على المتعمد، فيبقى المخطئ بريء الذمة، فلا يجوز أن يوجب عليه الشيء لبراءة ذمته؛ لأن المتعمد اسم مشتق من العمد وهو مناسب فكان ما منه الاشتقاق علة الحكم، فيكون وجوب الجزاء لأجل التعمد، فإذا زال التعمد زال وجوب الجزاء لزوال علته (٣).

الفرع السابع: جواز قتل المحرم كل دابة فاسقة، تضر الناس وتؤذيهم:

استدل ابن تيمية على جواز قتل المحرم كل دابة فاسقة بجملة من الأحاديث، منها:

١- عن عائشة رضي الله عنها- أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: (خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحرم: الغراب والحدأة والعقرب

(١) ينظر: (معلمة زايد الأصولية ٢٩/٤٨٠).

(٢) سورة المائدة جزء من آية (٩٥).

(٣) ينظر: (شرح عمدة الفقه ٣/٣٩٩، ومعلمة زايد الأصولية ٢٩/٥٢٠).

والفأرة والكلب العقور) (١).

٢- وعن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: (خمس كلهن فاسقة يقتلهن المحرم ولا يقتلن في الحرم؛ الفأرة والعقرب والحية والكلب العقور والغراب) (٢).

٣- وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ: (سئل عما يقتل المحرم؟ قال: الحية والعقرب والفويسقة ويرمي الغراب ولا يقتله، والكلب العقور، والحدأة والسبع العادي) (٣).

ثم قال -رحمه الله-: (فذكر النبي - صلى الله عليه وسلم - ما يؤذي الناس في أنفسهم وأموالهم، وسماهن فواسق لخروجهن على الناس.

ولم يكن قوله (خمس) على سبيل الحصر؛ لأن في أحد الحديثين ذكر الحية، وفي الآخر ذكر العقرب، وفي آخر ذكرها وذكر السبع العادي، فعلم أنه قصد بيان ما تمس الحاجة إليه كثيرا وهو هذه الدواب وعلل ذلك بفسوقها؛ لأن تعليق الحكم بالاسم المشتق المناسب يقتضي أن ما منه الاشتقاق علة للحكم، فحيث ما وجدت دابة فاسقة، وهي التي تضر الناس وتؤذيهم جاز قتلها) (٤).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (كتاب: جزاء الصيد، باب: ما يقتل المحرم من الدواب ١٣/٣ ح رقم ١٨٢٩)، ومسلم في صحيحه (كتاب: الحج، باب: ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب ٨٥٦/٢ ح رقم ١١٩٨).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٤/١٧١ ح رقم ٢٣٣٠).

(٣) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٥/٣٤٤ ح رقم ١٠٠٤٠)، وأحمد في مسنده (١٧/١٦ ح رقم ١٠٩٩٠).

(٤) ينظر: (شرح عمدة الفقه ٣/١٣٩، وتخريج الفروع على الأصول لعثمان بن محمد الأخضر ص ٦٥٧).

الخاتمة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد:

ففي ختام هذا البحث أود أن أخص نتائجه كما يلي:

- ١- اختلفت عبارات متأخري الأصوليين في تعريف القياس، ويرجع ذلك إلى اختلافهم في القياس هل هو دليل مستقل بذاته أو هو عمل من أعمال المجتهد.
- ٢- للقياس أربعة أركان لا يتحقق بدونها، وهي: الأصل، والفرع، والعلة، وحكم الأصل.
- ٣- اختلفت عبارات الأصوليين في تعريف العلة؛ وذلك تبعا لاختلافهم في كون العلة مؤثرة بذاتها أم بجعل الله لها مؤثرة أم هي الباعث على الحكم أم هي المعرف.
- ٤- مسالك العلة هي: الطرق الدالة على كون الوصف المعين علة للحكم.
- ٥- تنقسم مسالك العلة إلى قسمين: مسالك عقلية، ومسالك عقلية.
- ٦- الإيماء يعد مسلكا من المسالك التي تثبت بها العلية.
- ٧- الإيماء عرفه ابن الحاجب بأنه أن يقترن وصف بحكم لو لم يكن هو أو نظيره للتعليل لكان بعيدا.
- ٨- اختلف الأصوليون فيما إذا ذكر الوصف وحذف الحكم أو العكس بأن ذكر الحكم وحذف الوصف هل يعتبر ذلك إيماء أم لا؟ وتبين أن النزاع لفظي يلتفت إلى تفسير الإيماء هل هو اقتران الحكم والوصف سواء كانا مذكورين أو أحدهما مذكورا والآخر مقدرا، أو بشرط أن يكونا مذكورين؟.

٩- يتنوع الإيماء إلى أنواع عديدة، والضابط الجامع فيها أن كل ما يتحقق فيه الاقتران السابق فهو من قبيل الإيماء.

١٠- من أنواع الإيماء: ترتيب الحكم على الوصف بالفاء.

١١- ترتيب الحكم على الوصف يشمل أربعة أقسام، وهذه الأقسام ليست على درجة واحدة في إفادة العلية، فأقواها ترتيب الحكم على الوصف في كلام الشارع، يليه ترتيب الحكم على الوصف في كلام الراوي.

١٢- ترتيب الحكم على الوصف بدون الفاء يفيد العلية مطلقا سواء أكان الوصف مناسبا أو غير مناسب.

١٣- من أنواع الإيماء أن يحكم الشارع على شخص بحكم عقب علمه بصفة صدرت منه.

١٤- من أنواع الإيماء أن يذكر الشارع وصفا لو لم يؤثر في الحكم - أي: لو لم يكن علة فيه - لم يكن ذكره مفيدا.

١٥- من أنواع الإيماء أن يفرق الشارع بين شيئين في الحكم بذكر وصف لأحدهما، فيعلم أن ذلك الوصف علة لذلك الحكم وإلا لم يكن لتخصيصه بالذكر فائدة.

١٦- من أنواع الإيماء أن يكون الشارع قد أنشأ الكلام لبيان مقصود وتحقيق مطلوب ثم يذكر في أثائه شيئا آخر.

١٧- من أنواع الإيماء أن يذكر الشارع مع الحكم وصفا مناسبا.

١٨- من أنواع الإيماء: ترتيب الحكم على الاسم المشتق فإنه يدل على علية ما منه الاشتقاق.

- ١٩- من أنواع الإيماء: ترتيب الحكم على الوصف بصيغة الشرط الجزاء.
- ٢٠- الظاهر من أنواع الإيماء وإن كان يدل على العلية إلا أن هذا الظاهر قد يترك عند قيام الدليل عليه.

هذا ما وفقني الله إليه في هذا البحث، فما كان من صواب فمن الله، وما كان من خطأ أو نسيان فمني، والله أسأل أن ينفع به وأن يجعله في ميزان حسناتي، والله تعالى أعلى وأعلم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

والحمد لله رب العالمين

مراجع البحث

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: كتب التفسير:

١- جامع البيان في تأويل القرآن لمحمد بن جرير بن يزيد الطبري - تحقيق: أحمد محمد شاكر - ط. مؤسسة الرسالة، بيروت - الطبعة: الأولى، سنة (١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م).

ثالثاً: كتب الحديث الشريف:

١- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المعروف ب (صحيح الإمام البخاري) للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري - اعتنى به: محمد زهير بن ناصر الناصر - ط. دار طوق النجاة، بيروت، لبنان - الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٢ هـ).

٢- سنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني - تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد - ط. المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.

٣- سنن ابن ماجه لمحمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني - تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي - ط. دار إحياء الكتب العربية (الباي الحلبي)، مصر - سنة (١٣٧٣ هـ - ١٩٥٤ م).

٤- سنن الترمذي المسمى ب (الجامع الصحيح) لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة - تحقيق: أحمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض - ط. مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر - الطبعة الثانية، سنة (١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م).

٥- السنن الكبرى للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي - تحقيق: حسن عبدالمنعم شلبي - ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان - الطبعة الأولى، سنة (١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م).

٦- صحيح مسلم للإمام الحافظ أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري - تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي - ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت.

رابعاً: كتب أصول الفقه:

١- الإبهاج في شرح المنهاج لعلي بن عبد الكافي السبكي، وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي - تحقيق: الدكتور أحمد جمال الزمزمي، والدكتور نور الدين عبد الجبار

- صغيري- ط. دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث- الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.
- ٢- الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين أبي الحسن علي بن محمد الأمدي - تحقيق: عبد الرزاق عفيفي - ط. المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق- لبنان.
- ٣- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني - تحقيق: الشيخ/ أحمد عزو عناية - ط. دار الكتاب العربي - الطبعة: الأولى، سنة (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م).
- ٤- أصول الفقه لفضيلة الشيخ أبي النور زهير - ط. المكتبة الأزهرية للتراث.
- ٥- الأنوار الساطعة في طرق إثبات العلة الجامعة لأستاذنا الدكتور/ رمضان عبدالودود عبدالنواب اللخمي، ط. دار الهدى للطباعة- القاهرة، سنة (١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م).
- ٦- البحر المحيط في أصول الفقه لبدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي - ط. دار الكتبي ، الطبعة: الأولى، سنة (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م).
- ٧- البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين أبي المعالي عبدالملك بن عبدالله الجويني - تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة - ط. دار الكتب العلمية بيروت، لبنان - الطبعة: الأولى ، سنة (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م).
- ٨- بيان المختصر (شرح مختصر ابن الحاجب) لشمس الدين محمود بن عبدالرحمن بن أحمد الأصفهاني- تحقيق: الدكتور/محمد مظهر بقا - ط. مركز البحث العلمي وإحياء التراث بجامعة أم القرى، مكة المكرمة - الطبعة: الأولى، سنة (١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م).
- ٩- التعبير شرح التحرير في أصول الفقه للعلامة علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الحنبلي- تحقيق: الدكتور/ عبد الرحمن الجبرين، والدكتور/ عوض القرني، والدكتور/أحمد السراح - ط. مكتبة الرشد، الرياض، السعودية - الطبعة: الأولى، سنة (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م).
- ١٠- التحقيق والبيان في شرح البرهان في أصول الفقه لعلي بن إسماعيل الأبياري - تحقيق: الدكتور/علي بن عبدالرحمن بسام الجزائري - ط. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة قطر - الطبعة: الأولى ، سنة (١٤٣٤هـ-٢٠١٣م).
- ١١- تخريج الفروع على الأصول دراسة تاريخية ومنهجية وتطبيقية لعثمان بن محمد الأخضر شوشان - ط. دار طيبة للنشر والتوزيع- الرياض- السعودية- الطبعة الأولى سنة (١٤١٩ هـ - ١٩٩٨م).

- ١٢- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإمام جمال الدين أبي محمد عبدالرحيم بن الحسن الإسنيوي - تحقيق: الدكتور/ محمد حسن هيتو- ط. مؤسسة الرسالة - الطبعة: الأولى، سنة (١٤٠٠ هـ).
- ١٣- تسهيل الوصول إلى علم الأصول للشيخ محمد عبدالرحمن عيد المحلاوي - تحقيق: الأستاذ الدكتور/ محمد إبراهيم الحفاوي- ط. دار الحديث بالقاهرة- سنة (١٤٣١ هـ- ٢٠١٠ م).
- ١٤- التمهيد في أصول الفقه لمحمود بن أحمد بن الحسن أبي الخطاب الكلوزاني الحنبلي - تحقيق: الدكتور/ مفيد محمد أبو عمشة - ط. جامعة أم القرى، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي - الطبعة: الأولى ، سنة (١٤٠٦ هـ- ١٩٨٥ م).
- ١٥- تيسير التحرير لمحمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمرير بادشاه الحنفي - ط. دار الفكر ، بيروت.
- ١٦- حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لحسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي - ط. دار الكتب العلمية ، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ١٧- دروس في القياس للأستاذ الدكتور/ محمود عبدالرحمن عبدالمنعم- ط. كلية الشريعة والقانون بالقاهرة- سنة: (١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م).
- ١٨- الردود والنقود شرح مختصر ابن الحاجب لمحمد بن محمود بن أحمد البابرتي الحنفي - تحقيق: ضيف الله بن صالح بن عون العمري ، وترحيب بن ربيعان الدوسري - ط. مكتبة الرشد، السعودية - الطبعة: الأولى، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م.
- ١٩- رفع النقاب عن تنقيح الشهاب لأبي علي حسين بن علي بن طلحة الرجراجي الشوشاوي - تحقيق: الدكتور/ عبدالرحمن بن عبدالله الجبرين ، ط. مكتبة الرشد - الرياض - السعودية ، الطبعة: الأولى ، سنة (١٤٢٥ هـ- ٢٠٠٤ م).
- ٢٠- شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي- تحقيق: الدكتور/حمدي الكبسي- ط. مطبعة الإرشاد، بغداد - الطبعة: الأولى، سنة (١٣٩٠ هـ- ١٩٧١ م).
- ٢١- شرح للمع لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي - تحقيق: عبدالمجيد تركي - ط. دار الغرب الإسلامي ، بيروت، لبنان ، الطبعة: الأولى، سنة (١٤٠٨ هـ- ١٩٨٨ م).
- ٢٢- شرح مختصر الروضة لنجم الدين سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي - تحقيق: الدكتور/ عبد الله بن عبد المحسن التركي - ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان - الطبعة: الأولى، سنة (١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م).

- ٢٣- شرح مختصر المنتهى الأصولي للعلامة عضد الدين عبدالرحمن الإيجي ومعه حواشي الفتازاني، والجرجاني، والفناري، والجزاوي - تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي - ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان - الطبعة: الأولى، سنة (١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م).
- ٢٤- شرح المعالم في أصول الفقه لابن التلمساني عبدالله بن محمد بن علي شرف الدين أبي محمد الفهري المصري - تحقيق: الشيخ/ عادل أحمد عبدالموجود، والشيخ/ علي محمد معوض - ط. عالم الكتب، بيروت، لبنان - الطبعة: الأولى، سنة (١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م).
- ٢٥- غاية الوصول في شرح لب الأصول للشيخ زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري - ط. دار الكتب العربية الكبرى، مصر.
- ٢٦- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت لعبدالعلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي الأنصاري اللكنوي - ط. دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان - الطبعة: الأولى ، سنة (١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م).
- ٢٧- قواعد أصول الفقه وتطبيقاتها للدكتور/صفوان بن عدنان داوودي - ط. دار العاصمة للنشر والتوزيع ، الرياض، السعودية.
- ٢٨- قياس الأصوليين بين المثبتين والنافين لأستاذنا الدكتور/محمد محمد عبداللطيف - ط. مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، القاهرة.
- ٢٩- المحصول في أصول الفقه للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي - تحقيق: حسين علي اليدري ، وسعيد فودة - ط. دار البيارق، عمان - الطبعة: الأولى، سنة (١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م).
- ٣٠- مختصر منتهى السؤل والأمل فى علمي الأصول والجدل للعلامة جمال الدين أبي عمرو عثمان بن عمر المعروف بابن الحاجب - تحقيق: الدكتور/ نزيه حماد - ط. دار ابن حزم، بيروت، لبنان - الطبعة: الأولى، سنة (١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م).
- ٣١- المسائل المشتركة بين أصول الفقه وأصول الدين للدكتور/ محمد العروسي عبدالقادر ، ط. مكتبة الرشد.
- ٣٢- المستصفي من علم الأصول للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي - تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي - ط. دار الكتب العلمية - الطبعة: الأولى، سنة (١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م).
- ٣٣- مسلك الدوران حقيقته وحججه وأحكامه الأصولية للدكتور/ عايض بن عبدالله بن عبدالعزيز الشهراني - بحث منشور بمجلة الجمعية الفقهية السعودية - العدد: السابع، جمادى الآخرة، رمضان ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م.

- ٣٤- معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية - ط. مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان - الطبعة: الأولى، سنة (١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م).
- ٣٥- المنحول للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي - تحقيق: محمد حسن هيتو ، ط. دار الفكر - الطبعة: الثالثة، سنة (١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م).
- ٣٦- منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي ناصر الدين البيضاوي - اعتنى به: مصطفى شيخ مصطفى - ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان - الطبعة: الأولى ، بدون تاريخ.
- ٣٧- المذهب في علم أصول الفقه المقارن للدكتور/ عبد الكريم بن علي بن محمد النملة - ط. مكتبة الرشد، الرياض ، الطبعة: الأولى، سنة (١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م).
- ٣٨- نبراس العقول في تحقيق القياس عند علماء الأصول لفضيلة الشيخ عيسى منون - ط. مطبعة التضامن الأحوذى - الطبعة: الأولى، بدون تاريخ.
- ٣٩- نفائس الأصول في شرح المحصول للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي - تحقيق: الشيخ/عادل أحمد عبدالموجود، والشيخ/علي محمد عوض- ط. مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة - الطبعة: الأولى، سنة (١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م).
- ٤٠- نهاية السؤل ط. دار الكتب العلمية -بيروت-لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٢٠ هـ-١٩٩٩ م.
- ٤١- نهاية الوصول في دراية الأصول لصفي الدين محمد بن عبد الرحيم الأرموي الهندي - تحقيق: د. صالح بن سليمان اليوسف ، د. سعد بن سالم السويح، ط. المكتبة التجارية بمكة المكرمة - الطبعة: الأولى، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م.

خامسا: كتب الفقه:

- ١- الأم للإمام الشافعي أبي عبد الله محمد بن إدريس - ط: دار المعرفة- بيروت - سنة الطبع: (١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م).
- ٢- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي - تحقيق: الشيخ/علي محمد معوض، والشيخ/عادل أحمد عبدالموجود - ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان - الطبعة: الأولى، سنة (١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م).
- ٣- شرح عمدة الفقه (من كتاب الطهارة والحج) للشيخ تقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية - تحقيق: د. سعود صالح العتيشان - ط. مكتبة العبيكان - الرياض - الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ.

سادسا: كتب اللغة:

- ١- تاج العروس من جواهر القاموس للسيد محمد مرتضى الزبيدي - تحقيق: مجموعة من المحققين - ط. دار الهداية.
- ٢- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي - تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار - ط. دار العلم للملايين، بيروت - الطبعة: الرابعة ، سنة (١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م).
- ٣- لسان العرب لأبي الفضل محمد بن مكرم بن علي بن منظور الأنصاري - ط. دار صادر، بيروت - الطبعة: الثالثة، سنة (١٤١٤ هـ).
- ٤- مختار الصحاح لزين الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي - تحقيق: يوسف الشيخ محمد - ط. المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا- الطبعة: الخامسة، سنة (١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م).
- ٥- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لأستاذنا الدكتور/محمود عبد الرحمن عبدالمنعم- ط. دار الفضيلة.
- ٦- معجم مقاييس اللغة لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي- تحقيق: عبد السلام محمد هارون - ط. دار الفكر ، سنة (١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م).
- ٧- المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية- ط. مكتبة الشروق الدولية - الطبعة: الرابعة ، سنة (١٤٢٥ هـ-٢٠٠٤ م).

فقه التعامل مع السائح من منظور إسلامي

«دراسة فقهية مقارنة»

إعداد

د . فاطمة إسماعيل محمد مشعل

مدرس الفقه المقارن
بكلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات
بالمنصورة

(جامعة الأزهر)

فقه التعامل مع السائح من منظور إسلامي « دراسة فقهية مقارنة »

فاطمة إسماعيل محمد مشعل.

قسم الفقه المقارن، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالمنصورة، جامعة الأزهر، مصر

البريد الإلكتروني : ismael66@gmail.com

ملخص البحث:

الهدف من البحث: هو بيان صور التميز والإبداع في التعامل مع السياح وأثره على الارتقاء بصناعة السياحة، التي تعد هدفا من أهداف التنمية المستدامة، وبيان ضوابط التعامل مع السائح من منظور إسلامي؛ ليتحقق مقصد الشرع في نشر الإسلام.

هذا إذا كان السائح مسلماً، فإن كان غير مسلم، فإن التعامل معه يحتاج إلى فقه رشيد يحافظ على التوازن والاعتدال في المعاملة، حتى لا تجنح إلى الغلظة والشدّة والجفاء دون مسوغ لذلك، أو تجنح إلى التساهل وتمييع الأحكام دون مسوغ لذلك.

منهج البحث: نهجت في هذا البحث المنهج الاستقرائي والمنهج المقارن، باستقراء المسائل المتعلقة بالسائح في كتب الفقه القديمة والمعاصرة وربط ما ذكره الفقهاء في كتب التراث الفقهي، بما وضعه الاقتصاديون في التخطيط السياحي

في كيفية التعامل مع السائح. واستخدمت المنهج المقارن في مقارنة المسألة الفقهية بين المذاهب الفقهية، وبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهم.

النتائج: كان للشريعة الإسلامية فضل السبق في بيان كيفية التعامل مع السائح فقد حرصت على التسامح في التعامل معه، والرفق به، والمحافظة على أمنه وأمانه، وإيصاله آمناً إلى بلده، وكفلت له حرية العقيدة والعبادة، وأوصت بحسن مجاورته، وعاقبت من يتعدى عليه. والسائح أيضاً بحاجة لعملية البيع والشراء، سواء أكانت لمواد تموينية يفتتت بها، أم ملابس أم لغيرها، وكذلك فهو بحاجة للإجازة، والوكالة، والوديعة وقبول الهدايا والإهداء للآخرين، وجميع المعاملات المتداولة اليومية التي لا غنى عنها؟ وقد أباحت الشريعة الإسلامية التعامل معه في المعاملات الشرعية، ولذلك نحن بحاجة لبيان الضوابط الشرعية لتوعية من يتعامل معه أن يكون حريصاً على أمانته وعدم استغلاله، وخاصة في العقود الإلكترونية، ليتحقق الأمن التعاقدى .

التوصيات: ضرورة نشر ثقافة التعامل مع السائح وبيان عظمة الشريعة الإسلامية في هذا الجانب، وتخصيص دورات في مهارات التعامل مع السائح على أن يحضر هذه الدورات العاملين في مجال السياحة .

الكلمات المفتاحية: السائح، التسامح، إكرام الضيف، التعامل التجاري، الشيكات السياحية .

Jurisprudence Of Dealing With The tourist From An Islamic Perspective “A Comparative Juristic Study“

Fatima Ismail Mohamed Mashal

Department of Comparative Jurisprudence, Faculty of Islamic and Arab Studies for Girls in Mansoura, Al-Azhar University, Egypt

Email: f.ismael66@gmail.com

Abstract :

The aim of the research: is to show the images of excellence and creativity in dealing with tourists and its impact on upgrading the tourism industry, which is a goal of sustainable development, and to explain the controls of dealing with tourists from an Islamic perspective, so that the purpose of Sharia in spreading Islam is achieved.

This is if the tourist is a Muslim, if he is not Muslim, then dealing with him needs a responsible jurisprudence that maintains balance and moderation in treatment, so that it does not tend to be rude, intense and dull without justification for that, or it tends to be lenient and dilute judgments without justification for that.

Research methodology: In this research, I used the inductive and comparative approach, by extrapolating issues related to tourists in the books of ancient and contemporary jurisprudence and linking what the scholars mentioned in the books of juristic

heritage, including what economists put in tourism planning in how to deal with the tourist. The comparative method was used to compare the doctrinal issue between doctrinal doctrines, and to clarify aspects of agreement and the difference between them.

The results: Islamic law had the preference in explaining how to deal with the tourist, as it was keen to tolerate dealing with it, to be comfortable with it, to maintain its security and safety, and to deliver it safely to its country, and it guaranteed freedom of belief and worship, and recommended good neighborliness, and punished those who transgressed it. And the tourist also needs the process of buying and selling, whether it is catering supplies, food, or other things, as well as he needs rent, agency, deposit, accepting gifts and gifting to others, and all the daily trades that are indispensable? Islamic law has permitted it to be dealt with in Sharia transactions, and for this we need to outline Sharia controls to educate those who deal with him to be keen on his honesty and not using it, especially in electronic contracts, to achieve contractual security.

Recommendations: The necessity of spreading the culture of dealing with tourists and explaining the greatness of Islamic law in this regard, and allocating courses in the skills of dealing with tourists, provided that those courses attended by workers in the field of tourism are attended.

Key words: tourist, tolerance, guest honor, business dealings, .tourist checks

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه وسلم ... وبعد:

فأوضح فيما يلي أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، وإشكالية البحث، ومنهجه، وخطته على النحو التالي:

أولاً: أهمية الموضوع:

لما كانت صناعة السياحة لها تأثير على النمو الاقتصادي وتعزيز مؤشرات التنمية المستدامة؛ وامتصاص البطالة، والسائح هو أهم عنصر في هذه الصناعة؛ فإننا بحاجة إلى بيان ضوابط التعامل مع السائح من منظور إسلامي، وعناية الشريعة الإسلامية بالتسامح مع الآخر في المعاملة؛ ليتحقق مقصد الشرع في نشر الإسلام، وكيفية التعامل التجاري مع السائح في الإسلام .

ثانياً: إشكالية البحث:

تتمثل في أن من أهم مقومات نجاح صناعة السياحة هو الاهتمام بالسائح، وتقديم أعلى خدمة له وتهيئة الجو الهادئ والأمن الذي يجعله يشعر بالراحة والسعادة، وهذا يستلزم أن تكون البلد المضيف له يتمتع بدرجة عالية من التسامح والصدق والأمانة وكيفية التعامل التجاري والشخصي، والاستقرار، والتميز والابتكار في الإدارة ، ومن ثم يجب البحث عن التساؤلات التالية:

- كيف نحسن استقبال السائح؟
- كيف نحقق مبدأ التسامح والتعايش بيننا وبين السائح الأجنبي؟

- ما هي وسائل حماية السائح في ظل العقود الإلكترونية؟
- بيان عظمة الشريعة الإسلامية في إرساء قواعد التعامل التجاري بين السائح والمواطن؟
- كيف توفر الأمن التعاقدي للسائح؛ لكي يتحقق الرواج السياحي؟
- ما هو دور السياحة في تعزيز مؤشرات التنمية المستدامة؟
- كيف نحقق أعلى خدمة للسائح؟
- ما حكم استعمال السائح للشيكات السياحية الحديثة؟

ثالثاً: منهج البحث:

نهجت في هذا البحث المنهج الاستقرائي والمنهج المقارن، باستقراء المسائل المتعلقة بالسائح في كتب الفقه القديمة والمعاصرة . وربط ما ذكره الفقهاء في كتب التراث الفقهي، بما وضعه الاقتصاديون في التخطيط السياحي في كيفية التعامل مع السائح . واستخدمت المنهج المقارن في مقارنة المسألة الفقهية بين المذاهب الفقهية، وبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهم.

رابعاً: الدراسات السابقة:

لم أجد فيما اطلعت عليه بحثاً يجمع فقه التعامل مع السائح من جميع جوانبه الشخصية والتجارية، غير أنه توجد دراسة بعنوان: «أحكام معاملات السائح الأجنبي، د. صلاح الدين دكداك، أ. ياسمين ماهر ، بحث منشور في مجلة الفقه والقانون عدد ٣٩، سنة ٢٠١٦، الجامعة الإسلامية غزة» تناولت الدراسة

أحكام معاملات السائح التجارية بإيجاز دون التعرض لجميع المسائل الواردة عند الفقهاء في المعاملات، ولم تتعرض لوسائل حماية السائح في السياحة الإلكترونية، ولم تتناول أخلاقيات التعامل التجاري أو التعامل الشخصي. بخلاف دراستي فقد تناولت كل هذه المسائل.

خامساً: خطة البحث

وتشتمل على مقدمة وتمهيد ومبحثين وخاتمة

التمهيد: صناعة السياحة وأهميتها ومقاصدها .

المبحث الأول: فقه التعامل الشخصي مع السائح .

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: آداب استقبال السائح وضيافته.

المطلب الثاني: التسامح في التعامل مع السائح والرفق به.

المطلب الثالث: التميز في خدمة السائح .

المبحث الثاني: فقه التعامل التجاري مع السائح.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: وجوب الوفاء بالعقود والالتزامات للسائح في ظل العقود

الإلكترونية.

المطلب الثاني: أخلاقيات التعامل مع السائح في البيع والشراء وأثرها على

جذب السياح.

المطلب الثالث: حكم التعامل مع السائح الأجنبي بالبيع والشراء وحكم شرائه الشيكات السياحية .

المطلب الرابع: حكم التعامل مع السائح الأجنبي بالربا .

المطلب الخامس: حكم التعامل مع السائح بالإجارة .

المطلب السادس: حكم التعامل مع السائح بالوكالة.

المطلب السابع: حكم التعامل مع السائح بعقود التبرعات والاستيثاق (الهبة والوديعة والرهن) .

المطلب الثامن: الضوابط الشرعية الواجب إلّتزام السائح بها في مجال الأطفمة المحرمة والمشروبات الكحولية وغيرها .

المطلب التاسع: القانون الواجب التطبيق في المنازعات بين السائح والدولة القاطن فيها مؤقتاً (تنازع القوانين) .

التمهيد

التعريف بالسائح، وأهمية السياحة ومقاصدها

أولاً: تعريف السائح وأدلة مشروعية السياحة في الإسلام.

ثانياً: أهمية السياحة ومقاصدها.

أولاً: تعريف السائح وأدلة مشروعية السياحة في الإسلام.

أ - تعريف السائح:

السائح في اللغة: من ساح في الأرض يسيح سياحة وسيوحا وسيحا وسيحانا أي ذهب، والسياحة الذهاب في الأرض للعبادة والترهب^(١).

والسائح: هو الأجنبي^(٢) عن الدولة فإذا كان السائح مسلماً فإنه يأخذ حكم السائح الداخلي أما إذا كان السائح غير مسلم فهو أجنبي عن دار الإسلام ولا يحق له دخول دار الإسلام إلا بأمان ويطلق عليه بعد إعطائه الأمان المستأمن^(٣).

(١) لسان العرب لابن منظور ٤٥٢/٦ طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان الطبعة الثالثة مادة: سائح.

(٢) الأجنبي: كل شخص لا يحمل جنسية الدولة التي يقيم فيها، سواء كان يحمل جنسية دولة أو دول أخرى، أم كان لا يحمل أية جنسية على الإطلاق . يراجع: عقد الأمان في الفقه الإسلامي، دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي تطبيقاً على أنظمة المملكة العربية السعودية، د. عبد الله بن محمد آل مضواح ، ص ١٤٣، ط/الدار العالمية، لتقنية المعلومات، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م، وقد ورد تعريف الأجنبي في مصر لأول مرة في القانون رقم: (٨٩)، لسنة (١٩٦٠م) وذلك بمقتضى مادته الأولى : التي تنص علي: « يُعتبر أجنبياً في حكم هذا القانون كل من لم يتمتع بجنسية الجمهورية » ينظر: المرجع السابق نفس الموضوع .، وأقصد بالأجنبي في هذا البحث: هو الأجنبي عن ديار الإسلام بأن كان غير مسلم .

(٣) حقوق السائح وواجباته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي د: زكي زيدان ص ٣٧ ضمن كتاب معالم النظام السياسي في الإسلام د: محمد الشحات الجندي

السائح في الشرع: لما كان السائح في الإسلام يدخل في مفهوم المستأمن؛ لأنه أجنبي عن الدولة وعلي ذلك نجد أن أحكام السائح تنطبق علي أحكام المستأمن عند الفقهاء المتقدمين لذلك سوف أتناول أحكام السائح من خلال أحكام المستأمن .

والمقصود بالمستأمن: من دخل دار الإسلام بأمان طلبه^(١) وعرف أيضا بأنه: غير المسلم الذي يأتي إلي دار الإسلام علي غير نية الإقامة الدائمة بعقد يسمي: عقد الأمان، أو بمجرد منح الأمان، بهدف التجارة أو السياحة أو طلب العلم ، أو التعرف علي الإسلام، أو سفيراً لدولته أو نحو ذلك^(٢).

يقول ابن قيم الجوزية: «وأما المستأمن فهو الذي يقدم بلاد المسلمين من غير استيطان لها، وهؤلاء أربعة أقسام: رسل، وتجار، ومستجيرون حتى يعرض عليهم الإسلام والقرآن، فإن شاءوا دخلوا فيه، وإن شاءوا رجعوا إلى بلادهم، وطالبو حاجة من زيارة، أو غيرها»^(٣) .

فالمستأمن إذن بلغة العصر: هو الأجنبي غير المواطن، غير أن الشريعة الإسلامية قررت له من الحقوق ما قررت له للمواطن الذمي^(٤)، مادام في دار الإسلام^(٥).

(١) الدر المختار: لعلاء الدين الحصكفي ٣٤٥/٤ ط دار الفكر بيروت الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ .
(٢) حقوق الإنسان في الإسلام: د: محمد الزحيلي ص ٣٣٧ ط/ دار ابن كثير دمشق الطبعة الرابعة ٢٠٠٥ م

(٣) أحكام أهل الذمة: لابن قيم الجوزية (٢/ ٨٧٤)، ط/ رمادى للنشر - الدمام.
(٤) الذمة في اللغة: العهد والأمان .يراجع: لسان العرب (١٥/ ١١١)، ومعنى عقد الذمة: إقرار الكفار على كفرهم بشرط بذل الجزية، أو التزام أحكام الملة. يراجع: مطالب أولي النهى، لمصطفى بن سعد شهرة، الرحيباني (٢/ ٥٩١) .

يقول ابن القيم: «أهل الذمة» عبارة عن يؤدي الجزية، وهؤلاء لهم ذمة مؤبدة، وهؤلاء قد عاهدوا المسلمين على أن يجري عليهم حكم الله ورسوله، إذ هم مقيمون في الدار التي يجري فيها حكم الله ورسوله» . يراجع: أحكام أهل الذمة: لابن قيم الجوزية (٢/ ٨٧٤) .

(٥) عناية القرآن بحقوق الإنسان: د/ زينب عبد السلام أبو الفضل ص ٢٤٤ طبعة دار الحديث القاهرة الطبعة الأولى .

وأما السياحة في الاصطلاح الشرعي، فلم أجد عند الفقهاء المتقدمين تعريفاً محدداً للسياحة ولكن ورد لفظ السياحة في القرآن في مواضع منها:

أ- قوله تعالى: (فَسِيحُوا فِي الْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعِلِّمُوا أَنْتُمْ غَيْرَ مَعْجَزِي اللَّهِ وَأَنَّ اللَّهَ مُخْزِي الْكَافِرِينَ) (١) .

قال الإمام القرطبي: قوله تعالى: «فسيحوا» رجع من الخبر للخطاب، أي قل لهم سيحوا أي: سيروا في الأرض مقبلين ومدبرين آمنين غير خائفين أحداً من المسلمين بحرب ولا سلب ولا قتل ولا أسر»(٢).

فالسياحة في هذه الآية الكريمة تعني المعنى اللغوي ولا تتعداه، وهو الذهاب في الأرض، والسير فيها، ولا تتضمن معنى شرعياً زائداً.

السياحة عند المعاصرين

يمكن تعريف السياحة في العصر الحديث بأنها: جميع النشاطات الناتجة عن سفر الأفراد ، وإقامتهم في أماكن بعيدة عن مقر عملهم، وسفرهم المعتاد لمدة لا تزيد عن اثني عشر شهراً، ولا تقل عن أربع وعشرين ساعة، بهدف ممارسة الترويج والتجارة وغيرها من النشاطات المتعددة، باستثناء غرض توظيف المسافرين في البلد المضيف(٣).

(١) سورة التوبة آية: (٢) .

(٢) الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي ٤١٧/٨ ط/ دار الحديث ٢٠٠٢ الطبعة الأولى: بتحقيق د: محمد إبراهيم الحفناوي، د: محمود حامد عثمان

(٣) حساب السياحة الفرعي التجربة السعودية، / محمد بن إبراهيم السحبياني، ورقة عمل مقدمة في ملتقى السفر والاستثمار السياحي السعودي، الرياض ١٥- ١٨ ربيع الأول ١٤٢٩هـ ص ٢٠٢، وقد عرفت منظمة السياحة العالمية التابعة للأمم المتحدة السياحة بتعريف قريب من هذا التعريف . ينظر الموقع الإلكتروني: منظمة السياحة العالمية التابعة لهيئة الأمم المتحدة

8A%D8%A7%D8%AD%D8%https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B3%D9
%A9

كما يمكن تعريف السائح في المصطلح المعاصر بأنه: مسافر يمكث مؤقتاً لفترة زمنية لا تقل عن أربع وعشرين ساعة، بعيداً عن موطنه بغرض الترفيه أو الترويح، أو قضاء حاجة خاصة، أو علاج، أو سياحة دينية أو رياضية، أو زيارة عائلية أو لغرض علمي . وهو على ضريبين إما أن يكون سائحاً دولياً أو داخلياً^(١) .

والسائح في البلد المضيف يقوم بوظيفة استهلاكية حيث يقبل على شراء الخدمات السياحية المختلفة، فقد تطورت السياحة في زماننا من ظاهرة بسيطة إلى صناعة معروفة، وانتشرت المؤسسات التعليمية التي تعنى بالسياحة، والفنادق السياحية في كل مكان في العالم، لذا عالجت الدراسة جانب المعاملات بينه وبين المواطن .

وقد أولى الدين الإسلامي عناية بالسياحة وصناعتها؛ حيث كان له فضل السبق في الحث على السفر والسياحة والترحال؛ فالنصوص القرآنية والأحاديث النبوية حددت مجالات السياحة والسفر، كالتأمل في الطبيعة وفي آثار الأولين والاعتبار بها، والدعوة إلى التعارف بين الشعوب؛ حيث ورد في القرآن الكريم ما يزيد عن خمسين آية تدعو للسفر في الأرض، منها قوله عز وجل: {قَدْ خَلَتْ مِن قَبْلِكُمْ سُنَنٌ فَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُكْذِبِينَ} (٢)، وقوله سبحانه وتعالى {قُلْ سِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا كَيْفَ بَدَأَ الْخَلْقَ ثُمَّ اللَّهُ يُنشِئُ النَّشْأَةَ الْآخِرَةَ إِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ} (٣) .

(1) أحكام السائح غير المسلم في الجزيرة العربية ، عبد المحسن بن عبد العزيز الغيث، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٨ هـ، ص ١٦ .

(2) سورة آل عمران من الآية: (١٣٧)

(3) سورة العنكبوت الآية: (٢٠)

فالسياحة في الإسلام: تعني التأمل والتدبر في الطبيعة التي أنعم الله بها على الإنسان، وتعني الانتقال والتعايش مع الشعوب، خاصة وأن الدين الإسلامي دين تعايش وحضارة عكس ما يروج له^(١).

ب- مشروعية السياحة

الأصل في مشروعية السياحة «عقد الأمان» الكتاب والسنة، أما الكتاب: فقوله تعالى: {وَأَنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ} (٢) .

وجه الدلالة: هذه الآية تقتضي جواز أمان الحربي إذا طلب ذلك؛ حيث دلت صراحة علي إيجاب طلب الكافر الأمان قال الإمام القرطبي: قوله تعالى «استجارك» أي سأل جوارك ، أي أمانك وضمamak فأعطه إياه ليسمع القرآن أي يفهم أحكامه وأوامره^(٣) .

ويدخل في عموم حكم الأمان من جاء مسترشداً أو حاملاً رسالة وتجارة أو سياحة أو غيرها فالآية تفيد حكم الأمان؛ فقوله سبحانه: «أحد» نكرة في سياق الشرط فهي تفيد العموم^(٤).

(١) موجهات السعادة في قطاع السياحة الإسلامية، وفق مبادرة دبي عاصمة الاقتصاد الإسلامي د. مسان كرومية، كلية الاقتصاد، جامعة سعيدة - الجزائر د. حمو محمد كلية الاقتصاد، جامعة الشلف - الجزائر ضمن بحوث منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي الرابع ٢٠١٨ م الابتكار والسعادة في نمط الحياة الإسلامي ، «رؤية استشرافية» تنظيم دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي ٦- ٧ شعبان ١٤٣٩ هـ ٢٢- ٢٣ أبريل ٢٠١٨ م ص ١٠٣٥ .

(٢) سورة التوبة آية: ٦ .

(٣) أحكام القرآن للقرطبي (٤٢٧/٨) .

(٤) إتحاف الأنام بتخصيص العام، أ. د: محمد الحفناوي ص ٥٦ ط/ دار الحديث القاهرة ١٩٩٧

وأما السنة:

فقوله صلي الله عليه وسلم: « زِمَّةُ الْمُسْلِمِينَ وَاحِدَةٌ، فَمَنْ أَخْفَرَ (١) مُسْلِمًا فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ، لَا يُقْبَلُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلَا عَدْلٌ، وَمَنْ تَوَلَّى قَوْمًا بَعِيرٍ إِذْنِ مَوَالِيهِ، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ، لَا يُقْبَلُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلَا عَدْلٌ (٢) ».

فالحديث يدل دلالة واضحة علي وجوب الوفاء بعقد الأمان، فإن أمان المسلمين للكافر صحيح فإذا أمنه به أحد المسلمين حرم على غيره التعرض له ما دام في أمان المسلم (٣) .

وما أخرجه البخاري في صحيحة بسنده عن عُبَيْدِ اللَّهِ أَنَّ أَبَا مَرَّةَ مَوْلَى أُمِّ هَانِيٍّ ابْنَةَ أَبِي طَالِبٍ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ سَمِعَ أُمَّ هَانِيٍّ ابْنَةَ أَبِي طَالِبٍ تَقُولُ ذَهَبْتُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَامَ الْفَتْحِ فَوَجَدْتُهُ يَغْتَسِلُ، وَقَاطِمَةُ ابْنَتُهُ تَسْتُرُهُ، فَسَلَّمْتُ عَلَيْهِ فَقَالَ « مَنْ هَذِهِ » . فَقُلْتُ أَنَا أُمُّ هَانِيٍّ بِنْتُ أَبِي طَالِبٍ . فَقَالَ « مَرْحَبًا بِأُمِّ هَانِيٍّ » . فَلَمَّا فَرَعْنَا مِنْ غُسْلِهِ قَامَ، فَصَلَّى تَمَانَ رَكَعَاتٍ مُلْتَحِفًا فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ، فَقُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، زَعَمَ ابْنُ أُمِّي عَلِيٌّ أَنَّهُ قَاتِلٌ رَجُلًا قَدْ أَجْرْتُهُ فَلَنْ بُنَّ هُبَيْرَةَ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - « قَدْ أَجْرْنَا مَنْ أَجْرْتَ يَا أُمَّ هَانِيٍّ » (٤) .

(١) أخفر: أي نقض العهد والأمان للكافر، بأن يقتل أو يؤخذ ماله انظر عون المعبود شرح سنن أبي دواد لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي ٤١/٦ ط/ دار الكتب العلمية ٥١٤١ هـ، شرح النووي علي صحيح مسلم ٤٤١/٩، ط دار الحديث

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٧/ ٠٣١)، ح رقم: (٠٧٨١) كتاب: فضائل المدينة، باب: حرم المدينة، ومسلم في كتاب الحج باب فضل المدينة ٤/٠٩٤ حديث رقم: ٨٦٤ (٣) شرح النووي علي صحيح مسلم ٤٤١/٩ .

(٤) صحيح البخاري، كتاب: الجزية، باب: أمان النساء وجوارهن، (١١/ ٥٩٢)، ح رقم: (١٧١٣)، وأخرجه مسلم في صحيحة، كتاب: الصلاة، باب: باب عدد ركعات الضحى، (٢/ ٧٥١)، ح رقم: (٤١٦١)، ط/ دار الجبل .

وإذا تم عقد الأمان، ثبت الأمن لمن تم العقد معهم لأن لفظ الأمان يدل عليه، وعلي هذا فإنه يحرم علي المسلمين قتل رجالهم، وسبي نساءهم وأولادهم وأخذ أموالهم غنيمة، وجاز الدخول معهم في التجارة، والتعامل معهم مالم يكن في أمر يتقوى به أعداء الله علي المسلمين كبيع السلاح لهم^(١). يقول ابن قدامة^(٢): «إن الأمان إذا أعطي أهل الحرب حرم قتلهم ومالهم والتعرض لهم».

ويقول الكاساني في البدائع: «وأما حكم الأمان فهو ثبوت الأمن للكفرة لأن لفظ الأمان يدل عليه وهو قوله: آمنت فثبت الأمن لهم علي القتل والسبي والاستغنام فيحرم علي المسلمين قتل رجالهم وسبي نساءهم وذريتهم واستغنام أموالهم»^(٣).

ثانياً: أهمية السياحة ومقاصدها:

(١) أعظم مقاصد السياحة: هو الدعوة إلى الله، وإلي كلمة الحق، فقد دخل الناس الإسلام بسبب أخلاق التجار المسلمين، كما ينصرف مضمون السياحة إلى التأمل في إبداع الخلق، وجمال الكون والذي يعد باعثاً حقيقياً للنفس علي قوة الإيمان^(٤).

(٢) الهدف الرئيسي للسياحة: هو إرضاء السياح الذين يبحثون عن الوجهة السياحية التي تلبى احتياجاتهم، دون التعرض لأى موقف يتعارض مع قناعتهم^(٥).

(١) الفقه الإسلامي وأدلته: د/ وهبة الزحيلي ٧٦٨٥/٨ ط/ دار الفكر سوريا .

(٢) المغني لأبي محمد عبدالله بن أحمد ابن قدامة ٣١ / ٥٧ ط هجر الطبعة الأولى ٠٩٩١ .

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي ٩ / ٦١٤ . ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان . الطبعة الثانية ٣٠٠٢ م .

(٤) السياحة: الإسلام وضع لها ضوابط وصحح مفاهيمها المشوهة مقال منشور من الموقع الإلكتروني طريق الإسلام على الرابط:

<https://ar.islamway.net/article%/43918/D8%A7%D984%D8%B3%D98%A%D8%A7%D8%AD%D>

اطلعت عليه بتاريخ: ٢ / ٢١ / ٩١٠٢ م .

(٥) موجّهات السعادة في قطاع السياحة الإسلامية، د. ميسان كرومية، كلية ص ١٤٠١ .

٣) حرص الفقه الإسلامي علي أن تتم عملية التعاقد بين السائح والمواطن وفق قواعد الشرع الحكيم بما يحقق لهم ضبط الأمن التعاقدى، فنهى عن ظلم السائح وغبنه، وأمر بالوفاء بالعقود معه . وأباح المعاملات مع السائح، حتي ولو كان أجنبياً عن دار الإسلام.

ولما كانت صناعة السياحة والضيافة بمكوناتها ومعطياتها وأشكالها المختلفة تتميز بحساسية التعامل مع العملاء والزبائن باعتبارها صناعة خدمات بالدرجة الأولى، فقد أبدت منظمة السياحة العالمية^(١) اهتماماً واسعاً بهذا التوجه العالمي من خلال إعلان مدونة أخلاقيات سياحية عالمية لتوجيه الحكومات والمؤسسات والشركات العالمية والإقليمية والمحلية على التعامل الصادق والأمين مع مكونات المنتجات السياحية ومستهلكيها.

وجاء اهتمام منظمة السياحة العالمية انعكاساً للتوجه العالمي للمدونات الأخلاقية المتعلقة بالتعامل مع المعطيات التكنولوجية وتأثيراتها الواسعة والديناميكية على أنشطة الأعمال وعلاقتها بالزبائن والعملاء والمستهلكين^(٢).

٤) **السياحة تقتضي التعايش والتسامح**، والسلام بين الناس في كل الأماكن، وحبهم لبعضهم والابتسام في وجه الآخر، وهو مبدأ راسخ في الشريعة الإسلامية بما توفره من الأمن والطمأنينة التي هي من أسباب سعادة السائح

(١) المدونة العالمية لأداب السياحة من أجل سياحة مسؤولة، الأمم المتحدة، منظمة السياحة العالمية ص٦، منشور على موقع:

<https://www.google.com/search?q=%D8%A7%D984%D985%D8%AF%D988%D986%D8%A9%+>

وطلعت عليه بتاريخ: ١ / ١٢ / ٢٠١٩ م .

(2) أخلاقيات الأعمال في صناعة السياحة د. جمال حسين الحرامي، د. عبد الإله أبو عياش، بحث منشور بمجلة رماح للبحوث والدراسات ، الأردن، ٢٠١٦م، ص ٢١٥ .

عند الإقامة في أي بلد، وهذا ما يولد في نفس السائح قدراً من السعادة قد لا تعوضه الأموال.

(٥) تحقيق المنافع العلمية من خلال التعرف على العلوم الموجودة لدى الشعوب والأمم الأخرى^(١).

(٦) تحقيق الازدهار الاقتصادي؛ حيث تسهم السياحة في موازين مدفوعات العديد من الدول، بل إن عائدات السياحة فاقت عائدات كثير من القطاعات الإنتاجية، كما أنها تحل مشكلة البطالة في الكثير من الدول، وتشير إحصاءات المجلس العالمي للسياحة والسفر إلى أن متوسط مساهمة قطاع السياحة في الناتج المحلي الإجمالي تصل إلى ١٠٪ على المستوى العالمي في العام ٢٠٠٠م^(٢)، وتتوقع منظمة السياحة العالمية أن يستمر معدل النمو لأعداد السائحين حتى عام ٢٠٣٠م بمعدل ٦,٣٪ سنوياً كما تتوقع المنظمة أن يزيد العدد إلى ٤٣ مليون سائح سنوياً.

(٧) السياحة وتشغيل الأيدي العاملة:

يشكل العاملون في صناعة السياحة حوالي ١١٪ من حجم القوى العاملة في العالم؛ حيث تبين الإحصاءات إلى أن كل وظيفة مباشرة في قطاع السياحة تخلق ما بين ٣ إلى ٥ فرص عمل غير مباشرة في القطاعات الأخرى^(٣).

(١) المرجع السابق موجبات السعادة في قطاع السياحة الإسلامية ص ١٠٤٢.

(٢) اقتصاديات السياحة في المملكة العربية السعودية ووسائل النهوض بها د. جهاد عيسى البشار ص ٣٠، ٣٣، الرياض ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م، الهيئة العامة للسياحة والتراث الوطني، المملكة العربية السعودية، ١٤٣٨ هـ.

(٣) اقتصاديات السياحة في المملكة العربية السعودية ووسائل النهوض بها د. جهاد عيسى البشار ص ٤٦، الرياض ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م، الهيئة العامة للسياحة والتراث الوطني، المملكة العربية السعودية، ١٤٣٨ هـ.

٨) إضافة إلى ما تقدم فإن قطاع السياحة يساهم في العديد من الآثار الإيجابية الأخرى في اقتصاديات الدول؛ حيث يساهم قطاع السياحة أيضاً في زيادة العائدات الضريبية للدولة، والحصول علي العملات الصعبة، وتشجيع القطاع التجاري، كما يساهم في تحسين وتطوير الخدمات الأخرى مثل خدمات النقل والصرف الصحي، والمياه وشبكة الكهرباء، والخدمات المصرفية وشبكة الإنترنت والاتصالات، وغيرها من الخدمات التي يحتاجها السائح كما يحتاجها المواطن على حد سواء^(١) .

٩) صناعة السياحة ودورها في تحقيق أهداف التنمية المستدامة .

المقصود بالتنمية المستدامة: ورد مفهوم التنمية المستدامة لأول مرة في تقرير اللجنة العالمية للبيئة والتنمية عام ١٩٨٧م وعرفت في هذا التقرير على أنها: «تلك التنمية التي تلبي حاجات الحاضر دون المساومة على قدرة الأجيال المقبلة في تلبية حاجياتهم»^(٢) .

إن تطبيق فلسفة التنمية المستدامة يعني: أننا مطالبون بوصفنا سكاناً، وصناع قرار بتغيير طرق تعاملنا مع الأشياء في بيئتنا المحلية، والسير في ثلاثة اتجاهات رئيسة هي: المحافظة على البيئة، وتحقيق نمو اقتصادي معقول، وتحقيق العدالة الاجتماعية. إن السير في هذه الاتجاهات بشكل متوازن وعقلاني سيقودنا إلى تحسين مستويات معيشتنا، وضمان حياة جيدة لنا وللأجيال القادمة^(٣) .
وصناعة السياحة تحقق بعض أهداف التنمية المستدامة؛ من حيث أنها تسعى

(١) المرجع السابق ص ٤٧ .

(٢) اللجنة العلمية للبيئة والتنمية ١٩٨٩م ص ٨٣ .

(٣) التنمية المستدامة، فلسفتها وأساليب تخطيطها وأدوات قياسها د/ عثمان محمد غنيم؛ د/ ماجدة أبو زنت ص ٣٣/ دار صفاء للنشر عمان الأردن، الطبعة الثانية ٢٠١٤م - ١٤٣٥هـ .

للمحافظة على البيئة، وتحقيق نمو اقتصادي، وينتج عنها التعايش السلمي والتسامح مع المجتمعات المتعددة الذي هو أحد أهداف التنمية المستدامة^(١). فقد ورد في المدونة العالمية لآداب السياحة في المادة الثالثة: «السياحة عامل للتنمية المستدامة».

المبحث الأول

فقه التعامل الشخصي مع السائح في الإسلام.

وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: آداب استقبال السائح وضيافته في الإسلام .
- المطلب الثاني: التسامح في التعامل مع السائح والرفق به .
- المطلب الثالث: التميز في خدمة السائح .

(1) وقد ورد في أهداف التنمية المستدامة الهدف ٨- العمل اللائق ونمو الاقتصاد]. «تعزيز النمو الاقتصادي المطرد والشامل للجميع والمستدام، والعمالة الكاملة والمنتجة، وتوفير العمل اللائق للجميع» (٩/٨) وضع وتنفيذ سياسات تهدف إلى تعزيز السياحة المستدامة التي توفر فرص العمل وتعزز الثقافة .

والمنتجات المحلية بحلول عام ٢٠٣٠م . راجع : أهداف التنمية المستدامة منشورة على الموقع الإلكتروني، بعنوان: تحويل عالما، خطة التنمية المستدامة ٢٠٣٠، ص ٢٥، ٢٦:

https://www.psa.gov.qa/ar/media1/events/Documents/ArabicStatistics16/Sustainable_Development_Agenda_2030_AR.pdf

واطلعت عليه بتاريخ ٢ / ١٢ / ٢٠١٩ م .

المطلب الأول

آداب استقبال السائح وضيافته في الإسلام

إقامة السائح في البلد الذي يقضي فيه سياحته قد تكون مدة طويلة، وقد يمكث مدة قصيرة تقارب مدة الضيافة كما في سياحة المؤتمرات، ولذلك سوف أتعرض إلى حكم الضيافة ومدتها وحكمها، وأمن السائح وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: حكم الضيافة.

الفرع الثاني: مدة الضيافة.

الفرع الثالث: حكم ضيافة الذمي على المسلم.

الفرع الرابع: حماية السائح الضيف وأمنه.

إن إكرام الضيف معلم من معالم الشريعة الغراء إذ تضمنتها آيات القرآن الكريم، وحث عليها نبينا محمد صلى الله عليه وسلم في كثير من الأحاديث؛ حيث قرن قري الضيف بالإيمان بالله واليوم الآخر، وهي من سنن المرسلين فأول من ضيف الضيف إبراهيم عليه السلام . قال تعالى: {هَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ ضَيْفِ إِبْرَاهِيمَ الْمُكْرَمِينَ} (١) .

وجه الدلالة:

يقول الإمام فخر الدين الرازي في تفسيره: « فإن قيل: بماذا أكرمهم؟ قلنا ببشاشة الوجه أولاً، وبالإجلاس في أحسن المواضع وألطفها ثانياً، وتعجيل القرى

(١) سورة الذاريات آية: (٢٤) .

ثالثاً، وبعد التكليف للضيف بالأكل والجلوس»^(١)، وقال أيضاً: «فالإكرام أولاً ممن جاءه ضيف قبل أن يجتمع به ويسلم أحدهما على الآخر أنواع من الإكرام: وهي اللقاء الحسن والخروج إليه والتهيؤ له ثم السلام من الضيف على الوجه الحسن»^(٢). فالآية تدل على استحباب استقبال الضيف بطلاقة الوجه، وطيب الكلام، وملاطفته بما يؤنسه، ويدخل عليه السرور^(٣).

ويقول الإمام ابن كثير: «وهذه الآية انتظمت آداب الضيافة فإنه جاء بطعامه من حيث لا يشعرون بسرعة، ولم يمتن عليهم أولاً فقال: نأتكم بطعام بل جاء به بسرعة وخفاء، وأتى بأفضل ما وجد من ماله، وهو عجل فتي سمين مشوي،... فقربه إليهم لم يضعه وقال اقتربوا، بل وضعه بين أيديهم ولم يأمرهم أمراً يشق على سامعه بصيغة الجزم بل قال: ألا تأكلون على سبيل العرض والتلطف، كما يقول القائل اليوم: إن رأيت أن تتفضل وتحسن وتتصدق فافعل»^(٤).

وقال ابن الحاج المالكي: «والصحبة مع الضيف بحسن البشر، وطلاقة الوجه، وطيب الحديث، وإظهار السرور، والكون عند أمره، ونهيه، ورؤية فضله، واعتقاد المنة له حيث أكرمه بدخول منزله، وتناول طعامه»^(٥).

(١) التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب: لفخر الدين محمد بن عمر التميمي الرازي الشافعي، (٢٨/ ١٨٢) ط/ دار الكتب العلمية، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م
(٢) المرجع السابق (٢٨/ ١٨٣).

(٣) آداب الضيافة، دراسة تطبيقية على قصة ابراهيم صلى الله عليه وسلم في القرآن الكريم، ص ٢٧٢، مجلة الشريعة والدراسات - جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مجلد ٣٢ عدد ١٠٨، مارس ٢٠١٧م

(٤) تفسير القرآن العظيم (ابن كثير): أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، (٧/ ٣٩٢، ٣٩٣) تحقيق: محمد حسين شمس الدين، ط/ دار الكتب العلمية.

(٥) المدخل: أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد العبدري الشهير بابن الحاج (٢/ ١٦٥) ط/ دار التراث

وقد وردت أحاديث كثيرة تدل على إكرام الضيف:

1- ما روي عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يُؤْذِ جَارَهُ، وَمَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيُكْرِمْ ضَيْفَهُ، وَمَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيُقِلْ خَيْرًا أَوْ لِيَصْمُتْ » (١) .

وجه الدلالة من الحديث قال العيني: « والأمر بالإكرام يختلف بحسب المقامات، وربما يكون فرض عين أو فرض كفاية، وأقله أنه من باب مكارم الأخلاق» (٢) فالضيافة من آداب الإسلام وخلق المرسلين (٣) .

2- عن أبي هريرة، قال: حَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذَاتَ يَوْمٍ، أَوْ لَيْلَةٍ، فَإِذَا هُوَ بِأَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ، فَقَالَ: مَا أَخْرَجَكُمَا مِنْ بُيُوتِكُمَا هَذِهِ السَّاعَةَ؟ قَالَا: الْجُوعُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: وَأَنَا، وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لِأَخْرَجَنِي الَّذِي أَخْرَجَكُمَا، فَوُومُوا، فَقَامُوا مَعَهُ، فَأَتَى رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ فَإِذَا هُوَ لَيْسَ فِي بَيْتِهِ، فَلَمَّا رَأَتْهُ الْمَرْأَةُ، قَالَتْ: مَرْحَبًا وَأَهْلًا، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَيْنَ فُلَانٌ؟ قَالَتْ: ذَهَبَ يَسْتَعِذِبُ لَنَا مِنَ الْمَاءِ، إِذْ جَاءَ الْأَنْصَارِيُّ، فَنَظَرَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَصَاحِبَيْهِ، ثُمَّ قَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ مَا أَحَدٌ الْيَوْمَ أَكْرَمَ أَضْيَافًا مِنِّي، قَالَ: فَانْطَلَقَ، فَجَاءَهُمْ بِعِدْقٍ فِيهِ بُسْرٌ وَتَمْرٌ وَرَطْبٌ، فَقَالَ:

(١) صحيح البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، (١٣٣/٢٠)، ح رقم: (٦٠١٨)، كتاب: الأدب، باب: باب من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره، وأخرجه مسلم في صحيحة، (٦٨/١)، ح رقم: (٤٧) كتاب الإيمان، باب: الحث على إكرام الجار والضيف. (٢) عمدة القاري: للعيني، ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت، (١١٠/٢٢)، باب من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره وجاء فيه: « وأقله أنه من باب مكارم الأخلاق، ولا شك أن الضيافة من سنن المرسلين ».

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم (١٨/٢)

كُلُوا مِنْ هَذِهِ، وَأَخَذَ الْمُدْيَةَ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **إِيَّاكَ، وَالْحُلُوبَ، فَذَبَحَ لَهُمْ، فَأَكَلُوا مِنَ الشَّاةِ وَمِنْ ذَلِكَ الْعِدْقِ وَشَرِبُوا، فَلَمَّا أَنْ شَبِعُوا وَرَوُوا، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِأَبِي بَكْرٍ، وَعَمَرَ: وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَتُسَأَلَنَّ عَنْ هَذَا النَّعِيمِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ الْجُوعُ، ثُمَّ لَمْ تَرْجِعُوا حَتَّى أَصَابَكُمْ هَذَا النَّعِيمُ»**^(١).

وجه الدلالة:

قال النووي: «وقوله (فقالن مرحبا وأهلا) كلمتان معروفتان للعرب ومعناه صادفت رحبا وسعة وأهلا تأنس بهم، وفيه استحباب إكرام الضيف بهذا القول وشبهه وإظهار السرور بقدمه وجعله أهلا لذلك كل هذا وشبهه إكرام للضيف»^(٢).

3- عن أبي جَمْرَةَ قَالَ كُنْتُ أَفْعُدُ مَعَ ابْنِ عَبَّاسٍ، يُجْلِسُنِي عَلَى سَرِيرِهِ فَقَالَ أَقِمْ عِنْدِي حَتَّى أَجْعَلَ لَكَ سَهْمًا مِنْ مَالِي، فَأَقَمْتُ مَعَهُ شَهْرَيْنِ، ثُمَّ قَالَ إِنَّ وَفْدَ عَبْدِ الْقَيْسِ لَمَّا أَتَوْا النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ «مَنْ الْقَوْمُ أَوْ مَنْ الْوَفْدُ». قَالُوا رِبِيعَةٌ. قَالَ «مَرْحَبًا بِالْقَوْمِ - أَوْ بِالْوَفْدِ - غَيْرَ خَزَايَا وَلَا نَدَامَى»^(٣).

وجه الدلالة:

قال ابن حجر: «قوله مرحبا ... أي صادفت رحبا بضم الراء أي سعة والرحب بالفتح الشيء الواسع وقد يزيدون معها أهلا أي وجدت أهلا فاستأنس ...

- (١) صحيح مسلم: لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، (٦/ ١١٦)، ح رقم: (٥٣٦٣)، كتاب: الأطفمة، باب: باب ذهاب المسلم إلى دار أخيه طلبًا للطعام.
- (٢) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، (١٣/ ٢١٢) ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢.
- (٣) صحيح البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، (١/ ١٠٢)، ح. رقم: (٥٣)، كتاب: الإيمان، باب أداء الخمس من الإيمان

وفيه دليل على استحباب تأنيس القادم وقد تكرر ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم ففي حديث أم هانئ مرحبا بأم هانئ وفي قصة عكرمة بن أبي جهل مرحباً بالراكب المهاجر وفي قصة فاطمة مرحبا بابنتي وكلها صحيحة»^(١).

فالضيافة هي إحدى الجوانب الهامة في النظام الأخلاقي الإسلامي؛ لما لها من أثر في تعميق معاني الأخوة، وغرس القيم الأصيلة في المجتمع، وترسيخ أواصر المحبة بين المسلمين^(٢)، بل بين المسلمين وغيرهم .

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، (١٣١/١) ط/ دار المعرفة - بيروت، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي ١٣٧٩، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز

(٢) أحكام إكرام الضيف في الفقه الاسلامي للباحثة: منال بنت عبد الله بن رميح السفيني ، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والأنظمة - جامعة الطائف ٢٠١٤ م . ص ٣، ٤ .

الفرع الأول: حكم الضيافة

اختلف الفقهاء في الحكم التكليفي للضيافة على قولين:

القول الأول: أن الضيافة سنة وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الحنفية^(١)، وأكثر المالكية^(٢)، والشافعية^(٣) ورواية للحنابلة^(٤)، وقول للإمامية^(٥) والإباضية^(٦).

القول الثاني: أن الضيافة واجبة وهو ما ذهب إليه الليث بن سعد^(٧) والحنابلة في رواية^(٨)، وهو قول الظاهرية^(٩)، والزيدية^(١٠)، والقول الثاني للإمامية^(١١).

-
- (١) مختصر اختلاف العلماء: للطحاوي (٥ / ٢٣٠)، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد .
(٢) البيان والتحصيل: لابن رشد القرطبي (١٨ / ٢٨٢، ٢٨١)، وجاء فيه: « قال محمد بن رشد: الضيافة مرغّب فيها ومنذوب إليها وليست بواجبة»، المدخل: لابن الحاج (٢ / ١٦٥)، بلغة السالك: للساوي (٤ / ٧٤٨)، ط/ دار المعارف .
(٣) المجموع: للنووي (٩ / ٦٢) ط / مكتبة الإرشاد، (٩ / ٥٧)، ط/ دار الفكر، أسنى المطالب، لذكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، (٣ / ٢٢٨)، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري (٤ / ٢١٥)، ط/ المطبعة اليمينية .
(٤) المغني: لابن قدامة (١٣ / ٣٥٢)، المبدع: لابن مفلح، (٩ / ٢١١)، الفروع (١٠ / ٣٨٥)، الإنصاف: للمرداوي (١٠ / ٣٧٩-٣٨٤).
(٥) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام: لجعفر بن الحسن الهذلي (المحقق الحلبي) (١ / ٣٣٣)، ط/ مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان.
(٦) شرح النيل وشفاء العليل، لمحمد بن يوسف بن عيسى أطفيش (٥ / ٢٠٦) ط/ مكتبة الإرشاد.
(٧) البيان والتحصيل (١٨ / ٢٨٢، ٢٨١).
(٨) المغني (١٣ / ٣٥٢)، المبدع في شرح المقنع، (٩ / ٢١١)، الإنصاف (١٠ / ٣٧٩-٣٨٤).
(٩) المحلى بالآثار (٨ / ١٤٦)، مسألة: (١٦٥٣)، [مسألة الضيافة فرض على البدوي والحضري والفقهاء والجاهل].
(١٠) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار: لأحمد بن يحيى بن المرتضى (١٢ / ٢٦٩) وجاء فيه: «الضيافة واجبة».
(١١) الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية: لزين الدين بن علي العاملي الجبعي (١ / ٣١٩، ٣٤٠)، ط/ دار العالم الإسلامي بيروت.

يقول الإمام الغزالي^(١): «أن يخرج مع الضيف إلى باب الدار وهو سنة وذلك من إكرام الضيف.. وتمام الإكرام طلاقة الوجه، وطيب الحديث عند الدخول، والخروج وعلى المائدة، قيل للأوزاعي -رضي الله عنه- ما كرامة الضيف قال طلاقة الوجه وطيب الحديث»

الأدلة

أدلة أصحاب النقول الأول:

استدل جمهور الفقهاء الحنفية ومن وافقهم على أن الضيافة سنة بالسنة والمعقول:

أما السنه فمنها:

١- عَنْ أَبِي شُرَيْحِ الْعَدَوِيِّ، أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ أُذُنَايَ، وَأَبْصَرْتُ عَيْنَايَ، حِينَ تَكَلَّمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ، فَلْيُكْرِمْ ضَيْفَهُ جَائِزَتَهُ، قَالُوا: وَمَا جَائِزَتُهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: يَوْمُهُ وَلَيْلَتُهُ، وَالضِّيَافَةُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَمَا كَانَ وَرَاءَ ذَلِكَ فَهُوَ صَدَقَةٌ عَلَيْهِ^(٢).

وجه الدلالة:

قوله صلى الله عليه وسلم: «جائزته يوم وليلة»، والجائزة العطية والمنحة والصلة وذلك لا يكون إلا مع الاختيار وقوله ﷺ فليكرم وليحسن يدل على هذا أيضا إذ ليس يستعمل مثله في الواجب مع أنه مضموم إلى الإكرام للجار والإحسان إليه وذلك غير واجب^(٣).

(١) إحياء علوم الدين: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (٢/ ١٨)، ط/ دار المعرفة - بيروت
(٢) صحيح مسلم، كتاب: الإيمان، باب: باب أحكام الضيافة، (٥/ ١٣٧)، ح رقم: (٤٥٣٤)،
(٣) شرح النووي على صحيح مسلم (٢/ ١٨).

٢- عَنْ أَبِي سَعِيدٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ انْطَلَقَ نَقَرَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي سَفَرَةٍ سَافَرُوهَا حَتَّى نَزَلُوا عَلَى حَيٍّ مِنْ أَحْيَاءِ الْعَرَبِ فَاسْتَصَافُوهُمْ، فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّقُوهُمْ، فَلَدَغَ سَيِّدُ ذَلِكَ الْحَيِّ، فَسَعَوْا لَهُ بِكُلِّ شَيْءٍ لَا يَنْفَعُهُ شَيْءٌ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ لَوْ أَتَيْتُمْ هَؤُلَاءِ الرَّهْطَ الَّذِينَ نَزَلُوا لَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ عِنْدَ بَعْضِهِمْ شَيْءٌ، فَأَتَوْهُمْ، فَقَالُوا يَا أَيُّهَا الرَّهْطُ، إِنَّ سَيِّدَنَا لُدَغَ، وَسَعَيْنَا لَهُ بِكُلِّ شَيْءٍ لَا يَنْفَعُهُ، فَهَلْ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْكُمْ مِنْ شَيْءٍ فَقَالَ بَعْضُهُمْ نَعَمْ وَاللَّهِ إِنِّي لِأَرْقِي، وَلَكِنَّ وَاللَّهِ لَقَدْ اسْتَضَفْنَاكُمْ فَلَمْ تُضَيِّفُونَا، فَمَا أَنَا بِرَاقٍ لَكُمْ حَتَّى تَجْعَلُوا لَنَا جُعَلًا . فَصَالَحُوهُمْ عَلَى قَطِيعٍ مِنَ الْعَنَمِ، فَاِنْطَلَقَ يَتَقَلُّ عَلَيْهِ وَيَقْرَأُ (الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ) فَكَأَنَّمَا نُشِطَ مِنْ عِقَالٍ، فَاِنْطَلَقَ يَمْشِي وَمَا بِهِ قَلْبَةٌ، قَالَ فَأَوْفُوهُمْ جُعَلُهُمُ الَّذِي صَالَحُوهُمْ عَلَيْهِ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ أَقْسِمُوا . فَقَالَ الَّذِي رَقِيَ لَا تَفْعَلُوا، حَتَّى نَأْتِيَ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَتَذْكَرَ لَهُ الَّذِي كَانَ، فَتَنْظُرَ مَا يَأْمُرُنَا . فَقَدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَذَكَرُوا لَهُ، فَقَالَ « وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقِيَّةٌ - ثُمَّ قَالَ - قَدْ أَصَبْتُمْ أَقْسِمُوا وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ سَهْمًا » . فَضَحِكَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (١).

وجه الدلالة:

في الحديث دليل على مشروعية الضيافة على أهل البوادي والنزول على مياه العرب وطلب ما عندهم على سبيل القرى أو الشراء وفيه مقابلة من امتنع من المكرمة بنظير صنيعه لما صنعه الصحابي من الامتناع من الرقية في مقابلة امتناع أولئك من ضيافتهم^(٢)، وقوله (رضي الله عنه) في هذا الحديث:

(١) صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب: ما يعطي في الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب (٨/ ٣٠٦)، ح رقم: (٢٢٧٦) .
(٢) فتح الباري (٤/ ٤٥٧) كتاب الإجارة، باب: ما يعطي في الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب

«فاستضافناهم فأبوا أن يضيفونا: ظاهر في أن الضيافة لو كانت حقا للام النبي القوم الذين أبوا وبين ذلك لهم، ولكن الضيافة حقيقة فرض على الكفاية^(١).

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل الليث ابن سعد وظاهر مذهب الحنابلة على أن الضيافة واجبة بالسنة وهي ما يلي:

١- عَنْ أَبِي كَرِيمَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: { لَيْلَةُ الضَّيْفِ حَقٌّ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ، فَمَنْ أَصْبَحَ بِفِنَائِهِ فَهُوَ عَلَيْهِ دَيْنٌ، إِنْ شَاءَ اقْتَصَى وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ }^(٢).

وجه الدلالة:

قوله صلى الله عليه وسلم: «ليلة الضيف حق» وفي رواية: «ليلة الضيافة واجبة» فهذا التصريح بالوجوب^(٣).

ويناقش هذا الاستدلال بما ذكره الإمام السيوطي حيث قال: «أمثال هذا الحديث كانت في أول الإسلام حين كانت الضيافة واجبة وقد نسخ وجوبها»^(٤).

وقال الإمام الخطابي: «وجه ذلك أنه رآها حقا من طريق المعروف والعادة المحمودة ولم يزل قرى الضيف وحسن القيام عليه من شيم الكرام وعادات الصالحين ومنع القرى مذموم على الألسن وصاحبه ملوم»^(٥).

(١) أحكام القرآن: لابن العربي (٣/٢٠، ٢١).

(٢) سنن أبي داود: (٣/٣٤٢)، كتاب: الأطعمة، باب: ما جاء في الضيافة، ح رقم: (٣٧٥٠)، ط/ المكتبة العصرية، قال الألباني: حديث صحيح، والحديث سكت عنه المنذري، راجع: عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم (١٠/١٥٤).

(٣) عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: ومشكلاته: للعظيم آبادي (١٠/١٥٦) ط/ دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٥ هـ.

(٤) عون المعبود (١٠/١٥٤).

(٥) معالم السنن: للخطابي (٤/٢٣٨)،؛ عون المعبود، (١٠/١٥٤).

٢- عَنْ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ، أَنَّهُ قَالَ: قُلْنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّكَ تَبِعْتَنَا فَنَنْزِلُ بِقَوْمٍ فَمَا يَقْرُونَنَا، فَمَا تَرَى؟ فَقَالَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «إِنْ نَزَلْتُمْ بِقَوْمٍ فَأَمَرُوا لَكُمْ بِمَا يَنْبَغِي لِلضَّيْفِ فَأَقْبَلُوا، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلُوا فَخُذُوا مِنْهُمْ حَقَّ الضَّيْفِ الَّذِي يَنْبَغِي لَهُمْ» قَالَ أَبُو دَاوُدَ: «وَهَذِهِ حُجَّةٌ لِلرَّجُلِ يَأْخُذُ الشَّيْءَ إِذَا كَانَ لَهُ حَقًّا»^(١).

وجه الدلالة:

أنه ﷺ أباح العقوبة بأخذ المال لمن ترك الضيافة، وهذا لا يكون في غير واجب^(٢).

ويناقش هذا الاستدلال بما ذكره الإمام الخطابي حيث قال: يشبه أن يكون هذا في المضطر الذي لا يجد ما يطعمه ويخاف التلف على نفسه من الجوع فإذا كان بهذه الصفة كان له أن يتناول من مال أخيه ما يقيم به نفسه^(٣).

القول الراجح:

وبعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم أرى أن الراجح هو القول الأول وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الضيافة سنة وليست واجبة إلا إذا كان الضيف مضطراً إلى الطعام ولم يجد ما يطعمه وذلك لما يلي:

١- لأن معنى هذه الآثار التي ذكرها أصحاب القول الثاني من وجوب الضيافة، أنه كان ذلك في أول الإسلام إذ كانت الموساة واجبة^(٤)، ثم أتى الله عز

(١) سنن أبي داود، (٣/ ٣٤٢)، كتاب: الأطعمة، باب: ما جاء في الضيافة، ح رقم: (٣٧٥٢)، قال الألباني: «حديث صحيح».

(٢) عون المعبود (١٠/ ١٥٦).

(٣) معالم السنن: للخطابي (٤/ ٢٣٩).

(٤) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (٢/ ١٨).

وجل بالخير والسعة فصارت الضيافة جائزة مندوبا إليها محمودا فاعلها عليها. وقيل معناها في المارين بقوم في بادية لا يجدون من ضيافتهم بدلا ولا يجدون ما يبتاعونه مما يغنيهم عن ذلك (١).

٢- أن هذه الأحاديث الواردة في الضيافة محمولة على الاستحباب ومكارم الاخلاق وتؤكد حق الضيف (٢).

٣- أن الأحاديث التي دلت على أن الضيافة غير واجبة قد وردت في الذي يستغني عن الضيافة ويقدر على أن يتعوض منها بابتياح ما يغنيه عنها. فقد روي عن أبي حُرَّة الرَّقَاشِيِّ عَنْ عَمِّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: { لَا يَجِلُّ مَالٌ أَمْرِيٍّ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ } (٣) الحديث ، فلا يكون بين الأحاديث على هذا تعارض (٤)، ونهي النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال بقوله في خطبة يوم النحر في حجة الوداع في الحديث الذي رواه عنه عبد الرحمن بن أبي بكر، عن أبيه مطولا وذكر فيه: { فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ بَيْنَكُمْ حَرَامٌ.. الحديث } (٥).

(١) البيان والتحصيل (١٨ / ٢٨٠) .

(٢) المجموع (٩ / ٦٢ - ٦٤)، ط/ دار الإرشاد.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: الغضب، باب : من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً، (٦ / ١٠٠)، ح رقم: (١١٨٧٧)، والحديث له شاهد آخر أخرجه الحاكم في المستدرک عن ابن عَبَّاسٍ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَطَبَ النَّاسَ فِي حَجَّةِ الْوُدَاعِ، « وَلَا يَجِلُّ لِأَمْرِيٍّ مِنْ مَالِ أَخِيهِ إِلَّا مَا أَعْطَاهُ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ » المستدرک على الصحيحين:، كتاب: العلم، باب: فأما حديث عبد الله بن نمير، (١ / ١٧١) ح رقم: ٣١٨، قال الحاكم: «وقد احتج البخاري بأحاديث عكرمة واحتج مسلم بأبي أويس، وسائر رواته متفق عليهم»، وقال الذهبي في التلخيص: «احتج البخاري بعكرمة واحتج مسلم بأبي أويس عبد الله وله أصل في الصحيح».

(٤) البيان والتحصيل (١٨ / ٢٨٠).

(٥) هذا جزء من حديث أخرجه الإمام البخاري في صحيحه (واللفظ له)، كتاب: العلم، باب: قول النبي (صلى الله عليه وسلم) رب مبلغ أوعى من سامع (١ / ٣٦)، ح رقم: (٦٧)؛ وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب: القسامة، باب: تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال (٣ / ١٠٣٥)، ح رقم: (١٦٧٩).

الفرع الثاني: مدة الضيافة

عَنْ أَبِي شُرَيْحٍ الْعَدَوِيِّ، أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ أُذُنَايَ، وَأَبْصَرْتُ عَيْنَايَ، حِينَ تَكَلَّمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيُكْرِمْ ضَيْفَهُ جَائِزَتَهُ، قَالُوا: وَمَا جَائِزَتُهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: يَوْمُهُ وَلَيْلَتُهُ، وَالضِّيَافَةُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، فَمَا كَانَ وَرَاءَ ذَلِكَ فَهُوَ صَدَقَةٌ عَلَيْهِ.

وجه الدلالة:

قوله صلى الله عليه وسلم: « فليكرم ضيفه جائزته يوماً وليلة والضيافة ثلاثة أيام»، قال العلماء: معناه الاهتمام به في اليوم والليلة وإتحافه بما يمكن من بر وإلطف وأما في اليوم الثاني والثالث فيطعمه ما تيسر ولا يزيد على عادته وأما ما كان بعد الثلاثة فهو صدقة ومعروف إن شاء فعل وإن شاء ترك .

وهذه الأحاديث متظاهرة على الأمر بالضيافة والاهتمام بها وعظيم موقعها وقد أجمع المسلمون على الضيافة وأنها من متأكدات الإسلام، وهذه الأحاديث وأشباهاها على الاستحباب ومكارم الأخلاق وتؤكد حق الضيف .

الفرع الثالث: حكم ضيافة الذمي على المسلم

اختلف الفقهاء في حكم ضيافة الذمي على المسلم إلى قولين:

القول الأول: تجب الضيافة على المسلم للمسلمين وغير المسلمين، وهو المنصوص عن أحمد بن حنبل^(١).

(١) أحكام أهل الذمة: لابن قيم الجوزية (٣/ ١٣٤٢) وجاء فيه: «تجب الضيافة على المسلم للمسلمين والكفار»، وانظر أيضاً: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٠/ ٣٧٩-٣٨٤)؛ المغني (٣٥٢/١٣)، المبدع (٩/ ٢١١) .

واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول:

أما السنة: فعموم قوله صلى الله عليه وسلم: « أَيْلَةُ الضَّيْفِ حَقٌّ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ »^(١) فدل على أن المسلم والمشرك يضافان^(٢)، ولم يذكر النبي _ صلى الله عليه وسلم كلمة أخاه وإنما ذكر مطلق الضيف فتشمل المسلم والذمي والمستأمن وغيرهم^(٣).

وأما المعقول: فهو أن الضيافة معناها معنى صدقة التطوع على المسلم وغير المسلم^(٤).

القول الثاني: لا تجب ضيافة المسلم لغير المسلم، وهو ظاهر مذهب الحنابلة^(٥).

واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول:

أما السنة:

فما رواه أبو داود بسنده عن أبي سعيد، عن النبيّ - صلى الله عليه وسلم - قال: « لَا تُصَاحِبْ إِلَّا مُؤْمِنًا، وَلَا يَأْكُلْ طَعَامَكَ إِلَّا تَقِيًّا »^(٦).

(١) سبق تخريجه .

(٢) أحكام أهل الذمة (٣ / ١٣٤٢) .

(٣) الشرح الممتع على زاد المستقنع: محمد بن صالح بن محمد العثيمين (١٥ / ٥٠) ، ط: دار ابن الجوزي، وجاء فيه: «وقوله: «المسلم» خرج به الكافر، وهو عامٌ للكافر الذمي، والحربي، والمستأمن، والمُعاهد، وهذا هو المشهور من المذهب؛ حيث اشترطوا أن يكون الضيف مسلماً، ولكن الصحيح أنه يعم المسلم وغير المسلم؛ لقول النبي عليه الصلاة والسلام: « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه»، الحديث سبق تخريجه وهذا عامٌ، ولم يقل: أخاه، فإذا نزل بك الذمي، وجب عليك أن تكرمه بضيافته». (٤) المغني (١٣ / ٣٥٢).

(٥) الإنصاف (١٠ / ٣٧٩) وجاء فيه: «تنبية: مفهوم قوله « ويجب على المسلم ضيافة المسلم المجتاز به» أنها لا تجب للذمي إذا اجتاز بالمسلم. وهو صحيح. وهو المذهب... وعنه: هو كمسلم في ذلك. نقله الجماعة عن الإمام أحمد - رحمه الله -.. وقال: هو المنصوص عن الإمام أحمد - رحمه الله -»، وانظر أيضاً: المغني (١٣ / ٣٥٢)؛ وأيضاً: المبدع (٩ / ٢١١).

(٦) سنن أبي داود (٧ / ٢٠٣)، ح رقم: (٤٨٣٢)، ط/ دار الرسالة.

وجه الدلالة:

قوله - صلى الله عليه وسلم - : «ولا يأكل طعامك إلا تقياً» : أي متورع .
والأكل وإن نسب إلى التقي ففي الحقيقة مسند إلى صاحب الطعام، فالمعنى لا
تطعم طعامك إلا تقياً^(١) .

ويناقش هذا الاستدلال بما ذكره الخطابي حيث قال : « إنما جاء هذا في
طعام الدعوة دون طعام الحاجة، وذلك أن الله سبحانه قال: ﴿وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ
عَلَىٰ حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾^(٢) ومعلوم أن أسراءهم كانوا كفاراً غير مؤمنين
ولا أتقياء، وإنما حذر عليه السلام من صحبة من ليس بتقي وزجر عن مخالطته
ومؤاكلته، فإن المطاعمة توقع الألفة والمودة في القلوب^(٣) .

وأكد هذا المعنى المناوي حيث قال: «الضيافة ثلاثة أيام فما زاد فهو صدقة
» فيه عموم يشمل الغني والفقير والمسلم والكافر والبر والفاجر وأما خبر لا يأكل
طعامك إلا تقي فالمراد غير الضيافة مما هو أعلى في الإكرام من مؤاكلتك معه
وإتحافك إياه بالظرف واللفظ وإذا كان الكافر يرضى حق جواره فالمسلم الفاسق
أولى بالرعاية»^(٤) .

وأما المعقول:

فهو أن الضيافة من مكارم الأخلاق ومحاسن العادات ومن آداب الإسلام
وذلك خاص بالمسلمين^(٥)؛ ولأنه لو كان للذمي حق الضيافة لنص عليها في

(١) عون المعبود: للعظيم آيادي، (١٣ / ١٧٩).

(٢) سورة الإنسان آية: (٨).

(٣) معالم السنن: للخطابي (٤ / ١١٥)، ط/ المطبعة العلمية.

(٤) فيض القدير شرح الجامع الصغير: محمد عبد الرؤوف المناوي، (٤ / ٣٤٣)، ط/ دار الكتب
العلمية.

(٥) أحكام الضيافة في الفقه الإسلامي محمد عبد الحميد محمد سويفي، مجلة كلية الشريعة والقانون
بأسيوط العدد (٢٠) الجزء الأول ٢٠٠٨ م ص ٨٨٤.

الشروط العمرية وغيره، ولَمَّا لم يكن كذلك، دل على أن الضيافة ليست بواجبة^(١) .

القول الرابع:

والذي يظهر لي رجحانه هو أن ضيافة غير المسلم على المسلم جائزه وليست بواجبة للحديث الذي رواه أبو هريرة، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ضَافَهُ صَيِّفٌ كَافِرٌ، فَأَمَرَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِشَاةٍ فَحَلَبَتْ فَشَرِبَ حِلَابَهَا، ثُمَّ أُخْرِيَ فَشَرِبَ حِلَابَهَا، ثُمَّ أُخْرِيَ فَشَرِبَهُ حِلَابَهَا، حَتَّى شَرِبَ حِلَابَ سَبْعِ شِيَاهٍ، ثُمَّ إِنَّهُ أَصْبَحَ فَأَسْلَمَ، فَأَمَرَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِشَاةٍ فَحَلَبَتْ فَشَرِبَ حِلَابَهَا، ثُمَّ أَمَرَ لَهُ بِأُخْرَى فَلَمْ يَسْتَتِمَّهَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنْ الْمُؤْمِنُ يَشْرَبُ فِي مَعَى وَاحِدٍ، وَالْكَافِرُ يَشْرَبُ فِي سَبْعَةِ أَمْعَاءٍ^(٢).

وجه الدلالة: الحديث يدل على جواز تضييف غير المسلم فقد أضافه النبي ﷺ،

ولعل ذلك يكون سبباً في دخوله الإسلام^(٣) .

(١) الضيافة، دراسة فقهية مقارنة لأستاذنا الدكتور / سيف رجب قزامل، ص ٤٦ ط/ مكتبة نور بطنطا، الطبعة الأولى ١٤٦١ هـ - ١٩٩٦ م.

(٢) موطأ الإمام مالك: (٢/ ٩٧)، ح رقم: ١٩٣٥، كتاب: الجامع، باب ما جاء في معي الكافر، تحقيق: بشار عواد معروف - محمود خليل، ط/ مؤسسة الرسالة، سنة النشر: ١٤١٢ هـ . الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان: محمد بن حبان (١/ ٣٧٩)، ح رقم: ، (١٦٢) كتاب: باب فرض الإيمان، باب: ذكر الخبر الدال على أن هذا الخطاب مخرجه مخرج العموم والقصد فيه الخصوص أراد به بعض الناس لا الكل، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، وقال الشيخ شعيب الأرنؤوط: «إسناده صحيح على شرط مسلم».

(٣) أحكام الضيافة في الفقه الاسلامي د. محمد عبد الحميد محمد سويفي نفس العدد المشار إليه، ص ٨٨٥.

الفرع الرابع: حماية السائح الضيف وأمنه

إذا حل الضيف بيتاً فقد لزم المضيف حمايته وتحصيل أمنه وحفظ أمتعته، فإن عجز استعان على ذلك بمن يقدر عليه، وقد ذكر لنا من قصة أضياف لوط ما فيه إشارة لهذا، قال تعالى: ﴿ وَجَاءَهُ قَوْمُهُ يُهْرَعُونَ إِلَيْهِ وَمِنْ قَبْلُ كَانُوا يَعْمَلُونَ السَّيِّئَاتِ قَالَ يَا قَوْمِ هَؤُلَاءِ بَنَاتِي هُنَّ أَطْهَرُ لَكُمْ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَلَا تُخْزُونِ فِي ضَيْفِي أَلَيْسَ مِنْكُمْ رَجُلٌ رَشِيدٌ ﴾^(١).

قال ابن العربي: «قوله تعالى: ﴿قَالَ هَؤُلَاءِ بَنَاتِي إِنْ كُنْتُمْ فَاعِلِينَ﴾^(٢). لما تداعى أهل المدينة إلى لوط حين رأوا وسمعوا بجمال أضيافه، وحسن شارتهم؛ قصدا للفاحشة فيهم، تحرم لهم لوط بالضيافة، وسألهم ترك الفضيحة، وإتيان المراعاة»^(٣).

وقال الجصاص: «لو أن لي بكم قوة أو آوى إلى ركن شديد فتبرأ من الحول والقوة من قبل نفسه ومن قبل المخلوقين وعلم أنه لا يقدر على كشف ما هو فيه إلا الله تعالى حينئذ جاءه الفرج»^(٤).

قال الماوردي: «وقد أعذر نبي الله لوط - عليه السلام - نفسه حين عدم عشيرة تنصره، فقال لمن بعث إليهم: ﴿قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾^(٥). يعني عشيرة مانعة . وروى أبو سلمة عن أبي هريرة أن رسول الله -

(١) سورة هود آية: (٧٨) .

(٢) سورة الحجر آية رقم: (٧١) .

(٣) أحكام القرآن: لابن العربي (٣/ ٨٨) تحقيق: علي محمد البجاوي ط/ دار إحياء التراث العربي .

(٤) أحكام القرآن: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (٤/ ٣٧٠) ط/ دار إحياء التراث

العربي - بيروت ١٤٠٥ هـ سورة التوبة آية: ١١٨ .

(٥) سورة هود آية: (٨٠) .

صلى الله عليه وسلم - قال: {رحم الله لوطاً، لقد كان يأوي إلى ركن شديد} .
يعني الله عز وجل»^(١).

فواجب المضيف الحماية ولو أن يستعين بأهله وقبيلته، واليوم فإن الشرطة تحفظ أمن الناس، وفيهم كفاية من الحماية ما يغني عن الاستجداء بالأهل والعشيرة ^(٢) .

المطلب الثاني

التسامح في التعامل مع السائح والرفق به

السماحة أول أوصاف الشريعة وأكبر مقاصدها ^(٣)، فالإسلام دين التسامح والرحمة والعفو والإخاء، والصفح، وقد تمت مكارم الأخلاق ببعثة النبي الكريم صلى الله عليه وسلم الذي دعا إلى كل خير، وكان من مزايا شمائله ﷺ الحميدة **التخلق بخلق السماحة**، ودعوة أصحابه وأتباعه إليه، وطبق رسول الله ﷺ سلوكاً عملياً في حياته وشواهد ذلك كثيرة.

وعندما شرع الأمان للسائح وأبيح التعايش مع أهل الديانات الأخرى كان لأجل تحقيق المقصد الشرعي الأول وهو نشر الدين، ولهذا أباح الإسلام لأهل الديانات الأخرى حرية العقيدة وحرية العبادات في كنائسها وأما كن عبادتهم، وهذا من أبرز جوانب التسامح في الدين قال تعالي: «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ»^(٤) .

(١) أدب الدنيا والدين: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (١/ ١٤٩)، ط/ دار مكتبة الحياة ١٩٨٦ م .

(٢) الضيافة وأحكامها في الفقه الإسلامي بحث منشور بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، محمد نوح القضاة، مجلد (٤)، عدد ٣، ٢٠٠٨ ص ١٢٦ .

(٣) مقاصد الشريعة الإسلامية : للإمام محمد الطاهر ابن عاشور ص ٦٥ ط/ دار السلام القاهرة الطبعة السابعة ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م

(٤) سورة البقرة آية: (٢٥٦) .

وهذا التسامح مع المخالفين في الدين، أمر لم يعهد من قبل في أي عصر من العصور وهذا ما شهد به الغربيون أنفسهم . يقول العالم الفرنسي: جوستاف لوبون: «رأينا من آي القرآن التي ذكرناها آنفاً أن مسامحة محمد لليهود والنصارى كانت عظيمة إلي الغاية، وأنه لم يقم بمثلها مؤسسو الأديان التي ظهرت قبله كاليهودية والنصرانية علي وجه الخصوص» وذكر في الهامش قال روبرتسن في كتابه تاريخ شارلكن: «إن المسلمين وحدهم الذين جمعوا بين الغيرة لدينهم، وروح التسامح نحو أتباع الأديان الأخرى^(١).

والتسامح مع غير المسلمين بمعني التعايش، وحسن المعاملة، وليس بمعني الرضى بما هم عليه من عقائد بيّن القرآن بطلانها^(٢) وسوف أعالج هذه المسألة في الفروع التالية:

الفرع الأول: معنى التسامح في اللغة والاصطلاح .

الفرع الثاني: التأسيس الشرعي للتسامح .

الفرع الثالث: التسامح في البيع والشراء .

الفرع الرابع: صور من سماحة الإسلام في التعامل مع غير المسلمين .

الفرع الخامس: الفرق بين التسامح مع السائح وبين موالاته والتودد له.

الفرع السادس: تجربة دولة الإمارات العربية المتحدة في التسامح .

(١) حضارة العرب د: لوبون جوستاف ص١٢٨ نقله إلي العربية د/ عادل زعيتر ط عيسى الباب الحلي، انظر أيضا الضوابط الشرعية للإستعانة بالغير د/ جيهان صبري ص ٢٠١ ط ٢٠٠٦ م
(٢) التسامح في السنة النبوية والسيرة والتاريخ د/ عبد الحكيم الأنيص ص ٧، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة والعشرون دبي ٢٠١٩م المنظم: دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي .

الفرع الأول: معنى التسامح في اللغة والاصطلاح

أولاً: معنى التسامح في اللغة:

(سمح) السَّمَّاحُ والسَّمَّاحَةُ: الجُودُ، سَمَّحَ سَمَّاحَةً جَاداً، يُقَالُ سَمَّحَ وَأَسَمَّحَ إِذَا جَادَ وَأَعْطَى عَنِ كَرَمٍ وَسَخَاءٍ، وَالمُسَامَحةُ: المُسَاهلةُ وَتَسَامَحُوا تَسَاهَلُوا، وَقَوْلُهُم: الحَنِيفِيَّةُ السَّمَّحةُ لَيْسَ فِيهَا ضَيْقٌ وَلَا شِدَّةٌ، وَالمُسَامَحةُ المُسَاهلةُ فِي الطَّعَانِ وَالصِّرَابِ وَالعَدْوِ^(١)، سَمَّحَ بِكَذَا يَسَمَّحُ بِفَتْحَتَيْنِ سُمُوحًا وَسَمَّاحَةً جَادًا وَأَعْطَى أَوْ وَافَقَ عَلَى مَا أُرِيدَ مِنْهُ، وَتَسَامَحَ وَتَسَمَّحَ وَأَصْلُهُ الاتِّسَاعُ وَمِنْهُ يُقَالُ فِي الحَقِّ مَسَمَّحٌ أَيُّ مُتَّسَعٌ وَمَنْدُوحَةٌ عَنِ البَّاطِلِ^(٢).

وقال ابن فارس: (سمح): السين والميم والحاء أصل يدل على سلاسة وسهولة^(٣).

والذي يفهم من كلام اللغويين أن معنى التسامح هو: الجود والمساهلة والموافقة والاتساع، فالمسامحة معناها: المساهلة في المعاملة والموافقة على المطلوب، والصفح عن الذنب، واللفظ مأخوذ من السماح وهو الجود، وتسامح القوم: تساهلوا في الأمر إذا تناولوه بلا مشاحة أو مضاجرة^(٤).

وهناك كلمات تحمل معنى السماحة أيضاً بين معانيها، وهي الأصل في ذلك عندنا، منها: (الصفح - العفو - الإحسان....)^(٥).

(١) لسان العرب (٤٨٩) مادة: سمح، تاج العروس مادة: سمح.

(٢) المصباح المنير مادة: (س م ح).

(٣) معجم مقاييس اللغة (٣/ ٩٩) مادة: (سمح).

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٧ / ١٥٠).

(٥) التسامح في السنة النبوية والسيرة والتاريخ: د/ عبد الحكيم الأنيس ص ١٢ نفس العدد المشار إليه.

التسامح في الاصطلاح:

- ١- عرف الطاهر بن عاشور **السماحة بأنها**: سهولة المعاملة في اعتدال، فهي وسط بين التضيق والتساهل، وهي راجعة إلى معنى الاعتدال والعدل والتوسط، أو هي: السهولة المحمودة فيما يظن الناس التشدد فيه، **ومعنى كونها محمودة**: أنها لا تفضى إلى ضرر أو فساد^(١).
- ٢- **وقيل هو**: التساكن والتعايش في إطار رؤية إسلامية تحترم حق الآخر في الرأي والعقيدة والفكر^(٢).
- ٣- **وعرفها الدكتور عبد الله الطريقي**: بأنه التعامل مع غير المسلم وفق الحكمة واللين والمعروف، سواء في ذلك الخطاب أو في مطلق التصرف^(٣).
- ٤- **وعرفها زيد عبد الكريم بأنها**: إحسان معاملة الآخر، وإقامة العدل معه والصفح عن زلاته، رجاء هدايته^(٤).
- ٥- **وعرفها المودودي بأنها**: أن نتحمل عقائد غيرنا، وأعمالهم وإن كانت تخالفنا أو باطلة في نظرنا، ولا نطعن فيهم بما يؤلمهم، رعاية لعواطفهم وأحاسيسهم ولا نلجأ إلى وسائل الجبر والإكراه لتصريفهم عن عقائدهم، أو منعهم من الإلداء بآرائهم أو القيام بأعمالهم^(٥).

- (١) مقاصد الشريعة الإسلامية: للإمام محمد الطاهر ابن عاشور ص ٦٤، ٦٥.
- (٢) التسامح الإسلامي، قراءة في معطياته الفكرية وآثاره الواقعية في ضوء الكتاب والسنة: د. عبد الواسع محمد غالب الغشيمي، أمير فاضل سعد ص ١٧، ١٨، العدد (٢١) لسنة ٢٠١٣ م.
- (٣) الثقافة والعالم الآخر: د. عبد الله بن إبراهيم الطريقي ص ٥٨، ط. دار الوطن الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
- (٤) التسامح في الإسلام: لزيد عبد الكريم الزيد ص ١٨ إصدارات جائزة الأمير نايف بن عبد العزيز آل سعود، ١٤٢٦ هـ.
- (٥) الإسلام في مواجهة التحديات المعاصرة: لأستاذ أبو الأعلى المودودي، تعريب: خليل أحمد الحامدي، ط/ دار السعودية للنشر والتوزيع ص ٣٩؛ التسامح الإسلامي، قراءة في معطياته الفكرية وآثاره الواقعية في ضوء الكتاب والسنة: د. عبد الواسع محمد غالب الغشيمي، أمير فاضل سعد ص ١٧، ١٨، العدد (٢١) لسنة ٢٠١٣ م.

والسماحة مع غير المسلمين، والبر بهم والإحسان إليهم، وملاطفتهم، ومصالحتهم، ومسالمتهم، مطلب ديني وغرض شرعي، لا تقوم مقاصد الدين إلا عليه، ولا تتحقق مصالح الخلق إلا به^(١).

وتؤكد النصوص القرآنية المتضافرة على أن التسامح لا يعني التساهل والتميع للهوية الإسلامية، أو التنازل عن قيم الإسلام ومبادئه، إذ من الواجب أن تبقى الثوابت لها اعتبارها، ولكنه يعني التواصل والاستفادة من الآخرين وبيان محاسن الإسلام وكماله، كما في قوله تعالى: {خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ} ^(٢).

فالعفو قرن بالمعروف، وجاء بعد هذين الأمرين الإعراض عن الجاهلين، وإنما كان التعقيب بالإعراض عن الجاهلين بعد العفو والأمر بالمعروف؛ كون الأمر بالمعروف يستلزم الأذى، ومن ثم لم يأمر القرآن هنا بردود مماثلة، لما قد يتعرض له الفرد بل أمر بالإعراض وعض الطرف عن ذلك^(٣).

(١) التعامل مع غير المسلمين في السنة النبوية لفتحي الموصلي التركماني عبد الحق ص ٩٣٥، إصدارات جائزة الأمير نايف بن عبد العزيز آل سعود، ١٣٤١هـ الدورة الخامسة الطبعة الأولى. نقلاً عن مفهوم التعايش من منظور إسلامي د. سلطان بن علي بن محمد شاهين ص ٧٨٣، مجلة العلوم الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية عدد ٦٤، ٧١٠٢ م.

(٢) سورة الأعراف، آية: ٩٩١.

(٣) التسامح الإسلامي، قراءة في معطياته الفكرية وآثاره الواقعية في ضوء الكتاب والسنة، د. عبد الواسع محد غالب الغشيمي، أمير فاضل سعد ص ٥٢، العدد (١٢) لسنة ٣١٠٢، وأيضاً: التعامل مع التعددية في المجتمع المسلم الأول تطبيقاً لمبدأ التسامح والتعايش السلمي وإضاءة على تجربة دولة الإمارات العربية المتحدة في ذلك، د. نجاه محمد عبد الله المرزوقي ص ٣١، ٤١، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدورة الرابعة والعشرون دبي ٩١٠٢م المنظم: دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري دبي.

الفرع الثاني: التأصيل الشرعي للتسامح

قال العلماء: المسامحة مندوب إليها: لما روي عن سليمان بن داود، قال: حَدَّثَنَا عَبْدُ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: قَالَ لِي عُرْوَةُ، إِنَّ عَائِشَةَ، قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «يَوْمَئِذٍ: «لَتَعْلَمَ يَهُودُ أَنَّ فِي دِينِنَا فَسْحَةً، إِنِّي أُرْسِلْتُ بِحَنِيفِيَّةٍ سَمْحَةٍ»^(١).

وعن ابن عباس قال: قِيلَ لِرَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: أَيُّ الْأَدْيَانِ أَحَبُّ إِلَيَّ اللَّهُ؟ قَالَ: «الْحَنِيفِيَّةُ السَّمْحَةُ»^(٢).

وجه الدلالة:

قوله أحب الدين أي خصال الدين؛ لأن خصال الدين كلها محبوبة، لكن ما كان منها سمحا أي سهلا فهو أحب إلى الله... والحنيفية ملة إبراهيم والحنيف في اللغة من كان على ملة إبراهيم وسمي إبراهيم حنيفا لميله عن الباطل إلى الحق

(١) مسند الإمام أحمد (٤١ / ٣٤٩)، ح رقم: (٢٤٨٥٥)، مسند عبد الله بن عباس، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، وقال الشيخ شعيب: حديث قوي، وهذا سند حسن، عبد الرحمن بن أبي الزناد حسن الحديث. وبقية رجاله ثقات رجال الصحيح. سليمان بن داود: هو الطيالسي. »
(٢) مسند الإمام أحمد بن حنبل (٤ / ١٧)، ح رقم: (٢١٠٨)، مسند عبد الله بن عباس، وقال الشيخ شعيب: « صحيح لغيره، محمد بن إسحاق مدلس، وداود بن الحصين ثقة مشهور لكن له غرائب تُستنكر. »، ورواه البخاري في صحيحة تعليقا كتاب: الإيمان، باب (٢٩) - باب الدين يُسر. (٣٠) وَقَوْلُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - « أَحَبُّ الدِّينِ إِلَيَّ اللَّهُ الْحَنِيفِيَّةُ السَّمْحَةُ »، صحيح البخاري (١ / ٧٧)، ورواه مسنداً الأدب المفرد، (١ / ١٠٨)، ح رقم: (٢٨٧)، باب: حسن الخلق إذا فقهوا، وعلق عليه الشيخ الألباني فقال: « حسن لغيره. »، قال ابن حجر في فتح الباري: « وهذا الحديث المعلق لم يسنده المؤلف في هذا الكتاب؛ لأنه ليس على شرطه، نعم وصله في كتاب الأدب المفرد، وكذا وصله أحمد بن حنبل وغيره من طريق محمد بن إسحاق عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس وإسناده حسن استعمله المؤلف في الترجمة؛ لكونه متقاصرا عن شرطه وقواه بما دل على معناه؛ لتناسب السهولة واليسر. » راجع: فتح الباري (١ / ٩٤).

لأن أصل الحنف الميل والسمة السهلة أي أنها مبنية على السهولة (١) لقوله تعالى: { وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِثْلَ مِثْلَةِ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ } (٢).

ولقول النبي صلى الله عليه وسلم: { رَجِمَ اللَّهُ رَجُلًا سَمَحًا إِذَا بَاعَ، وَإِذَا اشْتَرَى، وَإِذَا اقْتَضَى } (٣).

قال ابن حجر: «والمراد بالسماحة: ترك المضاجرة ونحوها لا المكايسة في ذلك... قوله سمحاً بسكون الميم وبالمهملتين: أي سهلاً وهي صفة مشبهة تدل على الثبوت فلذلك كرر أحوال البيع والشراء والتقاضى، والسمح الجواد يقال سمح بكذا إذا جاد، والمراد هنا: المساهلة... وإذا اقتضى أي طلب قضاء حقه بسهولة وعدم إلحاف.. وإذا قضى أي أعطى الذي عليه بسهولة بغير مظل.. وفيه الحض على السماحة في المعاملة، واستعمال معالي الأخلاق وترك المشاحة، والحض على ترك التضييق على الناس في المطالبة وأخذ العفو منهم» (٤).

وقال الغزالي: تنال رتبة الإحسان في المعاملة بأمر منها: السماحة في استيفاء الثمن وسائر الديون: الإحسان فيه، وحط البعض ومرة بالإمهال والتأخير، ومرة بالمساهلة في طلب جودة النقد وكل ذلك مندوب إليه ومحثوث عليه» (٥).

(١) فتح الباري (١/٩٣، ٩٤) كتاب: الإيمان، باب: الدين يسر.

(٢) سورة الحج من الآية: (٧٨).

(٣) صحيح البخارى: (٧/٤٦٩)، ح رقم: (٢٠٧٦)، كتاب البيوع، باب: باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع، ومن طلب حقا فليطلبه في عفاف رقم: (١٦).

(٤) فتح الباري لابن حجر (٤/٣٠٧).

(٥) إحياء علوم الدين: لأبي حامد الغزالي (٢/٧٩، ٨١).

الفرع الثالث: التسامح في البيع والشراء

من جليل ما شرعه الإسلام كسلوك أخلاقي بين البائع والمشتري: السماح: وذلك في الحديث الذي رواه جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ - رضى الله عنهما - أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - قَالَ « رَحِمَ اللَّهُ رَجُلًا سَمَحًا إِذَا بَاعَ، وَإِذَا اشْتَرَى، وَإِذَا اقْتَضَى»^(١).

وجه الدلالة:

في الحديث الحض على المسامحة، وحسن المعاملة، واستعمال محاسن الأخلاق ومكارمها وترك المشاحة في البيع، وذلك سبب لوجود البركة، لأنه، صلى الله عليه وسلم، لا يحض أمته إلا على ما فيه النفع لهم دينا ودنيا. وأما فضله في الآخرة فقد دعا، صلى الله عليه وسلم، بالرحمة والغفران لفاعله، فمن أحب أن تتاله هذه الدعوة فليقتد به وليعمل به. وفيه: ترك التضييق على الناس في المطالبة وأخذ العفو منهم. وقال ابن حبيب: تستحب السهولة في البيع والشراء وليس هي تلك المطالبة فيه، إنما هي ترك المضاجرة ونحوها^(٢).

ويرسم النبي صلى الله عليه وسلم صورته رائعة للمتسامحين المتساهلين في البيع والشراء فيقول في الحديث الذي رواه عنه البخاري في صحيحة قال: حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ يُونُسَ، حَدَّثَنَا زُهَيْرٌ، حَدَّثَنَا مَنْصُورٌ، أَنَّ رِبْعِيَّ بْنَ حِرَاشٍ، حَدَّثَهُ أَنَّ حُدَيْفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، حَدَّثَهُ قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - : « تَلَقَّتِ الْمَلَائِكَةُ رُوحَ رَجُلٍ مِمَّنْ كَانَ قَبْلَكُمْ، قَالُوا: أَعْمَلْتَ مِنَ الْخَيْرِ شَيْئًا؟ قَالَ: كُنْتُ أَمُرُ فِتْيَانِي أَنْ يُنْظَرُوا وَيَتَجَاوَرُوا عَنِ الْمُوسِرِ، قَالَ: قَالَ: فَتَجَاوَرُوا عَنْهُ».

(١) سبق تخريجه.

(٢) عمدة القاري: لبدر الدين العيني (١١ / ١٨٩)، باب: السهولة والسماحة في البيع والشراء، ط/ دار إحياء التراث العربي .

قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ: وَقَالَ أَبُو مَالِكٍ، عَنْ رَبِيعٍ: «كُنْتُ أُيَسِّرُ عَلَى الْمُوسِرِ، وَأُنْظِرُ الْمُعْسِرَ»، وَتَابَعَهُ شُعْبَةُ، عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ، عَنْ رَبِيعٍ، وَقَالَ أَبُو عَوَانَةَ: عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ، عَنْ رَبِيعٍ: «أُنْظِرُ الْمُوسِرَ، وَتَجَاوَزُ عَنِ الْمُعْسِرِ»، وَقَالَ نُعَيْمُ بْنُ أَبِي هِنْدٍ، عَنْ رَبِيعٍ: «فَأَقْبَلُ مِنَ الْمُوسِرِ، وَاتَّجَاوَزُ عَنِ الْمُعْسِرِ»^(١).

ويقول صلى الله عليه وسلم أيضاً: «رَحِمَ اللَّهُ امْرَأً سَهَّلَ الْبَيْعَ، سَهَّلَ الشِّرَاءَ، سَهَّلَ الْأَخْذَ، سَهَّلَ الْإِعْطَاءَ، سَهَّلَ الْقَضَاءَ، سَهَّلَ التَّقَاضِيَ»^(٢).

وَعَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «عَفَرَ اللَّهُ لِرَجُلٍ كَانَ مِنْ قَبْلِكُمْ، كَانَ سَهْلًا إِذَا بَاعَ، سَهْلًا إِذَا اشْتَرَى، سَهْلًا إِذَا قَضَى، سَهْلًا إِذَا اقْتَضَى»^(٣).

(١) صحيح البخاري (٣/ ٧٥)، ح رقم: (٧٧٠٢) كتاب: البيوع، باب: مَنْ أَنْظَرَ مُوسِرًا .
(٢) مسند أبي يعلى: لأحمد بن علي بن المنثى أبو يعلى الموصلي، (٦/ ٢٠٤)، ح رقم: (٦٨٣٠) تحقيق: إرشاد الحق الأثري، ط / دار القبلة - جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ - ١٩٨٨.
(٣) مسند الإمام أحمد بن حنبل (٢٣/ ٢٥) ح رقم: (١٤٦٥٨)، مسند جابر بن عبد الله - رضى الله عنه -، سنن الترمذي (٢/ ٦٠١)، ح رقم: (١٣٢٠) كتاب: البيوع، باب ما جاء في استقراض البعير أو الشيء من الحيوان أو السن، قال الترمذي: « هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه»، سنن البيهقي الكبرى (٥/ ٣٥٧)، ح رقم: (١١٢٩٨)، باب: السهولة والسماحة في الشراء .

الفرع الرابع: صور من سماحة الإسلام في التعامل مع غير المسلمين

١- تسامحه صلى الله عليه وسلم في صلح الحديبية:

لقد طبق النبي - صلى الله عليه وسلم مبدأ التسامح - في علاقاته بالمشركين وغيرهم في معاهداته، وفي حروبه، ففي المعاهدات تراه في صلح الحديبية، وهو الصلح الذي عقد بينه وبين المشركين عندما أراد أن يحج فمنعوه، وأبو أن يدخل البيت الحرام، وقد كان أساس هذا الصلح شططاً من جانب المشركين، وسماحة من جانب النبي صلى الله عليه وسلم فقد أصروا في صلحهم على أن يمنعوه من الحج في عامه هذا فقبل هذا الشرط ومعه جيش يستطيع أن يدك عليهم ديارهم^(١)، واشتروطوا مع ذلك أن من يخرج من مكة مسلماً ملتحقاً بالنبي صلى الله عليه وسلم يرد إن لم يكن ذلك برضا أهله، وأن من يخرج من عند محمد مرتداً إلى مكة يقبلونه ولا يمنعونه، قبل النبي الكريم ذلك الشرط حتى ضج بعض المؤمنين من قبوله، ووقف عمر بن الخطاب يهز سيفه، ويقول « لماذا نرضى بالدينية في ديننا»^(٢) .

(١) والحديث أخرجه البخاري (٢٣ / ١٠)، ح رقم: (٢٧٠١) عَنِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - خَرَجَ مُعْتَمِرًا، فَحَالَ كُفَّارٌ قُرَيْشِيٌّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْبَيْتِ، فَنَحَرَ هُدْيَةً، وَخَلَقَ رَأْسَهُ بِالْحَدْيِيَّةِ، وَقَاضَاهُمْ عَلَى أَنْ يَعْتَمِرَ الْعَامَ الْمُقْبِلَ، وَلَا يَحْمِلَ سِلَاحًا عَلَيْهِمْ إِلَّا سُيُوفًا، وَلَا يُقِيمَ بِهَا إِلَّا مَا أَحَبُّوا، فَأَعْتَمَرَ مِنَ الْعَامِ الْمُقْبِلِ فَدَخَلَهَا كَمَا كَانَ صَالِحُهُمْ، فَلَمَّا أَقَامَ بِهَا ثَلَاثًا أَمَرُوهُ أَنْ يَخْرُجَ فَخَرَجَ؛ وَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي مَسْنَدِهِ (١٠ / ٢٤٦)، ح رقم: (٦٠٦٧)، مسند عبد الله بن عمر رضى الله عنهما.

(٢) السيرة النبوية لأبي محمد عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري ص ٦٨٦، ٦٨٧، حققها د/ مصطفى السقا، إبراهيم الأبياري، عبد الحفظ شلبي ط/ دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩م؛ صحيح الاثر وجميل العبر من سيرة خير البشر ﷺ د. محمد بن صامل السلمي وآخرون ص ٢٠٤، ط/ مطبعة جامعة أم القرى، معهد المخطوطات وإحياء التراث الإسلامي، الطبعة الثالثة ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨ م .

ولكنها الحكمة النبوية آثرت الصبر والسماحة وحقن الدماء، ولم يكن ذلك قبولاً للدنية، ولكنه الهدى الإسلامي الذي حث على الصبر بدل القتل، والرفق بدل العنف^(١).

وله مواقف أخرى في الحديبية تبين أنه ﷺ كان غاية في التسامح منها ما رواه النسائي بسنده عن عبد الله بن مغفل المزني قال: { كنا مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالحديبية في أصل الشجرة التي قال الله وكأني بغصن من أغصان تلك الشجرة على ظهر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرفعته عن ظهره، وعلي بن أبي طالب وسهيل بن عمرو بين يديه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «اكتب باسم الله الرحمن الرحيم فأخذ سهيل يده فقال: ما نعرف الرحمن الرحيم اكتب في قضيتنا ما نعرف، فقال: اكتب باسمك اللهم هذا ما صالح عليه محمد رسول الله أهل مكة فأمسك بيده فقال: فقد ظلمناك إن كنت رسولا اكتب في قضيتنا ما نعرف، فقال: اكتب هذا ما صالح عليه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب وأنا رسول الله، قال: فكتب، فبينما نحن كذلك إذ خرج علينا ثلاثون شابا عليهم السلاح فثاروا في وجوهنا، فدعا عليهم النبي صلى الله عليه وسلم فأخذ الله بأبصارهم، فقمنا إليهم فأخذناهم فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم: هل جئتم في عهد أحد أو هل جعل لكم أحدا أمانا فقالوا: لا فخلى سبيلهم فأنزل الله عز وجل ﴿وَهُوَ الَّذِي كَفَّ أَيْدِيَهُمْ عَنْكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ عَنْهُمْ﴾ إلى قوله: ﴿بَصِيرًا﴾^(٢)(٣).

(١) العلاقات الدولية في الإسلام، للإمام: محمد أبو زهرة ص ، ٧٢ ط/ دار الفكر العربي ٥١٤١هـ - ٥٩٩١م .

(٢) سورة الفتح آية: (٢٤).

(٣) سنن النسائي الكبرى، كتاب: التفسير، باب: سورة الفتح (٦/ ٤٦٤)، ح رقم: (١١٥١١)، ط/ دار الكتب العلمية؛ وأخرجه أحمد (٢/ ٨٥)، مسند علي بن أبي طالب؛ المستدرک، ط/ دار المعرفة - بيروت، (٢/ ٤٦٠، ٤٦١)، ح رقم: (٣٧١٦)، قال الحاكم: « هذا حديث صحيح على شرط الشيخين إذ لا يبعد سماع ثابت من عبد الله بن مغفل وقد اتفقا على إخراج حديث معاوية بن قره على حديث حميد بن هلال عنه وثابت أسن منهما جميع».

٢- تسامحه صلى الله عليه وسلم بأهل مكة بعد فتحها:

وقد تجلت روح التسامح في العفو عن أهل مكة، والصفح الجميل أبرز ما يكون ظهوره عند الانتصار فما كانت الحرب للانتقام بل لإعلاء الحق ودفن عدوان الباطل^(١)؛ ولذلك خاطب النبي - صلى الله عليه وسلم - أهل مكة بعد الفتح، وقد أخرجوه من بلده، وأذوه في أهل بيته، وقتلوا عمه وأصحابه، وحاربوه في بدر وأحد والخندق^(٢)، وقد أمكنه الله تعالى منهم، فوقف عند باب الكعبة، وقد وقفوا أمامه والصحابة من حولهم ينتظرون أمره فيهم، فقال: « يا معشر قريش ما ترون أنى فاعل فيكم؟ قالوا: خيراً أخ كريم، وابن أخ كريم، قال: «اذهبوا فأنتم الطلقاء»^(٣) .

٣- معاملة النبي صلى الله عليه وسلم للمشركين:

كانت معاملة عفو وإحسان لا معاملة تشف وانتقام مما يدل على ذلك ما رواه البخاري عن يونس بن يونس عن ابن شهاب قال: { حَدَّثَنِي عُرْوَةُ أَنَّ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - رَوَى النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - حَدَّثْتُهُ أَنَّهَا قَالَتْ لِلنَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - هَلْ أَتَى عَلَيْكَ يَوْمٌ كَانَ أَشَدَّ مِنْ يَوْمِ أُحُدٍ قَالَ « لَقَدْ لَقِيتُ مِنْ قَوْمِكَ مَا لَقِيتُ، وَكَانَ أَشَدَّ مَا لَقِيتُ مِنْهُمْ يَوْمَ الْعَقَبَةِ، إِذْ عَرَضْتُ نَفْسِي عَلَى ابْنِ عَبْدِ يَالِيلِ بْنِ عَبْدِ كَلَالٍ، فَلَمْ يُجِبْنِي إِلَى مَا أَرَدْتُ، فَأَنْطَلَقْتُ وَأَنَا مَهْمُومٌ عَلَى وَجْهِ، فَلَمْ أَسْتَقِئْ إِلَّا وَأَنَا بِقَرْنِ النَّعَالِ، فَرَفَعْتُ رَأْسِي، فَإِذَا أَنَا بِسَحَابَةٍ قَدْ أَظَلَّتْنِي، فَنَظَرْتُ فَإِذَا فِيهَا جِبْرِيلُ فَنَادَانِي فَقَالَ إِنَّ اللَّهَ قَدْ سَمِعَ قَوْلَ قَوْمِكَ لَكَ وَمَا رَدُّوا عَلَيْكَ، وَقَدْ

(١) العلاقات الدولية في الإسلام، للإمام: محمد أبو زهرة ص ٢٨.

(٢) التسامح في السنة النبوية والسيرة والتاريخ د./ عبد الحكيم الأنييس ص ٢٢، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة والعشرون ص ٢٦٢٢، دبي ٢٠١٩م المنظم: دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي.

(٣) السيرة النبوية لابن هشام ص ٧٤٤، والحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩/ ١١٨)، ح رقم: (١٨٧٣٩)، كتاب: السير، باب: فتح مكة حرسها الله تعالى،، بلفظ: { وفيما حكى الشافعي عن أبي يوسف في هذه القصة أنه قال لهم حين اجتمعوا في المسجد: « ما ترون أنى صانع بكم؟ ». قالوا: خيراً أخ كريم وابن أخ كريم. قال: « اذهبوا فأنتم الطلقاء } .

بَعَثَ إِلَيْكَ مَلَكَ الْجِبَالِ لِتَأْمُرَهُ بِمَا شِئْتَ فِيهِمْ، فَنَادَانِي مَلَكُ الْجِبَالِ، فَسَلَّمَ عَلَيَّ ثُمَّ قَالَ يَا مُحَمَّدُ، فَقَالَ ذَلِكَ فِيمَا شِئْتَ، إِنَّ شِئْتَ أَنْ أُطْبِقَ عَلَيْهِمُ الْأَحْسَنِينَ، فَقَالَ النَّبِيُّ - صلى الله عليه وسلم - بَلْ أَرْجُو أَنْ يُخْرِجَ اللَّهُ مِنْ أَصْلَابِهِمْ مَنْ يَعْبُدُ اللَّهَ وَحْدَهُ لَا يُشْرِكُ بِهِ شَيْئًا^(١).

٤- وحث النبي صلى الله عليه وسلم على الرفق حتى مع غير المسلمين
ومن ذلك:

ما روي عن عائشة - رضى الله عنها - أن يهود أتوا النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالوا السام عليكم . فقالت عائشة عليكم، ولعنكم الله، وغضب الله عليكم . قال « مهلاً يا عائشة، عليك بالرفق، وإياك والعنف والفحش ». قالت أولم تسمع ما قالوا قال « أولم تسمعي ما قلت رددت عليهم، فيستجاب لي فيهم، ولا يستجاب لهم في »^(٢) .

وجه الدلالة:

الرفق بكسر الراء وسكون الفاء بعدها قاف: هو لين الجانب بالقول والفعل والأخذ بالأسهل وهو ضد العنف^(٣)، قال المهلب: «في هذا الحديث جواز انخداع الكبير للمكايد ومعارضته من حيث لا يشعر إذا رجا رجوعه قلت في تقييده بذلك نظر؛ لأن اليهود حينئذ كانوا أهل عهد فالذي يظهر أن ذلك كان لمصلحة التألف»^(٤).

(١) صحيح البخاري (١١ / ٦٧٣)، ح رقم: (١٣٢٣)، كتاب: بدء الخلق، باب: باب إذا قال أحدكم آمين . والملائكة في السماء، فوافقت إحداهما الأخرى، غفر له ما تقدم من ذنبه، رقم: (٧) .
(٢) صحيح البخاري (٠٢ / ٢٥١)، ح رقم: (٠٣٠٦) كتاب: الأدب، باب: لم يكن النبي فاحشاً ولا متفحشاً.

(٣) فتح الباري (٠١ / ٩٤٤)، باب: الرفق في الأمر كله.

(٤) فتح الباري (٠١ / ٣٤)، ح رقم: (٧٥٢٦) كتاب: الاستئذان، باب: كيف الرد على أهل الذمة بالسلام.

٥- وصية الرسول صلى الله عليه وسلم بأهل الذمة:

أوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالقبض خيراً وذلك فيما رواه الحاكم عن كعب بن مالك عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إذا افتتحتم مصراً فاستوصوا بالقبض خيراً فإن لهم ذمة ورحماً » (١) قال الزهري فالرحم أن أم إسماعيل منهم

وأخرج الإمام مسلم في صحيحة عن أبي ذرٍّ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: « إِنَّكُمْ سَتَفْتَحُونَ مِصْرَ وَهِيَ أَرْضٌ يُسَمَّى فِيهَا الْقَيْرَاطُ، فَإِذَا فَتَحْتُمُوهَا فَأَحْسِنُوا إِلَى أَهْلِهَا، فَإِنَّ لَهُمْ ذِمَّةً وَرَحِمًا، أَوْ قَالَ ذِمَّةً وَصِهْرًا، فَإِذَا رَأَيْتَ رَجُلَيْنِ يَخْتَصِمَانِ فِيهَا فِي مَوْضِعٍ لِبَنَةِ، فَأَخْرِجْ مِنْهَا » .

قَالَ: فَرَأَيْتُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ شُرْحَبِيلَ بْنَ حَسَنَةَ، وَأَحَاهُ رَبِيعَةَ يَخْتَصِمَانِ فِي مَوْضِعٍ لِبَنَةِ فَخَرَجْتُ مِنْهَا(٢).

وجه الدلالة:

قال العلماء: القيراط جزء من أجزاء الدينار والدرهم وغيرها وكان أهل مصر يكثر من استعماله والتكلم به، وأما الذمة فهي الحرمة والحق وهي هنا بمعنى الذمام وأما الرحم فلكون هاجر أم إسماعيل منهم وأما الصهر فلكون مارية أم إبراهيم منهم(٣).

(١) المستدرك للحاكم، (٢/ ٣٥٥)، ح رقم: (٢٣٠٤)، كتاب: تواريخ المتقدمين من الأنبياء والمرسلين، باب: ذكر اسماعيل بن إبراهيم صلوات الله عليهما، قال الحاكم: « هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه » .

(٢) صحيح مسلم (٧/ ١٩٠)، ط/ دار الجليل، بيروت، ح رقم: (٦٥٨٦)، باب الوصية بأهل مصر (٥٩)، كتاب: فضائل الصحابة .

3 (١) شرح صحيح مسلم للنووي (١٦/ ٩٧)، ط/ دار إحياء التراث العربي.

٦- احترامه صلى الله عليه وسلم للنفس الإنسانية حتى مع اختلاف الدين:

فد روي عن عمرو بن مرة قال سمعتُ عبدَ الرَّحْمَنِ بنَ أَبِي لَيْلَى قَالَ كَانَ سَهْلُ بنُ حُنَيْفٍ وَقَيْسُ بنُ سَعْدِ قَاعِدَيْنِ بِالْقَادِسِيَّةِ، فَمَرُوا عَلَيَّهَا بِجَنَازَةٍ فَقَامَا . فَقِيلَ لَهُمَا إِنَّهَا مِنْ أَهْلِ الْأَرْضِ، أَيْ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ فَقَالَا إِنَّ النَّبِيَّ (صلى الله عليه وسلم) مَرَّتْ بِهِ جَنَازَةٌ فَقَامَ فَقِيلَ لَهُ إِنَّهَا جَنَازَةٌ يَهُودِيَّةٍ . فَقَالَ « أَلَيْسَتْ نَفْسًا »^(١).

٧- صحيفة المدينة:

لو تتبعنا المعاهدات التي صدرت عن النبي ﷺ لوجدنا فيها ضروباً للتسامح ومن بينها صحيفة المدينة الذي ورد فيها: «وإن يهود بني عوف أمة مع المؤمنين لليهود دينهم، وللمسلمين دينهم»^(٢) وكونهم أمة مع المؤمنين: إنما أراد نصرهم المؤمنين ومعاونتهم إياهم على عدوهم بالنفقة التي شرطها عليهم، أما الدين فلهم دينهم وللمسلمين دينهم^(٣).

الفرع الخامس: الفرق بين التسامح مع السائح وبين موالاته والتودد له

ما شرعة الإسلام وقرره من تسامح مع بعض الفئات من الكفار سواء كانوا أهل نعمة أو مستأمنين، لا يلزم منه الموالاة والتواد، فإذا كان الإسلام يشرع البر، وبذل المعروف، ولين الجانب، وحسن المعاملة مع الذميين والمستأمنين ونحوهم، فهذا لا يقتضي الموالاة؛ إذ الموالاة لله ولرسوله وللمؤمنين فقط^(٤) كما قال الله تعالى:

(١) صحيح البخاري (٥/ ٢٠١)، ح رقم: (١٣١٢)، كتاب: الجنائز، باب: من قام لجنازة يهودي .

(٢) السيرة النبوية: لابن هشام ص ٣٥٥.

(٣) سماحة الإسلام في التعامل مع غير المسلمين، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر موقف الإسلام من

الإرهاب، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ٢٠٠٤م، د/ حكمت بن بشير بن ياسين ص ٢٨٦

(٤) التعامل مع غير المسلمين أصول معاملاتهم واستعمالهم د. عبد الله بن إبراهيم الطريقي ص ٦٢،

٦٣ ط/ دار الهدى صر، دار الفضيلة - الرياض، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م .

{إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ} (١).

قال ابن حجر: «البر والصلة والإحسان {يعني للمشركين} لا يستلزم التحابب والتوادد المنهي عنه في قوله تعالى: {لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ} (٢) الآية، فإنها عامة في حق من قاتل ومن لم يقاتل» (٣).

وقال ابن الجوزي عند قوله تعالى: {لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ} (٤).

وهذه الآية رخصة في صلة الذين لم ينصبوا الحرب للمسلمين، وجواز برهم، وإن كانت الموالاة منقطعة (٥).

فلا بد لنا أثناء التعامل مع المستأمنين والمعاهدين من التفريق بين أمرين:

الأمر الأول: التعامل في جانب العقيدة؛ فيجب ألا نغفل أن هؤلاء كفار يجب أن نبرأ إلى الله من كفرهم، وأن نبذل الجهد في تبليغ الإسلام لهم، وأن لا نجعل العداء الديني مبرراً للعدوان عليهم، والإجحاف بحقوقهم .

(١) سورة المائدة آية: (٥٥) .

(٢) سورة المجادلة من الآية: (٢٢) .

(٣) فتح الباري (٥/ ٢٣٣)، ح رقم (٢٦١٩) باب الهدية للمشركين وقول الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين .

(٤) سورة الممتحنة آية: (٨) .

(٥) زاد المسير في علم التفسير: لجمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي

(٤/٢٧٠)، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، ط/ دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة: الأولى -

١٤٢٢ هـ .

الأمر الثاني: التعامل معهم في مجال المعاملات لا سيما فيما تدعو الحاجة إليه، وما يواجهونه في حياتهم اليومية^(١) فالأصل فيه قوله تعالى: {لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ} (٢) .

وقد ذكر الإمام القرافي قاعدة مهمة توضح ما يجب علينا من الإحسان إلى السائح دون أن يكون في هذا التعامل مودة قلبية أو تعظيم لشعائر الكفر؛ حيث ذكر في كتابه: الفروق في الفرق التاسع عشر والمائة: بين قاعدة بر أهل الذمة، وبين قاعدة التودد لهم: «اعلم أن الله تعالى منع من التودد لأهل الذمة بقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تُلْفُونَ إِلَيْهِمْ بِالْمَوَدَّةِ وَقَدْ كَفَرُوا بِمَا جَاءَكُمْ مِنَ الْحَقِّ} [الممتحنة: ١٦] الآية، فمنع الموالاة والتودد. وقال في الآية الأخرى: {لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ} [الممتحنة: ٨] الآية، وقال في حق الفريق الآخر: {إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ} [الممتحنة: ٩] الآية. وقال صلى الله عليه وسلم: «استوصوا بأهل الذمة خيرا»^(٣). وقال في حديث آخر: «استوصوا بالقبض خيرا». فلا بد من الجمع بين هذه النصوص.

وإن الإحسان لأهل الذمة مطلوب، وإن التودد والموالاة منهي عنهما، والبابان ملتبسان فيحتاجان إلى الفرق؛ وسر الفرق: أن عقد الذمة يوجب حقوقا علينا لهم؛ لأنهم في جوارنا وفي خفارتنا، وذمة الله تعالى وذمة رسوله صلى الله عليه وسلم، ودين الإسلام فمن اعتدى عليهم ولو بكلمة سوء أو غيبة في عرض

(١) الأسباب الفكرية المؤدية لظاهرة التكفير د. منال بنت سليم الصاعدي ص ١٧٢٢، بحث مقدم إلى مؤتمر ظاهرة التكفير الأسباب، الآثار، العلاج المحور الثالث: الأسباب المؤدية لظاهرة التكفير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م .

(٢) سورة الممتحنة آية: (٨) .

(٣) سبق تخريجه .

أحدهم، أو نوع من أنواع الأذية، أو أعان على ذلك فقد ضيع ذمة الله تعالى،
وذمة رسوله - صلى الله عليه وسلم - وذمة دين الإسلام.

وإذا كان عقد الذمة بهذه المثابة تعين علينا أن نبرهم بكل أمر لا يكون ظاهره يدل على مودات القلوب ولا تعظيم شعائر الكفر، فمتى أدى إلى أحد هذين امتنع وصار من قبل ما نهى عنه في الآية وغيرها.. ويتضح ذلك بالمثل فأخلاء المجالس لهم عند قدومهم علينا، والقيام لهم حينئذ، ونداؤهم بالأسماء العظيمة الموجبة لرفع شأن المنادى بها، هذا كله حرام،.. فإن هذا ممنوع لما فيه من تعظيم شعائر الكفر، وتحقير شعائر الله تعالى وشعائر دينه واحتقار أهله... ومن ذلك تمكينهم من الولايات والتصرف في الأمور الموجبة لقهر من هي عليه

وأما ما أمر به من برهم من غير مودة باطنية: فالرفق بضعيفهم، وسد خلة فقيرهم وإطعام جائعهم، وإكساء عاريهم ولين القول لهم على سبيل اللطف لهم والرحمة لا على سبيل الخوف والذلة، واحتمال إيدائهم في الجوار مع القدرة على إزالته؛ لطفًا منا بهم، لا خوفًا وتعظيمًا والدعاء لهم بالهداية، وأن يجعلوا من أهل السعادة ونصيحتهم في جميع أمورهم في دينهم ودنياهم، وحفظ غيبتهم إذا تعرض أحد لأذيتهم، وصون أموالهم وعيالهم وأعراضهم وجميع حقوقهم ومصالحهم، وأن يعانوا على دفع الظلم عنهم وإيصالهم لجميع حقوقهم^(١).

ومما تحسن الإشارة إليه، أن مخاطبة الناس - أيا كانوا - باللطف والأسلوب الطيب أمر مشروع فرسول الله ﷺ كتب إلى هرقل ما نصه: « مِنْ مُحَمَّدٍ عَبْدِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ، إِلَى هِرَقْلَ عَظِيمِ الرُّومِ^(٢) ».

(١) الفروق: للقرافي، (٣/ ٢٩ - ٣١)، ط/ دار الكتب العلمية-، الطبعة: الأولى ١٤١٨هـ-١٩٩٨م
(٢) هذا جزء من حديث طويل أخرجه البخاري في صحيحة، كتاب: الجهاد، باب رقم (٢١): دعاء النبي ﷺ إلى الإسلام والنبوة (١٠/ ٤٣٥)، ح رقم: (٢٩٤١).

الفرع السادس: تجربة دولة الإمارات العربية المتحدة في التسامح

قدمت دولة الإمارات العربية المتحدة نموذجاً عملياً للعالم كله يثبت العلاقة الوثيقة بين السلام والاستقرار وقيم الاعتدال والوسطية والانفتاح من ناحية، والتقدم والنهضة من ناحية أخرى، وهي تضم بين جنباتها ٢٠٠ جنسية يعيشون على أرضها بسلام، وقد جعلت عام ٢٠١٩ م عاماً للتسامح^(١)، واتخذت إجراءات عملية لتقنين الدعوة للتسامح منها:

١- سن قانون مناهضة التمييز والكراهية^(٢).

٢- إنشاء وزارة التسامح^(٣).

(١) في ١٥ ديسمبر ٢٠١٨، أعلن صاحب السمو الشيخ خليفة، حفظه الله عام ٢٠١٩ في دولة الإمارات عاماً للتسامح. ويهدف هذا الإعلان إلى إبراز دولة الإمارات عاصمة عالمية للتسامح، وتأكيد قيمة التسامح.

(٢) أصدر صاحب السمو الشيخ خليفة بن زايد آل نهيان رئيس الدولة حفظه الله مرسوماً بقانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ بشأن مكافحة التمييز والكراهية. ينظر: البوابة الرسمية لحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة: <https://government.ae/ar-ae/about-the-uae/culture/tolerance/anti-discriminationanti-hatred-law>

وحصلت عليه بتاريخ ٢٧ / ١١ / ٢٠١٩ م.

(٣) استحداث منصب وزير دولة للتسامح لأول مرة في دولة الإمارات في فبراير ٢٠١٦ أثناء إعلان صاحب السمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم نائب رئيس الدولة رئيس مجلس الوزراء حاكم دبي عن التشكيل الوزاري الثاني عشر والتغييرات الجوهرية في الحكومة الاتحادية، والأسباب التي دفعت قيادة الدولة إلى تعيين وزير دولة للتسامح. ينظر: البوابة الرسمية لحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة:

<https://www.government.ae/ar-ae/about-the-uae/culture/tolerance/tolerance-initiatives>

وحصلت عليه بتاريخ ٢٩ / ١١ / ٢٠١٩ م، مقال صاحب السمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم بعنوان لماذا وزراء للتسامح والسعادة والمستقبل؟ وجاء فيه: « نحن غيّرنا لأننا تعلمنا الكثير خلال الخمس سنوات الأخيرة، تعلمنا من أحداث المنطقة حولنا، وتعلمنا من دروس التاريخ، وتعلمنا أيضاً من جهود كثيرة بذلناها لاستشراف المستقبل. ينظر:

<http://sheikhmohammed.ae/ar-ae/Pages/ArticleDetail.aspx?ArticleID=710>

وحصلت عليه بتاريخ ٢٧ / ١١ / ٢٠١٩ م، وأيضاً: رسالة التسامح لصاحب السمو الشيخ محمد بن راشد بتاريخ ١٥ / نوفمبر ٢٠١٧ م وجاء فيها: « أكثر ما نفاخر به الناس والعالم عندما نساغر ليس ارتفاع مبانينا، ولا اتساع شوارعنا، ولا ضخامة أسواقنا بل نفاخرهم بتسامح دولة الإمارات » ينظر: جريدة البيان، رسالة محمد بن راشد للتسامح عبر الرابط التالي:

<https://www.albayan.ae/across-the-uae/news-and-reports/20171.3101174-15-11->

وحصلت عليه بتاريخ ٢٧ / ١١ / ٢٠١٩ م.

٣- البرنامج الوطني للتسامح (١) .

٤- جائزة محمد بن راشد للتسامح (٢) .

٥- إنشاء المعهد الولي للتسامح (٣) .

وقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة والعشرين قراراً بشأن التسامح وأنه مبدأ أصيل، وردت أدلته في القرآن الكريم، والسنة النبوية المطهرة، وله تطبيقات كثيرة، في السيرة النبوية، وأفعال الصحابة - رضي الله عنهم - والتاريخ الإسلامي .

(١) اعتمد مجلس الوزراء في يونيو ٢٠١٦ البرنامج الوطني للتسامح، بهدف إظهار الصورة الحقيقية للاعتدال، واحترام الآخر، ونشر قيم السلام والتعايش ينظر: البوابة الرسمية لحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة:

<https://government.ae/ar-ae/about-the-uae/culture/tolerance/anti-discriminationanti-hatred-law>

وحصلت عليه بتاريخ ٢٧ / ١١ / ٢٠١٩ م .

(٢) التعامل مع التعددية في المجتمع المسلم الأول تطبيقاً لمبدأ التسامح والتعايش السلمي وإضاءة على تجربة دولة الإمارات العربية المتحدة في ذلك، د. نجاه محمد عبد الله المرزوقي ص ٥٠، ٥١، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي نفس العدد المشار إليه . ص ٢١١١

(٣) أعلن صاحب السمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم نائب رئيس الدولة رئيس مجلس الوزراء حاكم دبي رعاه الله عن تشييد مبادرة عالمية للتسامح تشمل تكريم رموز التسامح العالمي في مجالات الفكر الإنساني والإبداع الأدبي والفنون الجمالية كما ستؤسس «جائزة محمد بن راشد للتسامح» لبناء قيادات وكوادر عربية شابة في مجال التسامح وتدعم الانتاجات الفكرية والثقافية والإعلامية المتعلقة بتريسيخ قيم التسامح والانفتاح على الآخر في العالم العربي.

كما أعلن صاحب السمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم عن إنشاء «المعهد الدولي للتسامح» أول معهد للتسامح في العالم العربي يعمل على تقديم المشورة والخبرات اللازمة في مجال السياسات التي ترسخ لقيم التسامح بين الشعوب ويقوم بنشر الدراسات والتقارير المتعلقة بموضوع التسامح والعمل مع المؤسسات الثقافية المعنية في العالم العربي لنشر مبادئ التسامح لدى الأجيال الجديدة. ينظر: موقع مجلس الوزراء الإمارات العربية المتحدة:

<https://www.uaecabinet.ae/ar/details/news/mohammed-bin-rashid-launches-global-initiative-for-tolerance-openness>

وحصلت عليه بتاريخ ٢٧ / ١١ / ٢٠١٩ م .

وفيما يلي نص القرار:

بسم الله الرحمن الرحيم .. الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين قرار رقم: (٢٣٣ / ٤ / ٢٤) بشأن التسامح في الإسلام وضرورته المجتمعية والدولية وآثاره .

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي، المنعقد في دورته الرابعة والعشرين بدبي، خلال الفترة من: ٧-٩ ربيع أول ١٤٤١هـ، الموافق: ٤-٦ نوفمبر ٢٠١٩م .

وبعد اطلاعه على البحوث المقدمة إلى المجمع بخصوص موضوع التسامح في الإسلام وضرورته المجتمعية والدولية وآثاره، وبعد استماعه إلى المناقشات الموسعة التي دارت حوله، قرر ما يلي:

أولاً: التأكيد علي ما صدر عن مجلس المجمع من قرارات وتوصيات، وبيانات، وإعلانات تدعو إلي التعايش:

ثانياً: التسامح مبدأ أصيل، وردت أدلته في القرآن الكريم، والسنة النبوية المطهرة، وله تطبيقات كثيرة، في السيرة النبوية، وأفعال الصحابة - رضي الله عنهم - والتاريخ الإسلامي، ومن أبرز صور السماحة مع المخالفين في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اقتضته وثيقة المدينة المنورة .

ثالثاً التسامح مأمور به بين المسلمين بعضهم البعض، وبين المسلمين وغيرهم .

رابعاً: الحاجة ماسة إلى العمل بمبدأ التسامح في السلوك والأقوال في جميع المجالات، وإن التسامح من أهم آثاره التعايش السلمي، والتماسك المجتمعي، والحفاظ على العلاقات الاجتماعية، ووحدة المجتمع بجميع مكوناته، ووحدته الوطنية .

خامساً: يشيد مجلس المجمع بما يلي:

- ١- بجميع المبادرات، والإعلانات الدولية والجهود التي تبذلها الدول .
- ٢- بما قامت به دولة الإمارات العربية المتحدة من فعاليات متعددة لتحقيق التسامح والتعايش بين الناس مما يعطي صورة جلية عن سماحة الإسلام في التعايش .

- يوصي المجلس بما يلي:

- إدراج قيمة التسامح في المناهج التربوية والتعليمية .
- تضمين الخطاب الديني قيم التسامح في جميع المجالات .
- إبراز قيمة التسامح في وسائل الإعلام ووسائل التواصل الاجتماعي المختلفة.
- حث المتخصصين والمفكرين على الاهتمام بالكتابة والترجمة لقيم التسامح في وسائل الإعلام ونشرها .
- دعوة الأمم المتحدة والدول الأعضاء إلى سن تشريعات، وإبرام معاهدات دولية تحرم العنصرية والإقصاء، والعصبية والتمييز العنصري، وإدراجها في تشريعات الدول الأعضاء ... والله أعلم،،

المطلب الثالث

التميز في خدمة السائح

وفيه فرعان:

الفرع الأول: مفهوم التميز في خدمة السائح .

الفرع الثاني: خطوات تحقيق الجودة في خدمة السائح .

الفرع الأول: مفهوم التميز في خدمة السائح

المراد بالخدمات السياحية: كل ما يقدم للسائح من المناظر الطبيعية والمساح والفنون الشعبية، والنصب التذكارية، والآثار التاريخية، والآثار الدينية، والرياضة والتسلية .. الخ^(١).

أو هي: مجموعة من الأعمال التي تؤمن للسائح الراحة والتسهيلات عند إقامتهم في المرافق السياحية بعيداً عن مكان سكنهم الأصلي^(٢).

والمراد بالتميز في الخدمات السياحية: إيجاد بيئة عمل مميزة، وخدمات حديثة غير موجودة عند المنافسين، بل الإبداع في استخدام أدوات وأساليب مستحدثة مما له عظيم الأثر في تنمية السياحة، فالتنظيم والتخطيط والتنسيق الجيد، والابتكار المتجدد، كل ذلك يؤدي إلى الإبداع في الإدارة وصولاً لسياحة مستدامة على مدار العام، مما يؤسس لنيل قصب السبق في هذا الميدان، وضمن المؤشرات التنافسية لهذه الصناعة طلباً لبيئة سياحية عالمية^(٣).

(١) جودة الخدمة السياحية وأثرها في تعزيز ولاء السائح مع دراسة ميدانية لكيفية تقديم الخدمة السياحية لمنطقة الشلف، أ. نادية بوشاشية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، ص ٧٢، العدد (١٨) لعام ٢٠١٧ م، جامعة حسبة بن علي بالشلف .

(٢) مختارات من الاقتصاد السياحي ص ٣٩ ط/ دار مجدلاوي الطبعة الأولى ١٩٩٩، عمان الأردن نقلاً عن جودة الخدمة السياحية ص ٧٢ .

(٣) التنسيق الإبداعي في رسم الحركة السياحية العائلية د. عزيز إسماعيل محمد العزي، بحث مقدم لمنندى فقه الإقتصاد الإسلامي ٢٠١٨ م، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بديي ص ١٣٢١.

ولما كانت صناعة السياحة تمتاز بأنها صناعة خدمات؛ حيث تعتمد على تقديم خدمات الراحة في الفنادق، والطعام والشراب والجولات السياحية، والنقل والتسوق والترفيه وغيرها إلى كثير من السياح؛ ولذلك فإن توفر الجودة يعتبر من الخصائص الأساسية التي يجب أن تكون مصاحبة لجميع الخدمات السياحية، لا سيما وأن الخدمات السياحية من الخدمات النوعية التي يصعب فيها تعويض السائح في حال كانت الخدمات المقدمة أقل من المستوى المطلوب، وتسببت في إفساد رحلته أو إجازته^(١).

ولأنها صناعة خدمات، تجمع في مظلتها الكثير من الصناعات، ويتعرف السائح من خلالها على تجارب الآخرين ولغاتهم وحياتهم وتقاليدهم^(٢).

وفي المنظور الإسلامي، حثت النصوص الشرعية على التمسك بمعايير الجودة من خلال الاتقان والإخلاص في العمل، وتنمية الرقابة الذاتية في العمل، تحقيقاً للجودة في أداء الأعمال؛ حيث إن كثيراً من الآيات القرآنية تشير إلى الجودة والإتقان في العمل بدافع إيماني، قال تعالى: ﴿وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾^(٣) وقوله سبحانه: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ إِنَّا لَا نُضِيعُ أَجْرَ مَنْ أَحْسَنَ عَمَلًا﴾^(٤).

(١) مفهوم وأهمية الجودة في الخدمات السياحية، إعداد: المركز الوطني لتنمية الموارد البشرية السياحية - تكامل، الهيئة العامة للسياحة والتراث الوطني المملكة العربية السعودية ص ١٢ منشور على موقع: <http://www.TourismServicesQuality/Documents/Takamul/sa.gov.sctt/>

وحصلت عليه بتاريخ: ١ / ١١ / ٢٠١٩ م .

(٢) التنسيق الإبداعي ص ١٣٤١ .

(٣) سورة التوبة من الآية: (١٠٥) .

(٤) سورة الكهف آية: (٣٠) .

كما حثت السنة النبوية أيضاً: على الالتزام بالجودة، والإلتقان في العمل فقد روي عن عائشة- رضي الله عنها- أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ جَلَّ وَعَزَّ يُحِبُّ إِذَا عَمِلَ أَحَدُكُمْ عَمَلًا أَنْ يُتْقِنَهُ»^(١) .

وهذا يصب في دعم قطاع السياحة، ويوفر جودة في النشاطات السياحية، بل إن ملامح الجودة والتميز يكمن أولاً في إيمان العاملين في هذا القطاع بأهمية هذا العمل، وخصوصاً المرشدين السياحيين، ومن تكلفهم الدولة بإدارة أعمال السياحة، وأن يكون تعاملهم مع السواح على أساس مفهوم المراقبة لله تعالى، ثم بمراعاة الأمانة العلمية والمهنية^(٢) قال تعالى: {قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ} ^(٣) .

الفرع الثاني: خطوات تحقيق الجودة في خدمة السائح

أولاً: خطوات تحقيق الجودة في خدمة السائح:

١- تسهيل إجراءات الحصول على تأشيرة الدخول للبلد السياحية؛ لأن تعقيد الإجراءات يؤدي بالسواح إلى البحث عن بلد آخر^(٤) .

٢- يجب أن تتوفر الخدمات السياحية الضرورية في مراكز دخول البلد المضيف، سواء كانت برية أو بحرية أو جوية؛ لأن مراكز الدخول مهمة جداً؛ لأنها تعطي الانطباع الأول لدى السائح عن البلد الذي يزوره،

فالمقابلة اللطيفة، وتسهيل إجراءات الدخول بدون مشاكل، وبدون

(١) شعب الإيمان: لأحمد بن الحسين للبيهقي (٧/ ٢٣٣)، ح رقم: (٤٩٣١)، باب: الأمانات وما يجب من أدائها إلى أهلها، ط/ مكتبة الرشد ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م، قال الطبراني: « لم يرو هذا الحديث عن هشام إلا مصعب، تفرد به: بشر» ينظر: المعجم الأوسط لسليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (١/ ٢٧٥)، ح رقم: (٨٩٧) باب: من اسمه أحمد، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد ، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، ط/ دار الحرمين - القاهرة.

(٢) التنسيق الإبداعي في رسم الحركة السياحية العائلية، د. عزيز إسماعيل ص ١٣٥٣، ١٣٥٤.

(٣) سورة القصص آية: (٢٦) .

(٤) التنسيق الإبداعي في رسم الحركة السياحية العائلية، د. عزيز إسماعيل ص ١٣٦١.

تعطيل، كذلك ديكورات المراكز ومدى توافر المطاعم والخدمات السياحية المساندة فيها يعطي شعور للسواح بالراحة، ومدى اهتمام الدولة بالسائح،

فالسائح الذي يقضي ساعات في مراكز الحدود في إجراءات الدخول أو التفتيش لا يفكر مستقبلاً بزيارة ذلك البلد ولا ينصح بذلك أصدقائه، وكذلك عدم وجود سيارات الأجرة أو النقل إلى مراكز المدينة أو الفندق؛ لهذا السبب يجب تزويد المراكز الحدودية بالخدمات والمعلومات السياحية المساندة^(١).

٣- جذب الانتباه وإثارة الاهتمام بالسواح: إن النجاح الذي يتحقق بشكل رئيسي يأتي من خلال جذب انتباه العملاء وإثارة اهتمامهم من خلال المواقف الإيجابية التي تظهر عادة في مجالات خدمتهم، ويمكن أن يتحقق ذلك من خلال المواقف التي يبيدها مقدم الخدمة السياحية وفقاً لما يلي:

- أ- الاستعداد النفسي والذهني لمواجهة السواح وإشعارهم بالاهتمام .
- ب- حسن المظهر والمقابلة الإيجابية الفاعلة نحو العملاء (السواح)
- ت- الابتسامة والرقّة في التعامل والروح الإيجابية المتفاعلة نحوهم .
- ث- الثقة بالنفس، وقوة الشخصية، وانتهاج الموضوعية في التفاعل والتعامل مع مختلف السواح، والدقة التامة في إعطاء المواصفات الدقيقة عن الخدمة^(٢) .

٤- أن يلتزم مقدم الخدمة بالقاعدة الذهبية في فن التعامل مع العملاء وهي: «أن العميل دائماً على حق»، ويجب على مقدم الخدمة أن يكون مستمعاً جيداً للعميل، وأن يظهر الاهتمام واليقظة بحديث العميل^(٣) .

وقد كان للشريعة الإسلامية فضل سبق في مجال استقبال السائح، وقد أوضحت ذلك في مطلب آداب استقبال السائح وضيافته في الإسلام^(٤) .

(١) المرجع السابق نفس الموضوع .

(٢) جودة الخدمة السياحية وأثرها في تعزيز ولاء السائح مع دراسة ميدانية لكيفية تقديم الخدمة السياحية لمنطقة الشلف، أ . نادية بوشاشية ، ص ٧٤ نفس العدد المشار إليه.

(٣) المرجع السابق نفس الموضوع .

(٤) راجع: مطلب آداب استقبال السائح وضيافته في الإسلام.

ثانياً: إثارة المحفزات لدى المتعاملين مع السائح:

يرشدنا الهدي النبوي إلى الأساليب التي تنمي الإبداع فقد كان الرسول ﷺ يكشف عن محفزات في الصحابة - رضوان الله عنهم - فيما روي عن أنس بن مالك، قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: {أَرْحَمُ أُمَّتِي بِأُمَّتِي أَبُو بَكْرٍ، وَأَشَدُّهُمْ فِي اللَّهِ عُمَرُ، وَأَصْدَقُهُمْ حَيَاءً عُثْمَانُ وَأَقْرَبُهُمْ لِكِتَابِ اللَّهِ أَبِي بَنْ كَعْبٍ، وَأَقْرَبُهُمْ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ، وَأَعْلَمُهُمْ بِالْحَلَالِ وَالْحَرَامِ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ أَلَا وَإِنَّ لِكُلِّ أُمَّةٍ أَمِيئًا وَأَمِيئُ هَذِهِ الْأُمَّةِ أَبُو عُبَيْدَةَ بْنُ الْجَرَّاحِ} (١)، فالرحمة والشدّة والحياء، والقضاء والعلم والفرائض محفزات لجوانب إبداعية امتاز بها كبار الصحابة - رضوان الله عليهم (٢)، وهذا ما يثير المحفزات لدى العاملين، وأن يوضع كل عامل في مكانه المناسب؛ حتى يستطيع الإبداع فيه .

المبحث الثاني

فقه التعامل التجاري مع السائح

المطلب الأول: وجوب الوفاء بالعقود والالتزامات للسائح في ظل العقود الإلكترونية.

المطلب الثاني: أخلاقيات التعامل مع السائح في البيع والشراء وأثرها على جذب السياح.

المطلب الثالث: حكم التعامل مع السائح الأجنبي بالبيع والشراء وحكم شراءة الشيكات السياحية.

(١) صحيح ابن حبان (٧٤ / ١٦)، ح رقم: (٧١٣١)، كتاب: إخباره ﷺ عن مناقب الصحابة، باب: ذكر البيان بأن معاذ بن جبل كان من أعلم الصحابة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط/ مؤسسة الرسالة - قال الحاكم: «هذا إسناد صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجا» ينظر المستدرک للحاكم، ط/ دار المعرفة - بيروت (٣/ ٤٢٢)، ح رقم: (٥٧٨٤)، كتاب: معرفة الصحابة، باب: ذكر مناقب زيد بن ثابت .

(٢) التنسيق الإبداعي في رسم الحركة السياحية العائلية د. عزيز إسماعيل ص ١٣٣٤ .

المطلب الرابع: حكم التعامل مع السائح الأجنبي بالربا.

المطلب الخامس: حكم التعامل مع السائح بالإجارة.

المطلب السادس: حكم التعامل مع السائح بالوكالة.

المطلب السابع: حكم التعامل مع السائح بعقود التبرعات والاستيثاق

(الهبة والوديعة والرهن)

المطلب الثامن: الضوابط الشرعية الواجب إلتزام السائح بها في مجال

الأطعمة المحرمة والمشروبات الكحولية وغيرها.

المطلب التاسع: القانون الواجب التطبيق في المنازعات بين السائح والدولة

القاطن فيها مؤقتاً (تنازع القوانين).

المطلب الأول

وجوب الوفاء بالعقود والالتزامات للسائح في ظل العقود الإلكترونية

وذلك في فرعين:

الفرع الأول: حماية السائح في عقد السياحة الإلكترونية في الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: حماية السائح في القانون .

تمهيد في كيفية معاينة الفنادق والخدمات السياحية:

العلم بالفنادق المستأجرة للسائحين يتحقق بالوصف أو بالرؤية قياساً على

البيع؛ لأنه في بعض الأحيان قد يضطر الإنسان إلى استئجار دار، أو أرض

بعيدة عنه، وربما لو مُنِع الإجارة حتى يرى الأرض أو الدار فاته نفع كثير

وخير مثال على ذلك: ما يفعله الحجاج والمعتمرون من استئجار الفنادق قبل ذهابهم للحج عن طريق شركات السياحة، ولو انتظروا حتى يشاهدوا هذا العقار لانشغلت الأماكن وفاتهم الخير في ذلك .

وحتى لا يفوت الشارع على الناس هذه المصالح أقام وصف المبيع، مقام رؤيته في تحقق العلم لدى المشتري، ولذلك يصح البيع إذا وصف المبيع بما يصح السلم فيه؛ لأن الوصف يحصل به معرفة المبيع^(١).

يقول الإمام القرافي في الذخيرة: «قاعدة: مقصود الشارع ضبط الأموال على العباد، لأنه أناط بها مصالح دنياهم وأخراهم، فمنع لذلك من تسليم الأموال للسفهاء، ونهى عليه السلام عن إضاعة المال، وعن بيع الغرر، والمجهول كذلك، فيجب لذلك أن يكون المشتري إما معلوم بالرؤية وهو الأصل... أو الصفة... وهو رخصة لفوات الأغلب فلا عبرة بالنادر، فما لا تضبطه الصفة تمتنع المعاوضة عليه؛ لتوقع سوء العاقبة بضياع المالية في غير معتبر في تلك المالية»^(٢).

وقد شاع اليوم البيع على الوصف المتضمن في (الكatalog) ^(٣) كما يسميه التجار، والذي يتضمن صورة أو صورة للمبيع ويبين أوصاف المبيع مفصلة ودقيقة، بصورة لا يمكن للرؤية المباشرة أن تحققها، مع تبيين كيفية الاستخدام والصيانة وبيان الطاقة وقوة التحمل بالأرقام والمعايير^(٤).

(١) انظر: الشرح الكبير: للدردير (٢ / ٢٤)، وانظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢ / ١١٧)؛ شرح منتهى الإدارات (٢ / ١٤٦)؛ الشرح الكبير مع المغنى (٤ / ٢٥)؛ كشاف القناع عن متن الإقناع (٣ / ١٦٣).

(٢) الذخيرة: للقرافي (٥ / ٢٤٠) .

(٣) الكatalog: فهرس بأسماء مفردات بعض الأنواع مثل: كatalog الكتب والنبات، وقد يكون مع هذه الأسماء صورها كcatalog الخياطين والنجارين . انظر: المعجم الوسيط، تأليف: مجمع اللغة العربية، باب: الكاف، مادة: (كatalog)، (٢ / ٧٧٦)، ط/دار الفكر؛ وطبعة مجمع اللغة العربية (٢ / ٨٠٧) .

(٤) انظر: البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها: للدكتور / محمد توفيق رمضان البوطي ص ١٩٥، ط/دار الفكر دمشق - سوريا سنة ١٩٩٨ - بإشراف: د. وهبة الزحيلي، قدم له: د. محمد سعيد رمضان البوطي .

الفرع الأول: حماية السائح في عقد السياحة الإلكتروني في الشريعة الإسلامية

تسعى الفنادق العالمية إلى تطبيق كل ما هو جديد في المجال التكنولوجي، ومجال التجارة الإلكترونية لصالح زبائنهم، وإشباع رغباتهم، وتلبية احتياجاتهم بأقصى سرعة وأعلى كفاءة، ومن أهم هذه المجالات، إدخال خدمات الإقامة، أو الضيافة المحمولة، أي إتاحة تقديم الخدمات الفندقية وخاصة عمليات الحجز والاستعلام، ومن أهم ما ظهر في هذا المجال في الوقت الحاضر ما يلي:

- خدمة إمكانية الحجز وتأكيده وكذلك إلغائه باستعمال الهاتف المحمول المدعّم لخدمة WAP.

- خدمة تسجيل بيانات الزبون وتنفيذ الحجز عند وصوله إلى الفندق عبر الأجهزة المحمولة، ويتم ذلك بمجرد وصول الزبون إلى الفندق؛ حيث استقبله بداخل الفندق أو ساحة السيارات، ويتم طلب بطاقة الائتمان الخاصة به وإدخالها بأحد الأجهزة المحمولة بمراجعة البيانات المسجلة ومقارنتها.

- دخول الفنادق في مجال التجارة الإلكترونية، وكان من أقدم المواقع الفندقية: Travel Web، ثم ظهر فيما بعد مواقع أخرى تعمل لنفس الغرض ومنها موقع: All-Hotels الذي بدأ عمله سنة ١٩٩٨، ويتصل بحوالي ٢٠٠٠٠ فندق على مستوى العالم من خلال شبكة الإنترنت. وموقع: booking.com^(١) وغيرها من المواقع.

- كما ظهر مؤخراً موقع خاص بالعروض الخاصة والأسعار المنخفضة التي قد تمنحها بعض الفنادق لزبائنهم في أوقات أو مواسم معينة ويعرف هذا الموقع

(١) انظر الموقع على الشبكة العالمية :

<https://www.booking.com/index.ar.html?label=gen173nr->

واطلعت عليه بتاريخ ١/ ١٢ / ٢٠١٩م.

باسم: Special Offers Module، وعن طريق هذا الموقع الجديد يمكن للفنادق المشتركة به الإعلان عن عروضها الخاصة ، ويستطيع الزبون أن يفاضل بين هذه العروض واختيار أنسبها^(١).

والإعلام في العقود الإلكترونية لا يتعلق فقط بتبصير المستهلك بصفات المبيع، بل يمتد إلى معاینته أيضاً عن طريق الكتالوج الإلكتروني الموجود علي موقع الانترنت؛ حيث يستطيع المستهلك مشاهدة السلع والمنتجات - وكذلك السائح يشاهد الغرف الفندقية من خلال الكتالوج الإلكتروني^(٢).

هذا والبيع على البرنامج يقع تحت عموم البيع على الوصف^(٣) حيث يتم تدوين البيانات والأوصاف الخاصة بالمبيعات في البرنامج لإعلام المشتري بها، وإبرام التعاقد على أساسها.

ويعتبر مذهب المالكية هو أكثر المذاهب تفصيلاً في بيان حكم البيع بالاعتماد على الأوصاف المدونة في البرنامج. أما المذاهب الفقهية الأخرى، فيستفاد من أقوالهم في حكم البيع بالوصف .

(١) متطلبات نجاح استخدام التجارة الإلكترونية في القطاع السياحي، متطلبات دخول الجزائر كشريك، ص ٩، ورقة عمل مقدمة للملتقى الدولي الثاني: المعرفة في ظل الاقتصاد الرقمي، ومساهماتها في تكوين المزايا التنافسية في البلدان العربية ط/ جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف - كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير - مخبر العولمة واقتصاديات شمال أفريقيا ٢٠٠٧ م .

(٢) **الكتالوج الإلكتروني:** عبارة عن معرض للمنتجات التي يعرضها المزود عبر شبكة الإنترنت، ويتضمن مجموعة من المعلومات والبيانات اللازمة لعملية التعاقد، مثل اسم الشركة، ومقرها الرئيسي، وعنوان بريدّها الإلكتروني، ومنتجاته، وأسعارها، ونسبة الخصم إن وجدت، ومصاريف الشحن، والرسوم الجمركية، والضرائب، وميعاد التسليم . ينظر: العقود الإلكترونية على شبكة الانترنت بين الشريعة والقانون، أطروحة مقدمة إلى مجلس كلية الشريعة في الجامعة العراقية للباحث: ميكائيل رشيد على الزبياري، ص ٢٢١، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م، منشور على موقع:

<http://www.abdelmagidzarrouki.com/36-45-14-06-05-2013/viewdownload-62835/-329/>

واطلعت عليه بتاريخ: ١/ ١٢ / ٢٠١٩ م .

(٣) إلا أن الفرق بين البرنامج والبيع بالصفة: أن في بيع الصفة يكون المبيع غائباً أما في البرنامج فإن المبيع موجود ولكن يبيع بالبرنامج للضرورة والمشقة في عرض المبيع . انظر: حاشية العدوي مع الخرشي (٣٤/٥). الحاوي ٢٢/٦.

وقد أجاز فقهاؤنا^(١) الأجلء البيع بالبرنامج (الكتالوج) في العقود التقليدية^(٢) فكذا يجوز للسائح استئجار الفنادق عن طريق الكتالوج الإلكتروني . ويشترط لصحته أن يكون ما في البرنامج يحمل صفات المبيع الخاصة والدقيقة . وأن يكون موجوداً، وأن يكون المبيع مطابقاً في أوصافه وبياناته لما هو مكتوب في البرنامج وفي بيع البرنامج تيسير للتعامل، وتحقيق لمصلحة المتبايعين؛ حيث يستطيع المشتري الاستعلام عن المبيع بالاطلاع على أوصافه في البرنامج، ويستطيع البائع أن يقوم بتنفيذ التزامه بالإعلام عن طريق إدراج أوصاف المبيعات في البرنامج وتمكين المشتري من الاطلاع عليه قبل العقد، وبذلك يقوم ببيع البرنامج بدور هام في تعيين المبيع والإعلام بأوصاف السلع والمنتجات^(٣).

وبما أن المستهلك لا يستطيع معاينة البيع حقيقة كما في العقود التقليدية؛ حيث تتم المعاينة عبر شاشات الحاسوب لذا يثبت للسائح خيار تخلف الصفة، كما يسمى بخيار الرؤية^(٤) . وإجارة الفنادق للسائح تأخذ نفس الحكم قياساً على البيع .

(١) حاشية رد المحتار (٧١/٧)، المعونة (٩٨١/٢)، المجموع (٢٧٦/٩)، المغنى (٣٣/٦)، المحلى بالآثار (٢١٤، ٢٢١/٧)، مسألة: (١٤١٢)، البحر الزخار (٣٢٤/٣)، شرائع الإسلام (٣٦/٣)، شرح النيل (٨ أول / ٢٣٥) .

(٢) ينظر في تفصيل حكم بيع البرنامج: أحكام التعيين في المعاملات د. فاطمة اسماعيل مشعل ص ١٥٦ وما بعدها، ط/ دار الوفاء القانونية بالأسكندرية، ٢٠١٤ الطبعة الأولى .

(٣) المعونة (٩٨١/٢)، وانظر أيضاً: الشرح الكبير: للرددير (٣٥/٣، ٣٦)، المنتقى (٤٢٥/٦).

(٤) هل يثبت للمشتري خيار الخلف في الصفة أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الإمام مالك والحنابلة والظاهرية وأبو العباس من الزيدية ووجه للشافعية يحكي عن القاضي حسين أن: العين إذا وجدت على الصفة: ليس للمشتري الخيار والمبيع لازم له، وليس له الفسخ وبهذا قال ابن سيرين وأيوب وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر، انظر مقدمات ابن رشد مع المدونة (٢١٢/٣)، العزيز (٦٢/٤)؛ المحلى بالآثار (٢٢١/٧)؛ البحر الزخار (٣٢٤/٣، ٣٢٥) .

واستدلوا على ذلك: بأن البائع سلم المبيع على صفته التي وصفها بها المشتري فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه؛ ولأنه مبيع موصوف فلم يكن للعاقده فيه الخيار في جميع الأحوال حيث وجده على ما وصف. انظر: المغني (٣٤ / ٦)؛ العزيز (٦٢ / ٤)؛ المحلي بالآثار (٧ / ٢٢١)، وإن وجده على غير الصفة التي وصفها له فله الخيار؛ وذلك لأنه وجد العين الغائبة بخلاف الصفة فلم تلزمه، كالمسلم

وتلتزم شركات السياحة بالوفاء بهذه العقود والالتزامات تجاه السائحين، وهو ما نصت عليه دار الإفتاء المصرية^(١)، عندما وجه إليها سؤال عن ما تقوم بعض الشركات السياحية بتنظيم رحلات للحج والعمرة، وتتعاقد مع زوار بيت الله الحرام على أمورٍ محددة فيما يخص سفرهم، كالسفر على خطوط طيرانٍ معينة، أو الإقامة في فنادق ذات مستوى متميز، أو القيام بتوفير حافلاتٍ لتقلاتهم؛ لأداء المناسك وغير ذلك، ثم لا يتم تنفيذ ما اتفق عليه من هذه الالتزامات، أو يُترك فيه إذا وجد على غير ما وصف؛ ولأنه بخلاف ما عقد الابتياح عليه فلا بيع بينهما إلا بتحديد صفة أخرى برضاها جميعاً. انظر: الكافي (٢ / ٣٧)؛ المغني (٦ / ٣٤)؛ العزيز (٤ / ٦٢)؛ المحلي (٧ / ٢٢١) .

القول الثاني: وذهب الإمام أبو حنيفة والثوري أن للمشتري الخيار حتى ولو جاء المبيع الغائب على الصفة، وهو أصح الوجهين عند الشافعية، وهو مذهب المؤيد وأبي طالب من الزيدية . انظر: بدائع الصنائع (٥ / ١٣٦)؛ تبيين الحقائق: للزيلعي (٤ / ٢٤ ، ٢٥)؛ العزيز (٤ / ٦٢)؛ الروض النضير (٣ / ٢٦) .

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١- ما أخرجه الإمام أحمد من قوله (صلى الله عليه وسلم) « لَيْسَ الْخَبْرَ كَالْمُعَايَنَةِ أَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ أَخْبَرَ مُوسَى بِمَا صَنَعَ قَوْمُهُ فِي الْعَجَلِ فَلَمْ يُلَقِ الْأَلْوَحَ فَلَمَّا عَايَنَ مَا صَنَعُوا أَلْقَى الْأَلْوَحَ فَأَنْكَسَرَتْ » أخرجه الإمام أحمد في مسنده (واللفظ له) (١/٢١٥)، كتاب: من مسند بنى هاشم، باب: بداية مسند عبد الله بن عباس ح رقم: (١٧٤٥)، وهو حديث صحيح. انظر: بلوغ الأمان من أسرار الفتح الرباني مطبوع مع الفتح الرباني: لأحمد بن عبد الرحمن البنا، كتاب: بدء الخلق، باب: قصة عبادتهم العجل في غيبة كليم الله عنهم (٩٥/٢٠)، قال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه». يراجع: المستدرک (٢/٣٢١)؛ وصححه الإمام السيوطي في الجامع الصغير: لجلال الدين السيوطي (٢ / ١٤٠)، فيض القدير شرح الجامع الصغير (٥/٤٣٢، ٤٣٣).

٢- إن الخيار معلق برؤية المشتري لتدارك فوات الوصف المرغوب فيه فهو من تمام العقد وذلك لاختلاف الناس في تقديرهم للصفات. يراجع: بدائع الصنائع (٥ / ١٦٣) .
والراجع في هذه المسألة هو: أن المبيع الغائب إذا جاء على الصفة التي عقد البيع عليها فليس للمشتري الخيار؛ لأن البائع سلم له المعقود عليه بصفاته التي أخبره بها ورضيها، وإذا جاء على غير الصفة فله الخيار لتخلف الصفة، فإن شاء أخذه، وإن شاء تركه، لأن البائع لم يسلم المشتري ما تعاقد عليه فثبت له خيار الرؤية.

(١) في الفتوي رقم: (٤٢٦٩) بتاريخ ٦ / ١ / ٢٠٠٧م بعنوان تصرفت شركات السياحة فيما يخص الحجاج والمعتمرين منشور على موقع دار الإفتاء المصرية:

<http://dar-alifta.org/AR/ViewFatwa.aspx?ID&١٤٢٥٢=LangID&١=MuftiType&=>

وحصلت عليه بتاريخ ١ / ١٢ / ٢٠١٩م .

الحجيج والعمّار بمجرد دخولهم إلى الأراضي الحجازية، أو يُزَلون في فنادق بخلاف المنفق عليها، أو لا تُوفّر تلك الحافلات لهم، فما الحكم في ذلك؟

وكان من خلاصة الجواب على هذه الفتوى:

فالواجب على الشركات القيام بالتزاماتها طبقاً لما أبرمته من عقود، والالتزام بكلّ ما اتّفقت عليه؛ من وسيلة سفرٍ وانتقالٍ وفنادقٍ وخدماتٍ وغيرها، ويحرم عليها الإخلال باتفاقاتها بغير ضرورةٍ، أما إذا حصل إخلالٌ من هذه الشركات بما التزمته من غير عذرٍ شرعيٍّ فإنها -إضافةً لانشغال ذمتها برديٍّ ما أخذته- يَأْتُم القائمون عليها؛ لما في ذلك من أكل أموال النَّاسِ بالباطل، وهو محرّمٌ بالكتاب والسنة والإجماع؛ يقول تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(١).

الفرع الثاني: حماية السائح في القانون

نصت المدونة العالمية لأداب السياحة في المادة السادسة على: «التزامات أصحاب المصلحة في التنمية السياحية:

(١) يلتزم المشتغلون بالسياحة بتوفير معلومات موضوعية، وصادقة للسائحين عن الأماكن التي يقصدونها، وعن ظروف سفرهم، واستقبالهم، وإقامتهم . كما ينبغي لهم التأكيد من أن شروط التعاقد المقترحة على العملاء مفهومة وواضحة فيما يتعلق بطبيعة وأسعار وجودة الخدمات التي يلتزمون بتقديمها، وبالتعويض المالي الذي يدفعونه في حالة الإخلال بالتعاقد من جانبهم^(٢) .

(1) سورة البقرة آية: (١٨٨) .

(2) المدونة العالمية لأداب السياحة من أجل سياحة مسؤولة، الأمم المتحدة، منظمة السياحة العالمية ص٦، منشور على موقع:

<https://www.google.com/search?q=%D8%A7%D984%D985%D8%AF%D988%D986%D8%A9%+>

واطلعت عليه بتاريخ: ١/ ١٢ / ٢٠١٩ م .

وقد نصت المادة ٢ من قانون حماية المستهلك المصري رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٦م على: «أنه يحرم على أي شخص إبرام أي اتفاق أو ممارسة أي نشاط يكون من شأنه الإخلال بحقوق المستهلك الأساسية»^(١).

وقد تطرق المشرع المصري إلي مسألة حماية السائح المستهلك من الإعلان الخادع إذا أخلت شركة السياحة والسفر (مقدم أو مورد الخدمة) بالتزامها بإمداد السائح المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة الخدمة السياحية، وخصائصها، عن طريق ما يسمى بالإعلان الخادع، أو المضلل، فإنها تعاقب طبقاً لنص المادة (٢٤) من قانون حماية المستهلك بغرامة مالية لا تقل عن ٥٠٠٠٠ لآلاف جنيه ولا تتجاوز مائة ألف جنيه مصري، وفي حالة العودة تتضاعف الغرامة بحسبها^(٢).

وذهب بعض فقهاء القانون في حالة البيع الإلكتروني إذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج، أو الخدمة يجب إبطال العقد بسبب الغش^(٣).

وذهب البعض الآخر إلى أنه: في حالة إلحاق الضرر بالمستهلك لعدم تنفيذ التزامه بالإعلام، أو أن الإعلام غير مطابق كما في الكتالوج الإلكتروني، أو قيام المزود بخداعة، فإنه يحق للمستهلك فسخ العقد، أو اللجوء للقضاء طالباً بالتعويض عن الضرر الذي لحق به، وفقاً للقواعد العامة والمتبعة في التجارة الإلكترونية^(٤).

(١) حماية السائح في عقود السياحة الإلكترونية . ياسر أحمد بدر، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الثالث الذي تقيمه كلية الحقوق، جامعة طنطا في الفترة من ٢٦ - ٢٧ أبريل ٢٠١٦م، بعنوان: السياحة والقانون ص ١٧.

(٢) المرجع السابق ، ص ١٤.

(٣) مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في القانون المدني، للباحث: ممدوح محمد خيرى هاشم، ص ١٤٣ ط/ دار النهضة، الطبعة الأولى ٢٠٠٠م .

(٤) العقود الإلكترونية على شبكة الانترنت بين الشريعة والقانون، أطروحة مقدمة إلى مجلس كلية الشريعة في الجامعة العراقية للباحث / ميكائيل رشيد على الزبياري، ص ٢٢١، ٢٢٢، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.

المطلب الثاني

أخلاقيات التعامل مع السائح في البيع والشراء وأثرها على جذب السياح

الفرع الأول: حرمة ظلمه في المعاملات التجارية .

الفرع الثاني: حرمة غبن السائح المسترسل في المعاملات التجارية .

الفرع الثالث: أن يتحلى التاجر بالصدق في تعامله مع السائح .

الفرع الأول: حرمة ظلمه في المعاملات التجارية

أوجب الإسلام حماية مال السائح «المستأمن» وحرّم ظلمه، وقد أكد ذلك الرسول صلي الله عليه وسلم في قوله: «أَلَا مَنْ ظَلَمَ مَعَاهِدًا، أَوْ انْتَقَصَهُ، أَوْ كَلَّفَهُ فَوْقَ طَاقَتِهِ، أَوْ أَخَذَ مِنْهُ شَيْئًا بَغَيْرِ طِيبِ نَفْسٍ، فَأَنَا حَاجِبُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(١).

وقد عد الفقهاء هذا الحق من أقدس واجبات الدولة تجاه كل من أمنته في ديارها إلي درجة لم تعرفها البشرية إلى الآن كما يتضح في قول محمد بن الحسن الشيباني: (الأصلُ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى إِمَامِ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَنْصُرَ الْمُسْتَأْمِنِينَ مَا دَامُوا فِي دَارِنَا، وَأَنْ يُنْصِفَهُمْ مِمَّنْ يَظْلِمُهُمْ، كَمَا يَجِبُ عَلَيْهِ ذَلِكَ فِي حَقِّ أَهْلِ الذِّمَّةِ؛ لِأَنَّهُمْ تَحْتَ وِلَايَتِهِ، مَا دَامُوا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، فَكَانَ حُكْمُهُمْ كَحُكْمِ أَهْلِ الذِّمَّةِ)^(٢).

وعنون البخاري بابا في صحيحه سماه « الوصايا بأهل ذمة الرسول صلي الله عليه وسلم» أورد فيه أثراً عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - رواه عنه جورية ابن قدامة التميمي بقول: «قلنا أوصنا يا أمير المؤمنين، قال: أوصيكم بذمة الله، فإنها ذمة نبيكم ورزق عيالكم»^(٣).

(١) الحديث أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الخراج والإمارة والفيء باب في تعشير أهل الذمة إذا اختلفوا بالتجارات ٣/ ١٧٠ ح رقم ٣٠٥٢، ط/ المكتبة العصرية، وصححه الألباني في سنن أبي داود .
(٢) شرح السير الكبير إملاء: محمد بن أحمد السرخسي المؤلف: محمد بن الحسن الشيباني، شهرته: محمد بن الحسن (٥/ ١١٠)، تحقيق: محمد حسن محمد إسماعيل، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى ١٤١٧، هـ، ١٩٩٧م.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الجزية، الوصايا بأهل ذمة الرسول صلي الله عليه وسلم (١١/ ٢٧٩)، ح رقم : (٣١٦٢) .

قال ابن حجر في فتح الباري: « قوله أوصيكم بذمة الله فإنه ذمة نبيكم ورزق عيالكم في رواية عمرو بن ميمون، وأوصيه بذمة الله وذمة رسوله أن يوفي لهم بعهدهم وأن يقاتل من ورائهم وأن لا يكلفوا إلا طاقتهم قلت: ويستفاد من هذه الزيادة أن لا يؤخذ من أهل الجزية إلا قدر ما يطيق المأخوذ منه وقوله في هذه الرواية ورزق عيالكم أي ما يؤخذ منهم من الجزية والخراج قال المهلب: « في الحديث الحض على الوفاء بالعهد وحسن النظر في عواقب الأمور والإصلاح لمعاني المال وأصول الاكتساب»^(١).

وقد حذر سبحانه وتعالى من الظلم الذي قد يؤدي إلي هضم الحقوق في قوله: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ»^(٢).

قال ابن كثير: «لا يحملنكم بغض قوم علي ترك العدل فيهم، بل استعملوا العدل في كل أحد صديقا كان أوعدا»^(٣).

وكانت أخلاق الصحابة في تعاملهم مع أهل الذمة خير شاهد علي إقامة العدل فيهم.

فَعَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - كَانَ يَبْعَثُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَةَ، فَيَحْرُصُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ يَهُودٍ، قَالَ: فَجَمَعُوا لَهُ حُلِيًّا مِنْ حُلِيِّ نِسَائِهِمْ، فَقَالُوا: هَذَا لَكَ، وَخَفِئَ عَنَّا، وَتَجَاوَزَ فِي الْقَسَمِ، قَالَ ابْنُ رَوَاحَةَ: يَا مَعْشَرَ يَهُودٍ، وَاللَّهِ إِنَّكُمْ لَمِنْ أْبْعَضِ خَلْقِ اللَّهِ إِلَيَّ، وَمَا ذَاكَ بِحَامِلِي عَلَىٰ أَنْ أَحِيفَ عَلَيْكُمْ، فَأَمَّا

(١) فتح الباري (٦/ ٢٦٧)

(٢) سورة المائدة آية: (٨)

(٣) تفسير القرآن العظيم ٣٢/٢

الذي عَرَضْتُمْ مِنَ الرِّشْوَةِ، فَإِنَّهَا سُحَّتْ وَإِنَّا لَا نَأْكُلُهَا، فَقَالُوا: بِهِذَا قَامَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ»^(١).

الفرع الثاني: حرمة غبن السائح المسترسل في المعاملات التجارية

نهى الله سبحانه وتعالى عن أكل أموال الناس بالباطل فقال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ}.

وأكد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على تحريم غبن المسترسل^(٣) في الحديث الذي رواه الإمام البيهقي بسنده عن يعيش^(٤) بن هشام عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر - رضي الله عنه -^(٥) قال: قال رسول الله ﷺ: {غَبْنُ الْمُسْتَرْسِلِ رِبَاءٌ} ^(٦).

(١) موطأ الإمام مالك (٢/ ٢٧٧)، ح رقم: (٢٣٩٨)، كتاب: المساقاة، ط/ مؤسسة الرسالة.
(٢) سورة النساء: من الآية (٢٩).

(٣) المسترسل في اللغة: اسم فاعل من استرسل أي اطمأن واستأنس، واسترسل إليه أي انبسط واستأنس . راجع: مختار الصحاح، مادة: (رسل)، ص (٢٤٣) . المسترسل في الشرع هو: الجاهل بقيمة السلعة، ولا يحسن المبايعة راجع: حاشية الروض المربع (٤ / ٤٣٥)، فالمسترسل: هو الذي لا بصيرة له بالبيع . راجع: أوجز المسالك (١٣ / ٢٦٨).

(٤) يعيش بن هشام القرقساني كان يخبر عن مالك بخبر موضوع، ضعفه ابن عساكر، والراوي عنه مجهول، وأورد له الدارقطني في الغرائب عن مالك، عن الزهري، عن أنس، وعن مالك، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي (كرم الله وجهه) رفعه غير المرسل، وقال ابن حجر في لسان الميزان: «اسمه تَعِيَش بن هشام القَرُقَسَانِي». راجع: لسان الميزان لابن حجر العسقلاني (٦/٣٨٤)، ط/ دار الفكر؛ وأيضا: ميزان الاعتدال في نقد الرجال: لأبي عبد الله محمد الزهري (٦/١٣٢)، ، ط/ دار الفكر العربي.
(٥) هو جابر بن عبد الله بن عمر بن حرام بن ثعلبة، الإمام الكبير، المجتهد الحافظ صاحب رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، من أهل بيعة الرضوان، وكان مفتي المدينة في زمانه، شهد بيعة العقبة الثانية مع والده وغزا مع النبي (صلى الله عليه وسلم) ١٩ غزوة بلغ مسنده (١٥٤٠) حديثاً، مات سنة (٧٨)، وقيل سنة (٧٧)، وقيل سنة (٧٤)، وكان عمره (٩٤) سنة، وكان قد ذهب بصره. راجع: سير أعلام النبلاء (٣/ ١٨٩ - ١٩٤)؛ تهذيب التهذيب (١/ ٥٢١، ٥٢٢)؛ الاستيعاب ص ١٤٠.

(٦) السنن الكبرى: للبيهقي، كتاب: البيوع، باب: ما ورد في غبن المسترسل (٨/ ٢٧٣، ٢٧٤)، ح رقم: (١١٠٨١)،، درجة الحديث: قال الألباني: «باطل» رواه البيهقي عن يعيش بن هشام عن مالك

وجه الدلالة: دل الحديث على تحريم غبن المسترسل؛ إذ إنه كالربا في التحريم^(١).

وهناك تطابق كامل بين حالة هذا المسترسل، وحالة السائح المستهلك الذي تشهده معاملات الوقت الحاضر، خاصة فيما يتعلق بجعله بقيم الأشياء على وجهها الصحيح؛ لأنه يترك للبائع مهمة تحديد السعر في الوقت الذي يفترق فيه هذا السائح القدرة على المساومة، خاصة في ضوء تمييز هذا البائع في المجالين الاقتصادي والفني فضلا عن سابقة خبرته في مجال المعاملة^(٢).

فالأساس في تحديد الثمن وتعيينه: هو سعر السوق فإذا لم يصدقه المتعامل، ولم يكشف له عن حقيقة سعر السوق فإن هذا الكذب وحده يعتبر غشاً وتدليساً فهل للعقاد المغبون في هذه الحالة خيار الرد أو لا؟

... وعلته يعيش هذا، ضعفه ابن عساكر كما في «الميزان»، وكذا الدارقطني فإنه بعد أن أورد له في «غرائب مالك» هذا الحديث: قال: «هذا باطل بهذا الإسناد، ومن دون مالك ضعفاء، وقال في موضع آخر: «مجهولون» فمن أين له الجودة كما في «اللسان». راجع: سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة لمحمد ناصر الدين الألباني (١١٨/٢)، ح رقم: (٦٨٦)، ط/ المكتبة الإسلامية، عمان - الأردن، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ.

والحديث له شاهد آخر رواه الطبراني بسنده عن موسى بن عمير عن مكحول عن أبي أمامة قال: سمعت رسول الله (صلى الله عليه وسلم) يقول: (عَبْنُ الْمُسْتَرْسِلِ حَرَامٌ). أخرجه الطبراني في المعجم الكبير للحافظ: أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني (٨/ ١٢٦، ١٢٧)، ح رقم: (٧٥٧٦) مسند مكحول الشامي عن أبي أمامة، قال الهيثمي في مجمع الزوائد: «رواه الطبراني في الكبير وفيه موسى بن عمير الأعمى وهو ضعيف جدا، ومكحول لم يسمع من أبي أمامة على قول الجمهور». راجع: مجمع الزوائد للهيثمي بتحريه الحافظين الجليلين: العراقي، وابن حجر، كتاب: البيوع، باب: في الغبن في البيع (٧٦/٤)، ط/ دار الريان للتراث - القاهرة، وقال البيهقي: «موسى بن عُمَيْرُ الْفَرَشِيِّ هذا تكلموا فيه، قال أبو سعد الماليني: قال أبو أحمد بن عدي الحافظ: «موسى بن عمير عامَّةٌ ما يُرْوَى مما لا يُتَابَعُهُ الثَّقَاتُ عَلَيْهِ» وقد روى معناه عن يَعِيشَ بن هشامِ الْفَرَقِيسِيِّ عن مالك واختلف عليه في إسناده، وهو أضعف من هذا). راجع: السنن الكبرى للبيهقي (٨/ ٢٧٣، ٢٧٤)، ح رقم: (١١٠٨٠).

(١) انظر: تبيين المسالك للشيخ: عبد العزيز الإحصائي (٤٠٨/٣).

(٢) انظر في هذا المعنى: الحماية العقدية للمستهلك ص (٣٩٢) - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون - رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، للباحث: عمر محمد عبد الباقي خليفة (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م).

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه يثبت للمسترسل المغبون خيار الرد لكن بشرط أن يجهل البائع أو المشتري سعر ذلك المبيع، وأن يخبر بآعته بجهله ويستأمنه . وهو ما ذهب إليه الحنفية^(١) في القول المفتي به عندهم، والمالكية^(٢) في الرواية المعتمدة عندهم، والمذهب عند الحنابلة^(٣).

واستدلوا على ذلك الكتاب والسنة والمعقول:

الدليل من الكتاب:

قوله تعالى: { لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ }^(٤).

وجه الدلالة: دلت الآية على النهي عن أكل أموال الناس بالباطل، وغبن المسترسل إنما هو من أكل أموال الناس بالباطل^(٥).

ثانياً: الدليل من السنة:

ما رواه الإمام البيهقي بسنده عن يعيش بن هشام عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر^(٦) - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: { غَبْنُ الْمُسْتَرْسِلِ رِبَا }^(٧).

(١) تحفة الفقهاء: لعلاء الدين السمرقندي (١٠٨/١)، ط / درا الكتب العلمية .

(٢) مواهب الجليل (٤٠٤/٦) .

(٣) المغني (٣٦/٦) .

(٤) سورة النساء: من الآية (٢٩) .

(٥) أوجز المسالك (٢٦٨/ ١٣) .

(٦) هو جابر بن عبد الله بن عمر بن حرام بن ثعلبة، الإمام الكبير، المجتهد الحافظ صاحب رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، من أهل بيعة الرضوان، وكان مفتى المدينة في زمانه، شهد بيعة العقبة الثانية مع والده وغزا مع النبي (صلى الله عليه وسلم) ١٩ غزوة بلغ مسنده (١٥٤٠) حديثاً، مات سنة (٧٨)، وقيل سنة (٧٧)، وقيل سنة (٧٤)، وكان عمره (٩٤) سنة، وكان قد ذهب بصره. راجع: سير أعلام النبلاء (٣/ ١٨٩ - ١٩٤)؛ تهذيب التهذيب (١/ ٥٢١، ٥٢٢)؛ الاستيعاب ص ١٤٠ .

(٧) سبق تخريجه .

ثالثاً: الدليل من المعقول:

إن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قد نهى عن إضاعة المال، والمشتري الشيء بأكثر من قيمته، والبائع له بأقل من قيمته كلاهما مضيع لماله، ولا يجوز إخراج المال عن الملك إلا بعوضٍ أجراً من الله تعالى فهو أفضل عوض، وإما بعوض من أعراض الدنيا كعمل في الإجارة، أو عرض في التجارة، ومن باع ثمرة بألف جنيه أو ياقوته بجنيه، فإن هذا هو التبذير، والإسراف وبسط اليد كل البسط وأكل المال بالباطل^(١).

القول الثاني: أنه ليس للمستترسل المغبون حق الخيار، بل العقد لازم له وهو ما ذهب إليه الحنفية في ظاهر الرواية^(٢)، والمالكية^(٣) في المشهور، والشافعية^(٤)، ورواية للحنابلة^(٥).

واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول:

أما السنة: فما رواه الإمام البخاري بسنده عن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ (رضي الله عنهما)، أَنَّ رَجُلًا ذَكَرَ لِلنَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ يُخَدَعُ فِي الْبُيُوعِ فَقَالَ: [إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ] ^(٦).

(١) انظر: المحلى بالآثار (٣٦٤/٧)، مسألة: (١٤٦٥)؛ وانظر أيضاً: المنتقى (٥٣٩/٦)؛ الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٥٢٥/٢)؛ السيل الجرار (١٠٢/٣)؛ المعونة (١٠٤٩/٢)؛ جواهر الكلام (٤٢/ ٢٣) .

(٢) الدر المختار (١٥٩/٤) ط/ دار إحياء التراث العربي

(٣) شرح الخرشي (١٥٢/٥)

(٤) التكملة الثانية للمجموع (٣٠٩/١٢) تحقيق: محمود مطرجي، روضة الطالبين (٤١٩/٣)

(٥) المغني (٣٦/٦) .

(٦) صحيح البخاري (بهامش فتح الباري) واللفظ له، كتاب: البيوع، باب: ما يكره من الخداع في البيع

(٤٨٠/٤)، ح رقم: (٢١١٧) .

وجه الدلالة: الحديث حجة لعدم القيام بالغبن؛ إذ لو كان القيام به ثابتاً لم يأمره بالشرط، بأن يقول: «لا خلابة»، ولم يثبت أن النبي ﷺ أثبت له الخيار، وإنما قال له: «قل: لا خلابة» أي لا خديعة، ولا يلزم من هذا ثبوت الخيار^(١).

ويناقش الاستدلال بهذا الحديث بأمر منها:

(١) إن هذا الحديث خاص بهذا الرجل لما كان فيه من الحرص على البيع، وضعفه عن التحرز فيه^(٢) فإن النبي ﷺ قد أجاز له الخيار لضعف عقله، ولو كان الغبن يملك به الفسخ لما احتاج إلى شرط الخيار.

قال الإمام ابن العربي رحمه الله:- «يحتمل أن الخديعة في قصة هذا الرجل كانت في العيب أو في الكذب أو في الثمن أو في الغبن فلا يحتج بها في مسألة الغبن بخصوصها، وليست قضية عامة وإنما هي خاصة في واقعة عين^(٣) فلا ينفذ منه إلى غيره إلا بدليل^(٤)، ولهذا روي أنه كان إذا عُين: يشهد رجل من الصحابة أن النبي ﷺ)) قال له: «أنت بالخيار ثلاث فيرجع في ذلك»^(٥).

(٢) إن هذا الحديث من باب خيار الشرط لا خيار الغبن؛ لأن النبي ﷺ لقَّنه بقوله: «لا خلابة» «فقد اشترط عدم الخداع فكان شراؤه وبيعه مشروطاً بعدم الخداع»^(٦).

(١) راجع . شرح النووي على صحيح مسلم (٤٣٩/٥)

(٢) المنتقى (٥٣٨/٦)؛ وانظر أيضاً: أوجز المسالك (٢٦٦/١٣)؛ سبل السلام (٤٦/٣)؛ الروض النضير (٢٥٦/٣)؛ البحر الزخار (٣٥٤/٣)؛ تحفة الأحوذى: للمباركفوري (٤/٤٥٥، ٤٥٦)؛ معالم السنن: للخطابي (١٣٨/٣، ١٣٩) ط/ المكتبة العلمية .

(٣) فتح الباري (٤٨١/٤)؛ وانظر أيضاً: شرح النووي على صحيح مسلم (٤٣٩/٥)؛ سبل السلام (٤٦/٣)؛ نيل الأوطار (٢٦١/٥)؛ أوجز المسالك (١٣ / ٢٦٦)؛ التكملة الثانية للمجموع (٣٠٩/١٢)، ط/ دار الفكر .

(٤) شرح النووي على صحيح مسلم (٤٣٩/٥) .

(٥) نيل الأوطار (٢٦١/٥)؛ وانظر أيضاً: المغنى (٤٦/٦)؛ التكملة الثانية للمجموع (٣٠٩/١٢)، ط/ دار الفكر .

(٦) سبل السلام (٤٧/٣) .

٣ (قال بعض العلماء إن الخيار يثبت لمن قال: «لا خلاية» وإن لم يكن هناك غبن^(١) .

وأما المعقول فهو:

إن المبيع سليم ولم يوجد من جهة البائع تدليس، وإنما فرط المشتري في ترك الاستظهار فلم يجز له الرد^(٢) .

يناقش هذا الاستدلال بأنه مردود: لأن المشتري لم يفرط، وإنما لا بصيرة له في البيع وقد استرسل إلى البائع وأعلمه بجهله^(٣)، فيجب عليه نصحه، ويصير غبنه إذ ذاك خديعة محرمة^(٤) .

فقد روى الإمام مسلم بسنده عن تميم الداري^(٥)؛ أَنَّ النَّبِيَّ (ﷺ) قَالَ: «الَّذِينَ النَّصِيحَةُ»، قُلْنَا: لِمَنْ؟ قَالَ: «لِلَّهِ وَلِكِتَابِهِ وَلِرَسُولِهِ وَلِأُمَّةِ الْمُسْلِمِينَ وَعَامَّتِهِمْ»^(٦) .

القول الراجح: والذي يظهر لي رجحانه هو القول بخيار الغبن للمسترسل؛ حيث إنه يتماشى مع روح الشريعة الإسلامية الغراء في رفع الظلم وإرساء القواعد العادلة في العقود، فهذا المسترسل قد أفصح باسترساله إلى البائع بأنه في حالة ضعف، وكان الأولى أن يقابل البائع ذلك بعناية خاصة، بدلاً من أن يستغله أو

(١) المرجع السابق نفس الموضوع، وانظر أيضاً: المغنى (٤٦/٦)؛ الروض النضير (٢٥٦/٣) .

(٢) المهذب مع التكملة الثانية للمجموع (١٢ / ٣٠٩)، ط/دار الفكر.

(٣) أوجز المسالك (١٣ / ٢٦٨) .

(٤) التكملة الثانية للمجموع (١٢ / ٣١٠)، ط/دار الفكر .

(٥) تميم الداري: هو تميم بن أوس بن خارجه بن سود بن جذيمة بن الدار اللخمي الفلسطيني صاحب رسول الله (ﷺ)، أسلم سنة تسع، وله عدة أحاديث عن النبي (ﷺ)، مات سنة أربعين، وحديثه يبلغ ثمانية عشر حديثاً. راجع: سير أعلام النبلاء (٤٤٢/٢-٤٤٨)؛ تهذيب التهذيب (٤٨٢/١)؛ الاستيعاب ص ١٢٧.

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه (شرح النووي) واللفظ له، كتاب: الإيمان، باب: بيان أن الدين النصيحة (٣١٢/١، ٣١٣)، ح رقم: (٩٥ - ٥٥)؛ صحيح البخاري (بهامش فتح الباري)، كتاب: الإيمان، باب: قول النبي (ﷺ) الدين النصيحة (٢٠٢/١)، باب رقم: (٤٢) .

يغبنه، ولذلك وجب رد قصده عليه من خلال ثبوت حق المشتري في فسخ العقد زجراً له ولغيره .

يقول الإمام ابن تيمية - رحمه الله ^(١): «ولم يشترط في التبائع إلا التراضي، والتراضي يحصل من غالب الخلق بالسعر العام، وبما يبيع به عموم أكثر ممن يماكس عليه.» ويقول أيضاً: «ومن علم منه أنه يغبنهم - أي المسترسلين - فإنه يستحق العقوبة، بل يمنع من الجلوس في سوق المسلمين، حتى يلتزم طاعة الله ورسوله، وللمغبون أن يفسخ البيع فيرد السلعة ويأخذ الثمن»^(٢).

فهذا المسترسل قد أفصح باسترساله إلى البائع بأنه في حالة ضعف، وكان الأولى أن يقابل البائع ذلك بعناية خاصة، بدلا من أن يستغله أو يغبنه، ولذلك وجب رد قصده عليه من خلال ثبوت حق المشتري في فسخ العقد زجراً له ولغيره^(٣).

ويقول الإمام أبو عمر بن عبد البر - رحمه الله: «الغبين في بيع المستسلم المستنصح يوجب للمغبون الخيار فيه»^(٤).

ومن الصور المعاصرة لبيع المسترسل:

١- الشراء المعتاد من المحلات التجارية المجاورة للسكن المستأمنة على السعر؛ حيث يقوم البائع بزيادة السعر على المشتري، وخاصة عند توصيل الطلبات للمنازل، فالمشتري يجهل القيمة ويطمئن لأمانة البائع .

٢- الشراء من المحلات التجارية التي تقوم بتحديد السعر ولا تبيح للمشتري المماكسة في الأسعار، فإذا تين للمشتري أنه قد غبن فيها فله الخيار .

(١) نظرية العقد: لابن تيمية ص (١٦٥) .

(٢) انظر: مجموعة الفتاوى الكبرى: لابن تيمية (٢٩ / ١٩٩) .

(٣) انظر: الشرح الكبير: للدريير (٣ / ٢١٥، ٢١٦)؛ وانظر أيضا: أوجز المسالك (١٣ / ٢٦٨)؛ مواهب الجليل: للشنقيطي (٣ / ٣١٠)؛ حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه - جامعة الأزهر: للدكتور محمد أحمد أبو سيد ص (٢٦٦) .

(٤) انظر: التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل (٦ / ٣٩٩) .

٣- رفع السلعة ثم القيام بعمل تخفيضات وهمية؛ كي يغتر المشتري بسعرها المخفض، ولا شك أن هذا من التغيرير بالسائح^(١).

الفرع الثالث: صدق التاجر في تعامله مع السائح

عَنْ مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ أَطْيَبَ الْكَسْبِ كَسْبُ التَّجَارِ الَّذِينَ إِذَا حَدَّثُوا لَمْ يَكْذِبُوا، وَإِذَا انْتُمِنُوا لَمْ يَخُونُوا، وَإِذَا وَعَدُوا لَمْ يُخْلِفُوا، وَإِذَا اشْتَرَوْا لَمْ يَذْمُوا، وَإِذَا بَاعُوا لَمْ يُطْرُوا، وَإِذَا كَانَ عَلَيْهِمْ لَمْ يَمْطُلُوا، وَإِذَا كَانَ لَهُمْ لَمْ يُعْسِرُوا»^(٢).

وَعَنِ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «التَّاجِرُ الصَّدُوقُ الْأَمِينُ الْمُسْلِمُ مَعَ الشَّهَدَاءِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(٣).

عَنْ إِسْمَاعِيلِ بْنِ عُيَيْدِ بْنِ رِفَاعَةَ بْنِ زَافِعِ الزُّرْقِيِّ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّهُ خَرَجَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى الْمُصَلَّى بِالْمَدِينَةِ، فَوَجَدَ النَّاسَ يَتَّبِعُونَ، فَقَالَ: «يَا مَعْشَرَ التَّجَارِ» فَاسْتَجَابُوا لَهُ، وَرَفَعُوا أَبْصَارَهُمْ وَأَعْنَاقَهُمْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: «إِنَّ التَّجَارَ يُبْعَثُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، فُجَارًا إِلَّا مَنْ اتَّقَى وَبَرَ وَصَدَقَ»^(٤).

(١) خيار الغبن وتطبيقاته المعاصرة، د. فهد بن عبد العزيز بن محمد الدواد ص ٤١٠، بحث منشور بمجلة البحوث الإسلامية، الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، العدد ١١٤، ١٤٣٩هـ.

(٢) شعب الإيمان،: للبيهقي (٦/ ٤٨٨)، ح رقم: (٤٥١٣).

(٣) المستدرک: للحاكم (٢/ ٧)، ح رقم: (٢١٤٢)، ط/ دار الكتب العلمية، قال الحاكم: «كُلُّوْمٌ هَذَا بَصْرِيٌّ قَلِيْلُ الْخَدِيْثِ وَلَمْ يُخْرِجْهُ وَلَهُ شَاهِدٌ فِي مَرَاْسِيْلِ الْحَسَنِ»، وقال الذهبي في التعليق عليه: «كلثوم بن جوشن ضعفه أبو حاتم».

(٤) المستدرک (٢/ ٨)، ح رقم: (٢١٤٤)، كتاب البيوع قال الحاكم: «هَذَا خَدِيْثٌ صَحِيْحُ الْإِسْنَادِ وَلَمْ يُخْرِجْهُ» ووافقه الذهبي في التلخيص .

المطلب الثالث

حكم التعامل مع السائح الأجنبي بالبيع والشراء وحكم شرائه الشيكات السياحية

وذلك في فرعين:

الفرع الأول: حكم التعامل مع السائح الأجنبي بالبيع والشراء.

الفرع الثاني: حكم شراء السائح الشيكات السياحية.

الفرع الأول: حكم التعامل مع السائح الأجنبي بالبيع والشراء

اتفق الفقهاء الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) على أنه يباح للسائح الأجنبي حق ممارسة البيع والشراء، وسائر المعاملات المالية، ما دامت هذه المعاملات تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية؛ حيث إن السائح الأجنبي (المستأمن) في دار الإسلام كالذمي في معاملاته مع الآخرين؛ لأنه التزم أحكام الإسلام أو ألزم بها من غير التزامه؛ لإمكان إجراء الأحكام عليه ما دام في دار الإسلام. وعلى هذا فلا يحل أخذ ماله بعقد فاسد^(٥)، ويجوز الدخول معهم في التجارة، والتعامل معهم مالم يكن في أمر يتقوى به أعداء الله علي المسلمين كبيع

(١) رد المحتار لابن عابدين، (٤/ ١٦٩)، فصل في استئمان الكافر ط/ دار الفكر-بيروت، وجاء فيه: «إن المستأمن في دارنا قبل أن يصير ذمياً حكمه حكم الذمي..... أقول: وعلى هذا فلا يحل أخذ ماله بعقد فاسد»، شرح السير الكبير: محمد بن الحسن الشيباني (١/ ١٨٥٤)، المبسوط: للرخسي (١٠/ ٨٤)، كتاب: السير.

(٢) أسهل المدارك: لأبي بكر بن حسن الكشناوي، (١/ ٤) ط/ المكتبة العصرية وجاء فيه: «إذا دخل الحربيون بلاد الإسلام بالأمان للتجارة فإنهم يمنعون شراء ما فيه ضرر على المسلمين من سلاح وغيره»، المدونة الكبرى: (٣/ ١١) ط/ مطبعة السعادة، بداية المجتهد (١/ ٢٩٧) ط/ دار الفكر.

(٣) روضة الطالبين للنووي (٤/ ٣٤٥)، / دار الكتب العلمية.

(٤) كشف القناع عن متن الإقناع: للبهوتي الحنبلي (٣/ ١٠٨)، ط/ دار الكتب العلمية.

(٥) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين (٤/ ١٦٩).

السلاح لهم^(١). يقول ابن قدامة^(٢): إن الأمان إذا أعطي أهل الحرب حرم قتلهم ومالهم والتعرض لهم» .

وعلى ذلك: فالسائح (المستأمن) في معاملاته يأخذ حكم الذمي، والذمي في سائر العقود محمول على أحكام الإسلام كالمسلم .

يقول الجصاص^(٣): «وقال أصحابنا أهل الذمة محمولون في البيوع والمواريث وسائر العقود على أحكام الإسلام كالمسلمين».

وقال ابن عابدين: « وقال قارئ الهداية في فتاواه: أهل الذمة في المعاملات كالمسلمين فما جاز للمسلم فعله في ملكه جاز لهم وما لا فلا»^(٤).

وقال الكاساني: «فتجوز الإجارة والاستئجار من المسلم، والذمي، والحربي المستأمن؛ لأن هذا من عقود المعاوضات فيملكه المسلم، والكافر جميعا كالبياعات»^(٥) .

ويقول ابن رشد: «وأما مبايعة أهل الحرب ومتاجرتهم إذا قدموا بأمان: فذلك جائز»^(٦).

والأصل في ذلك:

ما أورده البخاري عن عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ - رضى الله عنهما - قَالَ كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَمَّ جَاءَ رَجُلٌ مُشْرِكٌ مُشْعَانٌ طَوِيلٌ بَعْنَمٍ

(1) أسهل المدارك: للكشناوي (١/ ٤)، المحلى بالآثار، لابن حزم (٧/ ٥٧٤) ط/ دار الفكر - بيروت: مسألة: (١٥٦٩) التجارة إلى أرض الحرب، وجاء فيه: «والبيع منهم جائز إلا ما يتقوون به على المسلمين من دواب أو سلاح أو حديد أو غير ذلك، فلا يحل بيع شيء من ذلك منهم أصلاً» .

(٢) المغني لأبي محمد عبدالله بن أحمد ابن قدامة ٣١ / ٥٧ ط هجر الطبعة الأولى ٠٩٩١ .

(٣) أحكام القرآن: للجصاص (٤/ ٩٨) ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت، ٥٠٤١ هـ .

(٤) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، (٤/ ١١٢) ط/ دار الفكر - الجهاد: كتاب، مطلب في سكنى أهل الذمة بين المسلمين في مصر .

(٥) بدائع الصنائع: للكاساني (٤/ ٦٧١) كتاب: الإجارة، ط/ دار الكتب العلمية .

(٦) المقدمات الممهدة أبو الوليد بن رشد (١/ ٤٢٤)، ط/ دار الكتب العلمية.

يَسُوقُهَا فَقَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «بَيْعًا أَمْ عَطِيَّةً أَوْ قَالَ أَمْ هِبَةً». قَالَ لَا بَلْ بَيْعٌ . فَأَشْتَرَى مِنْهُ شَاةً^(١) .

وجه الدلالة:

قال ابن حجر: «قال ابن بطال: معاملة الكفار جائزة إلا بيع ما يستعين به أهل الحرب على المسلمين... وفيه جواز بيع الكافر وإثبات ملكه على ما في يده وجواز قبول الهدية منه»^(٢) .

وقال العيني: «ذكر ما يستفاد منه: فيه جواز بيع الكافر وإثبات ملكه على ما في يده، وقال الخطابي في قوله: أم هبة؟ دليل على قبول الهدية من المشرك لو وهب»^(٣) .

الفرع الثاني: حكم شراء السائح الشيكات السياحية

أولاً: تعريف الشيكات السياحية: هي شيكات تصدرها المصارف أو المؤسسات بقيم متفاوتة علي فروعها، أو على مراسليها في الخارج؛ لمصلحة المسافر الذي يستطيع الحصول علي قيمتها بمجرد عرضها لدى أي فرع من فروع المصرف، أو لدى مراسليها في البلاد التي يتوجه إليها^(٤) .

نشأة هذه الشيكات:

ظهر نظام الشيك السياحي كانت عام (١٨٩١م) بسبب رحلة قام بها رئيس شركة أميركان إكسبرس للسياحة إلى أوروبا، صادفته فيها متاعب راجعة إلى كيفية

(١) صحيح البخاري (٨ / ٦٩١) ح رقم: (٦١٢٢)، كتاب: البيوع، باب الشراء والتبوع مع المشركين وأهل الحرب . (٩٩)

(٢) فتح الباري لابن حجر (٤ / ٠١٤)، ط/ دار المعرفة - بيروت،

(٣) عمدة القاري بدر الدين العيني (٢١ / ٧٢) ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت.

(٤) فقه المعاملات المالية المعاصرة د. سعد بن تركي الخثالن ص ١٩، ط/ دار الصميعي، الطبعة الرابعة ٦١٠٢ م .

الحصول على نقود في البلدان التي زارها في هذه الرحلة، فابتكر نظام الشيكات السياحية حتي ذاع استعمالها، فأصبحت المصارف تصدر شيكات سياحة قابلة للصرف لدى جميع المصارف الأخرى^(١) .

ثانياً: مميزات هذه الشيكات: أن حاملها يستغني بها عن حمل النقود في السفر مع تجنب مخاطر السرقة والضياع؛ وذلك لأن المصارف عندما تسلّم هذه الشيكات إلي زبائنها يوجد على الصك مكان يوقع فيه العميل عند استلام الشيك ، ومكان آخر يوقع فيه عند قبض قيمته أمام البنك الذي يدفع هذه القيمة، ليتحقق من تطابق التوقعين، ومن أن الذي يستوفي القيمة هو ذات المستفيد الذي استلم الشيك ممن أصدره، وهو مالكة الحقيقي وليس هناك غش أو احتيال، وتطلب بعض المصارف تقديم دليل آخر لإثبات الشخصية كجواز السفر ونحوه للاطمئنان وبعد الوفاء بقيمة الشيك السياحي تسوى العملية بين البنوك المشتركة في إصداره وتنفيذه بطريق المقاصة^(٢) .

ثالثاً: حكم شراء السائح الشيكات السياحية: لمعرفة حكم شراء السائح للشيكات السياحة لا بد لنا من معرفة حكم قبض الشيك هل هو قبض لمحتواه أو لا؟

اختلف العلماء المعاصرون في جواز التعامل بالشيكات علي ثلاثة أقوال بناءً على اختلافهم في قبض الشيك هل هو قبض لمحتواه أو لا؟

القول الأول: هو جواز التعامل بالشيكات بضوابط معينة ، وهو ما ذهب إليه أكثر الفقهاء المعاصرين من بينهم الشيخ عبد الله بن منيع^(٣)، والشيخ عبد الله

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية، د. علي جمال الدين عوض ١٩٩٣م، ص ٩٢٧.

(٢) المرجع السابق نفس الموضوع، وأيضاً: أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي د. سعد بن تركي الختلان ص ١٤٤، ط دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م.

(٣) حكم قبض الشيك وهل هو قبض لمحتواه؟ للشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع (١/ ٦٩٩)، الدورة السادسة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

المرزوقي^(١)، من أعضاء مجمع الفقه الإسلامي الدولي وغيرهم^(٢)، وهو ما ذهب إليه اللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة العربية السعودية^(٣)، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة^(٤)، ومجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة^(٥).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١- بأن قبض الشيك - ويدخل فيه الشيك السياحي - في حكم قبض الأوراق النقدية، وأنه يعتبر قبضه للشيك قبضاً لمحتواه بمنزلة التقابض في البدلين قبل التفريق^(٦) ولأنه محاط بضوابط يمكن بواسطتها حفظ الحق وعدم

(١) تجارة الذهب في أهم صورها وأحكامها د. صالح بن زابن المرزوقي بحث منشور في مجلة مجمع

الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة، الجزء الأول ١٤٠١٧هـ - ١٩٩٦م، ص ٢٥٥

(٢) منهم: د. سعد بن تركي الختلان، فقه المعاملات المالية المعاصرة ص ٩٢، ٩٨، د. ستر بن ثواب الجعيد، أحكام الأوراق التجارية والنقدية في الفقه الإسلامي ص ٣١٨، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى ١٤٠٥هـ.

(٣) فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء - الأولى - (١٣ / ٤٩٣، ٤٩٤)، الفتوي

رقم: (٩٥٦٤) موجود على موقع خزانة الفقيه واطلعت عليه بتاريخ ٧ / ١٢ / ٢٠١٩م:

<https://www.feqhbook.com/?book%=%D981%AA%D8%A7%D988%D9-89%>

(٤) حيث جاء في القرار الرابع من الدورة السادسة في الفترة من ١٧ - ٢٣ شعبان ١٤١٠ - ١٩٩٠م،

بشأن القبض: « صورته وبخاصة المستجدة منها وأحكامها: إن من صور القبض الحكمي المعتمدة شرعاً وعرفاً: تسلّم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحجزه المصرف»

. يراجع: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي ص ١٩٧، ١٩٨ قرار رقم: ٥٣، الدورة السادسة الموافق ١٩٩٠م، الطبعة الأولى ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م، راجعة د. أحمد عبد العليم أبو عليو . وأيضاً: الدورة السادسة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الجزء الأول ص ٧٧١.

(٥) وقد جاء في القرار السابع من الدورة الحادية عشرة في الفترة من ١٣ - ٢٠ رجب ١٤٠٩هـ

الموافق ١٩٨٩م: بشأن قيام الشيك مقام القبض في صرف النقود بالتحويل في المصارف: يقوم استلام الشيك مقام القبض عند توافر شروطه في مسألة صرف النقود بالتحويل في المصارف . يراجع: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، رابطة العالم الإسلامي، القرار السابع، الدورة الحادية عشرة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م .

(٦) تجارة الذهب في أهم صورها وأحكامها د. صالح المرزوقي، نفس العدد المشار إليه، ص ٢٥٥

ضياعه، وهى في نفس الوقت تقوم بوظائف النقود فتلحق بها^(١) .

٢- ولأن الأوراق النقدية كانت في بداية نشأتها سندات لحاملها حتى شاعت بين الناس، وكان يدفع للراغب في استبدالها ذهباً أو فضة حسب الغطاء، ولكن ذلك تلاشى شيئاً فشيئاً مع انتشارها ورواجها وثقة الناس بها، وبذلك تقترب الأوراق التجارية من الأوراق النقدية خاصة الشيكات- والسياحية منها خاصة - إذ هي تحرر على شكل فئات معينة ومتساوية، أما بقية الأوراق التجارية فتحرر على أرقام متفاوتة حسب ما تقتضيه المعاملة التي استدعت تحريرها^(٢).

وضوابط التعامل بالشيكات هي:

١- أن يكون الشيك مصدقاً^(٣)؛ لأن تصديقه: يعني حمايته من الساحب أن يعود فيه، كما يعني وجود رصيد كامل للساحب لتغطية سداد الشيك، وهذا المعنى يعطى القناعة الكاملة بالقدرة على التصرف في مشمول الشيك في أي وقت يريده المستفيد منه، وهذا هو معنى القبض^(٤) .

(١) أحكام الأوراق التجارية والنقدية في الفقه الإسلامي ص ٣١٨، فقه المعاملات المصرفية عند الإمام ابن باز - رحمه الله -، موسى القرعاني، ص ٣٧٩ .
(٢) حكم قبض الشيك وهل هو قبض لمحتواه ؟ ص ٦٩٨ .
(٣) معنى كونه مصدقاً: أي صادق المصرف على وجود رصيد مساو لقيمته يحجز لغاية الدفع بهذه الورقة التجارية. راجع: قبض الشيك في استبدال النقود والعملات ص ٢١ لعبد الوهاب حواس نقلا عن تحقيق المناط وتطبيقاته في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دراسة في تخريج الفروع على الأصول د. عدنان محمود العساف ص ٣٢، مجلة دراسة علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٣٦، العدد ١، ٢٠٠٩م، الأردن، منشور على الموقع الإلكتروني:

<file:///C:/Users/user/Downloads-1-43474-189/PB.pdf>

واطلعت بتاريخ ٩/ ١٢ / ٢٠١٩م، فقه المعاملات المالية المعاصرة د. سعد الخثلان ص ٩٧ .
(٤) بحث في الذهب في بعض خصائصه وأحكامه، للشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع، الدورة التاسعة، الجزء الأول، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة، الجزء الأول ١٤٠١٧ هـ - ١٩٩٦م ص ٩٦ .

٢- أن يكون الشيك صادراً من مصرف، أو شركة مصرفية فإن كان صادراً من غيرهما فلا يعتبر قبض الشيك قبضاً لمحتواه إلا إذا كان مصدقاً^(١).

٣- أن يكون مؤرخاً للسحب في اليوم نفسه وأن يكون محدد المبلغ فيمنع أن يوضع على الشيك تاريخ متأخر لا يتم صرفه إلا بعده لاحتمال زيادة السعر أو نقصه فيؤدي إلى الربا المنهي عنه^(٢).

القول الثاني: إن تسلم الشيك لا يعتبر قبضاً لمحتواه وهو ما ذهب إليه بعض المعاصرين ومنهم الشيخ محمد بن صالح العثيمين^(٣).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

إن الشيك وإن أحيط بضمانات وضوابط تدعم الثقة به إلا أنها ليست كافية للحكم بأن إعتبار تسلمه هو في معنى القبض لمحتواه وذلك للأسباب التالية:

١- قد يسحب الشيك على بنك لا رصيد للساحب فيه، أو يكون الرصيد غير كاف بقيمة الشيك، فلا يتم القبض، أو يتأخر، وعلوم اشتراط التقابض في الصرف.

٢- قد يلغى الشيك بعد كتابته أو يسترد مقابله.

٣- قد يعلق صرف الشيك على أمر مكتوب باخطار من صاحب الرصيد، فيتأخر القبض، أو يمتنع المسحوب عليه من الوفاء^(٤).

(١) تجارة الذهب في أهم صورها وأحكامها د. صالح المرزوقي، نفس العدد المشار إليه، ص ٢٥٥
(٢) حكم قبض الشيك وهل هو قبض لمحتواه؟ للشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع (١/ ٦٥٧)، نفس العدد المشار إليه.

(٣) موقع الشيخ محمد بن صالح العثيمين: <http://binothaimeen.net/content/6880> واطلعت عليه في ٢٠١٩/١٢/١٠ م.

(٤) أحكام الأوراق التجارية والنقدية في الفقه الإسلامي: د. ستر بن ثواب الجعيد ص ٣١٨، حكم قبض الشيك وهل هو قبض لمحتواه؟ للشيخ عبد الله بن منيع (١/ ٦٥٧، ٦٩٨)، موقع الشيخ محمد بن صالح العثيمين: <http://binothaimeen.net/content/6880> واطلعت عليه في ٢٠١٩/١٢/١٠ م.

٤- إن قابض الشيك قد يتأخر عن تقديمه إلى المصرف، وقد يزيد السعر أو ينقص فيضرر أحدهما^(١).

ويؤيد هذا أنه لو ضاع لأمكن لصاحبه أن يرجع على البنك، ولو كان في معنى القبض لمحتواه لماله الرجوع على البنك^(٢).

ويناقد هذا الاستدلال:

بأن هذه الاحتمالات على فرض التسليم بها فإنها إنما ترد على الشيك غير المصدق فحسب.

وأما القول بأن الصرف قد يعلق على إخطار من صاحب الرصيد فهذا خارج عن محل النزاع؛ لأن البحث هنا في الشيك المطلق غير المعلق وفأؤه بشرط وصول إخطار من الساحب^(٣).

وهذه المخاطر لا تقل من حيث الخطوره عن مخاطر النقود التي قد تكون مزيفة، وغالباً لا يعرف من زيفها، والقانون لا يحمي حامل النقود المزيفة، أما حامل الشيك فمحمي؛ إذ يعتبر سحب الشيك بدون رصيد من الجرائم التي يعاقب عليها القانون^(٤).

وأما احتمال زيادة السعر أو نقصه فيرد عليه: بأن المصرف وفروعه مستعدان للوفاء الفعلي للشيك في أي وقت يتقدم به حامله، فإذا تأخر فهو خطأ من جانبه عليه أن يتحمله^(٥).

(١) المرجع السابق (١/ ٦٩٩).

(٢) فقه المعاملات المالية المعاصرة د. سعد الخثلان ص ٩٧.

(٣) المرجع السابق ص ٩٨.

(٤) أحكام الأوراق التجارية والنقدية في الفقه الإسلامي د. ستر بن ثواب الجعيد ص ٣١٨، حكم قبض الشيك وهل هو قبض لمحتواه؟ للشيخ عبد الله بن منيع (١/ ٦٥٧، ٦٩٨).

(٥) حكم قبض الشيك وهل هو قبض لمحتواه؟ للشيخ عبد الله بن منيع (١/ ٦٩٩).

القول الثالث: إن تسليم الشيك يعتبر قبضاً لمحتواه مطلقاً وهو ما ذهب إليه بعض المعاصرين ومنهم د. عبد الوهاب حواس^(١).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

إن الشيك يحاط بضمانات كثيرة تجعل القابض له مالاً لمحتواه، ويستطيع أن يتصرف فيه فيبيع ويهب ويشترى ونحو ذلك^(٢).

ويناقش هذا الاستدلال:

إن الشيك غير المصدق ترد عليه الاحتمالات الواردة في أدلة القول الثاني من أنه قد لا يجد رصيماً للجهة التي حول إليها بهذا الشيك وغيرها من الاحتمالات .

القول الراجح: والذي أميل إلى ترجيحه في هذه المسألة: هو أن قبض الشيك المصدق الذي أصبح وسيطاً في أكثر المعاملات التجارية هو قبضاً لمحتواه؛ حيث إن الضمانات المتاحة لحماية حق المستفيد من الشيك أبلغ من الضمانات المتاحة لحماية ثمنية الأوراق النقدية المجمع على اعتبارها نقداً موجباً للإبراء العام والقابلية المطلقة، وهو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول وهو صورة من صور **القبض الحكمي** الذي أجازته مجمع الفقه الإسلامي، شريطة أن تتحقق فيه الضوابط التي ذكرها أصحاب القول الأول، حتى لا يتطرق إليه أي احتمال يؤدي إلى الربا.

ومما يؤيد قول من ذهب إلى أن قبض الشيك قبضاً لمحتواه: ما اعتبره الفقهاء في باب الزكاة قبضاً من أن الدين الذي على المليء في حكم المقبوض؛ حيث أوجبوا الزكاة فيه ما ورد عند الفقهاء من نصوص تدل على ذلك ومنها:

ما ذكره الزيلعي حيث قال: «ولو كان الدين على مقر تجب - أي الزكاة - لأنه يمكنه الوصول إليه ابتداءً أو بواسطة التحصيل»^(٣).

(١) قبض الشيكات في استبدال النقود والعملات، ص ٤٢، د. عبد الوهاب حواس، ط. دار النهضة العربية، القاهرة ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م .

(٢) المرجع السابق نفس الموضوع .

(٣) تبين الحقائق (١/ ٦٥٢)، ط/ المطبعة الأميرية .

وقد ورد عن الإمام مالك مسألة: في الرجل يهب للرجل الذي له عليه دين أو غيره قلت - سحنون: رأيت إن وهبت لرجل ديناً لي عليه كيف يكون قبضه؟ قال: إذا قال قد قبلت فذلك جائز له وهذا قبض لأن الدين عليه وهذا قول مالك، وإذا قبل سقط. قلت: فإن وهبت ديناً لي على رجل لرجل آخر؟ قال: قال مالك: إذا أشهد له وجمع بينه وبين غريمه ودفع إليه ذكر الحق فهذا قبض^(١).

وجاء في المغني: «الحوالة بمنزلة القبض، فكأن المحيل أقبض المحتال دينه، فيرجع عليه به، ويأخذ المحتال من المحال عليه»^(٢).

وقال المرداوي في الإنصاف بصدد الكلام عن زكاة الدين على مليء: «الحوالة به والإبراء منه كالقبض، على الصحيح من المذهب، وقيل: إن جعلاً وفاء فكالقبض، وإلا فلا»^(٣).

قبض الشيكات السياحية:

إذا اعتبرنا قبض الشيك قبضاً لمحتواه فما حكم قبض الشيك السياحي هل هو مثل قبض الشيك أم أنه يغايره؟

نقل النقود من مكان إلى آخر قد يحتمل معه خطر السرقة والغصب أو الضياع، بل يوجد تحديد لمقدار معين من النقود يسمح للمسافر بحملها من دولة إلى أخرى، وهذه المشكلات حلت بعد استحداث «الشيك السياحي» وظهرت له مميزات يستحيل تحقيقها عن طريق استخدام طرق الوفاء القديمة^(٤).

ولكن عند الكلام على قبضها وهل هو قبض لمحتواها أو لا؟ لابد من بيان الوصف الفقهي لها:

(١) المدونة (٤ / ٣٠٤)، كتاب: الهيئة، ط/ دار الكتب العلمية .

(٢) المغني (٧ / ٨٥)، مسألة (٥٥٥٣)، كتاب: الحوالة، فصل: (ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق، فرضي، فقد برئ المحيل أبداً) .

(٣) الإنصاف (٣ / ٨١) ط/ دار إحياء التراث العربي .

(٤) الشيكات السياحية: د. أميرة صدقي ص ٥، ط/ دار النهضة العربية .

إن نظام الشيك السياحي حديث نسبياً؛ ولذلك فهو مختلف في تكييفه هل هو شبيه بالشيك المتعارف عليه؟ أو هو سند لأمر؟ أو هو من الأوراق المالية؟ - أوراق البنكنوت - فمن أحقها بالشيك عد قبضها تخلية، ومن أحقها بالأوراق النقدية تم القبض الحقيقي عنده (١).

وقد أحقها بعض الباحثين المعاصرين بالأوراق النقدية (٢) .

ومما ينبغي التنويه إليه أن الشيك السياحي طبيعته مختلفة عن الشيكات الأخرى، وأن كثيراً من الشراح يستبعده من تعريف الشيك، وسمي شيكاً تغليياً؛ لأن وظيفة الشيك السياحي نقل النقود، ولا يتضمن الشيك السياحي تاريخ السحب، ومكان الإصدار، واسم المسحوب عليه، مثل الشيكات الأخرى، من هذا ندرك أن الشيك السياحي ورقه ابتكرها العرف وأقر أحكامها بعيداً عن الأحكام التي وضعها التشريع للأوراق التي قد تشبه بها (٣) .

وانتقد بعضهم التسمية بـ (الشيكات السياحية) ورأى أن الأصوب تسميتها بـ (شيكات المسافرين)؛ لأن تداولها غير مقتصر على السائحين، بل يتداولها المسافرون بهدف التجارة أو العلاج، أو الدراسة، أو غرض آخر، كما أن ذلك هو الترجمة الدقيقة لما يقابله في الإنجليزية (Travelers Cheque) (٤).

وبناءً على ذلك يكون قبض الشيك السياحي قبضاً لمحتواه، وتكون الشيكات السياحية جائزة، فيجوز للسائح التعامل بها.

(١) المرجع السابق ص ٤٠٤، ٤٦، ٥٧؛ حكم قبض الشيك وهل هو قبض لمحتواه؟ للشيخ عبد الله بن منيع (١/ ٩٩٦).

(٢) الشيكات السياحية: د. أميرة صدقي ص ٤٠٤، ٣٧ - ٥٧؛ أحكام الأوراق التجارية والنقدية في الفقه الإسلامي د. ستر بن ثواب الجعيد ص ٨١٣ .

(٣) عمليات البنوك، لعلی جمال الدين عوض، ص ٩٢٩ .

(٤) الشيكات السياحية، الباحث . خالد بن عبد الله الرنيني، ص ٣٣، ٤٣، بحث تكميلي لماجستير بالمعهد العالي للقضاء، ١٣٤١هـ - ١٣٤١هـ نقلاً: فقه المعاملات المصرفية عند الإمام ابن باز - رحمه الله -، رسالة ماجستير للباحث . موسى بن أحمد القرعاني، ص ٥٧٣، ط/ جامعة الجوف ١٣٤١هـ .

المطلب الرابع

حكم التعامل مع السائح الأجنبي بالربا

اتفق الفقهاء على أن الربا محرم بين المسلمين، وبين المسلم والذمي، أو المستأمن في دار الإسلام، أخذاً وعطاءً^(١).

يقول الإمام النووي: « يستوي في تحريم الربا الرجل والمرأة والعبد والمكاتب بالإجماع ولا فرق في تحريمه بين دار الإسلام ودار الحرب فما كان حراماً في دار الإسلام كان حراماً في دار الحرب سواء جرى بين مسلمين أو مسلم وحربي سواء دخلها المسلم بأمان أم بغيره هذا مذهبنا»^(٢).

واختلفوا فيما إذا دخل السائح المسلم (المستأمن) دار غير المسلمين بأمان فهل يحل له التعامل معهم بالربا أو القمار أو غيرهما من العقود الفاسدة وأخذ مالهم هذا برضاهم؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يحرم على السائح المسلم (المستأمن) أن يأخذ الربا من الحربي في الدولة غير الإسلامية. وهو ما ذهب إليه المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)،

(١) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين (٤ / ٩٦١)، أحكام القرآن: للجصاص (٤ / ٩٨)، الفروق: للقرافي (٣ / ٧٠٢)، (٣ / ١٣٢)، ط / عالم الكتب،، المغني: لابن قدامة (٦ / ٨٩) ط / عالم الكتب.

(٢) المجموع للنووي (٩ / ٨٨٤) .

(٣) الفروق: للقرافي (الفرق التاسع والسبعون والمائة بين قاعدة معاملة أهل الكفر وقاعدة معاملة المسلمين) (٣ / ٧٠٢)، (٣ / ١٣٢)،، وجاء فيه: «وقال وأكره معاملة المسلم بأرض الحرب للحربي بالربا».

(٤) المجموع (١٠١ / ٧٨٤)، (٩ / ٨٨٤) ط / دار الإرشاد، وأيضاً: الحاوي: للماوريدي (٥ / ٥٧)، ط / دار الكتب العلمية.

(٥) المغني لابن قدامة (٦ / ٩٩)، مسألة: (٨٨٥٧)، . وجاء فيه: « ويحرم الربا في دار الحرب، كتحريمه في دار الإسلام »، أيضاً (٣١ / ٢٥١) .

والأوزاعي، وإسحاق وأبو ثور^(١) وابن حزم^(٢)، وأبو يوسف من الحنفية^(٣).

القول الثاني: يجوز للسائح المسلم (المستأمن) الذي دخل دار غير المسلمين بأمان أن يتعامل بالربا ويأخذه المال من الحربي فيها . وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن الشيباني، والنخعي^(٤)، ورواية للحنابلة^(٥).

الأدلة

أدلة أصحاب القول الأول:

أولاً: الدليل من القرآن:

١ - قوله تعالى: {الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا} (٦).

٢ - وقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ} (٧).

(١) المغني (٦/ ٩٩) .
(٢) المحلى بالآثار: لابن حزم (٧/ ٧٦٤، ٨٦٤) مسألة: (٦٠٥١): «بيع الأصناف الربوية بين العبد وسيده وبين المسلم والكافر» وجاء فيه: «أن كل ما حرم علينا فهو حرام عليهم» .
(٣) الاختيار لتعليل المختار: للموصلي (٢/ ٣٣)، وجاء فيه: «ولا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لأبي يوسف، وعلى هذا القمار لأن الربا والقمار حرام» .
(٤) مختصر اختلاف العلماء: للطحاوي (٣/ ٢٩٤) مسألة (٣٤٦١) ، وجاء فيه: «قال إبراهيم النخعي وأبو حنيفة ومحمد لا بأس في الربا في دار الحرب بين المسلمين وبينهم»، شرح السير الكبير (٦٨٤١)، (٨٨٤١)، مسألة: «٩٩٨٢ ط/ الشركة الشرقية للإعلانات» .
(٥) المبدع لابن مفلح، (٤/ ٧٥١)،، الإنصاف: للمرداوي (٥/ ٣٥)،، باب: الربا، وجاء فيه: «وفي الموجز رواية: لا يحرم الربا في دار الحرب» .

(٦) سورة البقرة: (٥٧٢) .

(٧) سورة البقرة: (٨٧٢) .

وجه الدلالة:

الآيات بعمومها تدل على أن الربا حرام في دار غير المسلمين كتحريمه في دار الإسلام، كالربا بين المسلمين، ولم يختص تحريم الربا بمكان دون مكان^(١) .

الدليل من المعقول:

1- لأن كل ما كان حراما في دار الاسلام كان حراما في البلاد غير الإسلامية، كالربا بين المسلمين، وشرب الخمر والقمار والزنا وسائر المعاصي؛ ولأنه عقد فاسد فوجب ألا يستباح به المعقود عليه كالنكاح^(٢) .

2- إن حرمة الربا كما هي ثابتة في حق المسلمين فهي ثابتة في حق غير المسلمين؛ لأنهم مخاطبون بفروع الشريعة في الصحيح من الأقوال^(٣)، ومنها حرمة الربا قال تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾^(٤)(٥) .

الدليل من القياس:

القياس على المستأمن منهم في دارنا، فإن الربا يجري بين المسلم وبينه، فكذا الداخل منا إليهم بأمان. فالمسلم متى دخل دار غير المسلمين بأمان فأموالهم

(١) أحكام القرآن: أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، (١ / ٩٤٦)، ط/ دار الفكر، لبنان؛ وأيضاً: الحاوي (٥ / ٥٧)؛ تكملة المجموع (١ / ٧٨٤)؛ المغني (٦ / ٩٩) .

(٢) المراجع السابقة نفس الموضع: الحاوي (٥ / ٥٧)، تكملة المجموع (١ / ٧٨٤) ، المغني (٦ / ٩٩)، شرح فتح القدير: لابن الهمام (٧ / ٨٣، ٩٣) ط/ دار الفكر، الإشراف: للقاضي عبد الوهاب (٢ / ٨٦٤)، المدونة الكبرى: للإمام مالك (١ / ١٧٢)، المقدمات الممهيات (١ / ٨٣٣) .

(٣) وعلي القول الثاني إن الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة فالمسلم مطالب بها . راجع: أحكام القرآن لابن العربي (١ / ٦٤٩) وجاء: « فأما إذا أعطى من نفسه الأمان ودخل دارهم فقد تعين عليه أن يفي بالأمان يخون عهدهم ولا يتعرض لمالهم ولا شيء من أمرهم، فإن جوز القوم الربا فالشرع لا يجوز، فإن قال أحد إنهم لا يخاطبون بفروع الشريعة فالمسلم مخاطب بها» .

(٤) سورة النساء آية: (١٦١) .

(٥) بدائع الصنائع (٥ / ٢٩١) .

عليه محظورة؛ فلم يجز مبايعتهم بالربا، كالحربي إذا دخل إلينا بأمان فمأله علينا محذور، ولا يجوز لنا مبايعته بالربا^(١).

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل الحنفية بالسنة والمعقول :

أما السنة :

١- فما روي عَنْ مَكْحُولٍ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: «لَا رِبَا بَيْنَ أَهْلِ الْحَزْبِ»، أَظْنُهُ قَالَ: «وَأَهْلِ الْإِسْلَامِ»^(٢) قال الإمام السرخسي: «وهذا الحديث، وإن كان مرسلًا فمكحول فقيه ثقة، والمرسل من مثله مقبول»^(٣).

ويناقد هذا الدليل:

بأنه مرسل ضعيف فلا حجة فيه، ولو صح لأولناه على أن معناه: لا يباح الربا في دار غير المسلمين، جمعا بين الأدلة^(٤).

يقول ابن قدامة: « وخبرهم مرسل لا نعرف صحته، ويحتمل أنه أراد النهي عن ذلك، ولا يجوز ترك ما ورد بتحريمه القرآن، وتظاهرت به السنة، وانعقد

(١) شرح فتح القدير (٧/، ٨٣، ٩٣)؛ الاشراف (٢/ ٨٦٤).

(٢) معرفة السنن والآثار: للبيهقي (١٣/ ٢٧٦)، ح رقم: (١٨١٦٧)، كتاب: السير، بيع الدرهم بالدرهمين في أرض الحرب، ط/ دار الوفاء (المنصورة - القاهرة)، قال عنه الحافظ ابن حجر: « لم أجده لكن ذكره الشافعي من طريقه البيهقي »راجع: الدراية في تخريج أحاديث الهداية: لابن حجر العسقلاني (٢/ ١٥٨)، ح رقم: (٧٩٧)، باب الاستحقاق وباب السلم، وقال الزيلعي: « غريب ... قال الشافعي: وهذا ليس بثابت، ولا حجة فيه. » راجع: نصب الراية، للزيلعي (٤/ ٤٤)، باب الربا (٣) المبسوط: للسرخسي (٤١/ ٦٥)، (باب الصرف في دار الحرب).

(٤) المجموع (٩/ ٨٨٤)؛ أيضاً: الحاوي (٥/ ٥٧).

الإجماع على تحريمه، بخبر مجهول، لم يرد في صحيح، ولا مسند، ولا كتاب موثوق به، وهو مع ذلك مرسل محتمل . ويحتمل أن المراد بقوله: { لا ربا } . النهي عن الربا «^(١)، كقوله: { الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ }^(٢).

2- ما روي عن سعيد بن جبير^(٣): أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (صلى الله عليه وسلم) كَانَ بِالْبَطْحَاءِ، فَأَتَى عَلَيْهِ يَزِيدُ بْنُ زُكَّانَةَ، أَوْ رُكَّانَةَ^(٤) بِنِ يَزِيدٍ، وَمَعَهُ أَعْنَزُ لَهُ، فَقَالَ: يَا مُحَمَّدُ هَلْ لَكَ أَنْ تُصَارِعَنِي^(٥)؟ فَقَالَ: «مَا تَسْبِقُنِي؟» قَالَ: شَاةٌ مِنْ غَنَمِي، فَصَارِعَهُ، فَصَرَعَهُ، فَأَخَذَ شَاهُ قَالَ زُكَّانَةَ: هَلْ لَكَ فِي الْعُودِ؟ قَالَ: «مَا تَسْبِقُنِي؟» قَالَ: أُخْرَى، ذَكَرَ ذَلِكَ مِرَارًا، فَقَالَ: يَا مُحَمَّدُ، وَاللَّهِ مَا وَضَعَ أَحَدٌ جَنْبِي إِلَى الْأَرْضِ، وَمَا أَنْتَ بِالَّذِي تُصَارِعُنِي، فَأَسْلَمَ، وَرَدَّ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه وسلم) غَنَمَهُ^(٦).

(١) المغني: (٦/ ٩٩).

(٢) سورة: البقرة من الآية: (٧٩١)

(٣) سعيد بن جبير بن هشام: الإمام، وهو من التابعين، قرأ القرآن على ابن عباس، وروى كثيراً من الأحاديث، وكان من كبار العلماء، وقد قتله الحجاج في شعبان سنة (٩٥هـ)، وقد عاش (٥٧هـ) سنة، وقيل: (٤٩هـ)، فعلى هذا يكون مولده في خلافة أبي الحسن علي بن أبي طالب (كرم الله وجهه). راجع: سير أعلام النبلاء (٤/ ٣٢١-٣٤٢)؛ تهذيب التهذيب (٢/ ٦٢٤-٦٢٦).

(٤) رُكَّانَةَ: هو رُكَّانَةُ بْنُ عَبْدِ يَزِيدِ بْنِ هِشَامِ بْنِ الْمُطَّلِبِ بْنِ عَبْدِ مَنْفَى الْمُطَّلِبِيِّ كَانَ مِنْ مُسَلِّمَةِ الْفَتْحِ، وَهُوَ الَّذِي صَارَعَ النَّبِيَّ (صلى الله عليه وسلم) وَذَلِكَ قَبْلَ إِسْلَامِهِ، وَقِيلَ: كَانَ ذَلِكَ سَبَبَ إِسْلَامِهِ، لَهُ أَحَادِيثٌ، قَالَ ابْنُ حَبَانَ: «يُقَالُ: إِنَّهُ صَارَعَ النَّبِيَّ (صلى الله عليه وسلم) وَفِي إِسْنَادِ خَبْرِهِ نَظَرٌ»، تَوَفَّى بِالْمَدِينَةِ فِي أَوَّلِ خِلاَفَةِ مُعَاوِيَةَ سَنَةِ (٤١هـ). راجع: تهذيب التهذيب (٢/ ٤٤٤).

(٥) تُصَارِعُنِي: الصرع: الطرح على الأرض والمفاعلة للمشاركة . راجع: عون المعبود (١١/ ٨٨). (٦) رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: السبق والرمي، باب: ما جاء في المصارعة (١٠/ ١٨) وقال: «هو مرسل جيد»، وقد روى بإسناد آخر موصولاً إلا أنه ضعيف، ورواه عبدالرزاق في مصنفه، كتاب: الجامع، باب: قوة النبي (صلى الله عليه وسلم) (١١/ ٤٢٧)، ح رقم: (٢٠٩٠٩)، درجة الحديث: قال ابن حجر: «إسناده صحيح إلى سعيد بن جبير، إلا أن سعيداً لم يدرك رُكَّانَةَ»، ثم قال ابن حجر: «قال الحافظ عبدالغني بن سعيد: «ما روي من مصارعة النبي (صلى الله عليه وسلم) أبا جهل لا أصل له، وحديث رُكَّانَةَ أُمَّثَلُ مَا رَوِيَ فِي مِصَارِعَةِ النَّبِيِّ (صلى الله عليه وسلم)» وقال ابن القيم: «قال شيخنا . أَى الْمَرْيَ . وَسَعِيدُ بْنُ جَبْرِ لَمْ يَدْرِكْ رُكَّانَةَ، فَإِنَّ رُكَّانَةَ تَوَفَّى أَوَّلَ خِلاَفَةِ مُعَاوِيَةَ سَنَةِ (٤٢هـ)،

وجه الدلالة: الحديث صريح الدلالة على جواز المصارعة بين المسلم والكافر، وهكذا بين المسلمين^(١)؛ وقد أخذ النبي (صلى الله عليه وسلم) من ركانه جميع غنمه، ثم ردها عليه تكريماً، وهذا دليل على جواز مثله في دار غير المسلمين بين المسلم والحربي، وهذا لأن مال الحربي مباح^{(٢)(٣)}.

ويناقش هذا الاستدلال: بأنه لا حجة لهم في الاستدلال بهذا الحديث؛ فهو غير مسلم بها لأمر:

- ١- ضعف هذه الرواية؛ لأنها من طريق يزيد بن أبي زياد مولى عبدالله بن الحارث بن نوفل وهو ضعيف^(٤)، لا يصلح أن يكون حديثه عمدة في هذه المسألة.
- ٢- الظاهر أنه (صلى الله عليه وسلم) إنما أراد أن يبين غلبته وعجزه من وجهين؛ صرعه وأخذ ماله، فلما ظهر ذلك رده إليه^(٥).

وقال الألباني: «فهذا الإسناد أقل أحواله عندي أنه حسن» راجع: تلخيص الحبير (٤/١٥٢٣)؛ نيل الأوطار (٨/١٢٠)؛ البداية والنهاية لابن كثير (٣/٨٣)، ط/ دار الكتب العلمية ١٩٩٤م، الفروسية ص٢٠٢؛ إرواء الغليل (٥/٣٣١).

وهذا الحديث رواه أبو داود بسنده عن أبي جعفر بن محمد بن علي بن زكّانة عن أبيه: «أن زكّانة صارع النبي (صلى الله عليه وسلم) فصرعه النبي (صلى الله عليه وسلم) قال زكّانة: وسَمِعْتُ النَّبِيَّ (صلى الله عليه وسلم) يَقُولُ: فَرَّقَ مَا بَيْنَنَا وَبَيْنَ الْمُشْرِكِينَ الْعَمَائِمَ عَلَى الْقَلَانِسِ». سنن أبي داود (واللفظ له)، كتاب: اللباس، باب: في العمائم (٨٧/١١، ٨٨)، ح رقم: (٤٠٧٢)، وأخرجه الترمذى في سننه، كتاب: اللباس، باب: العمائم على القلانس، (٤/٢١٩) ح رقم: (١٧٩١)، درجة الحديث: قال الترمذى: «هذا حديث حسن غريب. وإسناده ليس بالقائم، ولا نعرف أبا الحسن العسقلاني ولا ابن زكّانة».

(١) انظر: نيل الأوطار (٨/٢١٠).

(٢) المبسوط (٤١/٦٥)، باب الصرف في دار الحرب.

(٣) انظر: الفروسية ص ٩٩١، ٥٠٢، ٤٠٢، ٥٠٢.

(٤) يزيد بن أبي زياد ضعفه عامة أهل العلم: قال عنه يحيى بن معين: «ليس بالقوى»، وقال أيضاً: «ضعيف الحديث»، وقال أبو حاتم: «ليس بالقوى»، وقال أبو زرعة: «أين»، وقال أحمد بن حنبل: «لم يكن بالحافظ». راجع: سير أعلام النبلاء (٦/١٢٩-١٣٣)؛ وانظر أيضاً: تهذيب التهذيب (٧/١٥٢-١٥٤).

(٥) انظر: كف الرعاع عن محرّمات اللّهُ والسماع مطبوع مع الزواجر عن اقتراف الكبائر: لابن حجر المكي الهيثمي ص٨٦، ٨٧، ط/ دار الشعب - القاهرة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م؛ وانظر أيضاً: نيل الأوطار (٨/١٢٠).

٣ - لو سلمنا بأن بذل المال كان من الجانبين، لكان ذلك منسوخاً إذ إنه كان قبل تحريم القمار، فإن مصارحته (صلى الله عليه وسلم) كانت في مكة، وتحريم القمار كان في المدينة بعد أخذ بأشهر أو بعد الأحزاب^(١)، والتراهن مع الإخراج من الجانبين من القمار فكان منسوخاً. والدليل على أن مصارحته (صلى الله عليه وسلم) لركانة كانت في مكة قبل الإسلام: أنه قد جاء التصريح بذلك في الرواية التي معنا حيث قال: «أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) كان بالبطحاء أى: بطحاء^(٢) مكة كما جاء في رواية عبدالله بن الحارث قال: «صَارَعَ النَّبِيُّ (صلى الله عليه وسلم) أَبَا رُكَّانَةَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، وَكَانَ شَدِيداً فَقَالَ: شَاةٌ بِشَاةٍ فَصَرَغَهُ رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه وسلم) ... الحديث»^(٣).

٣- إن طلب ركانة معاودة الصراع، ليس دليلاً على استرجاع المال، بل إن استرداد النقص المعنوي أهم على كثير من النفوس من المال^(٤).

(١) يقول الإمام القرطبي . رحمه الله : «ولا خلاف بين علماء المسلمين أن «سورة المائدة» نزلت بتحريم الخمر، وهي مدنية من آخر ما نزل»، وقال أيضاً: «قد جمع الله بين الخمر والميسر في التحريم»، ووصفهما جميعاً بأنهما يوقعان في العداوة والبغضاء بين الناس». راجع: الجامع لأحكام القرآن: للقرطبي (٦٢٥/٧، ٦٢٧).

(٢) البَطْحَاءُ هو: الحصى الصغار، وبطحاء الوادي، وأبْطَحُهُ: حصاه اللين في بطن المسيل، وأبْطَحَ مَكَةَ هو: مسيل واديها، ومنه قيل: قريش البطاح هم: الذين ينزلون أباطح مكة، وبطحاءها. راجع: النهاية في غريب الحديث (١٤٠/١).

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: السبق والرمي، باب: ما جاء في المصارعة (١٠/١٨) وقال: «هو مرسل جيد»، وقد روى بإسناد آخر موصولاً إلا أنه ضعيف، ورواه عبدالرزاق في مصنفه، كتاب: الجامع، باب: قوة النبي (صلى الله عليه وسلم) (٤٢٧/١١)، ح رقم: (٢٠٩٠٩)، درجة الحديث: قال ابن حجر: «إسناده صحيح الي سعيد بن جبیر، إلا أن سعيداً لم يدرك ركانة»، ثم قال ابن حجر: «قال الحافظ عبدالغنى بن سعيد: «ما روى من مصارعة النبي (صلى الله عليه وسلم) أباً جهل لا أصل له، وحديث ركانة أمثل ما روى في مصارعة النبي (صلى الله عليه وسلم)» وقال الألباني: «فهذا الإسناد أقل أحواله عندي أنه حسن» راجع: تلخيص الحبير (١٥٢٣/٤)؛ إرواء الغليل (٣٣١/٥).

(٤) انظر: القمار وأحكامه : د. سليمان الملحم ص ٤١.

٤- إن النبي (صلى الله عليه وسلم) لما صارعه كان واثقاً أنه سيغلبه، فلم يستو الطرفان في الغنم والغرم، وبذلك لا يتحقق معنى القمار^(١)، وقولهم: يستحيل دخول المحلل بين المتصارعين فيه نظر؛ لأن طريقة دخول المحلل في المصارعة هو: أن يتصارع أحد المتسابقين مع المحلل أو مع المتسابق الثاني، والفائز منهما يتصارع مع الآخر^(٢).

الدليل الثالث من السنة على جواز تعامل المسلم بالربا مع الحربي:

٥- قصة مراهنة أبي بكر الصديق (رضي الله عنه) لكفار قريش بعلمه وإذنه صلى الله عليه وسلم وذلك روي عن سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ (رضي الله عنهما) فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {الْمُغْلِبَاتِ الرُّومِ فِي أَدْنَى الْأَرْضِ} ^(٣)، قَالَ: غَلِبَتْ وَعَلِبَتْ. قَالَ: كَانَ الْمُشْرِكُونَ يُحِبُّونَ أَنْ يَظْهَرَ أَهْلُ فَارِسَ عَلَى الرُّومِ لِأَتَهُمْ وَإِيَّاهُمْ أَهْلُ الْأَوْثَانِ، وَكَانَ الْمُسْلِمُونَ يُحِبُّونَ أَنْ يَظْهَرَ الرُّومُ عَلَى فَارِسَ لِأَتَهُمْ أَهْلُ الْكِتَابِ، فَذَكَرُوهُ لِأَبِي بَكْرٍ (رضي الله عنه) (فَذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ (رضي الله عنه) لِرَسُولِ اللَّهِ (صلى الله عليه وسلم) فَقَالَ: «أَمَا إِنَّهُمْ سَيَغْلِبُونَ» فَذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ (رضي الله عنه) لَهُمْ فَقَالُوا: اجْعَلْ بَيْنَنَا وَبَيْنَكَ أَجَلاً فَإِنْ ظَهَرْنَا كَانَ لَنَا كَذَا وَكَذَا، وَإِنْ ظَهَرْتُمْ كَانَ لَكُمْ كَذَا وَكَذَا، فَجَعَلَ أَجَلاً خَمْسَ سِنِينَ فَلَمْ يَظْهَرُوا، فَذَكَرُوا ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: «أَلَا جَعَلْتَهُ الْيَوْمَ» قَالَ: أَرَاهُ الْعَشْرَ، قَالَ: أَبُو سَعِيدٍ: وَالْبِضْعُ مَا دُونَ الْعَشْرِ، قَالَ: ثُمَّ ظَهَرَتْ

(١) يقول ابن حجر: «فإن أخرجاه معاً ولا مُحَلَّل، وأحدهما يقطع بسبقه فالسابق كالمُحَلَّل؛ لأنه لا يغرَّم شيئاً، وشرط المال من جهته لغو». راجع: تحفة المحتاج: لابن حجر الهيتمي (٣٤٩/١٢)، ط/ دار الكتب العلمية بيروت. لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م.
(٢) انظر: أحكام المسابقات: د. عبد الصمد بلحاجي ص ١٥٨.
(٣) سورة الروم آية (١، ٢، ٣).

الرُّومُ بَعْدُ، قَالَ: فَذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: {الم غُلِبَتِ الرُّومُ} (١) إِلَى قَوْلِهِ: {لَوْ يَوْمَئِذٍ يَفِرُّ الْمُؤْمِنُونَ} {٤} {بِنَصْرِ اللَّهِ يَنْصُرُ مَنْ يَشَاءُ وَهُوَ الْعَزِيزُ الرَّحِيمُ} {٥} (٢).
قَالَ سُفْيَانُ: سَمِعْتُ أَنَّهُمْ ظَهَرُوا عَلَيْهِمْ يَوْمَ بَدْرٍ» (٣).

وجه الدلالة: أن المراهنة تمت من الجانبين ولا مُحَلَّل بينهما، فإن كلاً من أبي بكر رضي الله عنه والمشركون ملتزم بإخراج المال لمن تحقق صدق قوله، وهذا إخراج من الطرفين من غير مُحَلَّل (٤). وهو القمار بعينه بين أبي بكر ومشركي مكة (٥).

وهذا القمار لا يحل بين أهل الإسلام، وقد أجازَه رسول الله ﷺ بين أبي بكر (رضي الله عنه)، وهو مسلم، وبين مشركي قريش؛ لأنه كان بمكة في دار الشرك؛ حيث لا يجري أحكام المسلمين (٦) - فلولا أن مال الحربي يجوز أخذه بكل سبب لم يجز له - صلى الله عليه وسلم - ذلك (٧).

ويناقد هذا الدليل: بأنه غير مسلم به؛ لأن مراهنة الصديق ﷺ لكفار قريش قد نسخت بتحريم القمار، فهي منسوخة بقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا

(١) سورة الروم آية: (١، ٢) .

(٢) سورة الروم آية (٤، ٥) .

(٣) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب: تفسير القرآن/ سورة الروم، باب: ومن سورة الروم (٦/٢٧٨)، ح رقم: (٣٢٠٤) **درجة الحديث:** قال الترمذي: «هذا حديث حسنٌ غريبٌ إنما نعرفه من حديث سُفْيَانِ الثَّوْرِيِّ عن حبيب بن أبي عمرة». قال ابن القيم: «إسناده على شرط الصحيح». راجع: الفروسية ص ٢٠٧، وللحديث روايتان عند الترمذي من طرق أخرى برقم: (٣٢٠٢)، (٣٢٠٥)، ورواه الحاكم في المستدرک (٢/٤٤٥)، ح رقم: (٣٥٤٠) فالحديث بمجموع طرقه مما يحتج به في الجملة وقد صححه الحاكم. راجع: الفتح الرباني (١٨/٢٢٩).

(٤) انظر: الفروسية ص ٢٠٣.

(٥) شرح فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (٧/٣٨،

٣٩) ط/ دار الفكر، بيروت. لبنان، بدون تاريخ طبع.

(٦) المبسوط (١٤/٥٦)، باب الصرف في دار الحرب .

(٧) التجريد للقدوري: أحمد بن القدوري (٥/٢٣٧٠) مسألة: (٥٨٩) محمد، ط/ دار السلام - القاهرة .

الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ^(١)؛ لأن
سورة الروم مكية وسورة المائدة من آخر القرآن نزولاً^(٢).

الجواب عن هذه المناقشة: هذا القول غير صحيح؛ لأن قصة الصديق رضي الله عنه
ليست منسوخة بتحريم القمار، فإن القمار حُرِّمَ مع تحريم الخمر، وكان ذلك بعد
أُخِذَ بأشهر وأُخِذَ كانت سنة ثلاث، والصديق لما أخذ المشركون منه الرهان، عاد
وراهنهم على مدة أخرى فغلبت الروم فارس قبل المدة المضروبة بينهم، فأخذ أبو
بكر رهنهم، وهذه الغلبة من الروم لفارس كانت عام الحديبية سنة ست بلا شك^(٣)
ومن قال إنها كانت عام غزوة بدر فقد وهم، فُعلم بذلك أن تحريم القمار سابق
على أخذ الصديق الرهان الذي راهن عليه أهل مكة^(٤).

والدليل على أن غلبة الروم لفارس كانت عام الحديبية: ما ثبت في صحيح
البخارى عن ابن عباس عن أبي سفيان: «أَنَّ هِرْقُلَ لَمَّا أَظْهَرَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيَّ
فَارِسَ مَشَى مِنْ حِمصَ الي إِيْلِيَاءَ شُكْرًا لِلَّهِ، فَوَافَاهُ كِتَابَ رَسُولِ اللَّهِ (صلى الله عليه
وسلم) وَهُوَ بِإِيْلِيَاءَ، فَطَلَبَ مَنْ هُنَاكَ مِنَ الْعَرَبِ فَجِيءَ بِأَبِي سُفْيَانَ فَقَالَ لَهُ: إِنِّي
سَأَلْتُكَ عَنْ هَذَا الرَّجُلِ فَذَكَرَ الْحَدِيثَ وَفِيهِ قَالَ: «هَلْ يَغْدُرُ؟ فَقَالَ أَبُو سُفْيَانَ: لَا،
وَنَحْنُ الْآنَ فِي مُدَّةٍ لَا نَدْرِي مَا هُوَ فَاعِلٌ فِيهَا... يُرِيدُ بِالْمُدَّةِ: صَلْحَ الْحَدَيْبِيَّةِ»^(٥).

(١) سورة المائدة آية رقم (٩٠).

(٢) انظر: الجامع لأحكام القرآن: للقرطبي (٦٢٢٢-٦٢٢٧)، وأيضاً: (٣٣٤/٢١)؛ وانظر أيضاً:
أحكام القرآن: لابن العربي (٥٢٢/٣).

(٣) انظر: فتح الباري (٥١/١)، وانظر أيضاً: سير أعلام النبلاء (٢٨٠٥٦/٢٧).

(٤) انظر: الفروسية ص ٢٠٨.

(٥) هذا جزء من حديث أخرجه البخارى مطولاً في صحيحه (واللفظ له)، كتاب: بدء الوحي، باب:
(٦)، (٤٨/١) ح رقم: (٧)، وأيضاً: كتاب: الجهاد والسير، باب: دعاء النبي (٢) الناس إلي الإسلام
والتبوة، وأن لا يتخذ بعضهم بعضاً أرباباً من دون الله (١٥٥/٦-١٥٧) ح رقم: (٢٩٤١)، وأخرجه
مسلم في صحيحه مع شرح النووي، كتاب: الجهاد، باب: كتاب النبي (٢) إلي هرقل يدعوه للإسلام
(٣٤٦/٦ - ٣٤٨)، ح رقم: (٧٤-١٧٧٣).

رد هذا الجواب: هذا القول غير مسلم به لأمرين:

١- إن القول بالنسخ هو الأوجه - أى نسخ قصة مراهنه الصديق -؛ لأن انتصار الروم على فارس كان يوم غزوة بدر، يقول الإمام ابن كثير - رحمه الله-: «وكان نصره الروم على فارس يوم غزوة بدر في قول طائفة كثيرة من العلماء كابن عباس والثوري والسدي وغيرهم»^(١).

ودل على ذلك الحديث الذى رواه الترمذي عن أبي سعيد^(٣) قال: «لَمَّا كَانَ يَوْمُ بَدْرِ ظَهَرَتْ الرُّومُ عَلَى فَارِسَ فَأَعْجَبَ ذَلِكَ الْمُؤْمِنِينَ فَنَزَلَتْ (الم غَلِيْثِ الرُّومِ)^(٤). الي قَوْلِهِ: (يَفْرَحُ الْمُؤْمِنُونَ بنصر الله)^(٥) قَالَ: فَفَرِحَ الْمُؤْمِنُونَ بِظُهُورِ الرُّومِ عَلَى فَارِسَ»^(٦).

(١) السدي: هو إسماعيل بن عبد الرحمن بن أبي كريمة السدي القرشي مولا هم الكوفي الأعور وهو السدي الكبير كان يقعد في شدة باب الجامع فسمى السدي، وثقة أحمد، وقال علي بن القطان: «لا بأس به ما سمعت أحدا يذكره إلا بالخير، وما تركه أحد»، وقال الجوزجاني: «هو كذاب شتام»، وقال أبو زرعة: «لين»، وقال أبو حاتم: «يكتب حديثه، ولا يحتج به»، وقال العجلي: «ثقة، عالم بالتفسير»، وذكره ابن حبان في الثقات، وقال الطبري: «لا يحتج بحديثه»، توفي سنة (١٢٧هـ). راجع: تهذيب التهذيب (١/٢٩٤، ٢٩٥).

(٢) انظر: تفسير ابن كثير (٣/٤٤١)، يقول الفخر الرازي في التفسير الكبير (٨٥/٢٥) في تفسير قوله تعالى: {وَيَوْمَئِذٍ يُفْرِحُ الْمُؤْمِنُونَ} [سورة الروم آية (٤)] قيل يفرحون بغلبة الروم على الفرس كما فرح المشركون بغلبة الفرس على الروم، والأصح أنهم يفرحون بغلبتهم المشركين؛ وذلك لأن غلبة الروم كانت يوم غلبة المسلمين المشركين ببدر.

(٣) أبوسعيد: هو أبو سعيد الخدري وقيل المقصود أنه الكلبي؛ لأن الحديث مروى عن عطية العوفى، وعندما بحثت في ترجمة عطية العوفى وجدت أن ابن حبان قال عنه: «سمع من أبي سعيد أحاديث، فلما مات جعل يجالس الكلبي ... وكناه أبا سعيد ... فيتهم الناس أنه يريد أبا سعيد الخدري، وإنما أراد الكلبي. راجع: في ترجمة عطية العوفى. تهذيب التهذيب (٤/٥١١)، سير أعلام النبلاء (٥/٣٢٥، ٣٢٦). وتعريف الكلبي هو: العلامة الأخباري، أبو النضر محمد بن السائب بن بشر الكلبي المفسر، وكان أيضاً رأساً في الأنساب إلا أنه شيعي متروك الحديث. يروى عنه ولده هشام وطائفة، أخذ عن أبي صالح وجريز، وجماعة، وكان الثوري يروى عنه، ويُدلسه توفي سنة (١٤٦). راجع: سير أعلام النبلاء (٦/٢٤٨، ٢٤٩).

(٤) سورة الروم آية (١، ٢).

(٥) سورة الروم آية (٤، ٥).

(٦) أخرجه الترمذي في سننه (واللفظ له)، كتاب: تفسير القرآن/ سورة الروم، باب: ومن سورة الروم، (٦٧٦/٢٧٦)، ح رقم: (٣٢٠٣)، درجة الحديث: قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه».

وقال الإمام الألويسي^(١) - رحمه الله: «وهو الظاهر -أي النسخ-؛ لأن السورة مكية، وتحريم الخمر والميسر من آخر القرآن نزولاً»^(٢).

وأما قولهم بأن النصر كان يوم الحديبية؛ لأن قيصر الروم وُقِيَ بنذره الذى نذره إذا هو انتصر في هذا العام فيجاب عليه: بأن بلاد الروم كانت قد خربت وتشعبت فما تمكن من وفاء نذره حتى أصلح ما ينبغي له إصلاحه وتفقده بلاده، ثم بعد أربع سنين من نُصرتَه وُقِيَ بنذره^(٣).

ومما يؤيد هذا القول: ما اشتهر عند المؤرخين من أن غلبة فارس للروم كانت في عام (٦١٤) للميلاد، أي قبل الهجرة النبوية بسبع سنين، ولو كانت غلبة الروم لهم عام الحديبية لمضت البضع قبل وقوع الغلبة، إذ الحديبية كانت سنة ست^(٤).

وعلى فرض التسليم بعم النسخ: فإن مراهنه الصديق خارجه عن محل النزاع؛ لأن أبا بكر الصديق (رضي الله عنه) كان جازماً بنصر الروم، فهو غير مخاطر حسب اعتقاده لكمال يقينه بصدق ما أخبر الله ورسوله به^(٥) فأبو بكر الصديق هو

(١) الألويسى: محمود بن عبد الله الحسينى الألويسى، ولد ببغداد سنة (١٢١٧هـ = ١٨٠٢م)، محدث، أديب، مفسر، تولى الإفتاء ببلده سنة (١٢٤٨)، وغزل فانقطع للعلم. من مصنفاته: «روح المعانى» فى التفسير، «ومقامات» فى التصوف والأخلاق، و«غرائب الاغتراب»، توفى ببغداد سنة (١٢٧٠هـ - ١٨٥٤م)، انظر: الأعلام: للزركلى (١٧٦/٧).

(٢) روح المعانى (٢٨/١٢).

(٣) تفسير ابن كثير (٤٤١/٣).

(٤) تفسير القاسمى المسمى محاسن التأويل: لمحمد جمال الدين القاسمى (٤٧٦٦، ٤٧٦٥/١٣)، صححه: محمود فؤاد عبد الباقي ط/ عيسى البابى الحلبي وشركاه. وانظر أيضاً: فتح البارى (٥١/١)، سير أعلام النبلاء (٢٧/٢٨، ٥٦).

(٥) هذا توجيه له وجهه لو أن أبا بكر جعل الأجل الي أقصى عدد من السنين التى يطلق البضع عليها -وهو يطلق ما بين الثلاث إلى العشر، وقيل إلى التسع- وذلك للقطع بأنه لا يمكن أن تمضي المدة إلا وقد حصلت الغلبة، فأما ما قبل ذلك فإن الاحتمال قائم، والمخاطرة باقية. يراجع: القمار وأحكامه د. سليمان الملحم ص ٤٠٨. والبيضع: يطلق ما بين الثلاث إلى العشر وقيل: إلى التسع، وقيل: بل هو فوق الخمس ودون العشرة. يراجع: المفردات فى غريب القرآن: للأصفهاني ص ٥٠، كتاب: البناء، ط/ دار المعرفة، بيروت - لبنان؛ عارضة الأحوذى (٢٧٧/٦)؛ وأيضاً: تفسير ابن كثير (٤٤٠/٣)، (٤٤١)؛ أحكام القرآن: لابن العربى (٥٢٢/٣).

كالمُحَلَّل؛ لأنه لا يُغرم شيئاً وشرطُ المال من جهته لغو^(١).

الدليل الرابع من السنة :

ما روي عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال في خطبته في حجة الوداع: { وَرِبَا الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ، وَأَوَّلُ رِبَا أَضْعُ رِبَانًا رِبَا عَبَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ، فَإِنَّهُ مَوْضُوعٌ كُلُّهُ }^(٢).

وجه الدلالة:

أن العباس - رضي الله عنه - بعد ما أسلم رجع إلى مكة، وكانت دار حرب لا يجري فيها أحكام المسلمين، وكان يربي، وكان لا يخفى فعله عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم ، وإنما جعل الموضوع من ذلك ما لم يقبض حتى جاء الفتح، ولم ينهه عما قبل ذلك، فدل على جواز الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب^(٣)، وقد كان العباس ممن تقدم إسلامه قبل فتح مكة^(٤)، والمراد بالوضع هنا: الرد والإبطال^(٥).

يقول الطحاوي - رحمه الله : « وفي ذلك ما يدل علي أن الربا قد كان حلالاً بين المسلمين وبين المشركين بمكة لما كانت دار حرب، وهو حينئذ حرام بين المسلمين في دار الإسلام، وهذا دليل علي إباحة الربا بين المسلمين وبين أهل الحرب في دار الحرب »^(٦) .

(١) تحفة المحتاج: للهيتمي (١٢ / ٣٤٩).

(٢) صحيح مسلم: ، كتاب: الحج، باب: باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم (٤ / ٤١)، ح رقم: (٢٩٢) .

(٣) المبسوط (١٤ / ٥٦)

(٤) مختصر اختلاف العلماء: للطحاوي (٣ / ٤٩٢) مسألة (١٦٤٣) .

(٥) شرح صحيح مسلم، للنووي (٨ / ١٣٨)

(٦) شرح مشكل الآثار: للطحاوي (٨ / ٢٤٧)، ح رقم: (٣٢١٨)، باب بيان مشكل ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما استدل به محمد بن الحسن مما كان أبو حنيفة يقوله في إباحة الربا بين المسلمين وبين المشركين في دار الحرب .

ويناقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول:

أن العباس كان له ربا في الجاهلية من قبل إسلامه فيكفي حمل اللفظ عليه، بالإضافة إلى أنه ليس هناك دليل على استمرار العباس - رضي الله عنه - على الربا بعد إسلامه، ولو سلمنا استمراره عليه؛ فهو محتمل؛ لأن يكون العباس غير عالم بتحريمه فأراد النبي صلى الله عليه وسلم إنشاء هذه القاعدة وتقريرها من يومئذ^(١).

الوجه الثاني: أنه لم يرد في كلام النبي إقرار لفعل العباس لما كان يرابي يوم الفتح بمكة، أما فعل العباس فيقابله نصوص كثيرة صريحة بالتحريم، فلا دليل في فعل العباس على الجواز^(٢).

الدليل من المعقول:

١- إن مال الحربي ليس بمعصوم بل هو مباح في نفسه، إلا أن المسلم المستأمن منع من تملكه من غير رضاه؛ لما فيه من الغدر والخيانة، فإذا بذله باختياره ورضاه فقد زال هذا المعنى، فكان الأخذ استيلاء على مال مباح غير مملوك، وإنه مشروع مفيد للملك كاستيلاء على الحطب والحشيش، وبه تبين أن العقد هنا ليس بتملك بل هو

(١) تكملة المجموع: للسبكي (١٠/ ٤٨٨)

(٢) التعامل بالربا بين المسلم والكافر في البلاد غير الإسلامية حكمه وصوره المعاصرة، د/ ياسر بن ابراهيم بن محمد الخضير ص ٧، كلية الشريعة جامعة الإمام محمد بن سعود، بحث منشور على الموقع: <https://units.imamu.edu.sa/colleges/sharia/Documents/> واطلعت عليه بتاريخ: ٢/ أكتوبر ٢٠١٩م

تحصيل شرط التملك وهو الرضا. (١) بخلاف المستأمن منهم في دارنا؛ لأن دارنا محل إجراء الأحكام الشرعية فلا يحل لمسلم في دارنا أن يعقد مع المستأمن إلا ما يحل من العقود مع المسلمين (٢)

ويناقد هذا الدليل من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: قولهم إن أموال الحربي مباحة غير مسلم؛ لأن عقد الأمان الذي أخذه المسلم في البلاد غير الإسلامية يعني: أن أهلها قد اتتموه علي أرواحهم، وأموالهم، فلا تستباح أموالهم بغير عقد فكيف تستباح بعقد فاسد (٣).

يقول ابن قدامه: « من دخل إلى أرض العدو بأمان، لم يخنهم في مالهم، ولم يعاملهم بالربا... وأما خيانتهم فمحرمة؛ لأنهم إنما أعطوه الأمان مشروطاً بتركه خيانتهم... فإن خانهم، أو سرق منهم، أو اقترض شيئاً وجب عليه رد ما أخذ إلى أربابه... لأنه أخذه على وجه حرم عليه أخذه، فلزمه رد ما أخذ، كما لو أخذه من مال مسلم (٤).

الوجه الثاني: أن ما ذكرتموه منتقض بالحربي إذا دخل دار الإسلام بأمان، فلا يجوز التعامل معه بالربا اتفاقاً، مع أن ماله مباح إلا فيما حظره الأمان (٥).

(١) بدائع الصنائع (٥/٢٩١)، الهداية مع فتح القدير (٧/، ٨٣، ٩٣)، ط/ دار الكتب العلمية .
(٢) رد المحتار (٤/ ٩٦١)، مطلب في أحكام المستأمن قيل أن يصير ذمياً .
(٣) الحاوي (٥/ ٥٧)، تكملة المجموع (١٠١/ ٨٨٤) ط/ مكتبة الإرشاد.
(٤) المغني (٣١/ ٢٥١)، مسألة: (٨٨٥٧)، وأيضاً: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني (٢/ ١٨٥، ٢٨٥)، ط/ المكتب الإسلامي .
(٥) المغني (٦/ ٩٩)، مسألة: (٢٨٤١)، فصل: ويحرم الربا في دار الحرب، كتحريمه في دار الإسلام، وأيضاً: التعامل بالربا بين المسلم والكافر في البلاد غير الإسلامية حكمه وصوره المعاصرة، د/ ياسر بن إبراهيم بن محمد، ص ٨ .

الوجه الثالث:

إن المسلم من أهل دار الإسلام فهو ممنوع من الربا بحكم الإسلام حيث كان، ولا يجوز أن يحمل فعله على أخذ مال غير المسلم في الدول غير الإسلامية بطيبة نفسه؛ لأنه قد أخذه بحكم العقد؛ لأن غير المسلم غير راض بأخذ هذا المال منه إلا بطريق العقد منه، ولو جاز هذا في دار غير المسلمين، لجاز مثله في دار الإسلام بين المسلمين^(١).

الوجه الرابع:

إن هذا مبني على رضا الحربي، والتراضي علي الحرام غير معتبر شرعاً^(٢).

القول الرابع:

والذي يظهر لي رجحانه في هذه المسألة: هو القول الأول وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك لما يأتي:

- ١- لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارضة .
- ٢- لو قلنا بجواز التعامل بالربا بين المسلم والحربي ما دام عن طيب نفساً منه؛ لتساهل الناس في أخذ أموال غير المسلمين بطرق عديدة منها الخداع والاحتيال، وقد نهينا عن خيانتهم .
- ٣- الإسلام أباح التعامل معهم حتى يشاهدون عن واقع ملموس أخلاقيات المسلمين، وصدقهم وأمانتهم وليس العكس .
- ٤- إن القول بالجواز قد يؤدي إلي تحويل أموال المسلمين إلي البنوك في الدول غير الإسلامية، مما يزيد من ثروتها وقوتها الاقتصادية، وتوظيفها

(١) المبسوط (٤١/٦٥)، كتاب: الصرف، باب: الصرف في دار الحرب .

(٢) التعامل بالربا بين المسلمين وغير المسلمين ، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات، جامعة الكويت ، مجلس النشر العلمي، د/ نزيه كمال حماد ص ٩٣٢، مجلد ٤ عدد: ٩، ١٩٩١م.

في مشاريع تعود عليهم بفوائد عديدة أكثر مما تدفعه من فوائد ربوية للمودعين لديها، فيقوى الاقتصاد في تلك الدول، وفي المقابل يضعف في بلاد الإسلام^(١) .

٥- إن جلّ الدول الديمقراطية المعاصرة، التي تسودها النظم غير الإسلامية، لا ينطبق عليه دار حرب، لانتهاء الحرب الواقعة بينها وبين دار الإسلام، وخصوصاً بعد قيام المعاهدات الدولية بينها وبين حكومات المسلمين، التي تفيد الالتزام المتبادل بعدم اعتداء أي طرف على الطرف الآخر، بالإضافة إلى اتفاقيات التعاون المشترك في المجالات العلمية، والتجارية، والصناعية.. الخ^(٢).

٦- إن حرمة الربا ليست مقيدة بمكان معين فما كان حراماً في دار الإسلام كان حراماً في دار غير المسلمين خاصة وأن بيننا وبين الدول الأخرى معاهدات سلام فلا يطلق عليه دار حرب .

يقول ابن القيم: «أهل الهدنة، فإنهم صالحوا المسلمين على أن يكونوا في دارهم، سواء كان الصلح على مال، أو غير مال، لا تجري عليهم أحكام الإسلام كما تجري على أهل الذمة، لكن عليهم الكف عن محاربة المسلمين، وهؤلاء يسمون أهل العهد، وأهل الصلح، وأهل الهدنة»^(٣).

(١) التعامل بالربا بين المسلم والكافر في البلاد غير الإسلامية حكمه وصوره المعاصرة، د/ ياسر بن إبراهيم. ص ١٠ .

(٢) التعامل بالربا بين المسلمين وغير المسلمين ، د/ نزيه كمال حماد ص ٢٤٨ .

(٣) أحكام أهل الذمة: ابن قيم الجوزية (٢/ ٨٧٤) .

المطلب الخامس

حكم التعامل مع السائح بالإجارة

إذا كان السائح مسلماً فيجوز استئجاره للمسلم في أي عمل مباح، فإن كان السائح غير مسلم فما حكم استئجار السائح الأجنبي للمسلم هذا ما أبينه في الفروع التالية:

الفرع الأول: حكم استئجار السائح الأجنبي مسلماً ليخدمه .

الفرع الثاني: حكم استئجار السائح مسلماً لحمل الخمر لغير الإراقة .

الفرع الأول: حكم استئجار السائح الأجنبي مسلماً ليخدمه

لا يجوز للذمي أن يستأجر المسلم، ولا أن يستأجر شيئاً يملكه المسلم كالبيت والسيارة، وغير ذلك للقيام بعمل يخص دينهم ومعابدهم وأعيادهم الدينية^(١).

وقد اتفق الفقهاء^(٢) على جواز إجارة السائح الأجنبي للمسلم على عمل في الذمة على أن يكون العمل مباحاً شرعاً للمسلم القيام به^(٣)؛ لأن الأجير فيها يمكنه تحصيل العمل بغيره^(٤).

والأصل في ذلك ما ورد في السنة النبوية من أحاديث تدل على ذلك، منها:

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٧٦) وجاء فيه: « فأما إذا شرط بأن استأجر ذمي داراً من مسلم في من أمصار المسلمين ليتخذها صلى للعامة لم تجز الإجارة؛ لأنه استئجار على المعصية»

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ١٨٩)، (٤/ ١٧٦)؛ المبسوط (١٦/ ٥٦)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٨، ١٩)؛ المجموع: للنووي (٩/ ٢٦٣)؛ المغني (٨/ ١٣٥) .

(٣) فلا يجوز أن يستأجره على عصر خمر أو رعي خنزير . انظر: المرجع السابق نفسه .، وأيضاً: المبسوط (١٦/ ٥٦)، باب: إجارة الرقيق في الخدمة وغيرها

(٤) حواشي الشرواني مع تحفة المحتاج (٤/ ٢٣٢) كتاب البيع

١- ما روي عن ابن عباس قال: أصاب نبي الله (صلى الله عليه وسلم) خصاصة فبلغ ذلك علياً (١) فخرج يلتمس عملاً يصيب فيه شيئاً ليقتت به رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، فأتى بُسْتَانًا لِرَجُلٍ مِنَ الْيَهُودِ فَاسْتَقَى لَهُ سَبْعَةَ عَشَرَ دَلْوًا كُلُّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ فَخَيَّرَهُ الْيَهُودِيُّ مِنْ تَمْرِهِ سَبْعَ عَشْرَةَ عَجْوَةً، فَجَاءَ بِهَا إِلَى نَبِيِّ اللَّهِ (صلى الله عليه وسلم) «(٢)». وعن أبي حية عن علي قال: «كُنْتُ أَدْلُو الدَّلْوَ بِتَمْرَةٍ وَأَشْتَرْتُ بِهَا جِلْدَةً» (٣) (٤).

٢- ما روي عن أبي هريرة قال جاء رجل من الأنصار فقال يا رسول الله: ما لي أرى لؤنك منكفئاً قال: الحُمصُ فأنطلق الأنصاري إلى رجلي فلم يجد في رجلي شيئاً، فخرج يطلب فإذا هو بيهودي يسقي نخلاً، فقال: الأنصاري لليهودي أسقي نخلك قال نعم قال كل دلو بتمر، واشترط الأنصاري أن لا

(١) علياً: هو الإمام علي بن أبي طالب، وكان صاحب لواء رسول الله (ﷺ) يوم بدر وفي كل مشهد، أسلم وهو ابن (٨) سنين، وقيل: ابن (٩)، وقيل: ابن (١٤) سنة، وقد قتل على وهو ابن (٥٨) سنة، وقيل: (٦٥)، وقيل: (٦٣)، وقيل: (٦٤)، وقد مات على -ﷺ- سنة (٤٠)، وقيل: في أول ليلة من العشر الأواخر. راجع: سير أعلام النبلاء (٢٢٥/٢٨: ٢٥١)؛ تهذيب التهذيب (٦١٠/٤: ٦١٣).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب: الرهون، باب: الرجل يستقي كل دلو بتمر، ويشترط جلد (١٦٤/٣) ح رقم: (٢٤٤٦).

(٣) جلدة: الجلد، بفتح الجيم وكسرها: هي اليابسة اللحاء الجيدة. وتمر جلدة: صلبة مكتنزة. راجع: لسان العرب (٣٢٤/٢) مادة: (جلد)؛ النهاية في غريب الحديث والأثر (٢٧٩/١)، مختار الصحاح ص ١١٥، مادة: (جلد).

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه (واللفظ له)، كتاب: الرهون، باب: الرجل يستقي كل دلو بتمر، ويشترط جلد (١٦٤/٣، ١٦٥) ح رقم: (٢٤٤٧)؛ والبيهقي في السنن الكبرى (١١٩/٦)؛ كتاب: الإجارة، باب: (جواز الإجارة)؛ وقد رواه الترمذي في سننه (بهامش عارضة الأحوزي) كتاب: صفة القيامة والرقائق والورع، باب: (٩٩)، ح رقم: (٢٤٨١). قال أبو عيسى: «هذا حديث حسن غريب». قال البوصيري: «هذا إسناد ضعيف، حنش اسمه حسين بن قيس ضعفه أحمد، وابن معين، وأبو حاتم، وأبو زرعة وقال الهيثمي: «رواه أحمد، ورجاله رجال الصحيح إلا أن مجاهد لم يسمع من علي». وقال الألباني: «وجملة القول أن الحديث ضعيف، لشدة ضعف طريقته». راجع: تعليقات مصباح الزجاجة بهامش سنن ابن ماجه (١٦٤/٣)؛ مجمع الزوائد (٩٧/٤)؛ إرواء الغليل (٣١٥/٥)

يَأْخُذُ خَدْرَةَ^(١)، وَلَا تَارِزَةَ^(٢)، وَلَا حَشْفَةَ^(٣)، وَلَا يَأْخُذُ إِلَّا جِلْدَةً، فَاسْتَقَى بِنَحْوِ مَنْ صَاعَيْنِ، فَجَاءَ بِهِ إِلَى النَّبِيِّ (صلى الله عليه وسلم)»^(٤).

وجه الدلالة:

الحديثان يدلان على أن تأجير النفس لا يعد دناءة وإن كان المستأجر غير شريف أو كافراً والأجير من أشراف الناس وعظمائهم^(٥).

يقول الكاساني: «فتجوز الإجارة والاستئجار من المسلم، والذمي، والحربي المستأمن؛ لأن هذا من عقود المعاوضات فيملكه المسلم، والكافر جميعاً كالبياعات»^(٦).

ويقول الدسوقي: «فإن لم يستبد الكافر بعمل المسلم كخياط يرد عليه المسلم والكافر فيجوز»^(٧).

ويقول النووي: «قال أصحابنا: يجوز أن يستأجر الكافر مسلماً على عمل في الذمة بلا خلاف»^(٨).

(١) خَدْرَةَ: التي تقع من النخل قبل أن تنضج. راجع: لسان العرب (٣٦/٤) مادة: (خدر). قال ابن الأثير: «خدره أى عَفْنَةٌ، وهى: التي اسودَّ باطنها». راجع: النهاية (٤٧٤/١).

(٢) تَارِزَةٌ: أى حشفة يابسة، وكل قوى صلب. راجع: لسان العرب (٢٨/٢٠) مادة: (ترز)؛ النهاية: لابن الأثير (١٨٧/١).

(٣) الحَشْفُ: أردأ التمر: وهو الذي يحف من غير نضج، فلا يكون له لحم، فإذا يبس صلب وفسد، حشفة: لا طعم له ولا لحاء ولا حلاوة. راجع: المصباح المنير، كتاب: الحاء، فصل: «الحاء مع الشين وما يثلثهما» ص ٨٥؛ لسان العرب (١٩٠/٣)، مادة: (حشف)؛ مختار الصحاح ص ٣٧؛ النهاية: لابن الأثير (٣٨٣/١).

(٤) جزء من حديث رواه ابن ماجه عن أبى هريرة (رضي الله عنه) كتاب: الرهون، باب: الرجل يستقى كل دلو بتمرة، (١٦٥/٣)، ح رقم: (٢٤٤٨) قال البوصيرى: «هذا إسناد ضعيف، عبد الله بن سعيد بن كيسان ضعفه أحمد، وابن معين، ويحيى القطان، وأبو حاتم، وأبو زرعة، والنسائي وابن عدى، وغيرهما». راجع: تعليقات مصباح الزجاجة بهامش سنن ابن ماجه (١٦٥/٣).

(٥) نيل الأوطار (٥/٣٥١)، باب: ما يذكر في عقد الإجارة بلفظ البيع.

(٦) بدائع الصنائع (٤/١٧٦)، ط/ دار الكتب العلمية.

(٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/١٨، ١٩) ط/ دار الفكر.

(٨) المجموع شرح المهذب (٩/٢٦٣)، ط/ عالم الكتب، الطبعة: ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م

ويقول ابن قدامة: « فأما إن أجر نفسه منه في عمل معين في الذمة، كخياطة ثوب، وقصارته، جاز بغير خلاف نعلمه » (١).

واختلف الفقهاء في حكم استئجار السائح الأجنبي مسلماً لخدمته (٢) على ثلاثة أقوال:

القول الأول: حرمة خدمة المسلم لغير المسلم في الأعمال الممتهنة (٣) والحقيرة كجمع القاذورات (٤)، وكونه خادم بيت يقدم له الطعام ويغسل يديه منه ويجري خلفه وذلك في حالة ما إذا كان أجيراً خاصاً له تحت يده (إجارة عينية)، فإن كان يستبد بجميع عمله من غير أن يكون تحت يده مثل أن يكون مقارصاً، أو مساقياً كانت الإجارة مكروهة وهو ما ذهب إليه المالكية (٥)

(١) المغني (٨ / ١٣٥) ط/ عالم الكتب .

(٢) وإن استأجر المسلم نمياً، أو مستأمناً لخدمته كان جائزاً، ولكن لا ينبغي أن يستخدمه في أمور دينه من أمر الطهور ونحوه فربما لا يؤدي الأمانة . راجع: المبسوط (١٦ / ٥٦) .

(٣) يختلف مفهوم الأعمال الحقيرة من مجتمع إلى مجتمع، ومن زمان إلى زمان، وأصبح في هذا العصر ما كان يسمى بالأمس عملاً حقيراً تقوم عليه شركات كبرى يسعى الكثير للفوز بعقد معها، بل إن هناك وظائف كثيرة في حقيقتها أعمال خدمية أصبحت الآن من الوظائف العليا المرموقة كأعمال الفنادق، والمضيفين بشركات الطيران، وأعمال الحراسة والنظافة، بل إن القائمين على جمع القمامة والزباله من مليونيرات هذا الزمان» . راجع: فقه المعاملات المالية مع أهل الذمة دراسة فقهية مقارنة، د. عطية فياض ص ١١٩ ط/ دار النشر للجامعات ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م.

(٤) ومحل جواز استئجار الكافر العبد المسلم كما قال الزركشي في غير الأعمال الممتهنة، أما فيها كإزالة قاذوراته فتمتع قطعاً ويحرم . راجع: حاشية الشرواني مع تحفة المحتاج (٤ / ٢٣٢) كتاب: البيع يقول النووي: « يجوز أن يستأجر الكافر مسلماً على عمل في الذمة، كدين في ذمته. ويجوز أن يستأجره بعينه على الأصح، حراً كان أو عبداً. فعلى هذا، هل يؤمر بإزالة ملكه عن المنافع، بأن يؤجره مسلماً؟ وجهان. قطع الشيخ أبو حامد: بأنه يؤمر. قلت: وإذا صححنا إجارة عينه، فهي مكروهة، نص عليه الشافعي - رضي الله عنه « يراجع: روضة الطالبين: للنووي ، (٣ / ٣٤٧) .

(٥) بلغة السالك للصاوي (٤ / ٣٥، ٣٦)، ط/ دار المعارف؛ وأيضاً: شرح مختصر للخرشي (٧ / ١٨، ١٩)؛ حاشية الدسوقي (٤ / ١٩)؛ الذخيرة: للقرافي (٥ / ٣٩٨) .

وقول للشافعية^(١)، والصحيح من المذهب عند الحنابلة^(٢) .

القول الثاني: كراهة خدمة المسلم لغير المسلم، وهو ما ذهب إليه الحنفية^(٣) .

القول الثالث: جواز خدمة المسلم لغير المسلم وهو ما ذهب إليه الشافعية في الأصح^(٤) ومقابل الصحيح عند الحنابلة^(٥) .

يقول الإمام الخطاب: « وقد ذكر ابن رشد في البيان أن إجارة المسلم نفسه من النصراني واليهودي على أربعة أقسام: جائزة، ومكروهة، ومحظورة، وحرام، فالجائز: لأن يعمل له المسلم عملاً في بيت نفسه كالصانع الذي يعمل للناس، والمكروهة: أن يستبد بجميع عمله من غير أن يكون تحت يده مثل أن يكون مقارضاً، أو مساقياً، والمحظورة أن يؤاجر نفسه في عمل يكون فيه تحت يده كأجير الخدمة في بيته وإجارة وما أشبه ذلك فهذه تفسخ إن عثر عليها، فإن فاتت مضت، وكانت لها الأجرة، والحرام أن يؤاجر نفسه منه فيما لا يحل من عمل

(١) التكملة الثانية للمجموع للمطيعي، (٧/١٥)، ط/ دار الفكر؛ وأيضاً: البيان: للعمري (٧/٢٩٥)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرملي (٥/١٢٣) كتاب العارية، (٥/٢٦٢)، كتاب الإجارة، ط/ دار الفكر، بيروت ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م؛ حاشيتا قليوبي وعميرة: لأحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، (٣/٢٠) كتاب: العارية، ط/ دار الفكر؛ تحفة المحتاج: للهيتمي (٥/٤١٧، ٤١٨) كتاب: العارية، ط/ المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣ م، وبهامشه: حاشية الإمام عبد الحميد الشرواني، وحاشية الإمام أحمد بن قاسم العبادي؛ مغني المحتاج (٣/٤٤٠)، دار الكتب العلمية .

(٢) المغني (٨/١٣٥) ط/ عالم الكتب، وجاء فيه: « ولا تجوز إجارة المسلم للذمي لخدمته نص عليه أحمد، في رواية الأثرم»؛ وأيضاً: الإنصاف (٦/٢٤) .

(٣) بدائع الصنائع (٤/١٨٩) .

(٤) روضة الطالبين، (٣/٣٤٧) وذكر الشافعية: أنه يجوز إجارة المسلم للكافر ويؤمر بإزالة يده عنه بأن يؤجره لغيره ولا يمكن من استخدامه وهو يفيد حرمة المسلم للكافر . انظر: مغني المحتاج (٣/٤٤٠) .

(٥) الإنصاف (٦/٢٥) حاشية الشرواني مع تحفة المحتاج (٥/٤١٧، ٤١٨) كتاب العارية .

الخمير، أو رعي الخنازير فهذا يفسخ قبل العمل، فإن فات تصدق بالأجرة على المساكين» .

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل المالكية ومن وافقهم على حرمة خدمة المسلم للكافر بالمعقول فقالوا:

١- إنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر، وإذلاله له، واستخدامه، أشبهه بيع المسلم لكافر، يحققه عقد الإجارة للخدمة يتعين فيه حبسه مدة الإجارة واستخدامه، والبيع لا يتعين فيه ذلك، فإذا منع منه، فلأن يمنع من الإجارة أولى^(١).

٢- ولما في ذلك من المفاسد منها استيلاء الكافر على المسلمين وإهانتهم والتمكن من إذابتهم، وقد قال الله تعالى: ﴿لَوْلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(٢).

٣- ومنها ما يخشى أنهم يفتنونهم عن دينهم والعياذ بالله لتمكنهم منهم، ومنها ربما أطمعهم شيئاً من المحرمات كالخمير والخنزير، ومنها أنهم يمنعونهم من الواجبات، ومنها ما يخشى من وطء الإماء، فإن وقعت الإجارة على الصفة المذكورة فسخت^(٣).

(١) المغني (٨ / ١٣٥)، وأيضاً: كشف القناع: للبهوتي (٣ / ٥٦٠) ط/ دار الكتب العلمية؛ حاشية الشرواني مع تحفة المحتاج (٤ / ٢٣٢) كتاب البيع؛ المذهب: للشيرازي مع التكملة الثانية للمجموع للمطيعي، (٧ / ١٥)، ط/ دار الفكر.

(٢) سورة النساء آية: (١٤١).

(٣) مواهب الجليل (٧ / ٥٤٠) ط/ عالم الكتب .

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل الحنفية على جواز خدمة المسلم للكافر مع الكراهة بالمعقول فقالوا:

لأن الاستخدام استدلال فكأن إجارة المسلم نفسه منه إذلالٌ لنفسه وليس للمسلم أن يذل نفسه خصوصاً بخدمة الكافر. فكانت مكروهة لذلك، وأما الجواز فلأنه عقد معاوضة فيجوز كالبيع^(١).

يقول الكاساني: «ولو استأجر ذمي مسلماً ليخدمه ذكر في الأصل أنه يجوز وأكره للمسلم خدمة الذمي؛ أما الكراهة؛ فلأن الاستخدام استدلال فكأن إجارة المسلم نفسه منه إذلالٌ لنفسه وليس للمسلم أن يذل نفسه خصوصاً بخدمة الكافر. وأما الجواز فلأنه عقد معاوضة فيجوز كالبيع»^(٢).

ويناقش هذا الدليل:

بأن مجرد خدمة المسلم لغير المسلم تعظيم له وهو حرام^(٣).

أدلة أصحاب القول الثالث:

استدل الشافعية في الأصح على جواز خدمة المسلم للكافر بالمعقول فقالوا:

لأن ذلك عمل في مقابلة عوض، فأشبهه العمل في ذمته، ويخالف الملك؛ لأنه يقتضي تسلطة واستدامة ملكه عليه^(٤).

ويناقش هذا الدليل:

بأن هناك فرقاً بين إجارة العين والذمة؛ لأن المسلم في إجارة العين يكون تحت

(١) بدائع الصنائع (٤/ ١٨٩).

(٢) المرجع السابق نفس الموضع.

(٣) حواشي الشرواني مع تحفة المحتاج (٥/ ٤١٧، ٤١٨) كتاب العارية.

(٤) البيان (٧/ ٢٩٥).

يد غير المسلم ولا يستطيع تحصيل العمل بغيره؛ لكون الإجارة معقودة على عينه بخلاف إجارة الذمة؛ لأن الأجير فيها يمكنه تحصيل العمل بغيره^(١).

القول الرابع:

والرابع في هذه المسألة: هو حرمة خدمة المسلم لغير المسلم إذا كان مما يستبد بعمله بأن يعمل عنده أجير خاص وهو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول المالكية ومن وافقهم إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك. يقول ابن بطال: «فلا يصح لمسلم أن يهين نفسه بالخدمة لمشارك إلا عند الضرورة، فإن وقع ذلك فهو جائز؛ لأنه لما جاز لنا أن نأخذ أموالهم بالمعارضة منهم في أثمان ما بيع منهم، كان كذلك المنافع الطارئة منا»^(٢).

الفرع الثاني: حكم استئجار السائح مسلماً لحمل الخمر لغير الإراقة^(٣)

اختلف الفقهاء في حكم استئجار السائح مسلماً ليحمل له خمرًا على قولين:

القول الأول: لا يجوز استئجار المسلم ليحمل الخمر ولا يحل له أخذ الأجرة عليه، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أبو يوسف ومحمد^(٤)، والمالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧).

- (١) حاشية الشرواني مع تحفة المحتاج (٤/ ٢٣٢) كتاب البيع .
- (٢) شرح صحيح البخاري لابن بطال، كتاب: الإجازات ، باب: هل يؤجر المسلم نفسه من مشترك في أرض الحرب (٦/ ٤٠٣)، ط/ مكتبة الرشد ٢٠٠٣م.
- (٣) أما الاستئجار على حمل الخمر للإراقة أو حمل المحترمة فجائز راجع: مغني المحتاج (٣/ ٤٤٩) .
- (٤) المبسوط (١٦/ ٣٨)؛ وأيضاً: بدائع الصنائع (٤/ ١٩٠) .
- (٥) الذخيرة: للقرافي (٥/ ٣٩٨) وجاء فيه: «وإجارة المسلم نفسه ثلاثة أقسام: لرعاية الخنازير وحمل الخمر تفسخ أبداً فإن فات تصدق بالأجرة»؛ وأيضاً: الشرح الصغير ٤ / ٣٥ .
- (٦) البيان (٧/ ٢٨٨) وجاء فيه: « ولا تجوز الإجارة على المنافع المحرمة، مثل: أن يستأجر رجلاً ليحمل له خمرًا لغير الإراقة»؛ وأيضاً: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٣/ ٤٤٩)، حاشية الشرواني (٦/ ١٣٧) .
- (٧) الإنصاف: للمرداوي (٦/ ٢٣)، وجاء فيه: « ولا يصح الاستئجار على حمل الميتة والخمر. هذا المذهب .. (وعنه: يصح) لكن يكره»؛ وأيضاً: المغني (٨/ ١٣١) ط/ عالم الكتب .

القول الثاني: يجوز استئجار المسلم لحمل الخمر ويطيب له أخذ الأجرة عليه وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة (١)، ومقابل المذهب عند الحنابلة (٢)

الأدلة

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل جمهور الفقهاء على عدم جواز استئجار السائح المسلم لحمل الخمر بالسنة والمعقول:

أما السنة:

فما رواه الإمام أحمد في مسنده قال: حَدَّثَنَا وَكِيعٌ، حَدَّثَنَا عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، عَنْ أَبِي طُعْمَةَ، مَوْلَاهُمْ، وَعَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْغَافِقِيِّ، أَنَّهَا سَمِعَا ابْنَ عُمَرَ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لُعِنَتِ الْخَمْرُ عَلَى عَشْرَةٍ وَجُوهٍ: لُعِنَتِ الْخَمْرُ بِعَيْنَيْهَا، وَشَارِبِهَا، وَسَاقِيهَا، وَبَائِعِهَا، وَمُبْتَاعِهَا، وَعَاصِرِهَا، وَمُعْتَصِرِهَا، وَحَامِلِهَا، وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ، وَآكِلُ ثَمَنِهَا» (٣).

(١) المبسوط (١٦ / ٣٨) وجاء فيه: «لو أن ذميا استأجر مسلما يحمل له خمرًا فهو على هذا عند أبي يوسف ومحمد - رحمهم الله - لا يجوزان العقد .. وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول يجوز الاستئجار» وأيضاً: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندي (٢ / ٥٢٩، ٥٣٠)، وجاء فيه: «ومن حمل لذمي خمرًا بأجر طاب له عند الإمام (وعندهما يكره) له ذلك»؛ وأيضاً: البدائع (٤ / ١٩٠)، فصل في شرائط ركن الإجارة

(٢) الإنصاف: (٦ / ٢٣).

(٣) مسند الإمام أحمد (٨ / ٤٠٥)، ح رقم: (٤٧٨٧) ط/ مؤسسة الرسالة قال الشيخ شعيب: «صحيح بطرقه وشواهد، وهذا إسناد حسن. أبو طعمة: هو مولى عمر بن عبد العزيز، اسمه هلال، روى عنه جمع، وذكره ابن حبان في «الثقات»، والحديث رواه الإمام أحمد من طريق آخر عن ابن عباس رضى الله عنهما (٥ / ٧٤)، ح رقم: (٢٨٩٧)، ط/ مؤسسة الرسالة؛ وأخرجه الحاكم في المستدرک عن ابن عباس يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «أتاني جبريل فقال يا محمد إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وشاربها وحاملها والمحمولة إليه وبائعها وساقياها ومسقيها» قال الحاكم هذا حديث صحيح الإسناد وشاهده حديث عبد الله بن عمر ولم يخرجاه. راجع: المستدرک على الصحيحين: للحاكم، كتاب: البيوع (٢ / ٣١)، ح رقم: (٢٢٣٣)، قال المنذري في الترغيب: ورواته ثقات. راجع: عون المعبود، للعظيم آبادي (١٠ / ١٤٩)، والحديث رواه الترمذي من طريق أنس وقال: «هذا حديث غريب من حديث أنس». راجع: تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي: للمباركفوري (٤ / ٥١٧).

وجه الدلالة:

وفى هذا الحديث الزجر والتنفير من ارتكاب المحرم والتسبب فيه والإعانة عليه بأي نوع كان وأن من فعل ذلك كان شريكا لمرتكبه في الإثم^(١) ومعنى: «والمحمولة إليه»؛ أي من يطلب أن يحملها أحد إليه^(٢).

يقول أبو الطيب العظيم آبادي: «إعلم رحمك الله تعالى أن المباشرة بالأشياء المسكرة المحرمة بأي وجه كان لم يخصصها الشارع بل نهى عنها أشد النهي»^(٣).

وأما المعقول فهو ما يأتي:

إن هذه إجارة على المعصية؛ لأن حمل الخمر معصية؛ لكونه إعانة على المعصية^(٤)، وقد قال الله عز وجل { وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ }^(٥).

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أبو حنيفة بالمعقول فقال: إن نفس الحمل ليس بمعصية بدليل أن حملها للإراقة والتخليل مباح وكذا ليس بسبب للمعصية وهو الشرب؛ لأن ذلك يحصل بفعل فاعل مختار وليس الحمل من ضرورات الشرب فكانت سببا محضا

(١) الفتح الرباني: لأحمد البنا الساعاتي (١٧/ ١٣٥)، كتاب: الأشربة، باب: لعن الخمر وشاربها وساقبها وبائعها ومبتاعها وحاملها والمحمول إليه إلخ، ط/ دار إحياء التراث العربي .

(٢) تحفة الأحوذني بشرح جامع الترمذي: للمباركفوري (٤/ ٥١٧)، ح رقم: (١٣١٣)، كتاب: البيوع، باب: باب ما جاء في بيع الخمر والنهي عن ذلك.

(٣) عون المعبود: للعظيم آبادي (١٠/ ١٤٩) .

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ١٩٠)، فصل في شرائط ركن الإجارة .؛ وأيضا: مجمع الأنهر (٢/ ٥٢٩، ٥٣٠)؛ المبسوط (١٦/ ٣٨).

(٥) سورة المائدة من الآية: (٢).

فلا حكم له كعصر العنب وقطفه^(١) فالمعصية في شربها لا في حملها^(٢)، فهو نظير ما لو استأجره ليحمل ميتة، وذلك صحيح فهذا مثله^(٣).

ويناقش هذا الاستدلال:

بأن قياس حمل الخمر على حمل الميتة قياس مع الفارق؛ لأن الميتة تحمل عادة للطرح وإمالة الأذى. فأما الخمر يحمل عادة للشرب والمعصية^(٤). وأيضاً: قياس حمل الخمر على قطف العنب غير مسلم؛ لأن قطف العنب مباح، أما حمل الخمر فالنص وارد في لعن حاملها.

القول الراجح: والذي أراه راجحاً في هذه المسألة هو عدم جواز استئجار السائح الأجنبي مسلماً ليحمل له خمرًا؛ لأن حملها معصية إذ هي لا تحمل عادة إلا للشرب وليس للإراقة والتخليل؛ لأن الغالب أن غير المسلمين يستخدمون الخمر في الشرب والسكر، وليس من أجل الإراقة والتخليل والأحكام تبنى على الغالب لا على النادر^(٥).

تعقيب على قول الإمام أبو حنيفة:

وقد ذكر أحد الباحثين^(٦) تعقيباً على قول الإمام أبو حنيفة مفاده ما يأتي:

من خلال فهم النصوص الواردة في فقه كتب الحنيفة نستطيع أن نستنبط أن الإمام أبانحنيفة من القائلين بعدم جواز الاستئجار لحمل الخمر، وعدم جواز أخذ

(١) بدائع الصنائع (٤ / ١٩٠) .

(٢) مجمع الأنهر (٢ / ٥٢٩، ٥٣٠) .

(٣) المبسوط (١٦ / ٣٨) .

(٤) المرجع السابق نفس الموضع .

(٥) فقه المعاملات المالية مع أهل الذمة: د. عطيه فياض ص ١٢٠

(٦) د/د. كارم أبو اليزيد أحمد محمود في بحثه الإجارة على الطاعات والمعاصي ص ٤٦١، ٤٦٢، بحث منشور بمجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، العدد الثاني، المجلد الثامن ٢٠١٧م.

الإجارة عليها متى تيقن أن في حملها معصية، وهو بهذا يوافق قول الجمهور بيد أن الجمهور يحرم حملها بإطلاق دون تكليفه البحث عن كيفية استغلالها وهو ما يتضح من خلال ما يأتي:

إن الإمام أبا حنيفة قيّد جواز أخذ الأجر على حمل الخمر متى تيقن الحامل أن المحمولة إليه لن يشربها، فقد جاء في المبسوط: « ولأن حمل الخمر قد يكون للإراقة وللصب في الخل ليتخلل، فهو نظير ما لو استأجره ليحمل ميتة، وذلك صحيح فهذا مثله»^(١).

وجاء في البدائع: « ولأبي حنيفة إن نفس الحمل ليس بمعصية بدليل أن حملها للإراقة والتخليل مباح وكذا ليس بسبب للمعصية وهو الشرب؛ لأن ذلك يحصل بفعل فاعل مختار وليس الحمل من ضرورات الشرب فكانت سببا محضا فلا حكم له كعصر العنب وقطفه والحديث محمول على الحمل بنية الشرب وبه نقول: إن ذلك معصية، ويكره أكل أجرته»^(٢).

وجاء في مجمع الأنهر: «والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف إذا أجر دابة لينقل عليها الخمر»^(٣).

فيستفيد الحامل بهذا الأجر طالما أنه متأكد أن المحمولة إليه لا يعصي بها الله - عز وجل وهذا؛ لأن الإمام كان تاجراً فإذا لم يحملها هو حملها غيره، لذا يقول الشيخ أبو زهرة - رحمه الله: « وهو - أي الإمام أبو حنيفة في فكره المالي متأثر بفكره التجاري، يفكر في العقود الإسلامية المتصلة بالتجارة تفكير التاجر الذي تمرس بها، وعرف عرفها، واستبان معاملات الناس فيها، وواءم مواءمة الخبير بين نصوص الشريعة من كتاب وسنة وبين ما عليه الناس من تعامل»^(٤).

(١) المبسوط (١٦ / ٣٨)

(٢) بدائع الصنائع (٤ / ١٩٠).

(٣) مجمع الأنهر (٢ / ٥٣٠)

(٤) أبو حنيفة حياته وعصره وآراؤه الفقهية للإمام: محمد أبو زهرة ص ٤٠٥ .

فإذا تأكد الحامل أو حتى ظن أن المحمولة إليه يشربها فالإمام يرى عدم جواز الحمل.

فقد جاء في نصب الراية: « والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية، فليتأمل ذلك»^(١).

ولا شك أن قول الجمهور أسلم فهو على إطلاق القول بعدم جواز حملها دون تكليف الحامل الاجتهاد في معرفة نية المحمولة إليه^(٢).

(١) نصب الراية للزيلعي (٤/ ٢٦٤)، ط/ مؤسسة الريان
(٢) الإجازة على الطاعات والمعاصي د/. كارم أبو اليزيد أحمد محمود ص ٤٦١، ٤٦٢ بحث منشور
بمجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، العدد الثاني، المجلد الثامن ٢٠١٧م

المطلب السادس

حكم التعامل مع السائح بالوكالة

إذا كان السائح مسلماً فلا خلاف في جواز الوكالة بينه وبين المسلم فإن كان السائح أجنبياً بأن كان مستأئماً أو ذمياً ففي حكم هذه الوكالة التفصيل التالي:

اتفق الفقهاء على جواز توكيل السائح الأجنبي للمسلم فيجوز أن يكون الموكل ذمياً أو مستأئماً.

ودليل ذلك: ما روي عن عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ - رضى الله عنه - قَالَ: { كَاتَبْتُ أُمِّيَةَ بْنَ خَلْفِ بْنِ كِتَابًا بِأَنَّ يَحْفَظَنِي فِي صَاغِيَّتِي (١) بِمَكَّةَ، وَأَحْفَظُهُ فِي صَاغِيَّتِهِ بِالْمَدِينَةِ .. الحديث } (٢).

وجه الدلالة: قال ابن حجر: « إن عبد الرحمن بن عوف وهو مسلم في دار الإسلام فوض إلى أمية بن خلف وهو كافر في دار الحرب ما يتعلق بأمره والظاهر إطلاع النبي ﷺ ولم ينكره قال ابن المنذر: «توكيل المسلم حربياً مستأئماً وتوكيل الحربى المستأمن مسلماً لا خلاف في جوازه» (٣).

واختلف الفقهاء في حكم توكيل المسلم للسائح الأجنبي (غير المسلم) على قولين:

(١) الصاغية: خاصة الرجل مأخوذ من صغى إليه إذا مال قال الأصمعي صاغية الرجل كل من يميل إليه ويطلق على الأهل والمال . يراجع: فتح الباري (٤/ ٤٨٠) .

(٢) صحيح البخاري، كتاب: الوكالة، باب: إذا وكل المسلم حربياً في دار الحرب أو في دار الإسلام (٨/ ٣٥٠)، ح رقم: (٢٣٠١) .

(٣) فتح الباري (٤/ ٤٨٠)، باب: إذا وكل المسلم حربياً في دار الحرب أو في دار الإسلام .

القول الأول: عدم جواز وكالة المسلم للسائح الأجنبي وهو ما ذهب إليه المالكية^(١) في الوكالة العامة .

القول الثاني: جواز وكالة المسلم للسائح الأجنبي فيما يصح تصرفه فيه ويملك مباشرته بنفسه فلا يصح توكيله في نكاح مسلمة، ولا في استيفاء القصاص من مسلم عند الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣)، ويكره توكيله في السلم عند الحنفية^(٤) .

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل المالكية ومن وافقهم على عدم جواز وكالة المسلم للسائح الأجنبي فقالوا:

لأن السائح الأجنبي لا يتقي الحرام في معاملاته، ولا يراعي الضوابط الشرعية في تعاملاته وكذلك يمنع أن يكون المسلم وكيلاً لزمي؛ لما في ذلك من إهانتته والاعتذار عليه^(٥).

(١) القوانين الفقهية: لابن جزي (١ / ٢١٥) وجاء فيه: « ولا يجوز توكيل الكافر على بيع أو شراء أو سلم. »؛ وانظر أيضاً « المدونة للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (٣ / ٩٨)، شرح ميارة الفاسي لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، (١ / ٢٠٧)؛ مواهب الجليل (٧ / ٦٦) ط/ عالم الكتب (٥ / ١١٨) ط/ دار الفكر؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: لأحمد بن غنيم بن سالم النفراوي (٣ / ١١٨٤)، تحقيق: رضا فرحات ط/ مكتبة الثقافة الدينية .

(٢) الحاوي الكبير: للماوردي (٦ / ٥٠٦)، وجاء فيه: « فأما الكافر فلا يجوز أن يتوكل فيما فيه ولاية على مسلم ولا في نكاح مسلم لا من جهة الزوج ولا من جهة الزوجة؛ لأن نكاح المسلم لا ينعقد بكافر بحال » وانظر أيضاً: التكملة الثانية للمجموع: للمطيعي (١٤ / ١٠١)؛ أسنى المطالب: لزكريا الأنصاري (٢ / ٢٦٣، ٢٦٤)؛ حاشيتا قليوبي وعميرة (٢ / ٤٢٢)؛ روضة الطالبين: (٣ / ٥٣٣)، (٣ / ١٣)، ط/ دار الكتب العلمية .

(٣) المغني (٧ / ٢٣٧)، مسألة: (٣٧٨٠) وجاء فيه: « وإن وكل مسلم كافرا فيما يصح تصرفه فيه، صح توكيله، سواء كان ذميا، أو مستأمنا »

(٤) المبسوط (١٩ / ٨) كتاب الوكالة وجاء فيه: « وإذا وكلت امرأة رجلا، أو رجل امرأة، أو مسلم ذميا، أو ذمي مسلما، أو حر عبدا أو مكاتبا له أو لغيره بإذن مولاه، فذلك كله جائز لعموم الحاجة إلى الوكالة في حق هؤلاء. »

(٥) شرح ميارة لأبي عبد الله محمد المالكي، (١ / ٢٠٧)؛ وأيضاً: القوانين الفقهية (١ / ٢١٥) وجاء فيه: « ولا يجوز توكيل الكافر على بيع أو شراء أو سلم لئلا يفعل الحرام ولا توكيله على قبض من المسلمين لئلا يستعلي عليهم. »

قال سحنون: « وقد كره مالك أن يكون النصرارى واليهود في أسواق المسلمين؛ لعملهم بالربا واستحلالهم له ورأى أن يقاموا من الأسواق» (١).

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل الحنفية ومن وافقهم على جواز وكالة المسلم للسائح الأجنبي بالمعقول فقالوا:

١- لعموم الحاجة إلى الوكالة في حق هؤلاء^(٢)؛ ولأن الحاجة داعية إلى ذلك؛ فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه، فدعت الحاجة إليها^(٣)، والحاجة في توكيل المسلم للسائح الأجنبي قائمة .

٢- ولأن المسلم يملك الخصومة بنفسه فيملك أن يوكل الحربي المستأمن بها^(٤).

٣- ولأن العدالة غير مشترطة في الوكالة، وكذلك الدين، كالبيع^(٥).

واستدل الشافعية بعدم صحة توكيل المسلم الكافر في نكاح المسلمة، وفي استيفاء القصاص من مسلم بأنه لا يملك مباشرة ذلك بنفسه فلا يملكه لغيره، ولعدم ولاية الكافر على المسلم^(٦).

واستدل الحنفية على كراهة توكيل السائح الأجنبي (غير المسلم) في عقد السلم؛ لأن السائح الأجنبي لا يتحرز عن الربا وعن مباشرة العقد الفاسد إما لجهله بذلك أو

(١) المدونة (٣ / ١٢)، باب: صرف الدراهم بالفلوس والفضة، ط/ دار الكتب العلمية .

(٢) المبسوط (٨ / ١٩) .

(٣) المغني (٧ / ١٩٧) كتاب : الوكالة، ط/ عالم الكتب .

(٤) المبسوط (١٩ / ١٣٨) .

(٥) المغني (٧ / ٢٣٧) .

(٦) حاشيتا قليوبي وعميرة (٢ / ٤٢٢) وجاء فيه: «وإنما يجوز توكيل الكافر في الأشياء التي يصح مباشرته فيها مثل: البيع والشراء .. وإيصال الهدية وغيرها .» وأيضاً: أسني المطالب وحاشية الرملي (٢ / ٢٦٣، ٢٦٤) ؛ روضة الطالبين (٣ / ١٣) .

لاعتقاده أو قصده أن يوكل المسلم الحرام فهذا يكره له أن يأتّمه على ذلك ويجوز له إن فعله؛ لأن عقد السلم من المعاملات وهم في ذلك يستتون بالمسلمين^(١).

القول الراجح:

والذي أراه راجحاً في هذه المسألة هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني جمهور الفقهاء من جواز توكيل المسلم للسائح الأجنبي لكن بشرط أن يقيد السائح في وكالته، ولا يترك له مطلق التصرف والحرية حتى لا يرتكب محظوراً في عمله، ولذلك يراعي الضوابط التالية:

- ١- أن لا يكون الموكل فيه من أعمال العبادات الدينية كأن يوكله في شراء المصحف؛ لأنه لا يجوز أن يباع إليه فلا يوكل بشرائه لغيره^(٢)، قال تعالى: {وَمَا مَنَعَهُمْ أَنْ تُقْبَلَ مِنْهُمْ نَفَقَاتُهُمْ إِلَّا أَنَّهُمْ كَفَرُوا بِاللَّهِ وَبِرَسُولِهِ وَلَا يَأْتُونَ الصَّلَاةَ إِلَّا وَهُمْ كُسَالَى وَلَا يُنْفِقُونَ إِلَّا وَهُمْ كَارِهُونَ} ^(٣) .
- ٢- أن لا يكون الموكل فيه محظوراً في الشريعة الإسلامية على المسلم كأن يعقد له عقد ربا أو يشتري له خمرأ^(٤) .

(١) المبسوط (١٢ / ٢١٦)، باب: في الوكالة في السلم

(٢) أحكام معاملات السائح الأجنبي، د. صلاح الدين دكدك، أ . ياسمين ماهر، بحث منشور في مجلة الفقه والقانون عدد ٣٩، سنة ٢٠١٦ ص ٤٣، الجامعة الإسلامية غزة

(٣) سورة التوبة آية: (٥٤)

(٤) فقه المعاملات المالية مع أهل الذمة دراسة فقهية مقارنة د. عطية فياض ص ١١٦، ط/ دار النشر للجامعات ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م .

المطلب السابع

حكم التعامل مع السائح الأجنبي بعقود التبرعات والاستيثاق (الهبة والوديعة والرهن)

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: حكم التعامل مع السائح بالهبة

الفرع الثاني: حكم التعامل مع السائح بالوديعة

الفرع الثالث: حكم التعامل مع السائح بالرهن

الفرع الأول: حكم التعامل مع السائح بالهبة

يحث الإسلام على التهادي ويرغب فيه لما فيه من تحقيق التآخي بين المسلمين وإبعاد الغل من قلوبهم^(١) وقد جاءت آثار كثيرة في الترغيب فيه ومن ذلك:

ما أخرجه البخاري في الأدب المفرد عن أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «تَهَادُوا تَحَابُّوا»^(٢).

وعَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - قَالَتْ: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا»^(٣).

هذا إذا كان السائح مسلماً، فإن كان غير مسلم فما حكم تبادل الهدايا بين المسلم والسائح الأجنبي؟ .

(١) التعامل مع غير المسلمين د. عبد الله الطريقي ص ٢٥.

(٢) الأدب المفرد: للبخاري (١/ ٢٠٨)، ح رقم: (٥٩٤)، باب: قبول الهدية، قال الألباني: «إسناده حسن» راجع: إرواء الغليل (٦/ ٤٤)، ح رقم: (١٦٠١)، باب: الهبة .

(٣) صحيح البخاري، (٩/ ٣٣٧)، ح رقم: (٢٥٨٥)، كتاب: الهبة، باب: المكافأة في الهبة .

يجوز تبادل الهدايا بين المسلم وغير المسلم، فالتهادي ليس قاصراً على المسلمين فيما بينهم، بل إنه يتعداه إلى غيرهم، فيجوز الإهداء للسائح الأجنبي وقبول هديته ودليل ذلك الكتاب والسنة:

أما الكتاب:

فقوله تعالى: {لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ} (١).

وجه الدلالة:

قال القرطبي: « هذه الآية رخصة من الله تعالى في صلة الذين لم يعادوا المؤمنين ولم يقاتلوهم» (٢).

{ وَإِنِّي مُرْسِلَةٌ إِلَيْهِمْ بِهَدِيَّةٍ فَنَاظِرَةٌ بِمَ يَرْجِعُ الْمُرْسَلُونَ } (٣).

وجه الدلالة:

الهدية مندوب إليها، وهي مما تورث المودة وتذهب العداوة، وأما الهدية المطلقة للتحبيب والتواصل فإنها جائزة (٤).

وأما السنة:

أولاً: الأحاديث الدالة على قبول الإهداء لغير المسلم:

-
- (١) سورة الممتحنة آية: (٨) .
 - (٢) الجامع لأحكام القرآن - تفسير القرطبي (٨١ / ٩٥)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش ط/ دار الكتب المصرية .
 - (٣) سورة النمل آية: (٥٥) .
 - (٤) تفسير القرطبي (٣١ / ٨٩١، ٩٩١) .

وردت أحاديث كثيرة تدل على جواز تبادل الهدايا بين المسلم والسائح الأجنبي

منها:

ما روي عن ابن عمر - رضى الله عنهما - قال: «رَأَى عُمَرُ حُلَّةً عَلَى رَجُلٍ ثُبَاعٌ فَقَالَ لِلنَّبِيِّ - صلى الله عليه وسلم - ابْتَعْ هَذِهِ الْحُلَّةَ تَلْبَسُهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَإِذَا جَاءَكَ الْوَفْدُ . فَقَالَ « إِنَّمَا يَلْبَسُ هَذَا مَنْ لَا خَلْقَ لَهُ فِي الْآخِرَةِ » . فَأَتَى رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - مِنْهَا بِحُلَّةٍ فَأَرْسَلَ إِلَى عُمَرَ مِنْهَا بِحُلَّةٍ . فَقَالَ عُمَرُ كَيْفَ أَلْبَسُهَا وَقَدْ قُلْتَ فِيهَا مَا قُلْتَ قَالَ «إني لم أكسها لتلبسها، تبيعها أو تكسوها» . فَأَرْسَلَ بِهَا عُمَرُ إِلَى أَخٍ لَهُ مِنْ أَهْلِ مَكَّةَ قَبْلَ أَنْ يُسَلِّمَ»^(١).

وجه الدلالة:

قال ابن حجر: «وفيه جواز صلة القريب الكافر والإحسان إليه بالهدية، وقال

ابن عبد البر: «فيه جواز الهدية للكافر ولو كان حربياً»^(٢).

وروي عن أسماء بنت أبي بكر - رضى الله عنهما - قالت قَدِمْتُ عَلَى أُمِّي وَهِيَ مُشْرِكَةٌ، فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم -، فَاسْتَفْتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - قُلْتُ { إِنَّ أُمَّي قَدِمَتْ } وَهِيَ رَاغِبَةٌ، أَفَأَصِلُ أُمَّي قَالَ « نَعَمْ صِلِي أُمَّكَ »^(٣).

(١) صحيح البخاري ، كتاب: الهبة، باب: الهدية للمشركين (٩ / ٠٩٣)، ح رقم: (٩١٦٢)، ورواه البخاري أيضاً: كتاب: الأدب، باب: صلة الأخ المشرك (١٧ / ٠٢)، ح رقم: (٨١٩٥)؛ وأيضاً: كتاب: اللباس، باب: الحرير للنساء (٣٤٣ / ٩١)، ح رقم: (١٤٨٥).

(٢) فتح الباري (١٠٣ / ٠١)، كتاب: اللباس، باب: الحرير للنساء .

(٣) صحيح البخاري (٩ / ١٩٣)، ح رقم: (٠٢٦٢)، كتاب: الهبة، باب: الهدية للمشركين.

وجه الدلالة:

دل الحديث على أن الرحم الكافرة توصل من المال ونحوه كما توصل المسلمة»^(١) .

ثانياً: حكم قبول الهدية من غير المسلم:

وردت أحاديث متعارضة في حكم قبول الهدية من غير المسلم، ففي بعضها جواز ذلك وهو الأكثر والأشهر وفي بعضها المنع .

فمن السنة الصحيحة الدالة على جواز قبول الهدية من غير المسلم:

1- عَنْ أَنَسٍ إِنَّ أُكَيْدَرَ دُومَةَ^(٢) - وكان نصرانياً - أَهْدَى إِلَى النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٣) وَقَدْ رَوَى هَذَا الْحَدِيثَ الْإِمَامُ مُسْلِمٌ عَنْ عَلِيٍّ، أَنَّ أُكَيْدَرَ دُومَةَ أَهْدَى إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثُوبَ حَرِيرٍ، فَأَعْطَاهُ عَلِيًّا، فَقَالَ: شَقَّقَهُ خُمْرًا بَيْنَ الْفَوَاطِمِ. وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ، وَأَبُو كُرَيْبٍ: بَيْنَ النِّسْوَةِ^(٤).

2- عَنْ أَبِي حُمَيْدٍ السَّاعِدِيِّ قَالَ غَرَوْنَا مَعَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - غَزْوَةَ تَبُوكَ فَلَمَّا جَاءَ وَادِي الْقُرَى إِذَا امْرَأَةً فِي حَدِيقَةٍ لَهَا فَقَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِأَصْحَابِهِ « اخْرُصُوا » . وَخَرَصَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَشْرَةَ أَوْسُقٍ فَقَالَ لَهَا « أَحْصِي مَا يَخْرُجُ مِنْهَا » . فَلَمَّا أَتَيْنَا تَبُوكَ

(١) فتح الباري (٥/ ٤٣٢)، باب: الهدية للمشركين .

(٢) دومة الجندل: مدينة بقرب تبوك بها نخل وزرع وحصن على عشر مراحل من المدينة وثمان من دمشق، وكان أكيدر ملكها وهو أكيدر بن عبد الملك بن عبد الجن بالجيم والنون بن أعباء بن الحارث بن معاوية ينسب إلى كندة وكان نصرانيا . ينظر: فتح الباري (٥/ ١٣٢)، باب: قبول الهدية من المشركين .

(٣) صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب: قبول الهدية من المشركين (٩/ ٦٨٣)، ح رقم: (٦١٦٢).

(٤) صحيح مسلم، كتاب: اللباس، باب: النهي عن لبس الحرير، (٦/ ٢٤١)، ح رقم: (٣٧٥٤) .

قَالَ « أَمَا إِنَّهَا سَتَهُبُّ اللَّيْلَةَ رِيحٌ شَدِيدَةٌ فَلَا يَقُومَنَّ أَحَدٌ، وَمَنْ كَانَ مَعَهُ بَعِيرٌ فَلْيَعْقِلْهُ ». فَعَقَلْنَاهَا وَهَبَّتْ رِيحٌ شَدِيدَةٌ فَقَامَ رَجُلٌ فَأَلْقَتْهُ بِجَبَلٍ طَيِّبٍ - وَأَهْدَى مَلِكَ أَيْلَةَ (١) لِلنَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بَعْلَةً بَيْضَاءَ، وَكَسَاهُ بُرْدًا وَكَتَبَ لَهُ بِحَرِّهِمْ.... الحديث «(٢)».

3- عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ يَهُودِيَّةً أَتَتْ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِشَاةٍ مَسْمُومَةٍ، فَأَكَلَ مِنْهَا فَجِئَ بِهَا فَقِيلَ أَلَا نَقْتُلُهَا . قَالَ «لَا». فَمَا زِلْتُ أَعْرِفُهَا فِي لَهَوَاتِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ» (٣).

4- وَعَنْ بُرَيْدَةَ عِنْدَ إِبْرَاهِيمَ الْحَرَبِيِّ وَابْنِ خُرَيْمَةَ وَابْنِ أَبِي عَاصِمٍ: { أَنَّ أَمِيرَ الْقَبِيظِ أَهْدَى إِلَى رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - جَارِيَتَيْنِ وَبَعْلَةً، فَكَانَ يَرْكَبُ الْبَعْلَةَ بِالْمَدِينَةِ، وَأَخَذَ إِحْدَى الْجَارِيَتَيْنِ لِنَفْسِهِ فَوَلَدَتْ لَهُ إِبْرَاهِيمَ وَوَهَبَ الْأُخْرَى لِحَسَّانٍ } (٤).

وجه الدلالة:

قال الشوكاني: « والأحاديث المذكورة في الباب تدل على جواز قبول الهدية من الكافر، ويعارضها حديث عياض بن حمار الآتي، وسيأتي الجمع بينها وبينه» (٥).

(١) أيلة : بلد على ساحل بحر القلزم (البحر الأحمر) مما يلي الشام . ينظر: التعامل مع غير المسلمين د. عبد الله الطريقي ص ٢٧.

(٢) صحيح البخاري، كتاب: الزكاة، باب: خرص التمر، (٥/ ٤٨٧)، ح رقم: (١٤٨١).

(٣) صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب: قبول الهدية من المشركين (٩/ ٣٨٧)، ح رقم: (٢٦١٧).

(٤) نيل الأوطار (٦/ ٦)، ط/ دار الحديث، كتاب: الهبة والهدية باب: ما جاء في قبول هدايا الكفار والإهداء .

(٥) المرجع السابق نفس الموضوع ؛ وأيضاً: تفسير القرطبي (١٣ / ١٩٨ ، ١٩٩)

وقد وردت أدلة معارضة لا تجيز قبول الهدية من غير المسلمين من أقواها وأصرحها:

ما رواه الترمذي عَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الشَّخِيرِ، عَنْ عِيَاضِ (١) بْنِ حِمَارٍ، أَنَّهُ أَهْدَى لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هَدِيَّةً لَهُ أَوْ نَاقَةً، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَسْلَمْتُ»، قَالَ: لَا، قَالَ: «فَأَنِّي نُهِيتُ عَنْ زَبْدِ (٢) الْمُشْرِكِينَ» (٣).

هذا الحديث يدل على عدم جواز قبول هدية الكافر والأحاديث المذكورة تدل على جواز قبول الهدية من الكافر فما وجه التوفيق بينهما .

يقول الطحاوي: « فسأل سائل عن الوجه الذي به رد رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عياض هديته، وعن الوجه الذي به قبل من المقوقس هديته، وكلاهما كافر (٤) .

(١) عياض بن حمار: صحابي من بني تميم، أسلم متأخراً سكن البصرة ، ينظر الإصابة: (٣ / ٤٧).
(٢) الزبد بسكون الباء: الرشد والعتاء، والمقصود هنا : هدايا المشركين .، والعرب تسمي الهدية الزبد. ينظر: معالم السنن للخطابي، ط/ المكتبة العلمية- حلب، (٣ / ٤١)؛ وأيضاً: النهاية في غريب الحديث (٢ / ٢٩٣)؛ شرح مشكل الآثار (٦ / ٤٠٠) ح رقم: (٢٥٦٨) قال الترمذي: « ومعنى قوله: «إني نهيت عن زبد المشركين»، يعني: هداياهم وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقبل من المشركين هداياهم وذكر في هذا الحديث الكراهية، واحتمل أن يكون هذا بعد ما كان يقبل منهم، ثم نهى عن هداياهم» . ينظر: سنن الترمذي (٤ / ١٤٠) .

(٣) سنن الترمذي (٤ / ١٤٠)، ح رقم: (١٥٧٧)، كتاب: أبواب السير، باب: في كراهية هدايا المشركين، تحقيق وتعليق: إبراهيم عطوة عوض ، قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح، وأخرجه أبو داود في سننه»، كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب: في الإمام يقبل هدايا المشركين، (٣ / ١٧٣) ح رقم: (٣٠٥٧).

(٤) شرح مشكل الآثار، للطحاوي (٦ / ٤٠٢)، ح رقم: (٢٥٧٠)، باب: بيان مشكل ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هدايا الكفار إليه من قبول منه لها ومن رد منه إياها .

الجمع بين الأحاديث:

يمكن الجمع بين هذه الأحاديث من وجوه:

الوجه الأول: ما ذكره الإمام الخطابي حيث قال: « وفي رده هديته وجهان:

أحدهما: أن يغيظه برد الهدية فيمتعض منه فيحمله ذلك على الاسلام.

والآخر: أن للهدية موضعاً من القلب، وقد روي تهادوا تحابوا، ولا يجوز عليه - صلى الله عليه وسلم - أن يميل بقلبه إلى مشرك فرد الهدية قطعاً لسبب الميل. وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل هدية النجاشي، وليس ذلك بخلاف لقوله: « نهيت عن زبد المشركين » لأنه رجل من أهل الكتاب ليس بمشرك، وقد أبيح لنا طعام أهل الكتاب ونكاحهم وذلك خلاف حكم أهل الشرك»^(١).

الوجه الثاني: ما ذكره ابن حجر في فتح الباري حيث قال: « فجمع بينها الطبري: بأن الامتناع فيما أهدي له خاصة والقبول فيما أهدي للمسلمين، وفيه نظر لأن من جملة أدلة الجواز ما وقعت الهدية فيه له خاصة

وجمع غيره: بأن الامتناع في حق من يريد بهديته التودد والموالاتة، والقبول في حق من يرجى بذلك تأنيسه وتأليفه على الإسلام وهذا أقوى من الأول .

وقيل يحمل القبول على من كان من أهل الكتاب والرد على من كان من أهل الأوثان وقيل يمتنع ذلك لغيره من الأمراء وأن ذلك من خصائصه .

ومنهم من ادعى نسخ المنع بأحاديث القبول، **ومنهم من عكس،** وهذه الأجوبة الثلاثة ضعيفة فالنسخ لا يثبت بالاحتمال ولا التخصيص»^(٢).

(١) معالم السنن (٣ / ٤١).

(٢) فتح الباري (٥ / ٢٣١)، باب قبول الهدية من المشركين؛ وأيضاً: نيل للشوكاني (٦ / ٧)، باب: ما جاء في قبول هدايا الكفار والاهداء لهم .

وقال المباركفوري: « ولا يبعد أن يقال إن الأصل هو عدم جواز قبول هدايا المشركين لكن إذا كانت في قبول هداياهم مصلحة عامة أو خاصة فيجوز قبولها»^(١).

وقال الإمام الطحاوي: « فكان جوابنا له في ذلك بتوفيق الله عز وجل وعونه إن كفر عياض كان كفر شرك بالله عز وجل وجحد للبعث من بعد الموت، وكفر المقوقس لم يكن كذلك؛ لأنه كان مقرا بالبعث من بعد الموت، ومؤمناً بنبي من أنبياء الله عز وجل وهو عيسى عليه السلام .

وكان عياض ومن كان على مثل ما كان عليه مطالبين بالزوال عن ما هم عليه، وبتركه إلى ضده، وهو التصديق برسول الله صلى الله عليه وسلم، والإيمان به، وكان المقوقس ومن سواه من أهل الكتاب مطالبين بالتصديق برسول الله صلى الله عليه وسلم والإيمان به، والثبوت على ما هم عليه من دين عيسى عليه السلام.

وكان عياض ومن كان على مثل ما كان عليه غير مأكولة ذبائحهم، ولا منكوحة نساؤهم، وكان المقوقس ومن كان على مثل ما كان عليه مأكولة ذبائحهم، ومنكوحة نساؤهم، فكان الفريقان وإن كانوا جميعاً من أهل الكفر، يختلف كفرهم، وتباين أحكامهم، وكان كل شرك بالله عز وجل كفراً، وليس كل كفر بالله عز وجل شركاً.

وكان الله عز وجل قد أمر نبيه صلى الله عليه وسلم أن لا يجادل أهل الكتاب إلا بالتي هي أحسن بقوله عز وجل: {لَوْلَا تَجَادَلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ

(١) تحفة الأحوذى: للمباركفوري، (٥/ ١٦٧)، ط/ دار الكتب العلمية - بيروت .

أَحْسَنُ} (١)، فدخل في ذلك المقوقس ومن كان على مثل ما كان عليه من التمسك بالكتاب الذي أنزل على عيسى عليه السلام ، وكان المشركون الذين يجحدون كتب الله عز وجل التي أنزلها على أنبيائه - صلوات الله عليهم - بخلاف ذلك، فقبل هدية من أمره ربه عز وجل أن لا يجادله إلا بالتي هي أحسن؛ لأن الأحسن قبول هديته منه ، ورد هدايا المشركين؛ لأنهم بخلاف ذلك»(٢).

والذي يظهر لي: أن عدم قبول هدية عياض كان بسبب أن الرسول ﷺ أراد أن يحمله علي الدخول في الإسلام، وأنه يجوز قبول هدية السائح الأجنبي (غير المسلم)، والإهداء له ، وأنه لا ترد الهدية إلا في حالات خاصة، مثل ما أراد بها الكافر التقرب والتزلف إما للحصول على مركز أو جاه، وإما لإبطال حق أو إحقاق باطل ونحو ذلك، أو أن تتعلق الهدية بعيد من أعيادهم الدينية، أو تحمل شعار كفرهم، وإقرارهم عليه(٣) .

ومما يقوي هذا الترجيح: ما لاحظناه من قوة أدلة المجيزين، وصحتها وكثرتها، ولا شك أن الأدلة المعارضة ليست كذلك .

يقول الإمام القرطبي: «والمعنى فيها: أنه كان لا يقبل هدية من يطعم بالظهور عليه وأخذ بلده ودخوله في الإسلام، فعن مثل هذا نهى أن تقبل هديته حملاً على الكف عنه، وهذا أحسن تأويل للعلماء في هذا، فإنه جمع بين الأحاديث»(٤) .

(١) سورة العنكبوت آية: (٤٦) .

(٢) شرح مشكل الآثار: للطحاوي (٦/ ٤٠٢)، ح رقم: (٢٥٧٠)، باب: بيان مشكل ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هدايا الكفار إليه من قبول منه لها ومن رد منه إياها .

(٣) فقه المعاملات المالية مع أهل الذمة: د. عطيه فياض ص ١٢٥، ١٢٦؛ وأيضاً: التعامل مع غير المسلمين د. عبد الله الطريقي ص ٢٨ .

(٤) تفسير القرطبي (١٣ / ١٩٨ ، ١٩٩) .

الفرع الثاني: حكم التعامل مع السائح بالوديعة

أولاً: حكم قبول الوديعة من السائح الأجنبي:

اتفق الفقهاء^(١) على أنه يصح للمسلم قبول الوديعة من السائح الأجنبي ويجب على المسلم صيانة الوديعة له .

يقول الزيلعي: «فإن رجع إليهم وله وديعة عند مسلم أو ذمي أو دين عليهما حل دمه) أي الحربي المستأمن رجع إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو ديناً عليهما، وما كان في أيدي المسلمين أو الذميين من ماله فهو باق على ما كان عليه حرام تناول لأن حكم أمانه في حق ماله لا يبطل»^(٢) .

وقال الشافعي: «وإذا قدم الحربي دار الإسلام بأمان فمات فالأمان لنفسه وماله ولا يجوز أن يؤخذ من ماله شيء وعلى الحاكم أن يرده إلى ورثته حيث كانوا»^(٣).

وقال ابن قدامة: « فصل وإذا دخل حربي دار الإسلام بأمان، فأودع ماله مسلماً أو ذمياً، أو أقرضهما إياه، ثم عاد إلى دار الحرب، نظرنا؛ فإن دخل تاجراً، أو رسولاً، أو متنزهاً، أو حاجة يقضيها ثم يعود إلى دار الإسلام، فهو على أمانه في نفسه وماله؛ لأنه لم يخرج بذلك عن نية الإقامة بدار الإسلام، فأشبهه الذمي

(١) الفتاوى الهندية للشيخ: نظام الدين البلخي وجماعة من علماء الهند، ص ٢٣٥، ط/ دار الفكر، الطبعة: الثانية، ١٣١٠ هـ؛ وأيضاً: جواهر الإكليل للشيخ: صالح عبد السمیع الأبي الأزهري (١/ ٢٥٩)، المكتبة الثقافية، بيروت؛ الأم: للإمام الشافعي (٤/ ٢٩٦)، كتاب: مسائل في الجهاد والجزية، باب: في الصلح على الجزية؛ المغني (١٣/ ٨٠)، مسألة: (٧٤٨٦)، ط/ عالم الكتب، كتاب: الجهاد .

(٢) تبیین الحقائق للزيلعي الحنفي (٣/ ٢٦٩)، ط، كتاب المستأمن، فصل في إقامة المستأمن ف دارنا إقامة دائمة.

(٣) الأم (٤/ ٢٩٦) .

إذا دخل لذلك، وإن دخل مستوطنا، بطل الأمان في نفسه، وبقي في ماله؛ لأنه بدخوله دار الإسلام بأمان؛ ثبت الأمان لماله الذي معه، فإذا بطل في نفسه بدخوله دار الحرب، بقي في ماله»^(١).

ودليل ذلك:

كان رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وهو في مكة وديعاً لأموال كثير من المشركين، وأمر علياً - رضى الله عنه - أن يتخلف عنه بمكة في الهجرة، حتى يؤدي عن رسول الله ﷺ الودائع، التي كانت عنده للناس، وكان رسول ﷺ ليس بمكة أحد عنده شيء يخشى عليه إلا وضعه عنده، لما يعلم من صدقة، وأمانته (صلى الله عليه وسلم)^(٢).

فقبوله (صلى الله عليه وسلم) الودائع من المشركين دليل على جواز قبول الودائع من السائح الأجنبي في بلاد المسلمين .

ثانياً: حكم إيداع المسلم عند السائح الأجنبي (غير المسلم):

وضع الوديعة عند السائح للحفظ أمر جائز، لا سيما عند الحاجة، ولا ضير على المؤمن أن يثق بالسائح الأجنبي في بعض الحالات متى ظهر له أمانته، وصدقه؛ إذ الكفار ليسوا سواءً في الأمانة، والخيانة، بل منهم الأمين، ومنهم الخائن، لكن شريطة أن تكون هذه الأمانة مما يجوز للسائح الأجنبي أن يملكها، فلا يجوز إيداع مصحف عند السائح الأجنبي؛ لأنه لا يجوز توكيله بشرائه، وهذا ما يظهر من أقوال الشافعية وشروطهم في المودع والوديع^(٣)، كما لا يجوز له تملك المصحف^(٤).

(١) المغني (١٣ / ٨٠)، مسألة: (٧٤٨٦)، ط/ عالم الكتب .، كتاب: الجهاد

(٢) السيرة النبوية لابن هشام (٣٤٣) .

(٣) مغني المحتاج، ط/ دار الكتب العلمية، (٤ / ١٢٧)، وجاء فيه: « (وشرطهما شرط موكل ووكيل) لأنها استنابة في الحفظ فمن صحت وكالته صح إيداعه، ومن صح توكيله صح دفع الوديعة إليه فخرج استيداع محرم صيدا أو كافر مصحفا ونحوه».

(٤) المجموع: للنووي، ط/ دار الفكر، (٩ / ٣٥٤)، وجاء فيه: « (ولا يجوز بيع المصحف ولا العبد المسلم من الكافر لأنه يعرض العبد للصفار والمصحف للابتذال) » .

وإنما جاز حفظ الوديعة عند السائح الأجنبي لقوله تعالى: ﴿وَمِنَ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِعِقْطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِدِينَارٍ لَّا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا لَيْسَ عَلَيْنَا فِي الْأُمِّيِّينَ سَبِيلٌ وَيَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ (١) .

وجه الدلالة:

ومعنى الآية أن أهل الكتاب فيهم الأمين الذي يؤدي أمانته وإن كانت كثيرة وفيهم الخائن الذي لا يؤدي أمانته، وإن كانت حقيرة ومن كان أميناً في الكثير فهو في القليل أمين بالأولى ومن كان خائناً في القليل فهو في الكثير خائن بالأولى (٢) .

الفرع الثالث: حكم التعامل مع السائح الأجنبي بالرهن

اتفق الفقهاء (٣) على صحة الرهن بين المسلم والسائح الأجنبي المستأمن في دار الإسلام، فيجوز أن يكون الرهن مسلماً، والمرتهن مستأماً، ويصح العكس، لكن يشترط في الرهن عند السائح الأجنبي أن يكون الرهن مما يصح تملكه فلا يجوز أن يرهن عنده المصحف وكتب الفقه (٤).

(١) سورة آل عمران آية: (٧٥) .

(٢) فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير: لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني

(٣٥٣ / ١)، ط/ دار الفكر، بيروت .

(٣) المبسوط، (٢١ / ٨٨) .

(٤) المجموع: للنووي ط/ دار الفكر (١٣ / ٢١٥)، وجاء فيه: « وفي جواز رهن المصحف وكتب

الاحاديث والعهد المسلم عند الكافر طريقان: قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد فيه قولان كالبيع »

أحدهما « يبطل » والثاني « يصح ويجبر على تركه في يد مسلم. وقال أبو علي الطبري في الإفصاح

يصح الرهن قولاً واحداً ويجبر على تركه في يد مسلم، ويفارق البيع بأن البيع ينتقل الملك فيه إلى

الكافر، وفي الرهن المرهون باق على ملك المسلم» .

ودليل ذلك السنة والقياس:

أما السنة: فما رواه البخاري في صحيحه عَنْ عَائِشَةَ - رضى الله عنها -
قَالَتْ: تُوْفِّي رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - وَدِرْعُهُ مَرْهُونَةٌ عِنْدَ يَهُودِيٍّ
بِثَلَاثِينَ صَاعًا مِنْ شَعِيرٍ»^(١).

وجه الدلالة:

قال ابن حجر: « وفي الحديث جواز معاملة الكفار فيما لم يتحقق تحريم عين
المتعامل فيه وعدم الاعتبار بفساد معتقدهم ومعاملاتهم فيما بينهم، واستتبط منه
جواز معاملة من أكثر ماله حرام وفيه جواز بيع السلاح ورهنه وإجارته وغير ذلك
من الكافر ما لم يكن حربياً، وفيه ثبوت أملاك أهل الذمة في أيديهم وجواز
الشرء بالثمن المؤجل واتخاذ الدروع والعدد وغيرها من آلات الحرب »^(٢)، وقال
أيضاً: « وغرضه جواز معاملة غير المسلمين »^(٣).

وأما المعقول فهو ما يأتي:

لأن المستأمن في المعاملات بمنزلة الذمي أو المسلم، وهو من أهل يد معتبرة
شريعاً، وهو من أهل أن ينفذ بيعه بتسليط المالك، كما ينفذ بيعه باعتبار ملكه^(٤).

(١) صحيح البخاري، كتاب: الجهاد، باب: ما قيل في درع النبي ﷺ والقميص في الحرب (٣٩٧/١٠)،
ح رقم: (٢٩١٦).

(٢) فتح الباري، (٥ / ١٤١)، باب: (قوله بسم الله الرحمن الرحيم كتاب في الرهن في الحضرة).

(٣) فتح الباري، (٥ / ١٤٥)، باب: الرهن عند اليهود وغيرهم.؛ وأيضاً: نيل الأوطار (٥ / ٢٧٨)،
كتاب: الرهن، باب: الانتفاع بالرهن، وجاء فيه: « فيها أيضاً دليل على جواز معاملة الكفار فيما

لم يتحقق تحريم العين المتعامل فيها وجواز رهن السلاح عند أهل الذمة لا عند أهل الحرب » .

(٤) المبسوط، (٢١ / ٨٨)؛ وأيضاً: مغني المحتاج (٢ / ٣٣٨)، (٣ / ٣٩) وجاء فيه: « بأنه - صلى
الله عليه وسلم - فعل ذلك بيانا لجواز معاملة أهل الكتاب »؛ حاشية قليوبي وعميرة، (٢ / ٣٢٥)؛
المغني (٦ / ٤٧٠، ٤٧١)، كتاب: الرهن، مسألة: (٣٣١٤) .

المطلب الثامن

الضوابط الشرعية الواجب إلتزام السائح بها في مجال الأطفمة
المحرمة والمشروبات الكحولية وغيرها

وذلك في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: حكم إظهار المنكرات بين المسلمين .

الفرع الثاني: حكم تصرف السائح غير المسلم في الخمر، وضمانها على من
ألتفها له.

الفرع الثالث: حكم شرب السائح غير المسلم للخمر، وحكم إقامة الحد عليه .

الفرع الأول: حكم إظهار المنكرات بين المسلمين

من الواجبات المنوطة بالمستأمنين (السائحين) عدم إظهار المنكرات بين
المسلمين ، فيمتنعون عن إظهار الخمر والخنزير، فإن كان إظهار هذه الأشياء في
أمصارهم وقراهم الخاصة بهم، أو في موضع ليس من من أمصار المسلمين ولو
كان فيه مسلمون فذلك جائز^(١) وما يقاس عليها من المواد المخدرة والكحوليات^(٢)؛
لما فيه من ضرر على الإسلام والمسلمين^(٣)، ولئلا يؤذوا مشاعر المسلمين^(٤)

(١) المغني (١٣/٢٤٧)، ط/ عالم الكتب .

(٢) يقول الخطيب الشربيني: " وقال ابن تيمية إن الحشيشة أول ما ظهرت في آخر المائة السادسة
من الهجرة حين ظهرت دولة التتار وهي من أعظم المنكر وشر من الخمر في بعض الوجوه لأنها
تورث نشوة ولذة وطربا كالخمر ويصعب الفطام عنها أكثر من الخمر " مغني المحتاج (٤/١٨٧).

(٣) الأحكام السلطانية للفراء: القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء
(١/١٥٩، ١٦٠)، صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي، ط/ دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان،
الطبعة: الثانية، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م .

(٤) التعامل مع غير المسلمين د/ عبد الله الطريقي ص ١٩١ .

ويدل علي المنع: ما جاء في كتاب عبد الرحمن بن غنم^(١) الذي بعثه إلي أمير المؤمنين عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) وأقره أن من جملة ما التزم به أهل الشام قولهم: « وَلَا نُظْهِرُ شِرْكَاً وَلَا نَدْعُو إِلَيْهِ أَحَدًا، وَلَا نَبِيعَ الْخُمُورِ، وَأَنْ لَا نُضْرِبَ بِنَاقُوسٍ فِي كَنَائِسِنَا بَيْنَ حَضْرَةِ الْمُسْلِمِينَ »^(٢).

يقول ابن القيم: «وذلك يتضمن إخفاء الخمر والخنزير فيما بينهم، وألا يظهرها بهما بين المسلمين كما لا يظهرن بسائر المنكرات»^(٣).

وإنما يكره ذلك في أمصار المسلمين، وهي التي يقام فيها الجمع والأعياد والحدود؛ لكونه إظهار شعائر الكفر في مكان إظهار شعائر الإسلام، فيختص المنع بالمكان المعد لإظهار الشعائر وهو المصر الجامع وهذا باتفاق الفقهاء^(٤).

وأما إظهار فسق يعتقدون حرمة كالزنا وسائر الفواحش التي هي حرام في دينهم، فإنهم يمنعون من ذلك سواء كانوا في أمصار المسلمين، أو في أمصارهم،

(١) هو عبد الرحمن بن الشعري، قيل له صحبة، وقيل كان مسلماً ولم ير النبي ﷺ توفي سنة ٧٨ هـ . انظر: الإصابة في تمييز الصحابة، (٢/ ٤١٧)، تحقيق: علي محمد البجاوي، ط/ دار الجيل، بيروت- لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٢ هـ.

(٢) السنن الكبرى: للبيهقي (٩/ ٣٣٩)، ح رقم: (١٨٧١٧)، كتاب: جماع أبواب الشرائط التي يأخذها الإمام علي أهل الذمة وما يكون منها ناقض للعهد، باب: الإمام يكتب كتاب الصلح علي الجزية (٣) أحكام أهل الذمة: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين بن قيم الجوزية (٣/ ١٢٣٦، ١٢٥٠)، تحقيق: يوسف بن أحمد البكري - شاكر بن توفيق العاروري ، ط/ رمادى للنشر - الدمام، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ - ١٩٩٧.

(٤) بدائع الصنائع (٧/ ١١٣)، دار الكتب العلمية ؛ تفسير القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (٦/ ١٨٤، ١٨٥)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة الطبعة: الثانية، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م في تفسير آية ٤٢ من سورة المائدة؛ مغني المحتاج (٤/ ٢٥٧، ٢٥٨) ط/ دار الفكر ؛ كشف القناع (٣/ ١٣٤)، ط/ دار الكتب العلمية .؛ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار: أحمد بن يحيى بن المرتضى (١٦/ ٣١٩) ط/ مكتبة اليمن .؛ الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية: زين الدين بن علي العاملي الجبعي - إمامية، (٥/ ٢٦٠)، ط/ دار العالم الإسلامي، بيروت، الفصل الرابع في حد الشرب .

ومدائنهم وقراهم، وكذا المزامير والعيدان، والطبول في الغناء، واللعب بالحمام، ونظيرها، يمنعون من ذلك كله في الأمصار والقرى؛ لأنهم يعتقدون حرمة هذه الأفعال كما نعتقدها نحن فلم تكن مستثناة عن عقد الذمة ليقروا عليها^(١).

يقول الكاساني: « ولا يمكنون (أي أهل الذمة) من بيع الخمر والخنازير فيها ظاهراً»^(٢)

ويقول القرطبي: « ولذلك منعناهم أن يبيعوا الخمر جهاراً، وأن يظهرها الزنى وغير ذلك من القاذورات؛ لئلا يفسد بهم سفهاء المسلمين»^(٣).

ويقول الخطيب الشربيني: « ومتى أظهروا خمورهم أريقت»^(٤).

ويقول الماوردي: «أن لا يجاهروهم بشرب خمورهم، ولا بإظهار صلبانهم وخنازيرهم»^(٥).

ويقول ابن قدامة: « وما أظهروه من ذلك، تعين إنكاره عليهم، فإن كان خمرًا جازت إراقتة»^(٦).

ويقول البهوتي: «(ويمنعون من قراءة قرآن و) من إظهار خمر وخنزير فإن فعلوا أتلفناهما»^(٧).

(١) بدائع الصنائع (٧/ ١١٣) .

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ١١٣) .

(٣) تفسير القرطبي (٦/ ١٨٤، ١٨٥) .

(٤) مغني المحتاج (٤/ ٢٥٧، ٢٥٨) .

(٥) الأحكام السلطانية: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (١/ ٢٢٥)، ط/ دار الحديث - القاهرة .

(٦) المغني (٧/ ٤٢٦)، فصل: "وإن غصب من ذمي خمرًا، لزمه ردها؛ لأنه يقر على شربها" .

(٧) كشف القناع (٣/ ١٣٤) .

ويقول ابن المرتضى: «ويمنعون السلاح، وعن إظهار شرب الخمر وبيعها وأكل الخنزير»^(١) وجاء أيضاً: «ولا ينتقض (أي عهد الذمة) بضربهم الناقوس وتركهم الزنا، وإظهار معتقدتهم ودعاء المسلمين إلى الخمر، مما لا ضرر فيه، بل يعزرون»^(٢).

وجاء في الروضة البهية: « (يجب الحد ثمانون جلدة بتناوله) أي تناول شيء مما ذكر من المسكر والفقاع والعصير وفي إلحاق الحشيشة بها قول حسن، مع بلوغ المتناول، وعقله، واختياره، وعلمه (وإن كان كافراً إذا تظاهر به) أما لو استتر فلا حد»^(٣).

والمستأمن كالذمي في لزوم الامتناع عن إظهار المنكرات؛ لأن هذه الأمور المتعلقة بالنظام العام للدولة الإسلامية التي لا تجوز مخالفتها من قبل أي شخص. وأيضاً: فإن المستأمن يلتزم أحكام الإسلام ما دام في دار الإسلام كما يلتزم الذمي^(٤).

(١) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار : أحمد بن يحيى بن المرتضى (١٦ / ٣١٩) ط / مكتبة اليمن

(٢) المرجع السابق (١٦ / ٣١٧)

(٣) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية: للعالمي (٥ / ٢٦٠) .

(٤) بدائع الصنائع (٧ / ١١٣)؛ وأيضاً: أحكام الذميين والمستأمنين د/ عبد الكريم زيدان، ص ٢١٠.

الفرع الثاني: حكم تصرف السائح غير المسلم في الخمر ووضمانها على من أتلّفها له

اختلف الفقهاء في ذلك علي قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^(١) والمالكية^(٢) إلى أنه يجوز للسائح غير المسلم بيع الخمر والخنزير في دار الإسلام ويجب الضمان علي من أتلّفها له.

يقول الكاساني: «فأما أهل الذمة فلا يمنعون من بيع الخمر، والخنزير أما على قول بعض مشايخنا فلأنه مباح الانتفاع به شرعا لهم كالخل، وكالشاة لنا فكان ما لا في حقهم فيجوز بيعه»^(٣).

ويقول الجصاص: «إلا في بيع الخمر والخنزير فإن ذلك جائز فيما بينهم»^(٤).

وجاء في المدونة: «قلت: أرأيت أهل الذمة إذا تظالموا فيما بينهم في الخمر..، أيحكم فيما بينهم أم لا؟ قال: نعم، يحكم فيما بينهم في الخمر؛ لأنها مال من أموالهم^(٥)»، **وجاء أيضاً:** «قال مالك: لا يقطع سارق الخمر والخنزير، وإن سرقه من أهل الذمة يقطع وأغرم ثمنه لهم إذا كان سرقه من ذمي أو معاهد»^(٦).

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٤٣) .

(٢) المدونة (٤/ ١٨٩)، باب: «الحكم بين أهل الذمة والمسلم يغصب نصرانيا خمرًا»، ط/ دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ١٤٣)

(٤) أحكام القرآن للجصاص (٤/ ٨٩)، ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت

(٥) المدونة (٤/ ١٨٩)

(٦) المرجع السابق (٤/ ٥٣٦)، باب: «فيمن سرق خمرًا أو شيئًا من مسكر النبيذ»؛ وأيضاً: المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (١/ ١٢٢٠)، تحقيق: حميش عبد الحقّ، ط/ المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة.

واستدلوا علي ذلك بالأثر والمعقول:

أما الأثر: فماروي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - كتب إلى
عشاره بالشام أن ولوهم بيعها، وخذوا العشر من أثمانها^(١)، ولو لم يجز بيع
الخمير منهم لما أمرهم بتوليتهم البيع^(٢).

وأما المعقول فقالوا:

لأنهم مقرون على أن تكون مالا لهم ولو لم يجز مبايعتهم وتصرفهم فيها
والانتفاع بها؛ لخرجت من أن تكون مالا لهم، ولما وجب على مستهلكها عليهم
ضمان^(٣)؛ ولأن حرمة الخمر، والخنزير ثابتة على العموم في حق المسلم،
والكافر؛ لأنهم مخاطبون بالحرمة وهو الصحيح عند أهل الأصول هي حرمة،
فكانت الحرمة ثابتة في حقهم، ولكنهم لا يمنعون عن بيعها؛ لأنهم لا يعتقدون

(١) هذا الأثر رواه البيهقي في السنن الكبرى: « عن عبد الملك بن عمير عن سمع ابن عباس
رضي الله عنهما يقول: دخلت على عمر رضي الله عنه وهو يقرب يده هكذا فقلت له: ما لك يا أمير
المؤمنين قال: عويمل لنا بالعراق خلط في فيء المسلمين أثمان الخمر وأثمان الخنازير ألم تعلم أن
رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم أن يأكلوها فجملوها
فباعوها وأكلوا أثمانها ». قال سفيان يقول: لا تأخذوا في جزيتهم الخمر والخنزير ولكن خلوا بينهم
وبين بيعها فإذا باعوها فخذوا أثمانها في جزيتهم ». راجع: السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي:
أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، (٩/ ٢٥٠)، ح رقم: (١٩٢٠٨)، كتاب: الجزية، باب:
لا يؤخذ منهم في الجزية، مؤلف الجوهر النقي: علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن
التركماني، تحقيق: أبو الحسن الأمروهي وآخرون، ط/ دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة
حيدر آباد، الطبعة: الأولى. ١٣٤٤ هـ؛ وأيضاً: السنن الصغرى: للبيهقي: لأبي بكر أحمد بن
الحسين البيهقي (٤/ ٣٨٢، ٣٨٣)، ح رقم: (٢١١٤)، باب: الغصب، تحقيق: د. محمد ضياء الرحمن
الأعظمي، ط/ مكتبة الدار - المدينة المنورة، الطبعة: الأولى، ١٤١٠ - ١٩٨٩م، قال الألباني:
« قلت: وإسناده ضعيف جدا ، من أجل يحيى بن عتبة ، فقد قال ابن معين: ليس بشيء. » راجع:
إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (٥/ ١٠٤)، محمد ناصر الدين الألباني، تحقيق: زهير
الشاويش ، ط/ المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م؛ وأيضاً: أحكام أهل
الذمة لابن القيم (٣٥٧/١).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٤٣).

(٣) أحكام القرآن: للجصاص (٤/ ٨٩)، ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت

حرمتها، ويتمولونها. ونحن أمرنا بتركهم، وما يدينون»^(١)؛ ولأنها من أموالهم التي نفرهم على اقتنائها والتصرف فيها، فجاز أخذ أثمانها منهم كأثمان ثيابهم^(٢).

القول الثاني: وذهب الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤)، والظاهرية^(٥)، والزيدية^(٦) إلى عدم جواز بيعها وعدم وجوب الضمان علي من أتلّفها.

يقول الماوردي: قال الشافعي رحمه الله: «وإن أراق له خمرأ أو قتل له خنزيراً فلا شيء عليه ولا قيمة لمحرم؛ لأنه لا يجري عليه ملك»^(٧).

ويقول النووي: «ولو باع ذمي لمسلم خمرأ، أريقت على المسلم ولا ثمن للذمي»^(٨).

ويقول البهوتي: «وإن أتلّف غاصب أو غيره (الكلب أو الخمر ولو كان المتلف ذمياً لم تلزمه قيمتها)؛ لأنهما ليس لهما عوض شرعي؛ لأنه لا يجوز بيعهما (كخنزير و) (كخمر غير مستورة) ولو لذمي»^(٩). (وإن باعوا الخمر للمسلمين استحقوا العقوبة) من السلطان (وللسلطان أن يأخذ منهم الأثمان التي قبضوها من مال المسلمين بغير حق) لبطلان بيع الخمر وتحريم الاعتياض عنه^(١٠).

(١) بدائع الصنائع (٥/١٤٣)؛ (٧/١١٣)، دار الكتب العلمية .

(٢) أحكام أهل الذمة: لابن القيم (١/٣٥٧)

(٣) الحاوي: للماوردي (٧/٢٢١)، (١٣/٣٥٠)، ط/ دار الكتب العلمية .

(٤) كشف القناع (٤/٧٧، ٧٨)، فصل يلزم الغاصب رد المغصوب إذا أتلّفه، ط/ دار الكتب

العلمية، المغني (٧/٤٢٤)، مسألة: (٣٩٧٧)، كتاب: الغصب .

(٥) المحلى (١٢/٣٢١، ٣٢٢)، مسألة: (٢٢٧٨)

(٦) البحر الزخار: لابن المرتضى (٨/٧٧) .

(٧) الحاوي : للماوردي (٧/٢٢١) .

(٨) روضة الطالبين (٧/٥٠٨)، فصل في أحكام عقد الذمة .

(٩) كشف القناع (٤/٧٧، ٧٨)، فصل يلزم الغاصب رد المغصوب إذا أتلّفه

(١٠) المرجع السابق (٣/١٣٤)، ط/ دار الكتب العلمية.

ويقول ابن حزم: « إن الله تعالى حرم شرب الخمر، على كل مسلم وكافر،
وحرم بيعها على كل مسلم وكافر، وحرم ملكها على كل مسلم وكافر»^(١).

ويقول ابن المرتضى: «ويحرم بيع الخمر .. فإن باعها ذمي لمسلم لم يصح
إذ حرم ثمنها»^(٢).

واستدلوا علي ذلك بالسنة والقياس والمعقول:

أما السنة فما يأتي:

١- مارواه الإمام مسلم في صحيحه عن زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ
وَعَلَةَ السَّبَّائِي، مِنْ أَهْلِ مِصْرَ، أَنَّهُ سَأَلَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ، عَمَّا يُعْصَرُ
مِنَ الْعِنَبِ، فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: إِنَّ رَجُلًا أَهْدَى لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ
وَسَلَّمَ رَاوِيَةَ خَمْرٍ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هَلْ عَلِمْتَ أَنَّ
اللَّهَ قَدْ حَرَّمَهَا؟» قَالَ: لَا، فَسَارَ إِنْسَانًا، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ
وَسَلَّمَ: «بِمَ سَارَرْتَهُ؟» فَقَالَ: أَمَرْتُهُ بِبَيْعِهَا، فَقَالَ: «إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شَرْبَهَا
حَرَّمَ بَيْعَهَا»، قَالَ: فَفَتَحَ الْمَزَادَةَ حَتَّى ذَهَبَ مَا فِيهَا»^(٣).

٢- وأيضاً ما رواه الإمام مسلم في صحيحه: « عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، أَنَّهُ
سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ عَامَ الْفَتْحِ وَهُوَ بِمَكَّةَ: «إِنَّ
اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ، وَالْمَيْتَةِ، وَالْخِنْزِيرِ، وَالْأَصْنَامِ»، فَقِيلَ: يَا
رَسُولَ اللَّهِ، أَرَأَيْتَ شُحُومَ الْمَيْتَةِ، فَإِنَّهُ يُطْلَى بِهَا السُّفْنُ، وَيُدْهَنُ بِهَا الْجُلُودُ،
وَيَسْتَصْبِحُ بِهَا النَّاسُ، فَقَالَ: «لَا، هُوَ حَرَامٌ»، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ

(١) المحلى (١٢/ ٣٢١، ٣٢٢)، مسألة: (٢٢٧٨)

(٢) البحر الزخار: لابن المرتضى (٨/ ٧٧) .

(٣) صحيح مسلم (٣/ ١٢٠٦)، ح رقم: (١٥٧٩) ، كتاب: المساقاة ، باب: تحريم بيع الخمر رقم:

(١٢) تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت .

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عِنْدَ ذَلِكَ: «قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ، إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَمَّا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ شُحُومَهَا أَجْمَلُوهُ، ثُمَّ بَاعُوهُ فَأَكَلُوا ثَمَنَهُ»^(١).

وجه الدلالة من الحديثين:

يقول النووي: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها» فيه تحريم بيع الخمر وهو مجمع عليه والعلة فيها عند الشافعي وموافقيه كونها نجسة أو ليس فيها منفعة مباحة مقصودة فيلحق بها جميع النجاسات»^(٢).

وأما القياس:

أحدهما: أن كل ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لم يكن مضموناً في حق الكافر كالدم. وإن شئت قلت كل عين لم يصح أن تشغل ذمة المسلم بتمنئها لم يصح أن تشغل ذمة المسلم بقيمتها^(٣).

والثاني: أن ما لم يستحقه المسلم من عوض الخمر لم يستحق الكافر كالثمن؛ ولأنه شراب مسكر فوجب ألا يستحق على متلفه قيمة كما لو أتلفه على مسلم^(٤).

وأما المعقول فمن وجهين:

أحدهما: لأن ما حرم الانتفاع به، لم يجب ضمانه، كالميتة والدم^(٥)، وأن الذي حرم شربها حرم بيعها، فثبت أنها ليست مالا لأحد، وأنه لا قيمة لها أصلاً للتحريم الوارد فيه جملة^(٦).

(١) صحيح مسلم (٣/ ١٢٠٦) ح رقم: (١٥٧٩)، كتاب: المساقاة، باب: تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، رقم: (١٢)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت.

(٢) شرح صحيح مسلم: للنووي (٣/ ١١)، باب: تحريم بيع الخمر، ح رقم: (١٥٧٨).

(٣) الحاوي: للماوردي (٧/ ٢٢٢)

(٤) المرجع السابق نفس الموضع.

(٥) المغني (٧/ ٤٢٦)، فصل: "وإن غصب من ذمي خمرأ، لزمه ردها؛ لأنه يقر على شربها".

(٦) المحلى (١٢/ ٣٢١، ٣٢٢)، مسألة: (٢٢٧٨).

والثاني: لأن المرجع في كون الشيء مالاً إلى صنعته لا إلى صفة مالكة؛ لأن صفات الشيء قد تختلف فيختلف حكمه في كونه مالا ويختلف مالكوه فلا يختلف حكمه في كونه مالا كالحيوان هو مال لمسلم وكافر ثم لو مات خرج من أن يكون مالا لمسلم أو كافر ثم لو دبح جلده صار مالا لمسلم وكافر؛ ولأن ما حرم نفعاً فأولى أن يحرم عوضاً قياساً عليه من كافر على مسلم؛ ولأن تقويم الخمر للكافر على المسلم تقتضي في التقويم تفضيل الكافر على المسلم فلم يصح^(١).

القول الرابع:

والذي أراه راجحاً في هذه المسألة: هو أنه يجوز للسائح غير المسلم بيع الخمر ويضمن من أتلّفها له؛ لأنها مباح الانتفاع بها شرعاً لهم كالخل، وكالاشاة لنا فكان مالا في حقهم فيجوز بيعه، ولا يمنعون عن بيعها؛ لأنهم لا يعتقدون حرمتها، ويتمولونها، ونحن أمرنا بتركهم، وما يدينون^(٢). ولأن الخمر أو الخنزير مال متقوم في حق أهل الذمة، فلا يجوز الاعتداء عليه، وهو في حفظ وحماية الدولة الإسلامية، ومن ضرورات الحفاظ والحماية وعدم الاعتداء عليه، إيجاب الضمان علي متلفه أو غاصبه، وإلا لم يكن معني للقول بعصمة مال غير المسلم، وحمايته في دار الإسلام^(٣)، والمستأمن كالذمي في جواز التصرف في الخمر والخنزير^(٤).

(١) الحاوي: للماوردي (٧/ ٢٢٢).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٤٣).

(٣) أحكام الذميين والمستأمنين د/ عبد الكريم زيدان ص ٥٥٥.

(٤) شرح السير الكبير للسرخسي (١/ ١٤٩٠) وجاء فيه: "والقاضي يبطل عقود الربا التي تجري بين أهل الذمة إذا اختصموا إليه فيها، فكذا يبطل عقود المستأمنين، إلا أنه يجيز ما يكون بينهم من بيع الخمر والخنزير؛ لأن ذلك مال متقوم في حقهم. والمستأمنون وأهل الذمة في ذلك سواء."

الفرع الثالث: حكم شرب السائح غير المسلم للخمر وحكم إقامة الحد عليه

اختلف الفقهاء في ذلك علي ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، والزيدية^(٥) إلي أنه يباح للسائح غير المسلم شرب الخمر، ولكنهم يمنعون من إظهارها كما تقدم، ولا يقام عليهم عقوبة الشرب؛ لأنهم لا يعتقدون تحريمه^(٦)، ولأننا نفرهم علي كفرهم، والكفر أعظم إثماً من هذه الأمور^(٧).

القول الثاني: وذهب الظاهرية إلي أنه تجب عقوبة شرب الخمر علي شاربها مسلماً كان أو غير مسلم^(٨) وعلي ذلك فهي تجب علي السائح غير المسلم. وقد اعترض ابن حزم علي ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في التفرقة بين الحدود فيقومون الحد علي السرقة والقذف ولا يقيمون الحد علي شرب الخمر فقال: « لأن الآية المذكورة عامة لا خاصة - وهي قوله تعالى: { سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّخْتِ فَإِنْ جَاؤُوكَ فَآخُكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَصُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَآخُكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ }^(٩)، وهم قد خصوا فأوجبوا عليهم الحد في السرقة، وفي القذف لمسلم، وفي الحرابة، وأسقطوا الحد

- (١) بدائع الصنائع (٣٩ / ٧)، وجاء فيه: " فلا حد علي الذمي والحربي المستأمن بالشرب " .
- (٢) شرح مختصر خليل: للخرشي: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (٨ / ١٠٨)، ط/ دار الفكر للطباعة - بيروت .
- (٣) مغني المحتاج (٤ / ٢٥٧، ٢٥٨)، (٣ / ١٩٥)، فصل في أحكام عقدا الجزية، ط/ دار الفكر .
- (٤) كشف القناع (٣ / ١٢٦، ١٢٧)، باب: في أحكام أهل الذمة، ط/ دار الكتب العلمية .
- (٥) البحر الزخار: لابن المرتضي (١٦ / ٣١٩) .
- (٦) مغني المحتاج (٣ / ١٩٥)، فصل في أحكام عقدا الجزية
- (٧) كشف القناع (٣ / ١٢٦، ١٢٧)، باب: في أحكام أهل الذمة، ط/ دار الكتب العلمية .
- (٨) المحلى بالآثار: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (١٢ / ٦٦، ٧٦)، ط/ دار الفكر - بيروت، مسألة: (٢١٨٧) هل تقام الحدود علي أهل الذمة .
- (٩) سورة المائدة آية: (٤٢) .

في الزنى، وفي الخمر فقط، وهذا تحكم لم يوجبه قرآن، ولا سنة لا صحيحة ولا سقيمة ولا إجماع، ولا قول صاحب، وعلى كل حال فقد خصصتم الآية بلا دليل وتركتم ظاهرها بلا حجة»^(١).

القول الثالث: وذهب الشيعة الإمامية إلي أنهم يقام عليهم الحد إذا تظاهروا بشربها^(٢).

يقول الكاساني: «وشرب الخمر مباح لأهل الذمة عند أكثر مشايخنا فلا يكون جنائية، وعند بعضهم وإن كان حراما لكننا نهينا على التعريض لهم وما يدينون، وفي إقامة الحد عليهم تعرض لهم من حيث المعنى؛ لأنها تمنعهم من الشرب، وعن الحسن بن زياد أنهم إذا شربوا وسكروا يحدون لأجل السكر لا لأجل الشرب؛ لأن السكر حرام في الأديان كلها، وما قاله الحسن حسن^(٣).

ويقول الخرشي: «يجب (أي الحد) بشرب المسلم لا الكافر حربياً كان، أو ذمياً فلا حد عليه»^(٤).

ويقول الخطيب الشربيني: «بخلاف ما يعتقدون حله كشرب الخمر فلا يقام عليهم الحد بشربه في الأصح، وفهم من التقييد بالإظهار أنه لا يمنع بينهم»^(٥).

ويقول البهوتي: «و(لا) يقيم الحد عليهم (فيما يعتقدون حله، كشرب خمر ونكاح محرم) وأكل لحم على كفرهم، وهو أعظم جرماً، إلا أنهم يمنعون من إظهار ذلك بين المسلمين، لتأديهم به»^(٦).

(١) المحلى بالآثار: لابن حزم (١٢/٦٦، ٦٧)، مسألة: (٢١٨٧) هل تقام الحدود علي أهل الذمة .

(٢) الروضة البهية: لزين الدين بن علي العاملي، (٥/٢٦٠).

(٣) بدائع الصنائع (٧/٤٠)

(٤) شرح مختصر خليل: للخرشي (٨/١٠٨).

(٥) مغني المحتاج (٤/٢٥٧، ٢٥٨).

(٦) كشف القناع (٣/١٢٦، ١٢٧)، باب: في أحكام أهل الذمة، ط/ دار الكتب العلمية .

ويقول ابن المرتضي: «يحد كل من شرب مسكراً مكلفاً غير مضطر ولا معذور، ولا حد على صبي ومجنون وحربي وذمي، إذ لم يلتزموا حكم الشرع»^(١).

يقول **العالمي**: «(ويجب الحد ثمانون جلدة بتناوله) أي تناول شيء مما ذكر من المسكر والفقاع والعصير . وفي إلحاق الحشيشة بها قول حسن، مع بلوغ المتناول، وعقله، واختياره، وعلمه (وإن كان كافراً إذا تظاهر به) أما لو استتر.. فلا حد»^(٢).

القول الراجح: هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنه يجوز للسائح غير المسلم شرب الخمر ولكن لا يظهرونا للمسلمين، ولا يقام عليهم عقوبة شرب الخمر؛ لأنهم يعتقدون إباحتها شرب الخمر وإنما أعطيناهم الأمان على أن نتركهم وما يدينون^(٣).

(١) البحر الزخار: المرتضي (١٤ / ٣٣٣)، باب: حد الشارب .

(٢) الروضة البهية: لزين الدين بن علي العالمي، (٥ / ٢٦٠) .

(٣) بدائع الصنائع (٧ / ٤٠)، فصل في بيان أسباب وجوب الحد؛ وأيضاً: المبسوط (٩ / ٥٦).

المطلب التاسع

القانون الواجب التطبيق في المنازعات بين السائح والدولة القاطن فيها مؤقتاً (تنازع القوانين)^(١)

إذا كان السائح مستأماً وإقامته مؤقتة في دار الإسلام، وحدث تنازع بين السائح وأحد أفراد الدولة القاطن فيها مؤقتاً فما هو القانون الذي يحكم في هذا التنازع ؟ هل قانون جنسية السائح، أم قانون الدولة التي يقضي فيها سياحته، وهي مسألة تنازع القوانين (القانون الواجب التطبيق)، في المعاملات المدنية والجنايئة هذا ما سوف أعالجه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق في المنازعات بين السائح والدولة القاطن فيها مؤقتاً في المعاملات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في المنازعات بين السائح والدولة القاطن فيها مؤقتاً في الجنايات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق في المنازعات بين السائح والدولة القاطن فيها مؤقتاً في المعاملات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

المسألة الأولى: القانون الواجب التطبيق على السائح عند تنازع القوانين في المعاملات في الشريعة الإسلامية :

السائح إما أن يكون مسلماً أو غير مسلم فإن كان مسلماً وحدث تنازع فلا خلاف في أن القانون الواجب التطبيق هو الشريعة الإسلامية .

(1) ويقصد بها: " تعدد القوانين المتصلة بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، وإدعاء كل منها أنه هو المختص بحكمها » راجع: القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، د/ عز الدين عبد الله، ص ٧، ط. دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة، ١٩٩٥ م .

فإن كان السائح غير مسلم فقد اتفق الفقهاء^(١) علي تطبيق القانون الإسلامي (أي تطبيق قانون الدولة التي يقضي فيها سياحته) عليه فيما يتعلق بالمعاملات المالية ما دام الالتزام نشأ أو نفذ، أو تم الاتفاق علي تنفيذه بين الأجنبي وبين مواطني الدولة الإسلامية داخل حدود الدولة الإسلامية، فيلزم علي المستأمن في المجتمع الإسلامي الخضوع لأحكام الإسلام فيما يرجع إلي المعاملات المدنية والجنائية، وتسري عليهم سياسته الداخلية والخارجية، لما في ذلك من ارتباط وثيق بالمجتمع وأمنه بمن فيه من مسلمين وغيرهم^(٢). فقد ذكر الفقهاء أن المستأمن في دار الإسلام بمنزلة الذمي في المعاملات بمجرد الدخول إلي دار الإسلام؛ لأنه بالدخول مستأمناً التزم أحكام الإسلام، أو ألزمه من غير التزامه لإمكان إجراء الأحكام عليه ما دام في دار الإسلام^(٣).

وبناءً علي ذلك: فإن السائح يمنع من التعامل بالربا ولا أن يعقد عقوداً من العقود التي بين الإسلام فسادها؛ لأنه يتعامل في كل ذلك مع المسلمين، فتطبق عليه الأحكام التي تطبق عليهم؛ لأن السيادة للدولة الإسلامية مفروضة علي كل رعاياها^(٤).

(١) رد المحتار: لابن عابدين، (٤ / ١٦٩)؛ وأيضاً: شرح السير الكبير: للسرخسي (١ / ١٨٥٤)، ط/الشركة الشرقية للإعلانات؛ المبسوط: للسرخسي (١٠ / ٨٤)، كتاب: السير؛ أسهل المدارك لأبي بكر بن حسن: للكشناوي، (١ / ٤)؛ روضة الطالبين للنووي (٤ / ٣٤٥)، ط/ دار الكتب العلمية؛ كشاف القناع عن متن الإقناع: للبهوتي الحنبلي (٣ / ١٠٨)، ط/ دار الكتب العلمية؛ المحلى بالآثار: لا بن حزم (٧ / ٥٧٤) ط/ دار الفكر - بيروت: مسألة: (١٥٦٩).

(٢) العلاقات الدولية في الإسلام للإمام: محمد أبو زهرة ص ٧٤؛ وانظر أيضاً: قواعد ووسائل حل تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية والقانون السوداني، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، د. سامي عبد الحميد إبراهيم السنة العشرون، ص ٣٨٠، العدد (٣٧)، م ٢٠١٧، عقد الأمان في الفقه الإسلامي د. عبد الله مضواح ص ٩٥.

(٣) بدائع الصنائع (٧ / ٣٣٥).

(٤) الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية د. محمد رأفت عثمان ص ١٥٩، ط/ دار الضياء - القاهرة، الطبعة الرابعة ١٩٩١م، العلاقات الدولية في الإسلام للإمام: محمد أبو زهرة ص ٧٤

ولا يستثنى من ذلك سوي تعاملهم بالخمير والخنزير والنكاح وفرقة (١).

نخلص من ذلك: أن القاعدة العامة في معاملات غير المسلمين في دار الإسلام، علي رأي الفقهاء المسلمين هي أنهم فيها كالمسلمين، ويدل علي هذه القاعدة فضلاً عما ذكرناه، اتفاق العلماء علي أن الكفار مخاطبون بالمعاملات في أحكام الدنيا؛ لأن المقصود من المعاملات مصالح الدنيا، وهم محتاجون إليها كالمسلمين^(٢)، وعلى ذلك فالسائح (المستأمن) في معاملاته يأخذ حكم الذمي، والذمي في سائر العقود محمول على أحكام الإسلام كالمسلم، ويعلل الفقهاء ذلك: بأن الذمة خلف عن الإسلام في التزام أحكام الإسلام في الدنيا^(٣).

جاء في كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيزدي «ولهذا .. كان الكافر أهلاً لأحكام لا يراد بها وجه الله تعالى مثل المعاملات والعقوبات من الحدود والقصاص؛ لأنه أهل لأدائها إذ المطلوب من المعاملات مصالح الدنيا وهم أليق بأمور الدنيا من المسلمين؛ لأنهم آثروا الدنيا على الآخرة وكذا المقصود من العقوبات المشروعة في الدنيا الانزجار عن الإقدام على أسبابها وهذا المعنى مطلوب من الكافر كما هو مطلوب من المؤمن بل الكافر أليق بما هو عقوبة وجزاء من المؤمن فكان أهلاً للوجوب له»^(٤).

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٤٣)؛ وأيضاً: تفسير القرطبي (٦/ ١٨٤، ١٨٥).؛ أساليب فض تنازع القوانين ذي الطابع الدولي في الإسلام: د/ عنايت عبد الحميد ثابت ص ١٦٠، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٥٣، ١٩٩٧م، ط/ الجمعية المصرية للقانون الدولي .

(٢) أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام: م. د. عبد الكريم زيدان ص ٥٥٠، ٥٥١ .

(٣) شرح السير (٣/ ٣٠١) .

(٤) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيزدي: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري (٤/ ٣٤٢)، باب: الأهلية، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، ط/ دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م .

يقول الجصاص^(١): « وقال أصحابنا أهل الذمة محمولون في البيوع والمواarith وسائر العقود على أحكام الإسلام كالمسلمين ».

ويقول ابن عابدين: « إن المستأمن في دارنا قبل أن يصير ذميا حكمه حكم الذمي ... وعلى هذا فلا يحل أخذ ماله بعقد فاسد ...؛ لأن دارنا محل إجراء الأحكام الشرعية فلا يحل لمسلم في دارنا أن يعقد مع المستأمن إلا ما يحل من العقود مع المسلمين، ولا يجوز أن يؤخذ منه شيء لا يلزمه شرعا، وإن جرت به العادة، كالذي يؤخذ من زوار بيت المقدس^(٢).

ويقول السرخسي: «لأنه (أي المستأمن) ما دام في دارنا فهو ملتزم أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالذمي، ألا ترى أنه يقام عليه القصاص وحد القذف ويمنع من الربا ويجبر على بيع العبد المسلم والمصحف إذا اشتراه كما يجبر عليه الذمي»^(٣).

ويقول الخطاب: «فالأمان رفع استباحة دم الحربي ورقه وماله حين قتاله أو العزم عليه مع استقراره تحت حكم الإسلام مدة ما»^(٤).

وجاء في الفواكه الدواني: «وإنما كان مال الذمي كالمسلم؛ لأنه محترم بحرمة الإسلام لدخوله تحت حكم المسلمين»^(٥).

وجاء في المدونة: « في الحكم بين أهل الذمة وتظالمهم في البيع والشراء قلت: رأيت أهل الذمة إذا اشتروا وباعوا...، قال مالك: لا أرى للحكم أن يحكم

(١) أحكام القرآن: للجصاص (٨٩ / ٤) ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٤٠٥ هـ.

(٢) رد المحتار على الدر المختار (٤ / ١٦٩)، ط/ دار الفكر-بيروت

(٣) المبسوط (٩ / ٥٦).

(٤) مواهب الجليل (٤ / ٥٥٩) ط/ عالم الكتب .

(٥) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، (٢ / ٧٦٩)، تحقيق: رضا فرحات، ط/ مكتبة الثقافة الدينية .

بينهم ولا يعرض لهم، فإن ترفعوا إليه كان مخيرا إن شاء حكم، وإن شاء ترك. قال مالك: وترك ذلك أحب إلي وإن حكم فليحكم بينهم بحكم الإسلام»^(١).

وقال النووي: «الانقياد للحكم، فيلزم أهل الذمة الانقياد لحكمنا»^(٢).

وقال الخطيب الشربيني: «ولو ترفع إلينا في نكاح أو غيره (ذمي) أو معاهد أو مستأمن (ومسلم وجب الحكم) بينهما أي المسلم ومن ذكر بشرعنا قطعا، طالبا كان المسلم أو مطلوبا؛ لأنه يجب رفع الظلم عن المسلم، والمسلم لا يمكن رفعه إلى حاكم أهل الذمة ولا تركهما متنازعين فرددنا من مع المسلم إلى حاكم المسلمين؛ لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه.»^(٣).

وقال الشافعي رحمه الله تعالى: «وتبطل بينهم (أي أهل الذمة) البيوع التي تبطل بين المسلمين كلها، فإذا مضت واستهلكت لم نبطلها إنما نبطلها ما كانت قائمة»^(٤).

وقال النووي: «المستأمن كالذمي في الإحياء - أي إحياء الموات-»

وقد ذكر الخطيب الشربيني في باب الوصية أن المستأمن في المعاملات فقال: «أما ما لا يصح تملكه له كالمصحف والعبد المسلم فلا تصح الوصية له به، وفي معنى الذمي المعاهد والمستأمن»^(٥).

المسألة الثانية: القانون الواجب التطبيق على السائح عند تنازع القوانين

في المعاملات في القانون الوضعي .

- (١) المدونة (٣/ ٤١٢)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
- (٢) روضة الطالبين (٧/ ٥١٤)، ط/ دار الكتب العلمية .
- (٣) مغني المحتاج (٤/ ٣٢٩) .
- (٤) الام مع مختصر المزني: الامام ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي (٢/ ٢٢٤)، ط/ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت، الطبعة الثانية: ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م .
- (٥) مغني المحتاج (٤/ ٧٢)، ط/ دار الكتب العلمية

تعد قواعد تنازع القوانين من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص، وهي اختيار القانون المناسب لحكم العلاقة، فعلي سبيل المثال: يرغب أحد الأجانب المقيمين في مصر امتلاك عقار في مصر، فإذا كانت القوانين المصرية تسمح له بذلك؛ فهنا التساؤل الذي يطرح هو: هل يتم التمليك طبقاً للقانون المصري، أو قانون الدولة الأجنبية؟ مما يؤدي إلي تزامم بين القوانين، وهو ما يسمى بتنازع القوانين^(١).

إذا قام الأطراف باختيار القانون الذي يحكم العقد، وكان هذا الاختيار واضحاً، وصريحاً من خلال شرط يكشف عن وجود شعور لدى هؤلاء الأطراف بأهمية المشكلة، وإرادة حلها من خلال تطبيق القانون المختار؛ يتعين في هذه الحالة اتباع هذا القانون وتطبيق أحكامه برجوع القاضي أو المحكم إلى تلك الأحكام وتطبيقها على العقد، وبهذا تنتهي مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق، مع مراعاة النطاق^(٢) المحدد لمبدأ سلطان الإرادة، والذي لا يمكن أن تخضع له جميع المسائل، حيث يستقل بعضها (كالأهلية، والحقوق العينية، وقوانين البوليس ... الخ). بضوابط إسناد مستقلة .

وإذا لم يختار الأطراف صراحة هذا القانون - سواء أكان ذلك بسبب عدم إدراكهم للمشكلة، وأهمية التصدي لها، لعدم رغبتهم في مواجهتها عند إجراء المفاوضات السابقة على التعاقد؛ خشية الانتهاء إلى فشل تلك المفاوضات، أم

(١) الوجيز في القانون الدولي الخاص؛ الجنسية، ومركز الأجانب، والاختصاص القضائي الدولي، وتنفيذ الأحكام الأجنبية: عوض الله شيبه الحمد، ص ١٣، ط/ دار النهضة العربية، القاهرة ط/ ١٩٩٧م .
؛ عقد الأمان د. عبد الله بن محمد آل مضواح ص ١٤٩، ١٥٠

(٢) راجع تفصيلاً حول نطاق القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي:

A.TOUBIANA: Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (Contrats internationaux et dirigisme étatique) ، Paris éd. Dalloz 1972 .

لعدم توصلهم أصلاً إلى اتفاق بشأن القانون واجب التطبيق على العقد؛ رغمًا عن محاولاتهم لإتمام هذا الاتفاق -؛ فإن المشرع، أو القاضي، أو المحكم، هو الذي يتكفل بتلك المهمة؛ فكل الأطراف قد عهدوا إلى شخص آخر من الغير، القيام بتحديد القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم^(١)، ولا حديث هنا عن إرادة ضمنية أو مفترضة، فكلهما خيال أو سراب يؤديان إلى تحكم القاضي، وجنوحه^(٢) .

وقد اعتمدت تلك النظرية بعض التشريعات الوطنية المقارنة: نذكر منها: تشريع تنازع القوانين الأمريكي Restatement seconde (في الفقرتين ١٨٧، ١٨٨)، والقانون الدولي الخاص البولندي لعام ١٩٦٥م. (المادة ٢٥)، والقانون الدولي الخاص البرتغالي الصادر في ٢٥ نوفمبر ١٩٦٦م. (المادة ٤١/١)، والقانون الدولي الخاص الأسباني لعام ١٩٧٤م. (المادة ١٠)، والقانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢م. (المادة ٢٤) .

بالإضافة إلى بعض الاتفاقيات الدولية: كاتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥م.، والخاصة بالقانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية (في المادتين الثانية والثالثة)، واتفاقية لاهاي المبرمة في ١٤ مارس ١٩٧٨م.، والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري (في المادتين الخامسة والسادسة)، واتفاقية روما المبرمة في ١٩ يونيو ١٩٨٠م. (المادتين الثالثة والرابعة)، وكذلك اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦م والخاصة بالقانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع (في المادتين السابعة والثامنة) .

(١) ينظر: DEBY - GÉRARD France: Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux، Paris éd. Dalloz 1973 ص٢٤١ وما بعدها، بند ٣٠٢

(٢) ينظر: F.DEBY-GÉRARD: المرجع السابق، ص٢٤٢؛ قانون العقد الدولي - مفاوضات العقود الدولية- القانون واجب التطبيق وأزمته - د. أحمد عبد الكريم سلامة ص١٧٣، بند ١٢٣، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية ٢٠٠٠- ٢٠٠١ .

فمسائل الأحوال الشخصية ترتبط أكثر بعنصر الأشخاص، ويحكمها - عادة - القانون الشخصي للأطراف (الجنسية أو الموطن)، وأما الأحوال العينية فترتبط أكثر بالمال موضوع العلاقة القانونية؛ ويحكمها - عادة - قانون موقع هذا المال، وترتبط التصرفات القانونية، العقود أكثر بسببها، ويحكمها - عادة - قانون الإرادة، وترتبط الوقائع القانونية أكثر بمكان حدوثها، ويحكمها - عادة - القانون المحلي، وهو مكان وقوع الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية أو العمل النافع في الإثراء دون سبب مشروع، وهكذا يتحدد مركز الثقل في العلاقة أو الواقعة القانونية، فيتحدد ضابط الإسناد فيها^(١).

وقد خصص المشرع المصري في القانون المدني المواد «١٠ - ٢٨»، لبيان قواعد الإسناد، أي القواعد التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق علي العلاقات القانونية في سببها المنشئ لها أو في موضوعها .

وعلى هذا إذا كان أحد طرفي العلاقة القانونية أجنبياً، أو كان طرفها أجنبيين «مستأمنين» في جمهورية مصر العربية، فإن المحاكم الوطنية تطبق علي هذه العلاقة القانونية القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد الوطنية الواردة في المواد المذكورة أعلاه .

(١) علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع « أصولاً ومنهجاً »: د. أحمد عبد الكريم سلامة، ص ٥٨، ٥٩، بند ٥٢ الطبعة الأولى، المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة ١٩٩٦؛ مبادئ القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين: ماهر إبراهيم السداوي:، ص ٤٦، ٤٧ (بدون ناشر) ١٩٨٠؛ الوجيز في تنازع القوانين «دراسة مقارنة»: د. عكاشة محمد عبد العال ص ١١، ١٢، الإسكندرية، دار المعرفة الجامعية ٢٠٠٥؛ الوجيز في تنازع القوانين: د. أحمد محمد الهواري، ص ١٧٤ وما بعدها، (بدون ناشر) ١٩٩٨؛ تنازع القوانين «دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون»: د. صلاح الدين جمال الدين، ص ٤٢ وما بعدها؛ الطبعة الأولى (بدون ناشر) ٢٠٠٦؛ القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية: د. محمد خالد الترجمان: ص ٥٥، ٥٦، دار النهضة العربية القاهرة، (بدون تاريخ نشر)؛ القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين والمرافعات المدنية والتجارية الدولية: د. منصور محمد محمد الجندي، ص ٧٨، ٧٩ (بدون ناشر) ٢٠٠٨ .

وقد نصت المادة ١٩ / ١ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م: « يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه»^(١).

علي أن تطبيق القانون الأجنبي التي تشير إليه قواعد الإسناد الوطنية مقيد بالنظام العام والآداب في جمهورية مصر العربية كما تقضي بذلك المادة ٢٨ من القانون المدني المصري، فقد نصت علي أنه : « لا يجوز تطبيق قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر»^(٢).

ولا يتضمن النظام القانوني السعودي قواعد هذا النوع؛ لأن المملكة العربية السعودية تطبق أحكام الشريعة الإسلامية^(٣).

(١) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م، المحامي / أسامة أحمد شتات، ص ١١، ١٢، إصدارات الكتب القانونية، القاهرة .

(٢) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م، ص ١٤ .

(٣) القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين: د/ عز الدين عبد الله، ص ٧؛ وأيضاً: عقد الأمان: د. عبد الله بن محمد آل مضواح ص ١٤٩ .

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق علي السائح في الجنايات بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (تنازع القوانين)

المسألة الأولى: القانون الواجب التطبيق علي السائح في الجنايات في الشريعة الإسلامية

القانون الجنائي الإسلامي قانون عالمي من الناحية العلمية؛ لأنه جزء من الشريعة الإسلامية، وهي بطبيعتها شريعة عالمية، إلا أنه من حيث الواقع قانون إقليمي؛ لتعذر تنفيذ الأحكام في دار الحرب، وفي ذلك يقول الإمام أبو يوسف - رحمه الله - : «الأصل في الشرائع هو العموم في حق الناس كافة إلا أنه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية، وأمكن في دار الإسلام، فلزم التنفيذ فيها^(١)»، وعلي ذلك فالقانون الجنائي الإسلامي ينطبق علي جميع الجرائم التي تقع في دار الإسلام، فينطبق علي المسلمين والذميين والمستأمنين، وهذه هي القاعدة العامة إلا أن في بعض جزئياتها اختلافاً بالنسبة للمستأمنين^(٢) (السائحين)، فإذا كان الاعتداء علي حق من حقوق الله، كأن يرتكب جريمة الزنا أو السرقة أو القذف، فإن الواجب هنا أن تطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية، كما تطبق علي المسلم والذمي سواء بسواء . فيعاقب بنفس العقوبة التي تنزل بالمسلم والذمي إذا ارتكب واحدةً من هذه الجرائم؛ وذلك لأن هذه الجرائم تتسبب في إفساد المجتمع الإسلامي، وهي من الجرائم التي تتفق علي تحريمها سائر الديانات السماوية. وما جاء إلي ديار الإسلام ليسعي فيها بالفساد^(٣).

(١) بدائع الصنائع (٢/ ٣١١)، فصل جواز وإفساد نكاح أهل الذمة.

(٢) أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، د/ عبد الكريم زيدان ص ٢١٧، ٢١٨.

(٣) الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية : د/ محمد رأفت عثمان ص ١٦٠؛ وأيضاً: العلاقات الدولية في الإسلام: الإمام محمد أبو زهرة ص ٧٤، ٧٥ .

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء^(١)، وخالف في ذلك الإمام أبو حنيفة ومحمد^(٢) فقال: إن العقوبات التي تكون حقاً خالصاً لله كحد الزنا، أو يكون حق الله غالباً فيها كالسرقة لا يقام فيها الحد علي المستأمن (السائح) ووافقهم الحنابلة في قول^(٣) **وحجته في ذلك:**

١- إن تبليغ المستأمن مأمنه واجب بدليل قوله تعالى: **{وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ}** ^(٤) فصار تبليغه مأمنه واجباً بهذا النص حقا لله تعالى، وفي إقامة الحد عليه تفويت ذلك، ولا يجوز استيفاء حقوق الله تعالى على وجه يكون فيه تفويت ما هو حق الله، **والمعنى:** أن المستأمن ما التزم شيئاً من حقوق الله تعالى وإنما دخل تاجراً ليعاملنا ثم يرجع إلى داره^(٥).

٢- ولأن العقوبات الدينية التي تكون علي إنتهاك الفضيلة أساسها الولاية الكاملة، وليس للحاكم المسلم ولاية كاملة علي المستأمن؛ إذ إن إقامته لمدة معلومة^(٦).

(١) المدونة: للإمام مالك (٤/ ٥٣٠)؛ وأيضاً: مواهب الجليل (٨/ ٤٢٥) ط / عالم الكتب وجاء فيه: " وشروطه التكليف، فيقطع الحر والعبد والمعاهد " ؛ المنتقى (٧/ ١٨٥) باب: ما يجب به القطع؛ مغني المحتاج (٥/ ٤٨٩، ٤٩٠)؛ المغني (١٣/ ٨١)؛ كشاف القناع (٦/ ١٤٢) وجاء فيه: " ويقطعان) أي الذمي والمستأمن (بسرقة ماله) أي المسلم لأنه إذا قطع المسلم بسرقة ماله؛ فلأن يقطعاً بسرقة ماله بطريق الأولى و(كقود وحد قذف) نص عليهما (وضمان متلف) مالي وأرش جنابة عليه (وإن زنى المستأمن بغير مسلمة لم يقيم عليه الحد نصاً) لأنه لم يلتزم حكماً بخلاف الذمي (كحد خمر وتقدم في باب حد الزنا) فإن زنى بمسلمة قتل لنقضه العهد. "

(٢) بدائع الصنائع (٧/ ٣٤، ٣٥)، المبسوط (٩/ ٥٦) .

(٣) كشاف القناع (٦/ ١٤٢)؛ وأيضاً: الروض المربع شرح زاد المستنقع: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (١/ ٦٦٢)، ومعه: حاشية الشيخ ابن عثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، ط/ دار المؤيد - مؤسسة الرسالة وجاء فيه: « (لا يجب الحد إلا على بالغ عاقل) ... (ملتزم) أحكام المسلمين مسلماً كان أو ذمياً بخلاف الحربي والمستأمن "

(٤) سورة التوبة من الآية: (٦) .

(٥) المبسوط (٩/ ٥٦)، كتاب: الحدود، باب: زنى الحربي المستأمن بالمسلمة .أو الذمية .

(٦) العلاقات الدولية في الإسلام: الإمام محمد أبو زهرة ص ٧٥ .

والقول الذي اتجه إليه جمهور الفقهاء أسلم وأكثر اتساقاً مع المبادئ الدينية لأنه يتفق مع ما ينبغي أن تكون عليه الدولة الإسلامية من منع الفساد، وكمال السيادة علي من يقيم في ربوعها، وإنه لغريب أشد الغرابة أن يدخل ويسرق ويزني، ولا يعاقب بعقوبة هذه الجرائم^(١).

وكذلك إذا كان الاعتداء علي حق من حقوق العباد، كأن قتل مسلماً أو ذمياً أو مستأماً مثله، أو جرحه فإنه في هذه الحالة يجب تطبيق القانون الإسلامي المطبق علي المسلم

أما ما يتصل بأمور الزواج والطلاق وأحكام الأسرة فإنه في هذه الناحية تسري عليه القواعد المطبقة في الدين الذي يعتنقه^(٢).

المسألة الثانية: القانون الواجب التطبيق علي السائح في الجنايات في القانون الوضعي

المبدأ المأخوذ به في التشريعات الحديثة هو مبدأ إقليمية القانون الجنائي

فقد نصت المادة الأولى من قانون العقوبات المصري رقم ٨٥ لسنة ١٩٣٧ طبقاً لأخر تعديلات سنة ٢٠١٨ علي ما يلي: « تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه»^(٣).

وقد يسأل سأل لماذا فرق في عقد الذمه والأمان بين المعاملات والعقوبات وبين أحكام الأسرة؟ وتوضيح ذلك فيما يأتي:

(١) المرجع السابق نفس الموضع .

(٢) الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية، د/ محمد رأفت عثمان ص ١٥٩.

(٣) منشور علي موقع:

<https://lawyeregypt.net/%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%83%>

واطلعت عليه بتاريخ ١٤ / ٣ / ٢٠٢٠م

لأن المعاملات من شأنها أن تجري بين المسلمين والذميّين والمستأمنين فيكون تبادل المنافع بين كل الرعايا، خاصة وأن المعاملات الماليه أساس للنظام الإقتصادي في الأمة، وليس من المعقول أن ينحاز الذميون والمستأمنون في محلة يتعاملون فيها دون سائر الناس الذين يجاورونهم، وإلا كانوا دولة في داخل الدولة، وهذا لا يتفق مع الاندماج والتعايش الذي قبلته الدولة بالنسبة لهم، فإنه إذا قبل الذمي أن يكون جزءاً من الدولة، وجب أن يعتبر نفسه جزءاً من كيانها فيما يتعلق بالنظام المالي والاقتصادي والاجتماعي؛ ولذلك كانت العقوبات الإسلامية واجبة التطبيق عليه . أما أحكام الأسرة التي لا تتجاوز الشخص، أو تتجاوز أسرته فإنها لا تتصل ذلك الاتصال بالمجتمع الإسلامي، فكان من حماية حرّيته الدينية أن يترك أمرهما له، أي أننا أمرنا بتركهم وما يدينون^(١) .

(١) العلاقات الدولية في الإسلام: الإمام محمد أبو زهرة ص ٦٧.

الخاتمة

وبعد فقد عشت مع هذا البحث مدة أجمع شوارده، وأرتب مباحثه، وأهذب مسائلة، واستخلص نتائجه والتي هي كما يأتي:

١- المراد بالسائح هو: الأجنبي غير المواطن، غير أن الشريعة الإسلامية قررت له من الحقوق ما قررتة للمواطن الذمي، مادام في دار الإسلام، وإنما شرع الأمان للسائح؛ لتحقيق المقصد الشرعي الأول وهو نشر الدين الإسلامي؛ ولهذا حرصنا علي بيان عظمة الشريعة الإسلامية في حسن التعامل معه، حتي نريه وجه الإسلام على حقيقته الذي يدعو إلى الرحمة ونبذ العنف والإرهاب.

٢- إن إكرام الضيف معلم من معالم الشريعة الغراء، ومن آداب الضيافة التي ينبغي أن نستقبل بها السائح بشاشة الوجه فقد قال نبينا محمد (ﷺ): « لن تسعوا الناس بأموالكم فليسعهم منكم بسط وجه ، وحسن خلق»^(١).

٣- السياحة تقتضي التعايش والتسامح، والسلام بين الناس في كل الأماكن، وهو مبدأ راسخ في الشريعة الإسلامية بما توفره من الأمن والطمأنينة التي هي من أسباب سعادة السائح.

٤- حرص الفقه الإسلامي على تحقيق الأمن التعاقدى بين السائح والمواطن؛ ولذلك نهى عن ظلمه في المعاملات التجارية، وحث على الصدق معه وعدم غبنه، وشرع له ما يحميه من الغبن والغرر وخاصة في العقود الإلكترونية

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: الأدب، باب: ما ذكر في حسن الخلق وكراهية الفحش (٣٨ / ١٣) ح رقم : (٢٥٨٤٢)، والبزار في مسنده (١٥ / ١٧٧) ح رقم: (٨٥٤٤)، مسند أبي حمزة أنس بن مالك .

سواء كان عن طريق خيار الرؤية، أو التعويض عن الضرر، وهو ما نص عليه القانون المصري . ولو طبقت هذه المبادئ عملياً مع السائح لكان ذلك مدعاة لدخوله الإسلام، فقد دخل الناس الإسلام بخلق التجار المسلمين، وهذا هو أهم مقصد في شريعة عقد الأمان.

٤- **دعا الإسلام إلى الإتقان في العمل**، فمن الضروري أن يشعر السائح بهذا المبدأ يطبق عملياً حتي يكون التميز في خدمته سبباً في جذبته وعودته مرة أخرى فيتحقق الرواج السياحي ومن ثم الرواج الاقتصادي.

٥- **يجب أن تتوفر الخدمات السياحية الضرورية في مراكز دخول البلد المضيفة**؛ لأنها تعطي الانطباع الأول لدى السائح عن البلد الذي يزوره، فالمقابلة اللطيفة، وتسهيل إجراءات الدخول بدون مشاكل، وبدون تعطيل، كذلك ديكورات المراكز ومدى توافر المطاعم والخدمات السياحية المساندة فيها يعطي شعوراً للسواح بالراحة، ومدى اهتمام الدولة بالسائح .

٦- **إن الربا محرم بين المسلم وبين السائح (المستأمن) في الدولة الإسلامية**، أخذاً وعطاءً؛ لأن الإسلام أباح التعامل مع السائح؛ حتى يشاهد عن واقع ملموس أخلاقيات المسلمين، وصدقهم وأمانتهم .

٧- **يحرّم على السائح المسلم (المستأمن) أن يأخذ الربا من الحربي في الدولة غير الإسلامية؛ لأن كل ما كان حراماً في الدولة الإسلامية كان حراماً في الدولة غير الإسلامية كالربا بين المسلمين، وشرب الخمر والقمار والزنا وسائر المعاصي.**

٨- **جواز إجارة السائح الأجنبي للمسلم على عمل في الذمة على أن يكون العمل مباحاً شرعاً للمسلم القيام به، وعدم جواز استئجار السائح الأجنبي**

مسلماً ليحمل له خمرأ؛ لأن حملها معصية، وكذا جواز التوكيل والوديعة، والرهن بينهما. لكن بشرط أن يقيد السائح غير المسلم في العقود، ولا يترك له مطلق التصرف والحرية حتي لا يرتكب محظوراً في عمله .

٩- حث الإسلام على التهادي ورجب فيه لما فيه من تحقيق التآخي بين المسلمين وغيرهم.

١٠- يباح للسائح غير المسلم شرب الخمر، لكن لا يجاهر بها وبالمكرات .

١١- القانون الواجب التطبيق في المعاملات والجنايات في حالة (تنازع القوانين) إذا لم يكن هناك عقد أو اتفاق بين المتعاقدين: هو قانون الدولة القاطن فيها السائح مؤقتاً، فإن تنازعت القوانين فعلى القاضي أن يأخذ بقاعدة الإسناد الوطنية، أما في الجنايات فيطبق مبدأ إقليمية القوانين فيطبق قانون الدولة القاطن فيها السائح مؤقتاً.

التوصيات:

١- ضرورة نشر ثقافة التعامل مع السائح وبيان عظمة الشريعة الإسلامية في هذا الجانب.

٢- تخصيص دورات في مهارات التعامل مع السائح في الشريعة الإسلامية على أن يحضر هذه الدورات العاملين في مجال السياحة .

٣- دعوة لمن يتعامل مع السائح أن يريه وجه الإسلام المشرق، وتسامحه ورحمته ووفائه بالعقود .

والله ولي التوفيق،،،

المراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: كتب التفسير وعلوم القرآن:

١. أحكام القرآن: القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي المعافري الاشبيلي المالكي ، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط/ دار الفكر، لبنان وأيضاً: ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت ١٤٠٥، الطبعة الأولى، تحقيق: علي محمد الجاوي.
٢. أحكام القرآن: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (٤ / ٨٩) تحقيق: محمد صادق القمحاوي - ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٤٠٥ هـ
٣. تفسير القاسمي المسمى محاسن التأويل: لمحمد جمال الدين القاسمي صححه: محمود فؤاد عبد الباقي ط/ عيسى البابي الحلبي وشركاه.
٤. تفسير القرآن العظيم (ابن كثير): أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، تحقيق: محمد حسين شمس الدين ، ط/ دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون - بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤١٩ هـ .
٥. التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب: لفخر الدين محمد بن عمر التميمي الرازي الشافعي، ط/ دار الكتب العلمية، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.
٦. الجامع لأحكام القرآن - تفسير القرطبي - لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش ط/ دار الكتب المصرية - القاهرة الطبعة: الثانية، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م ، وأيضاً: ط/ دار الحديث ٢٠٠٢ الطبعة الأولى: بتحقيق د: محمد إبراهيم الحفناوي، د: محمود حامد عثمان .
٧. زاد المسير في علم التفسير، لجمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، ط/ دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤٢٢ هـ.

٨. فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، ، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني ، ط/ دار الفكر، بيروت .

٩. المفردات في غريب القرآن: للراغب الأصفهاني، ط/ دار المعرفة، بيروت - لبنان.

ثالثاً: كتب الحديث وعلومه:

١٠. الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان: محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (المتوفى: ٧٣٩ هـ) حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨.

١١. الأدب المفرد الأدب المفرد لمحمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط/ دار البشائر الإسلامية - بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٩ - ١٩٨٩.

١٢. البداية والنهاية لابن كثير، تحقيق د. عادل عبدالموجود والشيخ علي معوض ط/ دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ. ١٩٩٤ م.

١٣. بلوغ الأمان من أسرار الفتح الرباني مطبوع مع الفتح الرباني: لأحمد بن عبد الرحمن البناء، ط/ دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان.

١٥. البيهقي في السنن الكبرى. ط/ مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد ، الطبعة: الأولى . ١٣٤٤ هـ .

١٦. تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، أبي العلاء محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري تحقيق: عبد الوهاب بن عبد اللطيف، ط/ المكتبة السلفية، المدينة المنورة، الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٣ م، وأيضاً: ط/ دار الكتب العلمية - بيروت .

١٧. الجامع الصغير: لجلال الدين السيوطي، ط/ مصطفى البابي الحلبي وشركاه .

١٨. الدراية في تخريج أحاديث الهداية: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، ط/ دار المعرفة - بيروت .

١٩. سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة لمحمد ناصر الدين الألباني ، ح رقم: (٦٨٦)، ط/ المكتبة الإسلامية، عمان - الأردن، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ.
٢٠. سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي، ط/ دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م، وأيضاً: ط/ المكتبة العصرية، صيدا - بيروت ، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.
٢١. سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، تحقيق وتعليق: إبراهيم عطوة عوض ، ط/ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة: الثانية، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م .
٢٢. السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، تحقيق: أبو الحسن الأمروهي وآخرون، ط/ مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد، الطبعة: الأولى . ١٣٤٤ هـ .
٢٣. سنن النسائي الكبرى، لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، ط/ دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١ - ١٩٩١ م .
٢٤. السيرة النبوية لأبي محمد عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري ، حققها د/ مصطفى السقا، إبراهيم الأبياري، عبد الحفظ شلبي ط/ دار الكتب العلمية ، لبنان، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩ م .
٢٥. شرح النووي علي صحيح مسلم، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، ط دار الحديث .
٢٦. شرح صحيح البخارى لابن بطلال لابن بطلال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط/ مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م .
٢٧. شرح مشكل الآثار: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط/ مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى - ١٤١٥ هـ، ١٩٩٤ م .

٢٨. شعب الإيمان،: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، أبو بكر البيهقي ، حققه وراجع نصوصه وخرج أحاديثه: الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد أشرف على تحقيقه وتخريج أحاديثه: مختار أحمد الندوي، صاحب الدار السلفية ببومباي - الهند ط/ مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند ، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م .
٢٩. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، لمحمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط/ مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٤ - ١٩٩٣ م
٣٠. صحيح الاثر وجميل العبر من سيرة خير البشر (صلى الله عليه وسلم) د. محمد بن صامل السلمي وبخرون، ص ٢٠٤، ط/ مطبعة جامعة أم القرى، معهد المخطوطات وإحياء التراث الإسلامي، الطبعة الثالثة ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨ م .
٣١. صحيح البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري،.
٣٢. صحيح مسلم: أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ط/ دار الحيل ببيروت، وطبعتها مصورة من الطبعة التركية المطبوعة سنة ١٣٣٤ هـ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت .
٣٣. عمدة القاري شرح صحيح البخاري: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفى بدر الدين العيني ، ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت
٣٤. عون المعبود شرح سنن أبي داود، أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، (١٣ / ١٧٩) تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان ، ط/ المكتبة السلفية، المدينة المنورة الطبعة: الثانية ١٣٨٨هـ، ١٩٦٨ م .
٣٥. عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته: محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي، ط/ دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٥ هـ .

٣٦. فتح الباري شرح صحيح البخاري: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ط/ دار المعرفة - بيروت، هـ ١٣٧٩، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز .
٣٧. الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ومعه بلوغ الأمان من أسرار الفتح الرباني .
٣٨. فيض القدير شرح الجامع الصغير: محمد عبد الرؤوف المناوي، ضبطه وصححه احمد عبد السلام، ط/ دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م .
٣٩. لسان الميزان للإمام الحافظ: شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٣٨٤/٦)، ط/ دار الفكر، الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .
٤٠. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ: نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى (٨٠٧ هـ) بتحرير الحافظين الجليلين: العراقي وابن حجر، ط/ دار الريان للتراث - القاهرة، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان .
٤١. المستدرک علی الصحیحین: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن النيسابوري ، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط/ دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١ - ١٩٩٠ وأيضاً: ط/ دار المعرفة - بيروت بإشراف: د. يوسف عبدالرحمن المرعشلي .
٤٢. مسند أبي يعلى: لأحمد بن علي بن المثنى أبو يعلى الموصلي، تحقيق: إرشاد الحق الأتري، ط/ دار القبلة - جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ - ١٩٨٨ .
٤٣. مسند الإمام أحمد بن حنبل لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني ، مسند عبد الله بن عباس، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط/ مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م .
٤٤. معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي ط/ المطبعة العلمية - حلب الطبعة: الأولى ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢ م .

٤٥. المعجم الأوسط: لسليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، ط/ دار الحرمين - القاهرة.
٤٦. المعجم الكبير للحافظ: أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، مسند مكحول الشامي عن أبي أمامة، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .
٤٧. معرفة السنن والآثار: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، أبو بكر البيهقي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعي ط/ دار الوفاء (المنصورة - القاهرة)، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م .
٤٨. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢ .
٤٩. موطأ الإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، تحقيق: بشار عواد معروف - محمود خليل ط/ مؤسسة الرسالة، سنة النشر: ١٤١٢ هـ .
٥٠. المُصَنَّف، لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي. ١٥٩ . ٢٣٥ هـ، ط/ دار القبلة، تحقيق: محمد عوامة، الطبعة: الأولى ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م .
٥١. مسند البزار المنشور باسم البحر الزخار، لأبي بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خالد بن عبيد الله العتكي المعروف بالبزار، تحقيق: عادل بن سعد، ط/ مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩م .
٥٢. ميزان الاعتدال في نقد الرجال: لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الزهري، تحقيق: على محمد البجاوي - فتحية على البجاوي، ط/ دار الفكر العربي.
٥٣. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي: جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، قدم للكتاب: محمد يوسف البُنُوري تحقيق: محمد عوامة، ط/ مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م .

٥٤. النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير ط/ دار المعرفة بيروت لبنان ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

٥٥. نيل الأوطار لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني تحقيق: عصام الدين الصبابي، ط/ دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م

رابعاً: كتب الفقه الحنفي:

٥٦. الاختيار لتعليل المختار: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة، ط/ مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)، ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م.

٥٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (١٧٦ / ٤) كتاب: الإجارة، ط/ دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م، وأيضاً: ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان . الطبعة الثانية ٢٠٠٣ م .

٥٨. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، لعثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (٣ / ٢٦٩)، ط/ المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة ، الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ .

٥٩. التجريد للقدوري: أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية أ. د محمد أحمد سراج، أ. د علي جمعة محمد، ط/ دار السلام - القاهرة ، الطبعة: الثانية، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.

٦٠. تحفة الفقهاء: لعلاء الدين السمرقندي ط/ دار الكتب العلمية .

٦١. الدر المختار علاء الدين الحصكفي، ط دار الفكر بيروت الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ، وأيضاً: ط/ دار إحياء التراث العربي.

٦٢. رد المحتار على الدر المختار: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ط/ دار الفكر - بيروت ، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٦٣. شرح السير الكبير إملاء محمد بن أحمد السرخسي المؤلف: محمد بن الحسن الشيباني، شهرته: محمد بن الحسن، تحقيق: محمد حسن محمد إسماعيل، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى ١٤١٧ هـ، ١٩٩٧ م. وأيضاً: ط/ الشركة الشرقية للإعلانات، ١٩٧١ م.
٦٤. شرح فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام ط/ دار الفكر، بيروت. لبنان، بدون تاريخ طبع.
٦٥. الفتاوى الهندية، للشيخ: نظام الدين البلخي وجماعة من علماء الهند، ط/ دار الفكر، الطبعة: الثانية، ١٣١٠ هـ.
٦٦. المبسوط: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ط/ دار المعرفة - بيروت، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.
٦٧. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي ٥٢٩، ط/ دار إحياء التراث العربي.
٦٨. الهداية مع فتح القدير، ط/ دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

خامساً: كتب الفقه المالكي:

٦٩. أسهل المدارك إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك لأبي بكر بن حسن الكشناوي، ط/ المكتبة العصرية
٧٠. الإشراف على نكت مسائل الخلاف: القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، تحقيق: أبو عبيدة، مشهور بن حسن آل سلمان، ط/ دار ابن القيم - الرياض دار ابن عفان - القاهرة، الطبعة: الأولى ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.
٧١. المدخل: أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد بن محمد العبدري الفاسي المالكي الشهير بابن الحاج ط/ دار التراث

٧٢. بداية المجتهد ونهاية المقتصد: الامام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الاندلسي الشهير (بابن رشد الحفيد)، تنقيح وتصحيح: خالد العطار ط/ دار الفكر . ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م
٧٣. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك): أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي ، الناشر: دار المعارف
٧٤. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، حققه: د محمد حجي وآخرون، ط/ دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان ، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م
٧٥. جواهر الإكليل للشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري ، المكتبة الثقافية، بيروت.
٧٦. الشرح الكبير وحاشية الدسوقي محمد ابن عرفة الدسوقي ٢٩١/٢ إلي ٢٩٣ ط / دار الفكر الطبعة الأولى ١٩٩٨ .
٧٧. شرح مياره الفاسي لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي ، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ط/دار الكتب العلمية ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م
٧٨. الفروق وأنوار البروق في أنواع الفروق، لأبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، ومعه: إدرار الشروق على أنواع الفروق، لابن الشاط والحاشية: تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، لمحمد علي بن حسين المكي، دراسة وتحقيق: خليل المنصور، ط/ دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة: الأولى ١٤١٨ هـ-١٩٩٨ م، وايضاً: ط / عالم الكتب.
٧٩. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني لأحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، تحقيق: رضا فرحات ط/ مكتبة الثقافة الدينية .
٨٠. القوانين الفقهية لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزري الكلبي المالكي .

٨١. مختصر اختلاف العلماء للطحاوي: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد، ط/ دار البشائر الإسلامية - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٧.

٨٢. المدونة الكبرى: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، ط/ دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، وأيضاً: ط/ مطبعة السعادة - مصر، وصورتها دار صادر - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٣٢٣هـ، وأيضاً: ط/ دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٨٣. المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، تحقيق: حميش عبد الحق، ط/ المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة.

٨٤. المقدمات الممهديات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمّهات مسائلها المشكلات: أبو الوليد بن محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي، خرج آياته وأحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، ط/ دار الكتب العلمية بيروت الطبعة: الأولى ١٤٢٣هـ ٢٠٠٢م.

٨٥. المنتقى شرح الموطأ: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث القرطبي الباجي الأندلسي (٩٧ / ٩٧)، ط/ مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٣٢ مواهب الجليل ط/ عالم الكتب ط/ دار الفكر.

سادساً: كتب الفقه الشافعي:

٨٦. البيان في مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، ط/ دار المنهاج - جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

٨٧. إحياء علوم الدين: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، ط/ دار المعرفة - بيروت.

٨٨. أدب الدنيا والدين: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي.

٨٩. الأم: للإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (٢٩٦ / ٤)، ط/ دار المعرفة - بيروت، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م .
٩٠. تحفة المحتاج في شرح المنهاج لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، ط/ المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣ م، وبهامشه: حاشية الإمام عبد الحميد الشرواني، وحاشية الإمام أحمد بن قاسم العبادي، وأيضاً: ط/ دار الكتب العلمية بيروت . لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ- ١٩٩٦م .
٩١. التكملة الثانية للمجموع للمطيعي شرح المذهب لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ط/ دار الفكر، وأيضاً: تحقيق: محمود مطرجي .
٩٢. حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المنهاج، لأحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، ط/ دار الفكر - بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م .
٩٣. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م .
٩٤. روضة الطالبين وعمدة المفتين المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض، ط/ دار الكتب العلمية .، وأيضاً: ط/ المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ/ ١٩٩١م، تحقيق: زهير الشاويش .
٩٥. الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنكي (٢١٥ / ٤)، ط/ المطبعة الميمنية .
٩٦. كف الرعاع عن محرّمات اللّهُ والسّماع مطبوع مع الزّواجر عن اقتراف الكبائر: لابن حجر المكي الهيتمي، ٨٧، ط/ دار الشعب .

٩٧. المجموع شرح المذهب: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، ط/ مكتبة الإرشاد، جدة السعودية .، وأيضاً: ط/ عالم الكتب، الطبعة: ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م .

٩٨. مغني المحتاج إلي معرفة ألفاظ المنهاج محمد ابن الخطيب الشربيني، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت .

٩٩. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي كتاب العارية، ط/ دار الفكر، بيروت ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م.

سابعاً: كتب الفقه الحنبلي:

١٠٠. أحكام أهل الذمة: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية تحقيق: يوسف بن أحمد البكري - شاکر بن توفيق العاروري ط/ رمادی للنشر - الدمام الطبعة: الأولى، ١٤١٨ - ١٩٩٧ .

١٠١. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرदाوي الدمشقي الصالحي الحنبلي ، ط/ دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية.

١٠٢. الشرح الممتع على زاد المستنقع: محمد بن صالح بن محمد العثيمين، ط: دار ابن الجوزي الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ - ١٤٢٨ هـ .

١٠٣. كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي ، ط/ دار الكتب العلمية .

١٠٤. المبدع في شرح المقنع: لابراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، (٩/ ٢١١)، ط/ المكتب الإسلامي بيروت سنة ١٤٠٠.

١٠٥. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي، ط/ المكتب الإسلامي، الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .

١٠٦. المغني: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، الشهير بابن قدامة المقدسي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلوط: عالم الكتب، الرياض - السعودية، الطبعة: الثالثة، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م.

ثامناً: كتب الفقه الظاهري:

١٠٧. المحلى بالآثار: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ط/ دار الفكر - بيروت .

تاسعاً: كتب الفقه الشيعي:

١٠٨. البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ويليهِ كتاب جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار ومعه تعليقات للقاضي عبد الله بن عبد الكريم الجرافي ، للإمام أحمد بن يحيى بن المرتضي، ط / دار الحكمة اليمانية صنعاء الطبعة الأولى ١٣٦٦ هـ .

١٠٩. الروض النضير للقاضي العلامة: شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين بن أحمد بن علي بن محمد بن سليمان بن صالح السياغي الحيمي الصنعاني، (مجموع الفقه الكبير لأبي الحسين زيد بن علي بن الحسين بن علي) شرائع الإسلام، ط/ دار الجيل بيروت.

١١٠. شرائع الإسلام في مسائل الحلال الحرام، للمحقق الحلبي الشيخ: أبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الهذلي، ط/ دار الزهراء بتحقيق: السيد عبد الزهراء الحسيني الخطيب.

عاشراً كتب الإباضية:

١١١. شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، للعلامة محمد بن يوسف أطفيش، طبعة سلطنة عمان وزارة التراث القومي والثقافة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م.

حادي عشر: كتب اللغة :

١١٢. لسان العرب: لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري (٦٣٠هـ - ٧١١هـ)، ط/ دار إحياء التراث العربي اعنتي بتصحيحها: أمين محمد عبد الوهاب، محمد الصادق العبيدي، ط/ دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان الطبعة .

١١٣. مختار الصحاح: للإمام: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، ط/ دار المعرفة، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

١١٤. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، ط/ دار الحديث، القاهرة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

١١٥. المعجم الوسيط، تأليف: مجمع اللغة العربية، قام بإخراجه: د. إبراهيم أنيس، د. عبد الحليم منتصر، عطيه الصّوالحي، محمد خلف الله أحمد، وأشرف على الطبع: حسن علي عطية، محمد شوقي أمين، ط/ دار الفكر؛ وطبعة مجمع اللغة العربية الطبعة الثالثة،

١١٦. معجم مقاييس اللغة: لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، بتحقيق: وضبط عبد السلام محمد هارون، ط/ دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

ثاني عشر: الكتب الحديثة :

١١٧. أبو حنيفة حياته وعصره وآراؤه الفقهية للإمام: محمد أبو زهرة .

١١٨. إتحاف الأنام بتخصيص العام، أ. د: محمد الحفناوي، ط/ دار الحديث القاهرة ١٩٩٧.

١١٩. الإجارة على الطاعات والمعاصي د/. كارم أبو اليزيد أحمد محمود، بحث منشور بمجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، العدد الثاني، المجلد الثامن ٢٠١٧م .

١٢٠. أحكام إكرام الضيف في الفقه الاسلامي للباحثة: منال بنت عبد الله بن رميح السفيناني، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والأنظمة - جامعة الطائف ٢٠١٤م .

١٢١. أحكام السائح غير المسلم في الجزيرة العربية ، عبد المحسن بن عبد العزيز الغيث، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٨هـ.
١٢٢. أحكام الضيافة في الفقه الاسلامي محمد عبد الحميد محمد سويفي، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط العدد (٢٠) الجزء الأول ٢٠٠٨م.
١٢٣. أحكام المسابقات في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة، د. عبد الصمد بن محمد بلحاجي، ط/ دار النفائس - الأردن، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
١٢٤. أحكام معاملات السائح الأجنبي، د. صلاح الدين دكدك، أ. ياسمين ماهر ، بحث منشور في مجلة الفقه والقانون عدد ٣٩، سنة ٢٠١٦، الجامعة الإسلامية غزة.
١٢٥. أخلاقيات الأعمال في صناعة السياحة د. جمال حسين الحرامي، د. عبد الإله أبو عياش، بحث منشور بمجلة رماح للبحوث والدراسات ، الأردن، ٢٠١٦م .
١٢٦. آداب الضيافة، دراسة تطبيقية على قصة ابراهيم صلى الله عليه وسلم في القرآن الكريم، ، مجلة الشريعة والدراسات - جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مجلد ٣٢ عدد ١٠٨، مارس ٢٠١٧م .
١٢٧. الأسباب الفكرية المؤدية لظاهرة التكفير د. منال بنت سليم الصاعدي ، بحث مقد إلى مؤتمر ظاهرة التكفير الأسباب، لآثار، العلاج المحور الثالث: الأسباب المؤدية لظاهرة التكفير، امعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م .
١٢٨. اقتصاديات السياحة في المملكة العربية السعودية ووسائل النهوض بها د. جهاد عيسي البشار، الرياض ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م ، الهيئة العامة للسياحة والتراث الوطني، المملكة العربية السعودية، ١٤٣٨هـ.
١٢٩. البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها: للدكتور / محمد توفيق رمضان البوطي، ط/دار الفكر دمشق - سوريا سنة ١٩٩٨ - بإشراف: د. وهبة الزحيلي، قدم له: د. محمد سعيد رمضان البوطي .

١٣٠. التسامح الإسلامي، قراءة في معطياته الفكرية وآثاره الواقعية في ضوء الكتاب والسنة، د. عبد الواسع محد غالب الغشيمي، أمير فاضل ، العدد (٢١) لسنة ٢٠١٣

١٣١. التسامح في الإسلام لزيد عبد الكريم الزيد، إصدارات جائزة الأمير نايف بن عبد العزيز آل سعود، ١٤٢٦هـ .

١٣٢. التسامح في السنة النبوية والسيره والتاريخ د/. عبد الحكيم الأنيس، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدورة الرابعة والعشرون، دبي ٢٠١٩م المنظم: دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي .

١٣٣. التعامل بالربا بين المسلم والكافر في البلاد غير الإسلامية حكمه وصوره المعاصرة، د/ ياسر بن ابراهيم بن محمد الخضير، كلية الشريعة جامعة الإمام محمد بن سعود.

١٣٤. التعامل بالربا بين المسلمين وغير المسلمين ، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، د/ نزيه كمال حماد ، مجلد ٤ عدد: ٩، ١٩٨٧م .

١٣٥. التعامل مع التعددية في المجتمع المسلم الأول تطبيقاً لمبدأ التسامح والتعايش السلمي وإضاءة على تجربة دولة الإمارات العربية المتحدة في ذلك، د. نجات محمد عبد الله المرزوقي ، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدورة الرابعة والعشرون دبي ٢٠١٩م المنظم: دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي .

١٣٦. التعامل مع غير المسلمين أصول معاملاتهم واستعمالهم د. عبد الله بن إبراهيم الطريقي ، ط/ دار الهدى صر، دار الفضيلة - الرياض، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م .

١٣٧. التعامل مع غير المسلمين في السنة النبوية لفتحي الموصلي التركماني عبد الحق، إصدارات جائزة الأمير نايف بن عبد العزيز آل سعود، ١٤٣١هـ الدورة الخامسة الطبعة الأولى .

١٣٨. التنسيق الإبداعي في رسم الحركة السياحية العائلية د. عزيز إسماعيل محمد العزي بحث مقدم لمنتدي فقه الاقتصاد الإسلامي ٢٠١٨م ، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي .

١٣٩. التنمية المستدامة، فلسفتها وأساليب تخطيطها وأدوات قياسها د/ عثمان محمد غنيم؛ د/ ماجدة أبو زنت ص ٣٣ط/ دار صفاء للنشر عمان الأردن، الطبعة الثانية ٢٠١٤م - ١٤٣٥هـ .

١٤٠. الثقافة والعالم الاخر د. عبد الله بن إبراهيم الطريقي ص ٥٨، ط. دار الوطن الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م .

١٤١. جودة الخدمة السياحية وأثرها في تعزيز ولاء السائح مع دراسة ميدانية لكيفية تقديم الخدمة السياحية لمنطقة الشلف، أ . نادية بوشاشية ط/ مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد (١٨) لعام ٢٠١٧م، جامعة حسبة بن علي بالشلف.

١٤٢. حساب السياحة الفرعي التجربة السعودية، / محمد بن إبراهيم السحبياني، ورقة عمل مقدمة في ملتقى السفر والاستثمار السياحي السعودي، الرياض ١٥ - ١٨ ربيع الأول ١٤٢٩هـ.

١٤٣. حقوق الإنسان في الإسلام د: محمد الزحيلي ط/ دار ابن كثير دمشق الطبعة الرابعة ٢٠٠٥ .

١٤٤. حقوق السائح وواجباته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي د: زكي زيدان، ضمن كتاب معالم النظام السياسي في الإسلام د: محمد الشحات الجندي .

١٤٥. حماية السائح في عقود السياحة الإلكترونية . ياسر أحمد بدر، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الثالث الذي تقيمه كلية الحقوق، جامعة طنطا في الفترة من ٢٦ - ٢٧ أبريل ٢٠١٦م، بعنوان: السياحة والقانون .

١٤٦. الحماية العقدية للمستهلك- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون - رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، للباحث: عمر محمد عبد الباقي خليفة (٢٠٠٤هـ / ٢٠٠٤م).

١٤٧. حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه - جامعة الأزهر: للدكتور محمد محمد أحمد أبو سيد.

١٤٨. خيار الغبن وتطبيقاته المعاصرة، د. فهد بن عبد العزيز بن محمد الدواد، بحث منشور بمجلة البحوث الإسلامية، الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، العدد ١١٤، ١٤٣٩ هـ.

١٤٩. الضيافة وأحكامها في الفقه الإسلامي بحث منشور بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، محمد نوح القضاة، مجلد (٤)، عدد ٣، ٢٠٠٨.

١٥٠. عقد الأمان في الفقه الإسلامي، دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي تطبيقاً على أنظمة المملكة العربية السعودية، د. عبد الله بن محمد آل مضواح، ط/ الدار العالمية، لتقنية المعلومات، الطبعة الأولى، ١٤٣٧ هـ، ٢٠١٦ م.

١٥١. العقود الإلكترونية على شبكة الانترنت بين الشريعة والقانون، أطروحة مقدمة إلى مجلس كلية الشريعة في الجامعة العراقية للباحث / ميكائيل رشيد على الزبياري، ص ٢٢١، ٢٢٢، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م.

١٥٢. العلاقات الدولية في الإسلام في الإسلام للإمام محمد أبو زهرة، ط/ دار الفكر العربي ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.

١٥٣. عناية القرآن بحقوق الإنسان د/ زينب عبد السلام أبو الفضل، طبعة دار الحديث القاهرة الطبعة الأولى.

١٥٤. الفروسية، للإمام: محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، تحقيق: مشهور بن حسن بن سليمان، ط/ دار الأندلس - السعودية - حائل الطبعة الثالثة ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

١٥٥. الفقه الإسلامي وأدلته: د/ وهبة الزحيلي، ط/ دار الفكر سوريا.

١٥٦. فقه المعاملات المالية مع أهل الذمة دراسة فقهية مقارنة د. عطية فياض، ط/ دار النشر للجامعات ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م

١٥٧. القمار حقيقته وحكمه، ط/ كنوز إشبيليا . السعودية، الطبعة الأولى ١٤٢٩ هـ .
٢٠٠٨م.

١٥٨. متطلبات نجاح استخدام التجارة الإلكترونية في القطاع السياحي، متطلبات دخول الجزائر كشريك، ورقة عمل مقدمة للملتقى الدولي الثاني: المعرفة في ظل الاقتصاد الرقمي، ومساهمتها في تكوين المزايا التنافسية في البلدان العربية ط/ جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف - كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير - مخبر العولمة واقتصاديات شمال أفريقيا ٢٠٠٧ م .

١٥٩. مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في القانون المدني، للباحث: ممدوح محمد خيرى هاشم، ط/ دار النهضة، الطبعة الأولى (٢٠٠٠م) .

١٦٠. مفهوم التعايش من منظور إسلامي د. سلطان بن علي بن محمد شاهين، مجلة العلوم الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية عدد ٤٦، ٢٠١٧م.

١٦١. مفهوم وأهمية الجودة في الخدمات السياحية، اعداد: المركز الوطني لتنمية الموارد البشرية السياحية - تكامل، الهيئة العامة للسياحة والتراث الوطني المملكة العربية السعودية.

١٦٢. مقاصد الشريعة الإسلامية للإمام محمد الطاهر ابن عاشور، ط/ دار السلام القاهرة الطبعة السابعة ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م .

١٦٣. موجبات السعادة في قطاع السياحة الإسلامية، وفق مبادرة دبي عاصمة الاقتصاد الإسلامي د. مسان كرومية، كلية الاقتصاد، جامعة سعيدة - الجزائر د. حمو محمد كلية الاقتصاد، جامعة الشلف - الجزائر ضمن بحوث منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي الرابع ٢٠١٨ م الابتكار والسعادة في نمط الحياة الإسلامي ، « رؤية استشرافية » تنظيم دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي ٦-٧ شعبان ١٤٣٩ هـ/ ٢٢-٢٣ أبريل ٢٠١٨ م .

١٦٤. الضيافة، دراسة فقهية مقارنة لأستاذنا الدكتور / سيف رجب قزامل، ص ٤٦ ط/ مكتبة نور بطنطا، الطبعة الأولى ١٤٦١ هـ - ١٩٩٦م.

١٦٥. حكم قبض الشيك وهل هو قبض لمحتواه؟ للشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع، الجزء الأول، الدورة السادسة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
١٦٦. تجارة الذهب في أهم صورها وأحكامها د. صالح بن زابن المرزوقي بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة، الجزء الأول ١٤٠١٧هـ - ١٩٩٦م،
١٦٧. فقه المعاملات المالية المعاصرة د. سعد بن تركي الختلان، ط/ دار الصمعي، الطبعة الرابعة ٢٠١٦م
١٦٨. عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية، د. على جمال الدين عوض ١٩٩٣م، ص ٩٢٧.
١٦٩. فقه المعاملات المصرفية عند الإمام ابن باز - رحمه الله -، رسالة ماجستير للباحث . موسى بن أحمد القرعاني، ط/ جامعة الجوف ١٤٣٩هـ.
١٧٠. سماحة الإسلام في التعامل مع غير المسلمين، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر موقف الإسلام من الإرهاب، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ٢٠٠٤م، د/ حكمت بن بشير بن ياسين.
١٧١. الموسوعة الفقهية الكويتية .

ثالث عشر: المواقع الإلكترونية:

1. مقال: تحويل عالمناء، خطة التنمية المستدامة ٢٠٣٠:
- <http://dar-alifta.org/AR/ViewFatwa.aspx?ID=14252&LangID=1&MuftiType=0&>
- <http://sheikhmohammed.ae/ar-ae/Pages/ArticleDetail.aspx?ArticleID=710>
2. رسالة محمد بن راشد للتسامح عبر الرابط التالي:
- <http://www.abdelmagidzarrouki.com/2013-05-06-14-45-36/viewdown->

[load/329-/62835- https://government.ae/ar-ae/about-the-uae/culture/tolerance/anti-discriminationanti-hatred-law](https://government.ae/ar-ae/about-the-uae/culture/tolerance/anti-discriminationanti-hatred-law)

- <https://government.ae/ar-ae/about-the-uae/culture/tolerance/anti-discriminationanti-hatred-law>
- <https://www.albayan.ae/across-the-uae/news-and-reports/2017-11-15-1.3101174>
- <https://www.google.com/search?q=%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%88%D9%86%D8%A9+%>
- https://www.psa.gov.qa/ar/media1/events/Documents/ArabicStatistics16/Sustainable_Development_Agenda_2030_AR.pdf
- <https://www.uaecabinet.ae/ar/details/news/mohammed-bin-rashid-launches-global-initiative-for-tolerance-openness>

3. الموقع على الشبكة العالمية :

- <https://www.booking.com/index.ar.html?label=gen173nr->

4. البوابة الرسمية لحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة:

- <https://www.government.ae/ar-ae/about-the-uae/culture/tolerance/tolerance-initiatives>

5. موقع جامعة الإمام محمد بن سعود:

- <https://units.imamu.edu.sa/colleges/sharia/Documents/>

6. السياحة: الإسلام وضع لها ضوابط وصحح مفاهيمها المشوهة مقال منشور من الموقع الإلكتروني طريق الإسلام على الرابط:

- <https://ar.islamway.net/article/43918/%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%8A%D8%A7%D8%AD%D8%A9>

اطلعت عليه بتاريخ: ٢ / ١٢ / ٢٠١٩ م

7. موقع دار الإفتاء المصرية:

- <http://dar-alifta.org/AR/ViewFatwa.aspx?ID=14252&LangID=1&MuftiType=0&>

8. المدونة العالمية لأداب السياحة من أجل سياحة مسؤولة، الأمم المتحدة، منظمة السياحة العالمية ص ٦، منشور على موقع:

- <https://www.google.com/search?q=%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%88%D9%86%D8%A9+%>

- <https://scth.gov.sa/Takamul/Documents/TourismServicesQuality.pdf>

9. البوابة الرسمية لحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة

- <https://government.ae/ar-ae/about-the-uae/culture/tolerance/anti-discriminationanti-hatred-law>

10. موقع مجلس الوزراء الإمارات العربية المتحدة

- <https://www.uaecabinet.ae/ar/details/news/mohammed-bin-rashid-launches-global-initiative-for-tolerance-openness>

11. أهداف التنمية المستدامة منشورة على الموقع الإلكتروني، بعنوان: تحويل
عالمنا، خطة التنمية المستدامة ٢٠٣٠، ص ٢٥، ٢٦:

- [https://www.psa.gov.qa/ar/media1/events/Documents/ArabicStatistics16/
Sustainable_Development_Agenda_2030_AR.pdf](https://www.psa.gov.qa/ar/media1/events/Documents/ArabicStatistics16/Sustainable_Development_Agenda_2030_AR.pdf)

12. منظمة السياحة العالمية التابعة لهيئة الأمم المتحدة:

- <https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B3%D9%8A%D8%A7%D8%AD%D8%A9>



الحديث المرسل وأثر الخلاف في قبوله

بحث مقدم من

د/ نعمة عبد النعيم عبد الرحيم

مدرس أصول الفقه

بكلية البنات الأزهرية

بطنجة

المقدمة

الحمد لله الذي لا إله إلا هو وحده لا شريك له ، نحمده ونثني عليه الخير كله، ونشهد أن لا إله إلا هو سبحانه و أن سيدنا محمد ﷺ عبده ورسوله، ختم به الدعوة وجعل شريعته مؤيدة إلى يوم الدين ، ووكل بحفظها من الصحابة والتابعين ومن تبعهم من تقوم به الحجة ، وترد بقوله الشبهة ، وهم الفقهاء الذين ألزمهم حراسة شريعته ، والتفقه في دينه، فقال سبحانه: ﴿ وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴾ (١) ، وقال: ﴿ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ (٢).

أما بعد

فقد بين رسول الله صلى الله عليه وسلم بسنته فرض العلم على أمته وحث على تعلم القرآن وأحكامه والسنن وموجباتها ، والنظر في الفقه واستنباط الدلائل واستخراج الأحكام فقال ﷺ: (من يرد الله به خيرا يفقهه الدين) (٣).

ومكانة السنة النبوية من التشريع، غير خافية عن العامة فضلاً عن أهل العلم والتخصص، وقد كانت قاعدة الاحتجاج بالمرسل من القواعد الأصولية المتعلقة بمسائل الاحتجاج بالسنة، وانبنى على تقريرها والاختلاف فيها العديد من الفروع الفقهية.

لذلك رأيت أن أجمع شتات ما كتبه الأصوليون في هذا الموضوع وإن كنت لم آت على كل صغيرة وكبيرة فيه إلا أنني قد جمعت معظم ما يحتاج إليه الباحث من ذكر للمذاهب وتحرير للأدلة في الاحتجاج بالحديث المرسل، وأثر ذلك فيما

(١) التوبة (١٢٢).

(٢) الزمر (٩).

(٣) متفق عليه، صحيح البخاري ١/١٣٧، ١٣٠، صحيح مسلم ٦/٣٩٣.

تفرع من مسائل فقهية على وجه الإيجاز والتلخيص. وهذا جهد المقل إسهاماً مني
بدور ولو يسير في إثراء هذا العلم العظيم .

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

إن للحديث الشريف مكان الصدارة في التشريع الإسلامي بعد القرآن الكريم،
ولما كانت السنة الشريفة مصدرًا من مصادر التشريع الإسلامي، ولا يمكن
معرفة تفاصيله إلا بها، ولا يتكامل إلا بواسطتها، كان لابد للمجتهد من البحث
عن أحوالها وما يعرض لها من حيث المتن والسند.

ومن الأحوال التي تعتري السند صفة الإرسال التي دار حولها نقاش كثير
بين أهل العلم، مما كان له أثر عظيم في الفقه الإسلامي.

كما أن استشعار صعوبة فهم المصطلح الحديثي واستيعابه واختلاط أمره،
ولا سيما ما يخص أنواع الحديث الضعيف ومنها المرسل، كان له الأثر في
اختيار هذا الموضوع والرغبة في الكتابة فيه.

الدراسات السابقة في الموضوع:

كتب في الحديث المرسل كثير من العلماء والباحثين في علم مصطلح الحديث
أو علم أصول الفقه ، وقد اطلعت على الكثير مما كتبه، مما أفادني إفادة كبيرة
في كتابة هذا البحث المتواضع، وحيث إن المقام لا يتسع لذكرها كلها، خاصة
وأنها مذكورة في نهاية البحث ضمن أسماء المراجع والمصادر، فسأكتفي بذكر
البعض منها على سبيل المثال، من هذه المصنفات:

١- علوم الحديث لابن الصلاح.

٢- تدريب الراوي ، لجلال الدين السيوطي.

- ٣- جامع التحصيل في أحكام المراسيل للعلائي .
- ٤- الحديث المرسل، للدكتور محمد حسن هيتو.
- ٥- اختلاف العلماء في الاحتجاج بالحديث المرسل، د. محمود حامد عثمان.
- ٦ - الإنارة شرح كتاب الإشارة (باب أحكام الأخبار) فصل "في المرسل".
- ٧- أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، د. مصطفى سعيد الخن.

٨- الحديث المرسل: حجيته ومذاهب العلماء فيه، بواسطة محسن المغربي، مقال في المنبر الإسلامي، يناير ٢٠ / ٢٠١٣ م.

٩- حجية المرسل عند الأصوليين وأهل الحديث، المؤلف: د. صابر نصر مصطفى عثمان، بحث في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت مجلد: ١٦ العدد: ٤٦ ٢٠٠١.

وقد كان منهجي في هذا البحث كما يلي:

أولاً: الاستقراء والجمع: وقد قرأت قبل الشروع في كتابة البحث من أجل ذلك مصادر متنوعة تطرقت لهذا الموضوع ضمن موضوعاتها، أو كتبت عنه بصورة خاصة من خلال الأبحاث والمقالات .

ثانياً: التنظير والتأصيل في عرض المسائل، وذلك بأن:

- أذكر صورة المسألة ثم أذكر أقوال الأئمة فيها ودليل كل منهم، فأبدأ بذكر المذاهب ، وتحرير محل النزاع، ثم أعرض الأدلة مرتبة بترتيب المذاهب السابق ذكرها في المسألة.

- أذكر ما ذهب إليه كل إمام من الأئمة، ثم أعرض نصاً من كلامه، أو من كتب مذهبه على ذلك، وكذلك أعمل في الأدلة.

ثالثاً: التطبيق والتمثيل: وذلك بعرض بعض المسائل الفقهية المتعلقة بموضوع البحث وبيان اختلاف الفقهاء فيها، وتطبيقها على الوضع القانوني لها إن وجد، وذلك كما فعلت في المسألة الأخيرة من البحث.

وقد سرت في ذلك على الخطوات التالية:

١- جمع المادة العلمية من مصادرها ومراجعتها الأصلية، وعرضها عرضاً مناسباً في كل فقرة من فقرات البحث، معتمدة في ذلك على ما كتب حول موضوع البحث، وما له صلة بذلك من سائر المراجع.

٢- عزو الآيات القرآنية إلى سورها مع ذكر رقم الآية.

٣- تخريج الأحاديث والآثار وإحالتها إلى مصادرها، إلا إذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما فأكتفي بذكره منهما.

٤- شرح الألفاظ الغريبة في الهامش.

٥- تعريف المصطلحات لغة واصطلاحاً .

٦- عرض أقوال العلماء ومناقشتها مناقشة مختصرة وافية غير مخلة، مركزة على موضوع البحث متجنبة الإطناب.

٧ - وضع فهارس للمصادر والمراجع، والمحتويات، ليسهل على المطلع على البحث الوصول إلى المعلومة بأقل جهد وأقرب وقت.

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة وثلاثة مباحث بما تشمله من مطالب أو مسائل وخاتمة، وهي كالتالي:

المقدمة: وتتضمن أهمية الموضوع وأسباب اختياره، ومنهج البحث، وخطته.

المبحث الأول: في حقيقة الحديث المرسل، ويشمل أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الحديث المرسل لغة.

المطلب الثاني: تعريف الحديث المرسل عند المحدثين.

المطلب الثالث: تعريف الحديث المرسل عند الأصوليين والفقهاء.

المطلب الرابع: تحرير محل النزاع في تعريف المرسل .

المبحث الثاني: حجية الحديث المرسل ويشمل أربعة مطالب:

المطلب الأول: آراء العلماء في قبول المرسل والاحتجاج به أو رده.

المطلب الثاني: أدلة كل فريق.

المطلب الثالث: مرسل الصحابي.

المطلب الرابع: تعارض الوصل والإرسال

المبحث الثالث: الأثر الفقهي للاختلاف في حُجبة المرسل، ويشمل المسائل

التالية:

مسألة: نقض الوضوء بالقهقهة.

مسألة: نقض الوضوء بلمس المرأة.

مسألة: وجوب القضاء على مَنْ أفسد صوم التطوع.

مسألة: اشتراط الوليِّ في النكاح.

مسألة: العقيقة عن الغلام وعن الجارية.

مسألة: رجوع البائع إلى عين ماله عند تعذر الثمن بالفلس أو الموت.

مسألة: الربا في دار الحرب.

مسألة: من أمسك رجلا وقتله آخر هل يعد شريكاً في القتل.

الخاتمة: وتحتوي على ملخص البحث، وأهم نتائجه.

المبحث الأول
حقيقة الحديث المرسل
المطلب الأول
تعريف الحديث المرسل لغة

المرسل لغة:

اسم مفعول جمعه مراسيل بإثبات الياء وحذفها، مأخوذ من الإرسال وهو الإطلاق وعدم المنع، قال تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّا أَرْسَلْنَا الشَّيَاطِينَ عَلَى الْكَافِرِينَ تَوْرُهُمْ أَرْأَى﴾ (١)

فكان الراوي المرسل أطلق الإسناد، ولم يقيده براوٍ معروف ، وهذا المعنى يشير إلى تعريفه الاصطلاحي.

وقيل من قولهم: ناقة مرسله؛ أي سريعة السير؛ كأن المرسل للحديث أسرع فحذف بعض إسناده، وفي هذا المعنى تنبيه على سبب إرسال الحديث.

وقيل مأخوذ من قولهم: جاء القوم أرسالاً؛ أي متفرقين؛ لأن بعض الإسناد منقطع عن بعضه (٢)، وفي هذا المعنى اللغوي توهين للحديث المرسل يقوي جانب المضعفين له.

وقيل مأخوذ من الاسترسال؛ أي الاطمئنان للشيء؛ لأن المرسل يدعوك إلى الاطمئنان إلى سنده وعدم تكلف النظر في رجاله، وفي هذا الإطلاق اللغوي تقوية لجانب المحتجين بالحديث المرسل. (٣)

(١) مريم: ٨٣.

(٢) فتح المغيث بشرح ألفية الحديث، للسخاوي، ١/٢٣٨.

(٣) ينظر: لسان العرب ١١/ ٢٨١، والقاموس المحيط ٣/ ١٠٠، وفتح المغيث ١/ ١٣٥، وإسعاف ذوي الوطر بشرح نظم الدرر في علم الأثر للعلامة الإثيوبي، ص ١٢٤، والتقارير السنوية على البيقونية للمشاط ص ٥١.

المطلب الثاني

تعريف الحديث المرسل عند المحدثين

المرسل عند المحدثين:

هو: ما أضافه تابعي إلى النبي ﷺ وهو المشهور عندهم، كما نقله عنهم الحاكم واختاره ابن عبد البر، ووافقهم جماعة من الفقهاء والأصوليين (١).

قال الحاكم: «وهذا نوع من علم الحديث صعب، قلّ ما يهتدي إليه إلا المتبحر في هذا العلم؛ فإن مشايخ الحديث لم يختلفوا في أن الحديث المرسل هو: الذي يرويه المحدث بأسانيد متصلة إلى التابعي فيقول التابعي: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم» (٢).

وقال ابن عبد البر: «فأما المرسل فإن هذا الاسم أوقعوه بإجماع على حديث التابعي الكبير عن النبي (٣).

وقال السيوطي: «اتفق علماء الطوائف على أن قول التابعي الكبير قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا أو فعله يسمى مرسلًا» (٤).

وقال ابن الصلاح: «وصورة المرسل التي لا خلاف فيها حديث التابعي الكبير الذي لقي جماعة من الصحابة وجالسهم.. إذا قال: قال رسول الله ﷺ» (٥).

هكذا خصه بالتابعي الكبير، وهو الذي لقي جماعة من الصحابة وجالسهم، وكانت جُلّ روايته عنهم.

(١) فتح المغيب ٢٣٨/١.

(٢) معرفة علوم الحديث، ص ٦٧.

(٣) مقدمة التمهيد، ص ٧٧، ٧٨.

(٤) تدريب الراوي ١/١٩٥.

(٥) علوم الحديث لابن الصلاح، ومعه التقييد والإيضاح لزين الدين العراقي، ص ٧٠، ٧١.

إلا أنه قال بعد ذلك: «والمشهور التسوية بين التابعين أجمعين في ذلك»^(١).
أما عند متقدمي المحدثين أو ما يعرف بالمحدثين الأوائل فالمرسل عندهم أعم
مما هو عند متأخريهم ، فقد عرف العلائي الحديث المرسل بأنه ما سقط منه
رجل واحد من أي موضع^(٢).

ويقول الخطيب البغدادي رحمه الله :”المرسل: ما انقطع إسناده ، بأن يكون
في رواته من لم يسمعه ممن فوقه ، إلا أن أكثر ما يوصف بالإرسال من حيث
الاستعمال: ما رواه التابعي عن النبي صلى الله عليه وسلم»^(٣) .

وممن وافق متأخري المحدثين من الفقهاء الماوردي الشافعي حيث قال:
والمرسل أن يرويه التابعي عن رسول الله ﷺ وهو لم يشاهده، ولا يرويه عن
صحابي شاهده، والمنقطع أن يكون بين الراويين رجل لم يذكر^(٤).

والأستاذ أبو بكر بن فورك، فقد قال فيما حكى عنه العلائي: إذا قال التابعي
أن النبي ﷺ قال كذا وكذا، فهو معنى المرسل^(٥).

وأبو نصر بن الصبّاغ قال: المرسل قول التابعي: قال رسول الله ﷺ، ولم يذكر
من سمعه منه^(٦).

وأبو المظفر السمعاني قال: ما رواه التابعي عن الرسول ﷺ^(٧) .

والقرافي قال: إن الإرسال هو إسقاط الصحابي من السند^(٨) .

(١) المرجع السابق .

(٢) جامع التحصيل ١/٢٤ .

(٣) الكفاية ص ٢١ .

(٤) أدب القاضي، للماوردي، ط: مطبعة الإرشاد: بغداد ، ١٣٩١هـ / ١٩٧١م، ١/ ٣٩٧، ٣٩٨ .

(٥) جامع التحصيل في أحكام المراسيل للعلائي ، تحقيق حمدي السلفي، ط: عالم الكتب: بيروت،
١٤٠٧هـ / ١٩٨٦م، ٢/ ٢٩ .

(٦) المرجع السابق .

(٧) قواطع الأدلة في أصول الفقه للسمعاني ، ٢/ ٤٣١ .

(٨) شرح تنقيح الفصول ، ص ٢٩٦ .

المطلب الثالث

تعريف الحديث المرسل عند الأصوليين والفقهاء

المشهور عند الأصوليين أن المرسل هو:

قول من لم يلق النبي ﷺ قال رسول الله ﷺ، سواء كان التابعي أم تابعي التابعي فمن بعده.

يقول العلامة الشنقيطي: المرسل عند الأصوليين: هو ما سقط من سنده طبقة من طبقات الإسناد، فيشمل أنواع الانقطاع كالحديث المنقطع (١) والمعضل (٢).

قال ابن الحاجب: المرسل قول غير الصحابي قال رسول الله ﷺ (٣).

وقال شارح الكوكب المنير: «في اصطلاح الفقهاء هو قول غير صحابي في كل عصر قال النبي صلى الله عليه وسلم، وهو قول أصحابنا والكرخي والجرجاني وبعض الشافعية والمحدثين، وخصه أكثر المحدثين وكثير من الأصوليين بالتابعي» (٤).

وقال علاء الدين عبد العزيز البخاري: "هو في اصطلاح المحدثين أن يترك التابعي الوسطة التي بينه وبين الرسول - عليه السلام - فيقول: قال رسول الله - عليه السلام - كذا. فإن ترك الراوي واسطة بين الراويين مثل أن يقول من لم يعاصر أبا هريرة: قال أبو هريرة؛ فهذا يسمى منقطعاً عندهم. هذا إذا كان المتروك واسطة واحدة، فإن كان أكثر من واحدة فهو المسمى بالمعضل عندهم... والكل يسمى إرسالا عند الفقهاء والأصوليين" (٥).

(١) المنقطع هو: أن يسقط من الإسناد رجل، أو يذكر فيه رجل مبهم. شرح إختصار علوم

الحديث، المؤلف: إبراهيم اللاحم، مصدر الكتاب: المكتبة الشاملة ١٣٧/١.

(٢) المعضل: وهو ما سقط من إسناده اثنان فصاعداً، ومنه ما يرسله تابع التابعي. المرجع السابق ١٤٤/١، وينظر: المذكرة للعلامة الشنقيطي ص ١٦١، مدارج الصعود إلى مراقي الصعود ص ٢٧٧، معرفة علوم الحديث، ص ٦٧.

(٣) مختصر ابن الحاجب مع حواشيه ٧٤/٢.

(٤) شرح الكوكب المنير ٣٠/٢.

(٥) كشف الأسرار عن أصول البيهقي ٣/٣، ٤.

وقال نظام الدين الأنصاري: "المرسل قول العدل: قال عليه السلام كذا، هذا في اصطلاح الأصول. قال: والأولى أن يقال: ما رواه العدل من غير إسناد متصل؛ ليشمل المنقطع.

ثم ذكر المعضل، والمنقطع، والمعلق^(١)، وقال: والكل داخل في المرسل عند أهل الأصول^(٢).

وحاصل كلام الأصوليين والفقهاء ومن وافقهم أن المرسل واحد من الأحوال التالية:

١- رواية الراوي عن من لم يعاصره ولم يلقه، وذلك يشمل إسقاطه لواحد أو اثنين فصاعداً، ويشمل ذلك التابعي ومن دونه. فيدخل المعلق والمعضل والمنقطع في أحد معانيه عند المحدثين.

٢- رواية الراوي عن عاصره ولم يلقه. وهو ما يسمى عند المحدثين بالمرسل الخفي^(٣).

٣- رواية الراوي عن عاصره ولقيه وسمع منه غير تلك الرواية.

قال التهانوي: «والمرسل الخفي ما يرويه معاصر لم يلق من حدّث عنه بلفظ يحتمل السماع. فلم يعرف أنه لقيه أم لا ، بل بينه وبينه واسطة»^(٤).

٤- رواية الراوي عن شخص أبهم اسمه ولم يصرح به كأن يقول: عن فلان، أو رجل، أو شيخ، وهو أحد صور الانقطاع عند المحدثين.

(١) المَعْلُق: هو ما حُذِفَ مِنْ مَبْدَأِ إِسْنَادِهِ رَآهُ أَكْثَرُ عَلَى التَّوَالِي، نَزَهَ النَّظَرُ ١٠٨، ١٠٩.

(٢) فَوَاتِحُ الرَّحْمَوَاتِ بِشَرْحِ مُسْلِمِ التَّحْتِ ٢/٢١٦.

(٣) الْمُرْسَلُ الْخَفِيُّ هُوَ: مَا رَوَاهُ الْمَعَاوِرُ لِمَنْ رَوَى عَنْهُ وَلَمْ يَلْقَهُ بِلَفْظٍ مُوَهِّمٍ لِلسَّمَاعِ. مِثَالُهُ: حَدِيثُ رَوَاهُ ابْنُ مَاجَةَ مِنْ طَرِيقِ عَمْرِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، عَنْ عَقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ مَرْفُوعاً: "رَحِمَ اللَّهُ حَارِسَ الْحَرَسِ" وَعَمْرٌ لَمْ يَلِقْ عَقْبَةَ. الْغَايَةُ فِي شَرْحِ الْهَدَايَةِ ١/١٦٨.

(٤) قَوَاعِدُ فِي عُلُومِ الْحَدِيثِ ص ٤٢.

المطلب الرابع تحرير محل النزاع

يظهر من العرض السابق لتعريف المرسل عند كل من المحدثين والأصوليين: أن تعريف الأصوليين أشمل وأعم ، بينما تعريف المحدثين فهو أدق وأخص ، إذا اتضح ذلك ، فما هو محل النزاع في الاحتجاج بالحديث المرسل ؟

ذكر الشوكاني في "إرشاد الفحول" أن محل الخلاف إنما هو خاص بالمرسل في اصطلاح المحدثين ^(١)، وظاهر هذا القول أن إرسال من هو دون التابعي مردود بالاتفاق، وهذا ليس على إطلاقه، فإن بعضهم قد قبل مرسل من دون التابعي، كالأمدي وغيره.

وقيد الباجي في "إحكام الفصول" ، والنووي في "المجموع" نقلا عن ابن عبد البر الخلاف فيما إذا كان المرسل عدلا، أما إذا كان ممن لا يتحرز، فلا خلاف في رد روايته ^(٢)، وكذلك فعل ابن حجر في "النزهة" حيث حصر الخلاف في التابعي الذي عرف أنه لا يرسل إلا عن ثقة ^(٣).

وعليه فإن الخلاف الذي سنذكره محصور في المرسل الثقة الذي عرف بروايته عن الثقات، أما غيره فقد اتفق الجميع على رده، قال ابن عبد البر: "لا خلاف أنه لا يجوز العمل بالمرسل إذا كان مرسله غير محترز يرسل عن غير الثقات" ^(٤)، وقال ابن حجر: "ثم الخلاف في المرسل الذي لا عيب فيه سوى الإرسال، فأما إذا انضم إلى كونه مرسلًا ضعف راو من رواته، فهو حينئذٍ أسوأ

(١) إرشاد الفحول ١/٣١٤.

(٢) إحكام الفصول ص: ٣٥٥، المجموع ١/١٠٠.

(٣) نزهة النظر ص: ٥٩.

(٤) إرشاد الفحول ١/٩٨.

حالاً من المسند الضعيف؛ لأنه يزيد عليه بالانقطاع، ولا خلاف في رده، وعدم الاحتجاج به، قاله أبو الحسن بن القطان في الوهم والإيهام، وكذا أبو الحسين في المعتمد، وخلائق من المالكية والحنفية، منهم القاضي عبد الوهاب، والمازري، والباجي، وشمس الأئمة السرخسي^(١).

(١) النكت على مقدمة ابن الصلاح / ١ / ٤٩٩، فتح المغيـث / ١ / ١٤٠٠

المبحث الثاني

حجية الحديث المرسل

المطلب الأول

آراء العلماء في قبول المرسل والاحتجاج به أو رده

للعلماء في قبول المرسل أو رده أقوال ثلاثة:

الأول: القبول مطلقاً.

وهو المشهور عن أبي حنيفة ومالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه.

فالأحناف قسموا الحديث المرسل إلى أربعة أقسام:

الأول : ما أرسله الصحابي.

الثاني : ما أرسله القرن الثاني.

الثالث : ما أرسله العدل في كل عصر.

الرابع : ما أرسله من وجه واتصل من وجه آخر.

فأما القسم الأول: وهو مراسيل الصحابة، فنقل الأحناف الإجماع على استدلال

العلماء به ^(١).

وأما القسم الثاني والثالث: فهو حجة عند الأحناف، وذهب عيسى بن أبان أنه

فوق المسند، وهو موضع خلاف.

فقد كان أبو الحسن الكرخي لا يفرق بين مراسيل أهل الأعصار، وكان يقول:

(١) أصول السرخسي ٣٦٣/١، أصول البيهقي ١٧١/١.

من تقبل روايته مسنداً تقبل روايته مرسلأً، وكان عيسى بن أبان يقول: من اشتهر في الناس بحمل العلم منه تقبل روايته مرسلأً ومسندأً.

ويفسر السرخسي عبارته فيقول: (وإنما يعني به محمد بن الحسن رحمه الله، وأمثاله من المشهورين بالعلم، ومن لم يشتهر بحمل الناس العلم منه مطلقاً، وإنما اشتهر بالرواية عنه فإن مسنده يكون حجة، ومرسله يكون موقوفاً إلى أن يعرض على من اشتهر بحمل العلم عنه).

وأما القسم الرابع: وهو ما أرسل من وجه واتصل من وجه آخر، وهو على وجهين: إما أن أسنده هذا المرسل أو غيره.

ففي الوجه الأول بعض من لم يقبل المراسيل لا يقبل هذا الخبر وإن أسنده هذا الراوي؛ لأن إرساله يدل على أنه إنما لم يذكر الراوي لضعف فيه فستره له والحال هذه خيانة منه فلم يقبل ولهذا لم يقبل بعض أهل الحديث سائر مسانيد هذا المرسل وجعلوه بالإرسال ساقط الحديث وعامتهم على أنه يقبل منه.

وأما في الوجه الثاني: قد اختلف فيه فحكى الخطيب الحافظ أن أكثر أصحاب الحديث يرون الحكم في هذا وأشباهه للمرسل وعن بعضهم أن الحكم للأحفظ^(١).

وذهب أبو بكر الرازي إلى تفصيل آخر، فجعل المرسل قسمين:

الأول: مراسيل أهل القرون الثلاثة، وهو حجة ما لم يعرف منه الرواية مطلقاً عن ليس بعدل.

الثاني: مرسل من كان بعدهم، وهذا لا يكون حجة إلا ممن اشتهر بأنه لا يروي إلا عن هو عدل ثقة.

(١) بتصرف: كشف الأسرار ٤/٤٩٠.

واحتج الرازي: أن النبي صلى الله عليه وسلم شهد للقرون الثلاثة بالصدق والخيرية، فكانت عدالتهم ثابتة بتلك الشهادة ما لم يتبين خلافها، وشهد على من بعدهم بالكذب، بقوله: «ثم يفشو الكذب»؛ فلا تثبت عدالة من كان في زمن شهد على أهله بالكذب إلا برواية من كان معلوم العدالة؛ يعلم أنه لا يروي إلا عن عدل، وجعل السرخسي هذا القول أصح الأقاويل^(١).

وأما القسم الرابع: فعزى الأحناف حكمه لأهل الحديث ونقلوا: أن بعضهم أعل الرواية المتصلة بالمنقطة، وأكثرهم جعل الرواية المتصلة مبينة للرواية المنقطة، وقبلها^(٢).

وقد ذكر أبو بكر الجصاص من الحنفية أن المرسل مقبول عند الحنفية وذلك عند تحقق ثلاثة أمور فيه وهي:

١- إذا كان مرسله من أهل القرون الثلاثة الفاضلة؛ لقوله ﷺ ﴿خير الناس قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم﴾^(٣).

٢- إذا كان مرسله ممن لا يرسل الحديث عن غير الثقات؛ لأن من استجاز ذلك لم يقبل عنده لا مسنده ولا مرسله.

أن يكون مرسله ثقة، وعبر عن ذلك بقوله: «أن لا يظهر منه ريبة»، واستدل على ذلك بقوله: «ظاهر أحوال الناس كان في عصر التابعين وأتباعهم الصلاح والصدق، لما يدل عليه حديث النبي عليه السلام، ومن أجله كان يقول عمر بن الخطاب ﷺ، فيما رواه أبو المليح الهذلي قال: كتب عمر بن الخطاب إلى أبي

(١) أصول السرخسي ٣٦٣/١.

(٢) أصول اليزدي ١٧٣/١، أصول السرخسي ٣٦٤/١، المنهل الروي لابن جماعة ص ٤٥.

(٣) متفق عليه، عن عبيدة عن عبد الله لا، صحيح البخاري، باب لا يشهد على شهادة جور إذا شهد ٤٤٢/٩، باب فضائل أصحاب النبي ٤٠٥/١٢، صحيح مسلم، باب فضل الصحابة ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ٣٢٩/١٦.

موسى الأشعري رضي الله عنهما: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلود في حد أو مجرب في شهادة زور أو ظنين في ولاء أو قرابة» (١).

وقد رجّح السرخسي ما ذهب إليه الجصاص فقال: وأصح الاقاويل في هذا ما قاله أبو بكر الرازي رضي الله عنه (٢).

وقال ابن عبد البر من المالكية: «وأصل مذهب مالك رحمه الله والذي عليه جماعة أصحابنا المالكيين أن مرسل الثقة تجب به الحجة، ويلزم به العمل، كما يجب بالمسند سواء» (٣).

إلا أنه مقيد بقوله عندهم بأمرين:

الأمر الأول: أن يكون مرسله ممن يحترز، فلا يرسل إلا عن الثقات.

فإن كان ممن لا يحترز ويرسل عن الثقات وغيرهم، فلا خلاف في ردّه وعدم وجوب العمل به (٤).

الأمر الثاني: أن لا يخالفه عمل أهل المدينة.

قال ابن عبد البر: «فجملة مذهب مالك في ذلك - يعني خبر الواحد - إيجاب العمل بمسنده ومرسله، ما لم يعترضه العمل الظاهر ببلده، ولا يبالي في ذلك من خالفه في سائر الأمصار» (٥).

ومقتضى قبولهم للحديث المرسل بهذين القيدين أنه لا يُعَارَضُ بحديث مسند، يقول ابن عبد البر: وأما أصحابنا فكلهم مذهبه في الأصل استعمال المرسل مع المسند كما يوجب الجميع استعمال المسند، ولا يردون بالمسند المرسل، كما لا

(١) رواه الدارقطني في سننه، ٢٩ عمر ٧/١٠٣٢٢، والبيهقي في سننه، باب من جرب بشهادة زور لم تقبل شهادته ٢/٢٤، وينظر: الفصول في الأصول ٢/١٩٢.

(٢) أصول السرخسي ١/٣٦٣.

(٣) التمهيد ٢/١.

(٤) الإشارة في معرفة الأصول للباقي المالكي ص ٢٤٠.

(٥) التمهيد ٣/١.

يردون الخبرين المتصلين ما وجدوا إلى استعمالهما سبيلاً، وما ردوا به المرسل من حجة بتأويل أو عمل مستفيض أو غير ذلك من أصولهم فهم يردون به المسند سواء لا فرق بينهما عندهم^(١).

وقال ابن النجار الفتوحى الحنبلي: «وهو: أي المرسل، حجة كمراسيل الصحابة عند أحمد وأصحابه... وعن الإمام أحمد رضي الله عنه رواية ثانية: أن المرسل ليس بحجة»^(٢).

قال الإمام أبو داود صاحب السنن: «وأما المراسيل فقد كان يحتج بها العلماء فيما مضى، مثل سفيان الثوري، ومالك بن أنس، والأوزاعي، حتى جاء الشافعي فتكلم فيه، وتابعه على ذلك أحمد بن حنبل وغيره. فإذا لم يكن مسند ضد المراسيل، ولم يوجد المسند، فالمرسل يحتج به، وليس هو مثل المتصل في القوة»^(٣).

القول الثاني: لا يحتج به مطلقاً:

وهو رأي جماهير المحدثين وكثير من الفقهاء، وأصحاب الأصول^(٤)، والظاهرية.

قال ابن عبد البر في التمهيد: «وقال سائر أهل الفقه وجماعة أصحاب الحديث في كل الأمصار فيما علمت الانقطاع في الاثر علة تمنع من وجوب العمل به وسواء عارضه خبر متصل أم لا»^(٥).

وقال ابن رجب الحنبلي في شرحه لعلل الترمذي: «قال أبو عيسى الترمذي رحمه الله: والحديث إذا كان مراسلاً فإنه لا يصح عند أكثر أهل الحديث، وقد ضعفه غير واحد منهم»^(٦).

(١) المرجع السابق ٦/١.

(٢) شرح الكوكب المنير ٣٠/٢، ٣١.

(٣) رسالة أبي داود إلى أهل مكة ٢٤/١، ٢٥.

(٤) تدريب الراوي ١/١٩٨.

(٥) التمهيد ٥/١.

(٦) شرح علل الترمذي لابن رجب الحنبلي ١/١١٠.

وقال القاضي أبو بكر الباقلاني: «لا أقبل المرسل ولا في الأماكن التي قبلها الشافعي حسماً للباب بل ولا مرسل الصحابي إذا احتتمل سماعه من تابعي»^(١).
وقال ابن حزم الظاهري: «إنهم - يعني الحنفية والمالكية - يقولون كثيراً بالمرسل وهو نقل يبحث عنها لأن المسكوت عن ذكره المجهول حاله هو ومن هو معدوم سواء»^(٢).

القول الثالث: التفصيل:

وهو قول الإمام الشافعي رحمه الله، فإنه يقبل الحديث المرسل بشروط، وقد نسب كثير من الأصوليين القول برد المرسل للإمام الشافعي، وهي نسبة غير صحيحة،

وهذا ما نقله السيوطي عن الإمام النووي في قوله: «اشتهر عن الشافعي أنه لا يحتج بالمرسل إلا مراسيل سعيد ابن المسيب. قال المصنف في شرح المذهب وفي الإرشاد: «والإطلاق في النفي والإثبات غلط بل هو يحتج بالمرسل بالشروط المذكورة ولا يحتج بمراسيل سعيد إلا بها أيضاً»^(٣).

كما نسب إليه أيضاً أنه لا يقبل إلا مراسيل سعيد بن المسيب، وهذا أيضاً غير صحيح. فقد ذكر الإمام الحافظ أبو بكر البيهقي رحمه الله نص الشافعي قال: «قال الشافعي: «نقبل مراسيل كبار التابعين إذا انضم إليها ما يؤكدها فإن لم ينضم لم قبلها سواء كان مرسل ابن المسيب أو غيره»، قال: «وقد ذكرنا مراسيل لابن المسيب لم قبلها الشافعي حين لم ينضم إليها ما يؤكدها ومراسيل لغيره قال بها حين انضم إليها ما يؤكدها» قال: «وزيادة ابن المسيب في هذا على غيره أنه أصح التابعين إرسالاً فيما زعم الحفاظ»^(٤).

(١) تدريب الراوي ١/٢٠٢.

(٢) الإحكام لابن حزم ٢/٢٠٠.

(٣) تدريب الراوي ١/١٩٩.

(٤) قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث للدمشقي ١/١١٦، المنهل الروي لابن جماعة ٤/٤٤.

شروط الشافعي في قبول المرسل:

أن تجتمع أمور ثلاثة في الراوي مع واحد من أمور أربعة في المروي. أما الأمور الثلاثة التي ينبغي توفرها في الراوي:

الأول: أن يعرف من حال الرواي أنه لا يروي عن غير عدل ، من مجهول أو مجروح.

الثاني: أن يكون هذا التابعي إذا أشرك أحدا من الحفاظ لم يخالفه، أي لا يكون ممن يخالف الحفاظ إذا أسند الحديث فيما أسنده.

الثالث: أن يكون من كبار التابعين.

أما الأمور الأربعة التي ينبغي أن يكون واحدا منها في المروي مجتمعا مع الشروط الثلاثة المتقدمة، فهي هذه على الترتيب:

الأول: أن يرد الحديث مسندا من طريق أخرى غير مرسله، وهذا أقوى عاضد له.

الثاني: أن يوافقه مرسل آخر غيره، من غير رجاله ، فيكون دليلا على تعدد مخرجه، وأن له أصلا.

الثالث: أن يعضده قول صحابي، لأن الظاهر أن الصحابي إنما أخذ قوله من النبي ﷺ.

الرابع: أن يعضده عمل أكثر أهل العلم .

فإذا توفرت هذه الشروط، صح الحديث المرسل عنده (١).

(١) المقنع ١/١٣٥، المنهل الروي ١/٤٤، قفو الأثر ١/٦٧.

المطلب الثاني: أدلة كل فريق

أدلة أصحاب القول الأول:

مما استدل به أرباب هذا القول:

١- عموم الآيات الموجبة لقبول أخبار الأحاد، مثل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصِحُّوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾^(١)، فقد أوجبت الآية التبيين في خبر الفاسق دون العدل الذي يجب قبول خبره مطلقاً مُسنداً كان أو مُرسلاً.

وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾^(٢)، فالآية أوجبت على الطائفة الإنذار، ولم تفرِّق في الإنذار بين ما أرسلوه وما أسندوه، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَىٰ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّاعِنُونَ﴾^(٣)، فالراوي الثقة إذا قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد التزم ما دلَّت عليه الآية من وجوب التبليغ وتحريم كتمان البيِّنات والهدى، وليس في الآية دلالة على التفريق بين المرسل والمسند^(٤).

٢- أن النبي ﷺ شهد لأهل عصره والتابعين بالصلاح، كما شهد للصحابة، فوجب حمل أمرهم على ما حملنا عليه أمر الصحابي، إذا قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم؛ لأن ظاهر حالهم يقضي تعديلهم، بشهادة النبي عليه السلام لهم بذلك.

(١) سورة الحجرات: ٦.

(٢) سورة التوبة: ١٢٢.

(٣) سورة البقرة: ١٥٩.

(٤) الفصول في الأصول ٣/١٤٧، ١٤٨، الإنارة شرح الإشارة ص ٢١٦، ٢١٥.

ألا ترى أن النبي عليه السلام قال للأعرابي الذي شهد عنده على رؤية الهلال:
«أتشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله» فلما قال: نعم قبل خبره .

وأمر الناس بالصوم بنفس ظهور الإسلام منه ، قيل أن يعرف شيئاً آخر من
أحواله؛ لأنه لو كان قد عرفه قيل ذلك ، لما سأله هل هو مسلم أو لا ؟ كذلك
يجب هذا الحكم لأهل عصر التابعين ، بشهادة النبي صلى الله عليه وسلم لهم به.
ولما كان المسند من أخبار الأحاد مقبولاً ، وجب أن يكون المرسل منها بمثابة
من حيث وجب الحكم بعدالة المنقول عنه في الظاهر .

فيقبل خبر من روى عن واحد منهم إذا لم يسمه ، ما لم يكن المخبر بذلك
لنا معروفاً بإرسال الحديث عن لا يجوز قبول خبره ، فإن من عرفناه بذلك لم
نلتفت إلى خبره ، كما أن من عرف من الصحابة بزوال عدالته لم تقبل روايته ،
حتى تثبت عدالته (١).

وقد أجيبت عن الأدلة النقلية: بأن صورة المرسل لا تتحقق في عصر النبوة؛
حيث نزل الخطاب وظهرت دلالاته، كما أن أدلة قبول خبر الأحاد النقلية إنما
تحصلت من مشافهة من يخبرهم بالخبر عن خبره، وكذا أدلته العقلية فهي في
حجية خبر الأحاد فيما يثمر غلبة الظن، وليس كذلك المرسل (٢).

٣- الإجماع، قال الباجي -رحمه الله-: «وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ: اتِّفَاقُ الصِّدْرِ
الْأَوَّلِ عَلَى نَقْلِ الْمُرْسَلِ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ يُبْطِلُ الْحَدِيثَ لَمَا حَلَّ الْإِسْرَافُ» (٣).

وذكر الأمدئي انعقاد الإجماع على قبول مراسيل العدول بما نصه: «فإنَّ
الصحابة والتابعين أجمعوا على قبول المراسيل من العدل: أمَّا الصحابة فإنَّهم

(١) بتصرف ، الفصول ١٩٣/٢ .

(٢) بتصرف، توضيح الأفكار للصنعائي ٢٩٧/١ .

(٣) الإنارة شرح الإشارة ص ٢١٨ .

قَبِلُوا أَخْبَارَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مَعَ كَثْرَةِ رَوَايَتِهِ، وَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ لَمْ يَسْمَعْ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سِوَى أَرْبَعَةِ أَحَادِيثَ لَصَغُرِ سِنِّهِ... وَأَمَّا التَّابِعُونَ فَقَدْ كَانَ مِنْ عَادَاتِهِمْ إِسْرَالُ الْأَخْبَارِ... وَلَمْ يَزَلْ ذَلِكَ مَشْهُورًا فِيمَا بَيْنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَالتَّابِعِينَ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ فَكَانَ إِجْمَاعًا»^(١).

وذكر السيوطي عن ابن جرير الطبري أنه قال: «أجمع التابعون بأسرهم على قبول المرسل ولم يأت عنهم إنكاره، ولا عن أحد من الأئمة بعدهم إلى رأس المائتين»^(٢).

لكن دعوى الإجماع وعدم وجود الإنكار في طبقة التابعين منتقضة بما ذكره الحافظ السخاوي في فتح المغيث حيث قال: «وبسعيد يرد على ابن جرير الطبري من المتقدمين وابن الحاجب من المتأخرين ادعاؤهما إجماع التابعين على قبوله إذ هو من كبارهم مع أنه لم يتفرد مرة بينهم بذلك بل قال به منهم ابن سيرين والزهري»^(٣).

وبما ذكره الشوكاني في إرشاد الفحول، فقد قال: «ويجاب عن قول الطبري إنه لم ينكره أحد إلى رأس المائتين بما رواه مسلم في مقدمة صحيحه عن ابن عباس أنه لم يقبل مرسل بعض التابعين مع كون ذلك التابعي ثقة محتجا به في الصحيحين وبما نقله مسلم أيضا عن ابن سيرين أنه قال كانوا لا يسألون عن الإسناد فلما وقعت الفتنة قيل سمو لنا رجالكم فينظر إلى أهل السنة فيؤخذ عنهم وإلى أهل البدع فلا يؤخذ عنهم»^(٤).

٤-ومما استدلوا به أيضا فعل الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم، ومن

ذلك:

(١) الإحكام للأمدى ٢/ ١٣٧.

(٢) تدريب الراوي ١/ ١٩٨.

(٣) فتح المغيث ١/ ١٤٣.

(٤) إرشاد الفحول ١/ ١٣٩.

- عبد الله بن عباس، فهو من المكثرين في الرواية عن رسول الله ﷺ، حتى إن مسنده من أكبر مسانيد الصحابة.

وقد ثبت بخبره أنه لم يسمع من رسول الله ﷺ إلا نحوًا من أربعة أحاديث كما ذكر الآمدي، أو سبعة أحاديث كما ذكر الباجي، وأما سائر حديثه كله فلا يذكر فيه اسم المخبر له عن رسول الله ﷺ.

ومن ذلك أنه روى عن النبي ﷺ: "لا ربا إلا في النسب"، فلما رجع فيه قال: حدثني به أسامة.

- وعبد الله بن عمر، فإنه يروى أخبارًا تارة عن النبي ﷺ مباشرة، وتارة عن أبيه عن النبي ﷺ.

- والبراء بن عازب فقد روي عنه أنه قال: ما كل ما نحدثكم به سمعناه من النبي ﷺ، ولكن سمعنا بعضه وحدثنا أصحابنا ببعضه، إلا أننا لا نكذب.

وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يتناوب هو وجار له النبي ﷺ، فإذا غاب عمر نزل جاره وأخبر بأحكام النبي ﷺ ذلك اليوم، ولم يرو عمر عن جاره هذا كلمة واحدة، بل كل مروياته يسندها إلى النبي ﷺ^(١).

وأجيب: بالفارق بين مراسيل الصحابة وكبار التابعين ومراسيل غيرهم من وجوه: لخصها الشافعي بقوله:

«فأما من بعد كبار التابعين الذين كثرت مشاهدتهم لبعض أصحاب رسول الله فلا أعلم من منهم واحدًا يقبل مرسله الأمور أحدها: أنهم أشد تجاوزاً فيمن يروون عنه، والآخر: أنهم يوجد عليهم الدلائل فيما أرسلوا بضعف مخرجه، والآخر: كثرة الإحالة؛ كان أمكن للوهم وضعف من يُقبل عنه»^(٢).

(١) بتصرف يسير إكمال الفصول للباجي ١/٣٥٧، ٣٥٦.

(٢) الرسالة ١/٤٦٥.

لذلك رد جماعة من الصحابة والتابعين الحديث المرسل، من ذلك ما رواه مسلم في مقدمة صحيحه عن ابن عباس أنه لم يقبل مرسل بعض التابعين، مع كون ذلك التابعي ثقة محتجاً به في الصحيحين (١)، قال ابن سيرين: "لا تأخذوا بمراسيل الحسن وأبي العالية؛ فإنهما لا يباليان ممن أخذاً" (٢).

٥- كما استدلوا بالمعقول: بأن الراوي الثقة لا يستجيز القطع بالحديث إلا أن يكون عالماً بصحته غلب على ظنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك، إذ أن عدالة الراوي تمنعه من أن يشهد على النبي صلى الله عليه وسلم وهو غير ثقة ولا حجة، وعليه فلا فرق بين كبار التابعين أو غيرهم، فضلاً عن أنه يلزم من رد المرسل القدح في الراوي، وهذا مردود لاتفاق الأمة على قبول جم غفير من الرواة مع كثرة ما أرسلوه.

كما أن المرسل إذا كان عدلاً متيقظاً، فقد أسقط عنا بعدالته وتيقظه تعديل من لم يذكره لنا ممن روى عنه، وناب منابنا، وكفانا التماس عدالة من نقل عنه، فوجب لما وجب تقليده في عدالته أن يقلده في أنه لا يروي عن غير عدل ثقة، وقد علم أنه إذا صرح بذكر من روى عنه، فقد وكل الاجتهاد إلينا لنعتبر حاله بأنفسنا، وأنه إذا ضرب عن ذكره فقد استبد بعلم ما خفي علينا من عدالته، ولن يعمل على ذلك من كان مرضياً عندنا ضابطاً متيقظاً، إلا وقد بالغ في الثقة بمن روى عنه، ولن يقول: قال رسول الله ﷺ إلا من حيث صحَّ عنده أن النبي ﷺ قاله (٣).

وأجيب عن هذا الدليل بأنه: يجوز أن يكون قد أرسل لما ذكرتم، ويجوز أن يكون قد أرسل لأنه نسي المروي عنه، وهذا هو الأكثر؛ لأنه جرت العادة أنهم يقولون عند النسيان قال النبي عليه السلام وعند الذكر والحفظ يذكرون الإسناد.

(١) إرشاد الفحول ١/١٣٩.

(٢) التبصرة ١/٣٢٧.

(٣) الإثارة شرح الإشارة ص ٢٢١، مقدمة في أصول الفقه لابن القصار ص ٢٢٠: ٢٢٦.

ويجوز أن يكون قد أرسل لأنه لم يرض الرواية عنه، أو يستكف عن الرواية عنه،
وإذا احتل هذا سقط ما ذكره

وعلى أن أكثر ما في هذا أن يكون المروي عنه عنده ثقة فأرسل عنه وبهذا
القدر لا يلزمنا العمل به حتى يبينه لنا فننظر في عدالته (١).

أدلة أصحاب القول الثاني:

وهم القائلون بعدم حجية الحديث المرسل، استدلو بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿لِيَتَّقُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ
يَحْذَرُونَ﴾ (٢)، قال حماد بن زيد: هذا فيمن رحل في طلب العلم، ثم رجع به إلى
من وراءه؛ ليعلمهم إياه، قال الحاكم: "ففي هذا النص دليل على أن العلم المحتج
به هو المسموع غير المرسل" (٣).

٢- وقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾، وقوله: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا
لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾.

وجه الاستدلال: أن المرسل عنه لا يعرف حاله، قد يكون ثقة ويرد حديثه
بسبب غفلة وعدم ضبط، وقد يكون كذابا أو داعيا إلى بدعة، وكل هذا لا يؤمن
في المجهول الذي يحتج به في المرسل، فمن أخذ ما أخبر به عن لا يدري من
هو فقد قال علي الله وعلى رسوله ما لا علم به وهذا لا يحل (٤).

٣- ما رواه أبو داود عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن النبي صَلَّى
الله عليه وسلم قال: «تَسْمَعُونَ وَيُسْمَعُ مِنْكُمْ، وَيُسْمَعُ مِنْكُمْ سَمِعَ مِنْكُمْ» (٥)، وبما

(١) التبصرة ١/٣٢٨.

(٢) التوبة (١٢٢).

(٣) معرفة علوم الحديث ١/٤٥.

(٤) النبذة الكافية ص ٣٠.

(٥) أخرجه أبو داود، في باب فضل نشر العلم ٤/٦٨، و الحاكم في «المستدرک» ١/٩٥ من حديث
ابن عباس رضي الله عنهما وصححه الألباني في «صحيح الجامع» ١/٣.

رواه الترمذي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً قال: «نَصَرَ اللهُ أُمَّراً سَمِعَ شَيْئاً فَبَلَّغَهُ كَمَا سَمِعَ، فَرُبَّ مُبَلِّغٍ أَوْعَى مِنْ سَامِعٍ»^(١)، والحديثان يدلان على كيفية وصول الحديث إلى الراوي، وبناء عليه يكون الاتصال شرطاً من شروط قبول الخبر، وما دام الإرسال يفتقر إلى هذا الشرط فالرواية به غير مقبولة^(٢).

٤- أن العدالة شرط في صحة الخبر، والذي ترك تسميته يجوز أن يكون عدلاً، ويجوز أن لا يكون عدلاً؛ فلا يجوز قبول خبره حتى يعلم^(٣).

٥- تغيير الناس وظهور الكذب والبدع فيهم، أخرج مسلم عن ابن سيرين قال: لقد أتى على الناس زمان وما يسأل عن إسناد حديث، فلما وقعت الفتنة سئل عن إسناد الحديث؛ فينظر من كان من أهل السنة يؤخذ من حديثه، ومن كان من أهل البدع ترك حديثه^(٤).

وقد أوجب عن دلالة الحديثين الذين استدل بهما المانعون على عدم قبول الحديث المرسل: بأن دلالتهما في التحمل لا في الأداء، إذ ليس فيهما ما يشعر بالمنع من الإرسال.

كما أوجب عن باقي الأدلة: بأن من شاهدناه وخبرنا أمره - فالواجب الرجوع في جرحه وتزكيته إلى معرفتنا به، أو مسألة من خالطه، وخبر أمره - عنه. وأما من كان من أهل الأعصار المتقدمة فإننا لا نصل إلى معرفة عدالته وثقته إلا بنقل الأئمة عنه. فتكون روايتهم تعديلاً منهم له، فلا يجوز لنا أن نتعقبهم في تعديلهم إياه بغيره^(٥).

(١) أخرجه الترمذي، باب ما جاء في الحث على تبليغ السماع ١٠ / ١٢٣، من حديث ابن مسعود رضي الله عنه. وصححه الألباني في «صحيح الجامع» ٦ / ٤١.

(٢) الإنارة ص ٢١٦.

(٣) اللع ١ / ٢١٨، قواطع الأدلة ١ / ٣٨٤.

(٤) تدريب الراوي ١ / ٢٠٣.

(٥) الفصول للجصاص ٣ / ١٥٢.

وقد ذكره ابن تيمية -رحمه الله- بقوله: «والمراسيل قد تنازع الناس في قبولها وردّها، وأصحُّ الأقوال: أنّ منها المقبول، ومنها المردود، ومنها الموقوف، فمن علم من حاله أنّه لا يرسل إلّا من ثقة قبل مُرسله، ومن عُرف أنّه يرسل عن ثقةٍ وغيرِ ثقة، كان إرساله رواية عمّن لا يُعرف حاله، فهذا موقوف، وما كان من المراسيل مخالفاً لما رواه الثقات كان مردوداً» (١) .

والأولى حمل كلام المانعين في عدم الاحتجاج بالمرسل على احتمال الريبة والشكّ في المرسل أو غلبتهما، والخلاف . من هذه الحيثية . يكون لفظياً في قبول المرسل من عدمه، فمن قبله فلائته غلب على ظنّه صدق المرسل ومن رده فلائنه شكّ في الراوي المرسل، أو لأنّ عمل الصحابة لم يوافقوه أو عارضه المسند أو ما إلى ذلك (٢) .

(١) منهاج السنّة النبوية، لابن تيمية ٤ / ١١٧ .

(٢) الإنارة شرح كتاب الإشارة ، ص ٢٣٩ .

المطلب الثالث: مرسل الصحابي

ما تقدم من الحديث عن المرسل كان في المرسل من غير الصحابي ،
وللحديث عن مرسل الصحابي فإنه يجب أولاً تعريف الصحابي .
وقد عرف الحافظ ابن حجر الصحابي بأنه: من لقي النبي صلى الله عليه
وسلم مؤمناً به ، ومات على الإسلام (١).

فيدخل فيه من لقيه ممن طالت مجالسته له أو قصرت ، ومن روى عنه أو
لم يرو ، ومن لم يره لعارض العمى، وهذا القول قول البخاري ، وهو قول احمد
والجمهور من المحدثين كما قال ابن حجر العسقلاني في الإصابة (٢).
أما مرسل الصحابي:

فهو: الحديث الذي يرويه الصحابي الصغير ويرفعه إلى رسول الله صلى
الله عليه وسلم من غير أن يسمعه منه عليه السلام ، أو الصحابي الكبير إذا
ثبت عنه أنه لم يسمعه إلا بواسطة، أي أن الصحابي الذي روى الحديث أسقط
الصحابي الذي روى عنه، فإنهم يطلقون عليه مرسل الصحابي.

ومن الأول مرفوع ابن عباس وابن الزبير ونحوهما ممن لم يرو عن النبي ﷺ إلا
قليلاً.

ومن الثاني، حديث أبي هريرة مرفوعاً: ”من أصبح جنباً فلا صوم له“، حدّث
به عن رسول الله ﷺ، فلما تُعقّب عليه قال: لا علم لي بذلك، إنما أخبرنيهِ مُخْبِرٌ (٣)
وفي رواية النسائي المخبر هو الفضل بن عباس (٤).

(١) نخبة الفكر ٢١/١ .

(٢) الإصابة في تمييز الصحابة ٧/١ ، ٨ .

(٣) الموطأ برواية يحيى الليثي ٢٩٠/١ .

(٤) أخرجه البخاري بلفظ مختلف، ينظر: صحيح البخاري، باب الصائم يصبح جنباً ٦٧٩/٢، السنن
الكبرى للنسائي، باب صيام من أصبح جنباً وذكر الاختلاف على أبي هريرة في ذلك، ١٨٠/٢ .

يقول اللكنوي: وهذا النوع من المرسل له حكم الوصل اتفاقاً، ويحتج به بلا شبهة، لأن غالب روايات الصحابة عن النبي ﷺ أو الصحابة، وروايتهم عن التابعين نادرة جداً، ولا يضرّ الجهل بالصحابي، فإن الصحابة كلهم عدول^(١).

يقول السرخسي: ولا خلاف بين العلماء في مراسيل الصحابة رضي الله عنهم أنها حجة، لأنهم صحبوا رسول الله ﷺ، فما يروونه عن رسول الله عليه السلام مطلقاً لا يحمل على أنهم سمعوه منه، أو من أمثالهم، وهم كانوا أهل الصدق والعدالة^(٢).

قال حسام الدين الإخسيكتي: المرسل من الصحابي محمول على السماع، وهو حجة بلا خلاف^(٣).

قال ابن الصلاح: ثم إننا لم نعدّ من أنواع المرسل ونحوه ما يسمى في أصول الفقه مرسل الصحابي، مثل ما يرويه ابن عباس وغيره من أحداث الصحابة عن رسول الله ﷺ ولم يسمعه منه.

واعتبر أن ذلك في حكم الموصول المسند معللاً أن روايتهم عن الصحابة، والجهالة بالصحابي غير قادحة، لأن الصحابة كلهم عدول^(٤).

وذهب البعض إلى أن مرسل الصحابي كمرسل غيره في الحكم .

وهذا القول قال به أبو إسحاق الإسفرايني، ولم ينفرد الإسفرايني في هذا القول فقد قال بذلك القاضي أبو بكر الباقلاني ، والغزالي وابن الأثير وأبو الحسن

(١) ظفر الأمانى بشرح مختصر السيد الشريف الجرجاني للكنوي، ، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة ص ٣٤٦.

(٢) أصول السرخسي ٣٥٩/١.

(٣) المنتخب ٤٠٧ / ١.

(٤) علوم الحديث، ومعه التقييد والإيضاح لزين الدين العراقي، ص ٧٥.

بن القطان وابن برهان، ونسبه القاضي عبد الجبار وابن بطلال للشافعي، لكن الصواب أن الشافعي يقول بحجية مرسل الصحابي (١).

وقال الغزالي: «التابعي والصحابي إذا عرف بصريح خبره أو بعادته أنه لا يروي إلا عن صحابي قبل مرسله، وإن لم يعرف ذلك فلا يقبل؛ لأنهم قد يروون عن غير الصحابي من الأعراب الذين لا صحبة لهم، وإنما ثبتت لنا عدالة أهل الصحبة» (٢).

فعلى ذلك فإنه يكون حجة إذ عرف بصريح خبر الصحابي الذي أرسله أو بعادته أنه لا يروي إلا عن صحابي وإن لم يعرف ذلك، فلا يكون حجة.

وحجتهم في ذلك: ليس الشك في عدالة الصحابي، بل لأنه قد يروي الراوي منهم عن تابعي وعن أعرابي لا تعرف صحبته ولا عدالته فلذلك يجب العمل بترك مرسله للجهالة في حال الراوي الذي روى عنه الصحاب، بل إنه وجد لبعض الصحابة رضي الله عنهم أحاديث حدثهم بها جماعة من التابعين فرووها عنهم. فالعلة إذا في رد مرسل الصحابي هو جهالة عين الراوي المحذوف فضلا عن جهالة حاله، وربما كان تابعيا ضعيفا.

(١) النكت على كتاب ابن الصلاح لابن حجر ٢/٥٤٧، ٥٤٨.

(٢) المستصفى ١/٣٤١.

المطلب الرابع: تعارض الوصل والإرسال:

إذا اختلف الثقات في حديث، فرواه بعضهم متصلاً، وبعضهم مرسلًا. فاختلف أهل الحديث فيه على أربعة أقوال:

القول الأول: ترجيح الرواية الموصولة على الرواية المرسلّة؛ لأنه من قبيل زيادة الثقة، وزيادة الثقة يجب قبولها، ولأن الإرسال لا يقدح في الوصل؛ لاحتمال أن يكون الذي أُرسلَ فعَلَ ذلك ناسياً أو لغرض، ولأن الراوي الواصل معه زيادة علمٍ على من أرسل. وذهب إلى هذا القول: الخطيب في الكفاية، والعراقي في شرح التبصرة، وابن الصلاح في علوم الحديث، قال ابن الصلاح: إِنَّهُ الصَّحِيحُ فِي الْفَقْهِ وَأَصُولِهِ^(١).

القول الثاني: أَنَّ الْحَكْمَ لِمَنْ أُرْسَلَ. حكاها الخطيب عن أكثر أصحاب الحديث. وقد ذكر أن هذا القول غير صحيح، وذكر أن علماء السلف قد بينوا اختلاف المتصل والمنقطع، فهذا ابن المبارك، يقول: « طلب الإسناد المتصل من الدين » وإسحاق بن إبراهيم قال: « قلت لأبي عبد الله: حديث مرسل عن النبي صلى الله عليه وسلم برجال ثبت أحب إليك أو حديث عن بعض الصحابة والتابعين متصل برجال ثبت ؟ قال أبو عبد الله: عن الصحابة أعجب إليّ »^(٢).

القول الثالث: الترجيح للأحفظ، من وصلٍ أو إرسال، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد كما ذكر ذلك الحافظ ابن رجب في (شرحه لعلل الترمذي) ، وكذا ذهب إليه جماعة من أهل الحديث كما قال الخطيب في (الكفاية).

(١) مقدمة ابن الصلاح ١٣/١، شرح التبصرة والتذكرة ٧٦/١.

(٢) الكفاية ٣٦٣/١.

القول الرابع: أَنَّ الحَكْمَ لِلأَكْثَرِ، فَإِنْ كَانَ مَنْ أَرْسَلَهُ أَكْثَرَ مِمَّنْ وَصَلَهُ، فَالحَكْمُ لِلإِرْسَالِ، وَإِنْ كَانَ مَنْ وَصَلَهُ أَكْثَرَ، فَالحَكْمُ لِلوَصْلِ، لَأَنَّ تَطْرُقَ السُّهُوَ الخَطَأَ إِلَى الأَكْثَرِ أبعْد. عزاه الخطيب في (الكفاية) لأئمة الحديث^(١).

الراجح:

والذي قَرَّرَهُ المحققون من العلماء أَنَّ أئمةَ أهل الحديث لم يكونوا يلتزمون طريقاً واحداً في الترجيح . بل كانوا يرجحون ما تدلُّ القرائن على ترجيحه.

قال ابن دقيق العيد كما نقله عنه الحافظ ابن حجر في النكت: «من حكى عن أهل الحديث أو أكثرهم ، أنه إذا تعارض رواية مرسل ومسند ، أو رافع وواقف، أو ناقص وزائد ، إن الحكم للزائد لم يصب في هذا الإطلاق؛ فإن ذلك ليس قانوناً مطرداً وبمراجعة أحكامهم الجزئية يُعرف صواب ما نقول»^(٢).

وقال السخاوي في فتح المغيـث: "الحق حسب الاستقراء من صنيع متقدمي الفن عدم اطراد حكم كلي، بل ذلك مع الترجيح ، فتارة يترجح الوصل ، وتارة الإرسال ، وتارة عدد الذوات على الصفات ، وتارة العكس ، ومن راجع أحكامهم الجزئية تبين له ذلك"^(٣).

(١) بتصرف: الكفاية ٣٦٣/١ : ٣٦٩، شرح التبصرة والتذكرة ٢٧٧/١ وما بعدها.

(٢) النكت ١٠٤/١.

(٣) فتح المغيـث ١٧٥/١.

المبحث الثالث

الأثر الفقهي للاختلاف في حُجبة المرسل

لقد كان لتباين آراء العلماء واختلاف مذاهبهم في الاحتجاج بالحديث المرسل أثرٌ كبير في اختلاف الأحكام الشرعية، ومن أمثلة ذلك:

١- مسألة نقض الوضوء بالقهقهة:

القهقهة: اشتداد الضحك (١).

ذهبت الحنفية: إلى أن القهقهة في الصلاة تنقض الوضوء والصلاة، إذا حدثت من مصل بالغ يقظان في صلاة كاملة ذات ركوع وسجود، سواء أكان متوضئاً أم متيمماً أم مغتسلاً في الصحيح، وسواء أكانت القهقهة عمداً أم سهواً، وقدموا الحديث المرسل، وهو ما رُوِيَ عن النبي صلى الله عليه وسلم: "أنه أمر رجلاً ضحك بالصلاة أن يعيد الوضوء والصلاة" (٢)، على القياس .

قال في المبسوط: «واستحسن علماءنا رحمهم الله لحديث زيد بن خالد الجهني قال { كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بأصحابه رضوان الله عليهم إذ أقبل أعمى فوقع في بئر، أو ركية هناك فضحك بعض القوم فلما فرغ النبي صلى الله عليه وسلم من صلاته قال من ضحك منكم فليعد الوضوء، والصلاة».

وفي حديث جابر رضي الله عنه قال قال صلى الله عليه وسلم «من ضحك في صلاته حتى قرقر فليعد الوضوء، والصلاة»، وتركنا القياس بالسنة (٣).

وذهب الشافعي والجمهور: إلى أن الوضوء لا ينتقض بالقهقهة أثناء الصلاة،

(١) لسان العرب ١٣ / ٥٣١ .

(٢) مسند الشافعي ١ / ٢٤٤، سنن البيهقي، باب ترك الوضوء من القهقهة في الصلاة ١ / ١٤٦ .

(٣) المبسوط ١ / ٢٢٠ .

ولم يعملوا بالحديث؛ لأنه مُرسَل (١) ، ولعدم تحقق شروط الاحتجاج به، فرده الشافعي لأنه من مرسل الزهري، وهو يروي عن كل أحد؛ ذكره البيهقي (٢)، وردّه أحمد مع أنه يحتج بالمراسيل كثيراً؛ لأن مدار الحديث على أبي العالية ، وقد كان يصدق كل من حدثه، ذكره ابن رجب في شرح علل الترمذي قال:

«وأما مرسل أبي العالية الرياحي في الوضوء من القهقهة في الصلاة فقد رده الشافعي وأحمد ، وقال الشافعي: «حديث أبي العالية الرياحي رباح»، يشير إلى هذا المرسل . وأحمد رده بأنه مرسل ، مع أنه يحتج بالمراسيل كثيراً ، وإنما ردا هذا المرسل لأن أبا العالية وإن كان من كبار التابعين فقد ذكر ابن سيرين أنه كان يصدق كل من حدثه، ولم يعضد مرسله هذا شيء مما يعترض به المرسل، فإنه لم يرو من وجه متصل صحيح بل ضعيف ، ولم يرو من وجه آخر مرسل، إلا من وجوه ترجع كلها إلى أبي العالية» (٣).

٢- مسألة: نقض الوضوء بلمس المرأة.

روى إبراهيم التيمي عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل بعض أزواجه ثم يصلي ولا يتوضأ. رواه أبو داود والنسائي. وقال أبو داود: «هو مرسل، إبراهيم التيمي لم يسمع من عائشة» (٤). وقال النسائي: «ليس في هذا الباب حديث أحسن من هذا الحديث وإن كان مرسلاً» (٥).

فعلى الراجح من كون إبراهيم التيمي لم يسمع منها، فالحديث يكون مرسلاً البتة.

(١) المرجع السابق.

(٢) سنن البيهقي ١/١٤٦، معرفة السنن والآثار للبيهقي ١/٣٩٢.

(٣) شرح علل الترمذي لابن رجب، ١/١٢٤.

(٤) سنن أبي داود، باب الوضوء من القبلة، ١/٢٤٨.

(٥) سنن النسائي، باب ترك الوضوء من القبلة، ١/٢٩٣، نيل الأوطار ٢/١١.

وقد احتج بهذا من يحتج بالمرسل، وهم الحنفية الذين يرون أن لمس المرأة الرجل لا ينقض الوضوء.

أما الشافعي: فإنه يرى بأن لمس المرأة غير المحرم مطلقا ينقض الوضوء، سواء أكان بشهوة أم بغير شهوة. ولم يحتج بالحديث لأنه مرسل.

٣- مسألة وجوب القضاء على من أفسد صوم التطوع:

ذهب الحنفية ومالك: إلى أن من صام تطوعاً فإنه يلزم بالشروع فيه ولا يخرج منه إلا بعذر فإن خرج قضى وعن مالك: لا قضاء عليه، واحتج من أوجب القضاء بما روي عن عائشة أنها قالت: أصبحت أنا وحفصة صائميتين، فأهدي لنا حيس فأفطرنا ثم سألنا رسول الله ﷺ فقال: «اقضيا يوماً مكانه»^(١).

وذهب الشافعي: إلى أن من دخل في صيام تطوع استحب له إتمامه، ولم يجب، فإن خرج منه فلا قضاء عليه، قال الشافعي رحمه الله: «وإن أفطر المتطوع من غير عذر كرهته له ولا قضاء عليه، وخالفنا في هذا بعض الناس فقال عليه القضاء، وإذا دخل في شئ فقد أوجبه على نفسه واحتج بحديث الزهري أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر عائشة وحفصة أن يقضيا يوماً مكان يومهما الذي أفطرتا فيه. (قال الشافعي) فقيل له ليس بثابت إنما حدثه الزهري عن رجل لا نعرفه ولو كان ثابتاً كان يحتمل أن يكون إنما أمرهما على معنى إن شاءت والله أعلم، كما أمر عمر أن يقضى نذراً نذره في الجاهلية وهو على معنى إن شاء»، فلم يعمل الإمام الشافعي بالحديث؛ لأنه مرسل^(٢).

(١) السنن الكبرى للبيهقي، باب: من رأى عليه القضاء ٤ / ٢٨١، السنن الكبرى للنسائي، باب: ذكر الاختلاف على الزهري في هذا الحديث ٢ / ٢٤٨، وعند ابن حبان والطبراني: «صائميتين متطوعتين»، ينظر: المعجم الأوسط للطبراني، باب «الميم» من اسمه محمد ١٤ / ١٩٨، صحيح ابن حبان، باب قضاء الصوم ٨ / ٢٨٤.

(٢) الأم ٢ / ١١٢، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية ص: ٣٥٧.

وقال أبو داود: لا يثبت ، وقال الترمذي: فيه مقال، وضعفه الجوزجاني وغيره^(١).

٤- مسألة اشتراط الولي في النكاح:

اختلف العلماء في اشتراط الولي في نكاح المرأة على أقوال:

القول الأول: اشتراط الولي في النكاح، فلا يصح أن تباشر المرأة بنفسها عقد النكاح، فلا تزوج نفسها ولا تزوج غيرها. وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية:

قال ابن عبد البر: «فقد صرح الكتاب والسنة بأن لا نكاح إلا بولي فلا معنى لما خالفهما»^(٢).

وقال الماوردي: «أن الولي شرط في نكاحها لا يصح العقد إلا به وليس لها أن تتفرد بالعقد على نفسها ، وإن أذن لها وليها سواء كانت صغيرة أو كبيرة ، شريفة أو دنية ، بكرًا أو ثيبًا»^(٣).

وقال ابن قدامة: «شرائط النكاح خمسة أحدها الولي فإن عقدته المرأة لنفسها أو لغيرها بإذن وليها أو بغير إذنه لم يصح»^(٤).

وقال ابن حزم: «ولا يحل للمرأة نكاح ثيبا كانت أو بكرًا إلا بإذن وليها»^(٥).

وقد احتجَّ الجمهور على افتقار النكاح إلى الولي بقوله صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بولي».

(١) المغني لابن قدامة ٦ / ١٥٨ .

(٢) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ١٩ / ٩٠ .

(٣) الحاوي الكبير ٩ / ٣٨ .

(٤) الكافي في فقه الإمام أحمد ٣ / ٩ .

(٥) المحلى لابن حزم ٩ / ٤٥١ .

فمن أبي بردة عن أبيه رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بولي»^(١)

وجه الدلالة من الحديث: أنه يدل بمنطوقه على نفي النكاح بدون ولي، ويدل بمفهومه على عدم جواز مباشرة المرأة لعقد النكاح لنفسها أو لغيرها.

قال الخطابي: «فيه نفي ثبوت النكاح على معموله ومخصوصه إلا بولي»^(٢).

القول الثاني: لا يشترط الولي في النكاح، فيصح أن تباشر المرأة عقد النكاح بنفسها، إلا أنه خلاف المستحب، وللاولياء حق الاعتراض إذا لم يكن الزوج كفؤاً لها. وهو قول أبي حنيفة في المشهور عنه. ^(٣) ، وذكر ابن الهمام: أنه قول أبي حنيفة وزفر، وعن أبي يوسف ثلاث روايات، وعن محمد روايتان ^(٤).

وقد ناقش الحنفية استدلال الجمهور:

بحديث أبي بردة من وجهه كثيرة أعرض منها ما يخص موضوع بحثنا وهو ما يلي:

أن الحديث مضطرب في إسناده في وصله وانقطاعه وإرساله.

قال الترمذي: «هذا حديث فيه اختلاف وسمى جماعة منهم إسرائيل وشريك روه عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى الأشعري عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه أسباط بن محمد وزيد بن حبان عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى ورواه أبو عبيدة الحداد عن يونس بن أبي إسحاق

(١) سنن البيهقي، باب: لا نكاح إلا بولي ١٠٨/٧، سنن الترمذي، باب: لا نكاح إلا بولي ٤٠٧/٣، مسند أحمد بن حنبل، مسند عبد الله بن العباس بن عبد المطلب ٢٥٠/١.

(٢) معالم السنن ٥٦٨/٢.

(٣) بدائع الصنائع ٢٤٧/٢، والاختيار لتعليل المختار ١٠٣/٣، وحاشية ابن عابدين ٢٩٦/٢.

(٤) فتح القدير ٢٥٥/٣ - ٢٥٦.

عن أبي بردة ولم يذكر فيه عن أبي اسحاق فقد اضطرب في وصله وانقطاعه وقد روى شعبة وسفيان الثوري عن يونس بن أبي اسحاق عن أبي بردة عن النبي صلى الله عليه وسلم، وهذا اضطراب في إرساله؛ لأن أبا بردة لم ير النبي صلى الله عليه وسلم. (١).

وأجيب عن هذه المناقشة:

بأن الحديث ثبتت صحته متصلاً مرفوعاً من أوجه كثيرة، وقد صححه جمع من الأئمة كالبخاري، وعلي بن المديني، والترمذي. (٢) وأفاض ابن القيم في تهذيب السنن في ذكر طرق الحديث وثبوت صحته. (٣)

٥- مسألة: العقيقة عن الغلام وعن الجارية:

عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (عق عن الحسن كبشا وعن الحسين كبشا) قال البيهقي: "رواه أبو داود في كتاب السنن عن أبي معمر" (٤).

رواه غير واحد عن عكرمة مرسلًا. قال في الجوهر النقي: "قد اضطرب فيه على عكرمة من وجهين - أحدهما - أن أبا حاتم قال روي عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا وهو الاصح" (٥).

فمن احتج بالمرسل كمالك يرى أن العقيقة شاة عن الذكر والأنثى محتجا بهذا

الحديث المرسل.

- (١) فتح القدير ٤٦٣/٦.
- (٢) سنن الترمذي ٤٠٠/٣، والمستدرک ١٦٩/٢ - ١٧٢، والبيهقي السنن الكبرى ١٠٠٨/٧، والمحلّى لابن حزم ٤٥٢/٩.
- (٣) تهذيب السنن ٢٦/٣ - ٣١.
- (٤) سنن البيهقي، باب: من اقتصر في عقيقة الغلام على شاة واحدة ١٧١/٢.
- (٥) الجوهر النقي لابن التركماني ٣٠٢/٩.

وأما الشافعي فيرى أن العقيقة عن الذكر شاتين وعن الأنثى شاة واحدة.

ولا يرون الاستدلال بهذا الحديث؛ لأنه مرسل.

لكنهم يحتجون بحديث مسند رواه أبو داود في سننه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: عن الغلام شاتان مثلان، وعن الجارية شاة^(١).

٦- مسألة: رجوع البائع إلى عين ماله عند تعذر الثمن بالفلس أو الموت.

صورة المسألة: إذا باع البائع عيناً بثمن في ذمة المشتري، ثم أفلس المشتري أو مات، وهو مفلس، ووجد البائع عين ماله في مال المشتري أو تركته، فهل يحق له أن يأخذ عين ماله؟ أو إن الواجب أن يكون واحداً من الغرماء يأخذ سهماً من المال.

فيها ثلاثة مذاهب:

الأول: أنه يرجع إليه في الموت والفلس . وهذا مذهب الشافعي^(٢) واحتج على ذلك بما رواه ابن أبي ذئب بسنده إلى أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه»^(٣).

والثاني: يرجع إليه في الفلس دون الموت . ويكون في الموت أسوة الغرماء - يعني أن كل الغرماء متساوون ويعطى كل واحد بنسبة دينه- . وهو مذهب مالك وأحمد ، واحتج لذلك بما رواه مرسلاً، قال: عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل باع متاعاً فأفلس

(١) سنن أبي داود، كتاب العقيقة ١١٦/٢، اختلاف العلماء في الاحتجاج بالحديث المرسل، د. محمود حامد عثمان، مكتبة الرشد، ص: ٧٨، ٧٩.

(٢) الأم ٢٠٣/٣.

(٣) المستدرک علی الصحیحین، کتاب البیوع ٤٢٠/٥، مسند الشافعی، کتاب التقلیس، باب: أيما رجل مات أو أفلس ٣/٣٩٢.

الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به، وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء» (١)

ويدعم ما ذهب إليه الإمام مالك والإمام أحمد: الفرق بين الموت والفلس، حيث إن المفلس ممكن أن تتثري حاله فيتبعه غرماءه بما بقي عليه، وذلك غير متصور في الموت؛ لأن الميت خربت ذمته، فليس للغرماء محل يرجعون إليه

قال في بداية المجتهد: «فسبب الخلاف: تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس، وأيضاً فإن الأصل يشهد لقول مالك في الموت أعني من باع شيئاً فليس يرجع إليه، فمالك رحمه الله أقوى في هذه المسألة، والشافعي إنما ضعف» (٢) والثالث: أنه لا يرجع إليه، لا في الموت ولا في الفلس وهو مذهب أبي حنيفة، وصاحب المتاع أسوة للغرماء، وردوا ظاهر الحديث بأنه حديث آحاد مخالف للأصول؛ لأن السلع صارت بالبيع ملكاً للمشتري ومن ضمانه، واستحقاق البائع لأخذها منه نقض لملكه (٣).

٧- مسألة: الربا في دار الحرب (٤).

اختلف العلماء في حكم أخذ الربا من الكفار في دار الحرب على رأيين: القول الأول: لجمهور العلماء وهم المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الأحناف، الذين قالوا بحرمة الربا مطلقاً بدون فرق بين المسلم والذمي أو الحربي في دار الإسلام أو دار الحرب؛ لعموم أدلة تحريم الربا من القرآن والسنة دون فرق.

(١) الموطأ للإمام مالك، باب ما جاء في إفلاس الغريم ٤/ ٣٦٧.
(٢) يتصرف: بداية المجتهد ٢/ ٢٣٣، العدة شرح العدة ٢/ ٩.
(٣) أثر اختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ص ٤٠٦، ٤٠٧.
(٤) الأحناف يقسمون الديار إلى: دار إسلام حيث يُحكمُ بها بشرع الله. ودار كفر حيث لا يُحكمُ بها بشرع الله، ويسمونها ديار الحرب وإن لم يكن بها حرب.

القول الثاني : وهو لأبي حنيفة وصاحبه محمد بن الحسن، حيث قالاً بجواز أخذ الربا من الكفار في دار الحرب ولو بعقد فاسد، واستدلا على مذهبهما بأدلة منها: ما روي عن مكحول قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب» وهذا الحديث مرسل من قبل مكحول وهو تابعي. ورد الجمهور على هذا الحديث بأنه مرسل وهو ليس بحجة.

وقال الإمام البيهقي: «أخبرنا أبو عبد الله وأبو سعيد قالاً حدثنا أبو العباس أخبرنا الربيع أخبرنا الشافعي قال: قال الأوزاعي الربا عليه حرام في دار الحرب وغيرها؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد وضع ربا الجاهلية، ما أدركه الإسلام من ذلك، فكان أول ربا وضعه ربا العباس بن عبد المطلب فكيف يستحل المسلم أكل الربا في قوم قد حرم عليه دمائهم وأموالهم وقد كان المسلم يبيع الكافر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يستحل ذلك.

وقال أبو يوسف القول ما قال الأوزاعي وإنما أحل أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال «لا ربا بين أهل الحرب» أظنه قال: «وأهل الإسلام».

قال الشافعي: القول كما قال الأوزاعي وأبو يوسف وما احتج به أبو يوسف لأبي حنيفة ليس بثابت ولا حجة فيه»^(١).

قال الزيلعي في نصب الراية: الحديث الثامن: قال عليه السلام: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب».

قلت: غريب وأسند البيهقي في «المعرفة - في كتاب السير» عن الشافعي قال: قال أبو يوسف: إنما قال أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن

(١) معرفة السنن والآثار ٤٧/٧

رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال: «لا ربا بين أهل الحرب» أظنه قال: «وأهل الإسلام» قال الشافعي: وهذا ليس بثابت ولا حجة فيه. انتهى كلامه.(١)

وقال ابن حجر: «حديث لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب، لم أجده لكن ذكره الشافعي ومن طريقه البيهقي قال قال أبو يوسف وإنما قال أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ربا بين أهل الحرب أظنه قال وأهل الإسلام»(٢).

٨- مسألة: من أمسك رجلاً وقتله آخر هل يعد شريكاً في القتل:

ذهبت الحنفية ، ورواية لأحمد إلى أن من أمسك إنساناً وقتله آخر، لا يعد شريكاً في القتل ويحبس الذي أمسك، واحتجوا بالحديث المرسل عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: « إذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ، ويحبس الذي أمسك» (٣) وإلى مثل ذلك ذهب الإمام الشافعي رحمه الله.

وذهب الإمام مالك والرواية الثانية لأحمد إلى أن الممسك والقاتل يقتلان، قال في الشرح الكبير: «أمسك شخصاً ليقته غير الممسك ولولا إمساكه له ما أدركه القاتل مع علمه بأنه قاصد قتله فقتله الطالب فيقتص منه لتسببه كما يقتص من القاتل لمباشرته، وكذا الدال الذي لولا دلالته ما قتل المدلول عليه؛ قياساً على الممسك» (٤).

(١) نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزيلعي، باب: الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ٥٣/٤.

(٢) الدرية في تخريج أحاديث الهداية ١٥٨/٢.

(٣) رواه الدارقطني موصولاً، إلا أنه قال: والإرسال أكثر . وأخرجه أيضا البيهقي ورجح المرسل وقال: إنه موصول غير محفوظ . قال الحافظ في بلوغ المرام: ورجاله ثقاة وصحة ابن القطان. ينظر: السنن الكبرى للبيهقي، باب: الرجل يحبس الرجل الآخر ٢٥٩/٢، سنن الدار قطني، باب: الحدود

والديات ١٤٠/٣، نيل الأوطار، باب من أمسك رجلاً وقتله آخر ٣٠/٧.

(٤) الشرح الكبير هامش حاشية الدسوقي ٢٤٥/٤.

وقال ابن قدامة: «وإن أمسكه له ليقنتله، مثل إن ضبطه له حتى ذبحه له. فاختلفت الرواية فيه عن أحمد؛ فروي عنه أنه يحبس حتى يموت. وهذا قول عطاء وربيعه. وروي ذلك عن علي. وروي عن أحمد، أنه يقتل أيضا. وهو قول مالك» (١).

قال الشوكاني: والحق العمل بمقتضى الحديث المذكور؛ لأن إعلاله بالإرسال غير قاذح على ما ذهب إليه أئمة الأصول وجماعة من أئمة الحديث وهو الراجح (٢).

أما بالنسبة للقانون الجنائي الوضعي:

فقد عرف قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ من هو الفاعل للجريمة؟ ومن هو الشريك؟

فنصت المادة (٤٠) على ما يلي: «يعد شريكاً في الجريمة من أعطى للفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها، أو ساعدهم بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها».

ونصت المادة (٤١) على ما يلي: «من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها إلا ما استثنى قانونا بنص خاص».

ونصت المادة (٤٣) على ما يلي: «من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها ولو كانت غير التي تعمد ارتكابها متى كانت الجريمة التي وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التي حصلت».

مما سبق يتضح أن القانون الوضعي يوافق رأي الإمام مالك ويخالف ما عليه الجمهور من التفريق بين الشريك المباشر، والشريك المتسبب في العقوبة (٣).

(١) المغني ٣٦٤/٨.

(٢) نيل الأوطار ٧/١٠٢.

(٣) قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م

الخاتمة:

وفي ختام هذا البحث، وما تم تقديمه من معلومات نشير إلى أهمية هذا الموضوع ، حيث تضمن:

تعريف الحديث المرسل لدى علماء الحديث والأصول والفقهاء، وعرض مذاهب العلماء في قبوله أو رده، ثم الكلام عن مرسل الصحابي وحجيته، والوصل والإرسال، ثم عرض بعض الفروع الفقهية المتعلقة بالحديث المرسل.

فإننا نستطيع أن نحدد أهم النتائج التي توصلت إليها، وهي كالتالي:

أولاً: اختلاف العلماء في حقيقة الحديث المرسل على عدة أقوال:

منها أن المرسل: ما رفعه التابعي الكبير إلى النبي ﷺ، ومنها: أنه ما رفعه التابعي كبيراً كان أو صغيراً، ومنها: أنه ما سقط من سنده رجل سواء كان المرسل تابعياً أو من بعده.

ثانياً: جمهور الفقهاء على قبول الحديث المرسل والاحتجاج به.

ثالثاً: أكثر علماء الحديث وعلماء أصول الفقه على رد الحديث المرسل وتضعيفه وعدم الاستدلال به، إلا إذا كان مرسله عدلاً ثقة ولا يرسل إلا عن الثقات فيحتج به.

رابعاً: معظم العلماء محدثين وأصوليين وفقهاء متفقون على أنه لا يعمل بالمرسل إذا كان المرسل له غير متحرز يرسل عن الثقات وغيرهم.

خامساً: لا يقبل الإمام الشافعي المرسل إلا إذا أرسله التابعي الكبير، وذلك بشروط.

سادسًا: الجمهور الأعظم من أهل العلم على حجية مرسل الصحابي، خلافاً لبعض أهل العلم منهم: أبو إسحاق الإسفرائيني الشافعي وأبي بكر الباقلاني وغيرهم .

سابعًا: أن المرسل إذا عارضه المسند فإن المسند يقدم عليه؛ لأنه متفق على قبوله والاحتجاج به ، بخلاف المرسل.

ثامنًا: تتجلى ثمرة الخلاف بين العلماء في الاحتجاج بالحديث المرسل في معارضته للحديث المتصل؛ فمن احتج بالمرسل فإنه يساويه بالمسند وقد يقدم المرسل عليه. ومن لا يرى في المرسل حجة فإن أي حديث مسند يعارضه يُسقط من شأنه.

تاسعًا: وجدت عند عرض الأثر الفقهي للاختلاف في الحديث المرسل أن بعض الأئمة قد يقول في مسألة بما يخالف الأصل المقرر عنده . وليس ذلك تناقضا أو تراجعاً عن أصله ، بل يكون قد ورد عدة أدلة جزئية رجحها الإمام على الأصل المقرر عنده في تلك المسألة .

عاشراً: الارتباط الوثيق بين العلوم الإسلامية خاصة علمي الحديث والأصول.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

أسماء المراجع والمصادر

القرآن الكريم، تبارك وتعالى من أنزله.

- ١- أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، تأليف: الدكتور مصطفى سعيد الخن، ط: مؤسسة الرسالة.
- ٢- إحكام الفصول في أحكام الأصول، المؤلف: أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق د عبدالله، محمد الجبوري، الطبعة: الأولى ١٤١٠هـ/١٩٨٩م، الناشر: مؤسسة الرسالة.
- ٣- الإحكام في أصول الأحكام، تأليف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المتوفى: ٤٥٦هـ، تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر، قدم له: الأستاذ الدكتور إحسان عباس، الناشر: دار الآفاق الجديدة، بيروت.
- ٤- الإحكام في أصول الأحكام، لسيف الدين الأمدي، طبعة: دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٥- اختلاف العلماء في الاحتجاج بالحديث المرسل، د. محمود حامد عثمان، مكتبة الرشد.
- ٦- الاختيار لتعليل المختار المؤلف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلبي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي المتوفى: ٦٨٣هـ، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقا، الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة، وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها، تاريخ النشر ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧ م .
- ٧- أدب القاضي، للماوردي، ط: مطبعة الإرشاد: بغداد، ١٣٩١هـ / ١٩٧١م.
- ٨- إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول المؤلف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني المتوفى: ١٢٥٠هـ، المحقق: الشيخ أحمد عزو، قدم له: الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور، الناشر: دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م .
- ٩- إسعاف ذوي الوطر بشرح نظم الدرر في علم الأثر، أَلْفِيَّة السُّيُوطِي في الحديث، شرح المؤلف: الشيخ محمد ابن العلامة علي بن آدم ابن موسى الأثيوبي الولوي الناشر: مكتبة الغرباء الأثرية، المدينة المنورة - المملكة العربية السعودية الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.
- ١٠- الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل، المؤلف: أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي المتوفى: سنة ٤٧٤ هـ، دراسة وتحقيق وتعليق: محمد علي فركوس

[أستاذ بالمعهد الوطني العالي لأصول الدين الخروبة - جامعة الجزائر، الناشر: المكتبة المكية (مكة المكرمة) - دار البشائر الإسلامية ببيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م .

١١- أصول البزدوي كنز الوصول الى معرفة الأصول، المؤلف: علي بن محمد

البزدوي الحنفي، الناشر: مطبعة جاويد بريس - كراتشي.

١٢- أصول السرخسي، المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي،

المتوفى: ٤٨٣هـ، الناشر: دار المعرفة - بيروت.

١٣- الأم، المؤلف: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع

بن عبد المطلب بن عبد مناف المطليبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ) الناشر: دار المعرفة

- بيروت الطبعة: بدون طبعة سنة النشر: ١٤١٠هـ/١٩٩٠م

١٤- الإنارة شرح الإشارة، المؤلف: الشيخ محمد علي فركوس، ط: مكتبة العواصم

بالجزائر العاصمة .

١٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن

أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ) الناشر: دار الحديث -

القاهرة الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م

١٦- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني

الحنفي، ط: دار الكتب العلمية ، بيروت، ثانية.

١٧- التبصرة في أصول الفقه، المؤلف: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف

الشيرازي المتوفى: ٤٧٦هـ، المحقق: د. محمد حسن هيتو، الناشر: دار الفكر-

دمشق، الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ.

١٨- تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، المؤلف: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال

الدين السيوطي، المتوفى: ٩١١هـ، حققه: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، الناشر: دار طيبة.

١٩- التقريرات السنوية في شرح المنظومة البيقونية ويليها منظومة أبي إسحاق

الألبيري، المؤلف: حسن محمد المشاط، المحقق: فؤاد أحمد زملي، سنة النشر: ١٤٠٦ -

١٩٨٦، ط: الثانية.

٢٠- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله

بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، المتوفى: ٤٦٣هـ، تحقيق: مصطفى بن

أحمد العلوي ، محمد عبد الكبير البكري، الناشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية -

المغرب، عام النشر ١٣٨٧هـ.

- ٢١- تهذيب السنن، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية أبو عبد الله، المحقق: إسماعيل بن غازي مرحبا، الناشر: مكتبة المعارف، سنة النشر: ١٤٢٨ - ٢٠٠٧م.
- ٢٢- توضيح الأفكار لمعاني تنقيح الأنظار، المؤلف: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف بالأخير، المتوفى: ١١٨٢هـ، المحقق: أبو عبد الرحمن صلاح بن محمد بن عويضة، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة: الأولى ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.
- ٢٣- جامع التحصيل في أحكام المراسيل للعلائي، تحقيق حمدي السلفي، ط: عالم الكتب: بيروت، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٦م.
- ٢٤- الجواهر النقي على سنن البيهقي، المؤلف: علاء الدين علي بن عثمان بن إبراهيم بن مصطفى المارديني، أبو الحسن، الشهير بابن التركماني، المتوفى: ٧٥٠هـ، الناشر: دار الفكر.
- ٢٥- حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، المتوفى: ١٢٥٢هـ، الناشر: دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٢٦- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، المتوفى: ٤٥٠هـ، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- ٢٧- الدراية في تخريج أحاديث الهداية المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، المتوفى: ٨٥٢هـ، المحقق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، الناشر: دار المعرفة - بيروت.
- ٢٨- رسالة أبي داود إلى أهل مكة وغيرهم في وصف سننه، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، المتوفى: ٢٧٥هـ، المحقق: محمد الصباغ، الناشر: دار العربية - بيروت.
- ٢٩- الرسالة للشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي المتوفى: ٢٠٤هـ، المحقق: أحمد شاکر الناشر: مكتبة الحلبي، مصر الطبعة: الأولى، ١٣٥٨هـ/١٩٤٠م.
- ٣٠- سنن أبي داود، تعليق: محمد محي الدين عبد الحميد، ط: دار الكتب العلمية- بيروت.

٣١- سنن الترمذي، المؤلف: محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى، المتوفى: ٢٧٩هـ، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر ج ١، ٢، ومحمد فؤاد عبد الباقي ج ١، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف ج ٤، ٥، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة: الثانية، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م.

٣٢- سنن الدارقطني، المؤلف: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، المتوفى: ٣٨٥هـ، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.

٣٣- السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: مكتبة الباز - مكة المكرمة.

٣٤- شرح اختصار علوم الحديث، المؤلف: إبراهيم اللاحم، مصدر الكتاب: موقع جامع شيخ الإسلام ابن تيمية، المكتبة الشاملة.

٣٥- شرح التبصرة والتذكرة (ألفية العراقي) المؤلف: أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم العراقي، المتوفى: ٨٠٦هـ، المحقق: عبد اللطيف الهميم - ماهر ياسين فحل الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م.

٣٦- الشرح الكبير، للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، هامش حاشية الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المتوفى: ١٢٣٠هـ، الناشر: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

٣٧- شرح الكوكب المنير، تأليف: محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى الحنبلي، المعروف بابن النجار، المتوفى سنة ٩٧٢هـ، تحقيق الدكتور/ محمد الزحيلي، والدكتور/ نزيه حماد، ط: مكتبة العبيكان - الرياض، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٣٨- شرح تنقيح الفصول، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي المتوفى: ٦٨٤هـ، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة الطبعة: الأولى، ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م.

٣٩- شرح علل الترمذي المؤلف: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي، المتوفى: ٧٩٥هـ، المحقق: الدكتور همام عبد الرحيم سعيد الناشر: مكتبة المنار - الزرقاء - الأردن، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.

٤٠- صحيح البخاري، تأليف: الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن برزنية الجعفي البخاري، المتوفى سنة ٢٥٦هـ، اعتنى به: أبو عبد الله محمود بن الجميل، ط: مكتبة الصفا- القاهرة، أولى ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣ م .

٤١- صحيح ابن حبان ، المؤلف: محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي، المتوفى: ٣٥٤هـ، المحقق: شعيب الأرنؤوط الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .

٤٢- صحيح ابن خزيمة، المؤلف: أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة بن صالح بن بكر السلمي النيسابوري، المتوفى: ٣١١هـ، المحقق: د.محمد مصطفى الأعظمي الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت

٤٣- صحيح الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير)، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي ، سنة النشر: ١٤٠٨ - ١٩٨٨ .

٤٤- صحيح مسلم، تأليف الإمام: أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المتوفى سنة ٢٦١هـ، خرج أحاديثه: محمد بن عيادي بن عبد الحليم ، ط: مكتبة الصفا- القاهرة، أولى ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م. مطبوع مع شرحه للإمام النووي.

٤٥- ظفر الأمانى بشرح مختصر السيد الشريف الجرجاني للكنوي، ، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب- سوريا.

٤٦- العدة شرح العمدة المؤلف: عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي، المتوفى: ٦٢٤هـ، الناشر: دار الحديث، القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر ١٤٢٤هـ : ٢٠٠٣ م .

٤٧- علوم الحديث لابن الصلاح، المؤلف: عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري نقي الدين ابن الصلاح، المحقق: نور الدين عتر، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، سنة النشر: ١٤٢٣ هـ / ٢٠٠٢ م .

٤٨- الغاية في شرح الهداية في علم الرواية المؤلف: شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي (المتوفى: ٩٠٢هـ) المحقق: أبو عائش عبد المنعم إبراهيم، الناشر: مكتبة أولاد الشيخ للتراث الطبعة: الأولى، ٢٠٠١ م .

٤٩- فتح القدير، المؤلف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليميني (المتوفى: ١٢٥٠هـ) الناشر: دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت الطبعة: الأولى - ١٤١٤ هـ .

هـ .

- ٥٠- فتح المغيـث بشرح ألفية الحديث، المؤلف: شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي (المتوفى: ٩٠٢هـ) المحقق: علي حسين علي، الناشر: مكتبة السنة - مصر الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م
- ٥١- الفصول في الأصول ، المؤلف: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: ٣٧٠هـ) الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ٥٢- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ، المؤلف: عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي الأنصاري اللكنوي، المحقق: عبد الله محمود محمد عمر، الناشر: دار الكتب العلمية، سنة النشر: ١٤٢٣ - ٢٠٠٢.
- ٥٣- القاموس المحيط، المؤلف: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: ٨١٧هـ) تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م
- ٥٤- قفو الأثر في صفوة علوم الأثر، المؤلف: محمد بن إبراهيم بن يوسف الحلبي القادري التاذفي، الحنفي رضي الدين المعروف بـ ابن الحنبلي، المتوفى (٩٧١هـ)، المحقق: عبد الفتاح أبو غدة، الناشر: مكتبة المطبوعات الإسلامية - حلب، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ .
- ٥٥- قواطع الأدلة في أصول الفقه، المؤلف: أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المرزوي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: ٤٨٩هـ)، المحقق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان الطبعة: الأولى/١٤١٨هـ/١٩٩٩م .
- ٥٦- قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث، المؤلف: محمد جمال الدين بن محمد سعيد بن قاسم الحلاق القاسمي (المتوفى: ١٣٣٢هـ) الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ٥٧- الكافي في فقه الإمام أحمد، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- ٥٨- كشف الأسرار عن أصول البزدوي، المؤلف: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي، المتوفى: ٧٣٠هـ، الناشر: دار الكتاب الإسلامي.
- ٥٩- الكفاية في علم الرواية المؤلف: أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي

الخطيب البغدادي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، المحقق: أبو عبدالله السورقي، إبراهيم حمدي المدني، الناشر: المكتبة العلمية - المدينة المنورة.

٦٠- لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، المتوفى: ٧١١هـ، الناشر: دار صادر - بيروت.

٦١- للمع، في أصول الفقه المؤلف: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الطبعة الثانية ٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ .

٦٢- المبسوط، المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ) الناشر: دار المعرفة - بيروت الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م

٦٣- المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي)) المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) الناشر: دار الفكر .

٦٤- المحلى بالآثار، المؤلف بن: أبو محمد علي أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ .

٦٥- مختصر ابن الحاجب، منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل مع حواشيه، الناشر: دار الكتب العلمية.

٦٦- مدارج الصعود إلى مراقي السعود، جمعه وأكملاه: أحمد بن محمد الأمين بن أحمد الشنقيطي، مما أملاه عليه وقيده له شيخه الشيخ محمد الأمين الشنقيطي، الطبعة: الأولى ١٤٣٠هـ.

٦٧- مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، المؤلف: محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي، الناشر: مجمع الفقه الإسلامي بجهة - دار عالم الفوائد، سنة النشر: ١٤٢٦هـ.

٦٨- المستدرك على الصحيحين، المؤلف: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ) تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م.

٦٩- المستصفي، المؤلف: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المتوفى: ٥٠٥هـ، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م .

- ٧٠- مسند الشافعي، المؤلف: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ) الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان
- ٧١- معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود المؤلف: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (المتوفى: ٣٨٨هـ) الناشر: المطبعة العلمية - حلب الطبعة: الأولى ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢ م .
- ٧٢- معجم الكبير للطبراني، المؤلف: سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: ٣٦٠هـ)، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، دار النشر: مكتبة ابن تيمية - القاهرة ، الطبعة: الثانية.
- ٧٣- معرفة السنن والآثار، المؤلف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخشروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ) المحقق: عبد المعطي أمين قلعي الناشر: جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة) الطبعة: الأولى، ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م
- ٧٤- معرفة علوم الحديث، المؤلف: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ) المحقق: السيد معظم حسين الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الثانية، ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م
- ٧٥- المغني لابن قدامة، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) الناشر: مكتبة القاهرة الطبعة: بدون طبعة .
- ٧٦- مقدمة ابن الصلاح (معرفة أنواع علوم الحديث)، المؤلف: عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح (المتوفى: ٦٤٣هـ)، المحقق: عبد اللطيف الهميم - ماهر ياسين الفحلان ناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى سنة النشر ١٤٢٣ هـ / ٢٠٠٢ م
- ٧٧- مقدمة التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ، محمد عبد الكبير البكري الناشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، عام النشر ١٣٨٧ هـ.
- ٧٨- المقدمة في أصول الفقه لابن القصار، أبو الحسن علي بن عمر بن القصار المالكي، تحقيق: محمد بن الحسين السليمان، ط: دار المغرب الإسلامي .

٧٩- المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني رحمه الله تعاليم المؤلف: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، (المتوفى: ٦٢٠ هـ)، قدم له وترجم لمؤلفه: عبد القادر الأرنؤوط، حققه وعلق عليه: محمود الأرنؤوط، ياسين محمود الخطيب، الناشر: مكتبة السوادي للتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م

٨٠- المنتخب في أصول المذهب، بشرح ولي الدين الفرغور، المؤلف: حسام الدين محمد بن محمد الإخسيكتي الحنفي (ت ٦٤٤ هـ)، ط: دار الفرغور.

٨١- منهاج السنّة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلّيم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨ هـ)، المحقق: محمد رشاد سالم الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

٨٢- المنهل الروي لابن جماعة، في مختصر علوم الحديث النبوي المؤلف: أبو عبد الله، محمد بن إبراهيم بن سعد الله بن جماعة الكناني الحموي الشافعي، بدر الدين (المتوفى: ٧٣٣ هـ) المحقق: د. محيي الدين عبد الرحمن رمضان الناشر: دار الفكر - دمشق الطبعة: الثانية، ١٤٠٦.

٨٣- الموطأ برواية يحيى الليثي، ط: دار المغرب الإسلامي .

٨٤- الموطأ للإمام مالك رواية محمد بن الحسن الشيباني المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩ هـ) تعليق وتحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، الناشر: المكتبة العلمية الطبعة: الثانية، مزيّدة منقحة.

٨٥- النبذة الكافية في أحكام أصول الدين (النبذ في أصول الفقه)، المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦ هـ)، المحقق: محمد أحمد عبد العزيز، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥.

٨٦- نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر (مطبوع ملحقاً بكتاب سبل السلام) المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢ هـ) المحقق: عصام الصبايطي - عماد السيد الناشر: دار الحديث - القاهرة الطبعة: الخامسة، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م .

٨٧- نزهة النظر في توضيح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢ هـ) المحقق: عبد الله بن ضيف الله الرحيلي الناشر: مطبعة سفير بالرياض الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ .

٨٨- نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمي في تخريج الزيلعي المؤلف:
جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: ٧٦٢هـ) قدم للكتاب:
محمد يوسف البُوري صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديويندي الفنجاني، إلى كتاب
الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري المحقق: محمد عوامة الناشر: مؤسسة الريان
للطباعة والنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية- جدة - السعودية الطبعة:
الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م .

٨٩- النكت على كتاب ابن الصلاح المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن
أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ) المحقق: ربيع بن هادي عمير المدخلي الناشر:
عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية ، الطبعة:
الأولى، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

٩٠- نيل الأوطار لمؤلف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني
(المتوفى: ١٢٥٠هـ) تحقيق: عصام الدين الصبابطي الناشر: دار الحديث، مصر الطبعة:
الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

أثر اللولب كوسيلة من
وسائل منع الحمل على مدة
الحيض

دراسة فقهية مقارنة بالطب

د. هدى حمد سالم

مدرس بقسم الفقه وأصوله

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

جامعة الكويت

huda.alsalem@hotmail.com

المخلص

أثر اللولب كوسيلة من وسائل منع الحمل على مدة الحيض دراسة فقهيّة مقارنة بالطب

يهدف البحث إلى توثيق الصلة بين المستجدات الطبية والأحكام الشرعية التي استنبطها فقهاؤنا الأجلاء في موضوع يهم النساء نتيجة استخدامهن لبعض موانع الحمل وهو اللولب؛ مما أدى إلى تغيير مدة دورتهن الشهرية، فوَقعت النساء في حيرة واضطراب في حكم هذه الدماء الناتجة عن استخدام اللولب الذي أفرزته الاكتشافات الطبية الحديثة ، والذي لم يكن في زمن الفقهاء رحمهم الله تعالى، إنما استنبطوها بحسب ما كان متاحا في زمانهم من إمكانيات محدودة، وقد تعددت الفتاوى المتعلقة بهذا الموضوع، واستخدمت في البحث المنهج الوصفي التحليلي، فقسمت البحث إلى مبحثين بينت في المبحث الأول تعريف الحيض والاستحاضة، وأحوال الحائض المبتدأة والمعتادة، والمبحث الثاني تحدثت عن موانع الحمل ومنها اللولب وأنواعه وأعراضه الجانبية، ثم بينت الحكم الراجح في المسألة بحسب ما تبين لي طبيا ووفق أقوال الفقهاء، ثم وصل البحث بنتيجته الكلية التي دلت على عالمية التشريع الإسلامي التي رسخها الفقهاء بعقلية فريدة وصفاء ذهن، في كشف الغموض عن تفاصيل هذه الدماء. وأنه لا يتقدر أقل الحيض، ولا أكثره، بل كل ما استقر عادة للمرأة فهو حيض، وإن نقص عن يوم، أو زاد على السبعة عشر حتى يعلم أنه استحاضة باستمرار الدم، فترد إلى عاداتها ثم إلى تمييزها، ثم إلى غالب عادات النساء.

راجية أن يسهم هذا البحث في إزالة اللبس والغموض، والاستفادة من إرث الماضي بدراسة الحاضر واستيعاب مستجداته .

الكلمات المفتاحية: اللولب، انتقال العادة، مدة الحيض، الاستحاضة، المعتادة

Effect of IUD as Contraceptive on Menstrual Cycle Length

A Comparative Study Between Fiqh and Medicine

Huda Hamad Salem

Teacher in Kuwait University

college of Sharia and Islamic Studies

.Department of Fiqh and its origins

huda.alsalem@hotmail.com

Abstract

The research aims to authenticate the relation between medical developments and Islamic provisions that our Islamic jurists extracted from a subject that concerns the majority of women as a result to using one form of birth contraception which is the IUD (Intrauterine Device), which has led to certain changes in their menstrual cycle resulting in distress and confusion regarding the verdict of these new bleeding patterns that were caused by the IUD, a device that was non-existent at the time of the Juristis.

Multiple religious verdicts were conducted regarding this subject. The research was conducted in descriptive analytical methodology. The research will be divided into an introduction and two sections, in the first section: definition of menstruation and irregular bleeding and the conditions mature women in menses.

In the second section: IUD, its typed and side effects, probable juristic verdict on this matter.

The main purpose is to prove that Islam is a global religion in clearing any form of ambiguity or mystery on this matter.

and discovering that The minimum or maximum days of menstrual period cannot be determined, it depends on the nature of the woman herself, even if its less than a day, or up to five or seventeen days, if the blood is continuous, it is called a menstrual period.

Keywords:

Medical developments, IUD, Duration of menstrual period, Irregular bleeding, menstrual bleeding, menses.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله على إحسانه، والشكر له على توفيقه وامتنانه، والصلاة والسلام على عبده ورسوله الداعي إلى رضوانه، سيدنا محمد ﷺ وعلى آله وأتباعه.

أما بعد.. لقد أصبح التقدم العلمي السريع والمشهود في المجال الطبي ظاهر الأثر على البشر، فقد خلف هذا التقدم الكبير والمتسارع في المجال الطبي العديد من المستجدات والنوازل والتي تحمل طابع العصر المتميز بالتعقيد والتشابك، ومن ثم عمدت إلى نازلة طبية أفرزتها الاكتشافات العلمية الحديثة، عانت منها طائفة من النساء وكثر استفسارهن عن هذه المسألة، وكثر الاضطراب في الفتاوى الصادرة بشأنها، وهي حكم الدم المستمر بعد استخدام وسيلة لمنع الحمل تعرف ب«اللولب» والذي يؤدي إلى تغيير أيام عاداتها التي ألفتها، ولا أعني في هذا البحث جميع موانع الحمل إنما خصصته لبيان أثر اللولب النحاسي على الدورة الشهرية وما نتج عنه من تطويل مدة الدورة الشهرية عند النساء، أوقعتهن في حيرة واضطراب، مما أثار شغفي في سبر غوره بدراسة متأنية، والتعمق في تفاصيلها، من خلال الحقائق الطبية التي سطرها الأطباء من علوم تخصص موضوعي، وعرضها على تقارير الفقهاء في مسائل الحيض والاستحاضة للخروج بحكم فقهي، فهي مسألة دقيقة للغاية، ومثل هذه الأحكام الاجتهادية يمكن أن يراعى فيها التقدم العلمي مما يمكن أن يكون وسيلة للترجيح الفقهي بين الآراء الاجتهادية عند وجود الخلاف. فوجدته صعب المورد، شديد التعقيد خاصة وأن

الدراسات الحديثة لم تسطع الوصول إلى كلمة الفصل، ولكن ما سطره الفقهاء في هذه المسألة، وبحسب ما كان متاحا في زمانهم من إمكانيات والتي كانت قاصرة على الأدلة العقلية والنقلية وما يستنبطونه منها بالنظر وإعمال الفكر وكد الذهن، يؤكد على سمو الفقه الإسلامي وشموليته ومواكبته لكل التغيرات والتطورات التي تحصل في حياة البشر في جميع الميادين، فما من حادثة تنزل بالمسلمين إلا ولها في كتاب الله وسنة رسوله الحكم والبيان.

وقد اخترت للبحث عنوان: «أثر اللولب كوسيلة من وسائل منع الحمل على مدة الحيض دراسة فقهية مقارنة بالطب» سائلة المولى عز وجل القبول والرضا، والبلوغ إلى المقصد والمبتغى .

الدراسات السابقة:

- ١- الأحكام المترتبة على الحيض والنفاس والاستحاضة، للدكتور صالح بن عبدالله اللاحم، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٢٩ هـ .
- ٢- الحيض والنفاس رواية ودراية، دراسة حديثة فقهية مقارنة، دبيان بن محمد الديبان، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م، السعودية: دار أصدقاء المجتمع .
- ٣- الحيض والنفاس والاستحاضة وما يتعلق بها من أحكام، دراسة فقهية مقارنة، بحث لنيل درجة الماجستير، إعداد رابوية أحمد عبدالكريم الظهار ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م، جامعة أم القرى قسم الدراسات العليا الشرعية.

بعد الإطلاع على هذه الدراسات التي أفادتني في فهم ووضع ملامح هذا البحث إلا إنها كانت تتحدث عن أحكام الحيض والنفاس والاستحاضة وما يترتب عليه من أحكام متعلقة بطهارة المرأة وعبادتها، ولم تتطرق إلى موضوع بحثي .

٤- موانع الحمل وأحكامها في الفقه الإسلامي، خالد بن محمد بن عبد الله الغفيص، رسالة ماجستير، ١٤٢٥هـ، السعودية: المعهد العالي للقضاء، جامعة محمد بن سعود الإسلامية.

تحدث عن موانع الحمل بصفة عامة وفوائدها وأضرارها وآراء الفقهاء ولكن لم يبين آثارها الطبية، وأسباب زيادة مدة الحيض وما هو رأي الفقه في هذه الزيادة.

فبعد البحث لم أجد من خصص الحديث عن اللولب النحاسي وما ينتج عنه من تغير في دورة المرأة بشكل تفصيلي من منظور فقهني مقارنا برأي الطب، فحرصت على تناول هذه المسألة بشكل خاص وأفرادها عن ما سواها من الموانع الأخرى.

أهمية البحث:

١- إزالة اللبس الذي يقع فيه كثير من النساء بسبب ما ينتج من تغيرات في دورتهن المعتادة، ويكثر فيها سؤالهن، ويتعلق به أحكاما كثيرة بعبادتها وبِعَلاقَتها مع زوجها وهو موضوع رأيت الحاجة إلى بحثه وتقريره والفصل فيه إن استطعت .

٢- بيان أثر الفقه الإسلامي واختلاف الفقهاء على المستجدات العلمية، مما يساعد على الترجيح بين الآراء الفقهية في المسائل المختلف فيها.

٣- التنبيه على العقلية الاجتهادية التي كان يتمتع بها فقهاؤنا القدامى في أمور قد تستعصي عليهم، وما دلت عليه من فكر ثاقب ونظر سديد .

حدود البحث:

إن هذا البحث عبارة عن دراسة تحليلية لطبيعة الدم النازل على النساء المستخدمات للولب النحاسي كوسيلة لمنع الحمل، ولم أتحدث بصورة عامة عن جميع أنواع اللولب إنما خصصته للولب النحاسي بسبب آثاره التي أوقعت النساء بحيرة واضطراب، كما خصصت الحديث عن غالب أحوال النساء وهن المبتدآت والمعتادات، وذلك من خلال المقارنة بين الأحكام الفقهية والمنظور الطبي لهذه المسألة، ثم محاولة الخروج برأي فقهي مستند إلى الدراسات الطبية .

أهداف البحث:

- ١- تحقيق القول في المسألة موضوع البحث، لإبراز الحق وإيضاحه وتقريب شقة الخلاف بين الطب والفقه.
- ٢- بيان شمولية الفقه وقدرته في استيعاب المسائل المستجدة وبيان كمال الشريعة ومرونتها، واستيعاب الفقه للتطورات الملحة التي تقتضيها التقنية الحديثة، وكماله وقدرته على البقاء في خضم التغيرات في ضوء ما يتوافر فيه من مقومات.
- ٣- الاستئناس بالثروة العلمية في تدعيم أقوال الفقهاء لترجيحها بما يتناسب والاكتشافات العلمية .

منهج البحث:

- ١- المنهج الوصفي التحليلي: في نقل التعاريف والأوصاف لعناصر الموضوع الأساسية .
- ٢- المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن وذلك بجمع أقوال الفقهاء في كل مسألة لها صلة بالموضوع من مصادرها الأصلية.

خطة البحث:

وقد جاء البحث في: مقدمة ومبحثين وخاتمة:

أما المقدمة: فقد اشتملت على الدراسات السابقة، أهمية البحث و حدود البحث، وأهدافه ، ومنهجه وخطة البحث .

المبحث الأول: اشتمل على تعريف الحيض والاستحاضة والفرق بينهما، وأحوال المبتدأة والمعتادة.

وفيه مطالب.

المبحث الثاني: اشتمل على أنواع موانع الحمل وتعريف اللولب، وأنواعه، وآثاره .

وفيه مطالب.

الخاتمة .

المبحث الأول: تعريف الحيض والاستحاضة والفرق بينهما، وأحوال المبتدأة والمعتادة.

المطلب الأول: تعريف الحيض والاستحاضة والفرق بينهما:

أولاً: تعريف الحيض:

لغة: من حاضت السمرة تحيض حيضاً، وهي شجرة يسيل منها شيء كالدم، والحيضة الدم نفسه ويقال حاضت المرأة، وتحيضت، ودرست، وعركت، تحيض حيضاً ومحاضاً ومحيضاً إذا سال الدم منها في أوقات معلومة .

وقيل للحوض، حوض لأن الماء يحيض إليه، أي يسيل^(١).

اصطلاحاً: عرف بتعاريف كثيرة تختلف فيما بينها حتى داخل المذهب الواحد، وسأقتصر على ذكر بعضها ما أمكن:

١- الحنفية: عرفه السرخسي بأنه: اسم لدم مخصوص، وهو أن يكون ممتداً خارجاً من موضع مخصوص، وهو القبل الذي هو موضع الولادة والمباضة بصفة مخصوصة^(٢).

مناقشة التعريف:

قوله: (ممتداً خارجاً) أن دم الاستحاضة يكون ممتداً خارجاً .

وقوله (من موضع مخصوص وهو القبل) أن هذا يشمل دم الاستحاضة أيضاً، والذي يخرج من القبل وهو موضع الولادة .

وعرفه الكاساني: هو اسم لدم خارج من الرحم لا يعقب الولادة، مقدر بقدر معلوم، في وقت معلوم^(٣).

ويبدو أنه من أوضح تعاريف الحنفية، وذلك لما يلي:

قوله (دم خارج من الرحم) خرج كل دم خارج من غير الرحم .

قوله (لا يعقب الولادة) خرج الدم الذي يعقب الولادة وهو دم النفاس .

(١) لسان العرب: لأبي الفضل جمال الدين ابن منظور، بيروت: دار صادر ١٤٣/٧ .
(٢) المبسوط (١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م)، شمس الدين السرخسي، ط/ الثالثة، بيروت: دار المعرفة، ٣/١٤٧ .

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (١٤١٧هـ - ١٩٩٧م)، علاء الدين أبي بكر الكاساني، تحقيق: تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش، ط/ الأولى . بيروت: دار إحياء التراث العربي - مؤسسة التاريخ العربي، ١/ ١٥٢ .

قوله (في وقت معلوم) خرج كل دم يخرج دون سن التاسعة، وكل دم يخرج بعد سن الإياس فلا يكون حيضا إنما دم علة وفساد .

٢- المالكية: الحيض هو الدم الخارج بنفسه من قبل من تحمل عادة وإن دققه، ومثله الصفرة والكدره^(١).

مناقشة التعريف:

أن الصفرة والكدره مختلف فيها بين علماء المذهب، فمنهم من قال أن الصفرة والكدره حيض، ومنهم من قال أنهما ليسا بحيض .

كما عرفه المالكية بتعريف آخر: «هو الدم الخارج من فرج المرأة التي يمكن حملها، من غير ولادة ولا مرض، ولا زيادة على الأمد^(٢)».

ويبدو أنه من أفضل تعاريف المالكية، وذلك لما يلي:

قوله هو (الدم): جنس في التعريف يشمل الحيض والاستحاضة والنفاس .

قوله (التي يمكن حملها): وهي من سن المراهقة إلى الخمسين فخرج الدم الخارج من قبل من لا تحمل عادة وهي التي لم تبلغ تسعا أو فاتت السبعين^(٣).

قوله: (من غير ولادة) يخرج الدم الذي يكون بسبب الولادة وهو النفاس .

قوله: (ولا مرض) يخرج الدم الذي يكون بسبب المرض كالنزيف .

قوله (ولا زيادة أمد) يخرج الدم الذي يكون زائدا على زمن الحيض وهو

الاستحاضة .

(١) الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، لأحمد بن غنيم النفراوي، بيروت: المكتبة الثقافية ١٣٦/١ ..

(٢) شرح منح الجليل على مختصر خليل، محمد عيش ١ / ٩٨ .

(٣) شرح منح الجليل على مختصر خليل، ١ / ٩٩ .

٣- الشافعية : دم جبلة يخرج من أقصى رحم المرأة في أوقات مخصوصة^(١).

مناقشة التعريف:

قوله (في أوقات مخصوصة) فلو قال في وقت مخصوص أولى؛ لأنه ليس له إلا وقت واحد وهو كونه بعد البلوغ .

كما عرفه الشافعية بأنه: دم جبلة يخرج من أقصى رحم المرأة بعد بلوغها، على سبيل الصحة، من غير سبب الولادة، في أوقات معلومة^(٢).

ويبدو لي أنه من أوضح تعاريف الشافعية، وذلك لما يلي:

قوله: (دم) هو جنس في التعريف يشمل الحيض والنفاس والاستحاضة .

قوله (على سبيل الصحة) يخرج دم الاستحاضة لأنه دم علة .

قوله (من غير سبب الولادة) يخرج دم النفاس لأنه بسبب الولادة .

قوله (في أوقات معلومة) وذلك بأن تبلغ سن الحيض، وأن لا تجاوز أكثره ولا تنقص عن أقله^(٣).

٤- الحنابلة: هو دم طبيعة يخرج مع الصحة، من غير سبب ولادة، من قعر الرحم، يعتاد أنثى إذا بلغت في أوقات معلومة .^٤

مناقشة التعريف:

قوله (دم طبيعة يخرج مع الصحة) لا حاجة في ذكر مع الصحة ، فطالما هو دم اقتضته الطبيعة فهو دم صحة .

(١) شرح المنهاج زكريا الأنصاري - مطبوع بهامش حاشية الجمل - دار الفكر، ١/٢٣٤.
(٢) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م)، أحمد الخطيب الشربيني، دراسة: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت دار الكتب العلمية، ١/٢٧٧.
(٣) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، بيروت: دار المعرفة، ١/٨٧.

(٤) كشف القناع على متن الإقناع ، (١٤٠٢هـ-١٩٨٢م) منصور بن يونس البهوتي، تعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، بيروت: دار الفكر، ١/١٩٦.

وأوضح تعاريف الحنابلة وأشملها:

دم طبيعة وجبلة يرخيه الرحم، يعتاد أنثى إذا بلغت في أيام معلومة^(١).

شرح التعريف:

قوله (دم): جنس في التعريف يشمل دم الحيض والنفاس وغيرهما من الدماء .
قوله (طبيعة وجبلة) يخرج النفاس والاستحاضة .
قوله (يرخيه الرحم) يخرج به كل دم خارج من غير قعر الرحم فإنه لا يكون
حيضا .
قوله (يعتاد أنثى إذا بلغت) فأى دم قبل البلوغ فهو دم فساد .
قوله (في أيام معلومة) أي أن الدم يخرج في الغالب في كل شهر ستة أيام
أو سبعة بحسب ما ركبه الله في الطباع .

التعريف المختار:

بالنظر إلى التعاريف السابقة نجد أنها قد تقاربت إلى حد كبير، ولعل تعريف
الحنابلة: دم طبيعة وجبلة يرخيه الرحم، يعتاد أنثى إذا بلغت في أيام معلومة،
أجمع التعاريف وأشملها؛ لأنه أخرج كل دم ماعدا دم الحيض، وبيّن مكان
الحيض وهو قعر الرحم، وبيّن وقت الحيض ومدته، فكان تعريفا جامعاً مانعاً .

تعريف الحيض طبياً:

هو الدم الذي ينفضه رحم المرأة بصورة دورية كل شهر قمري غالباً، خلال
فترة نشاطها الجنسي التي تمتد من البلوغ إلى سن اليأس، ولهذا يسمى الحيض
أيضاً الدورة الشهرية^(٢).

(١) شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، دار الفكر، ١/ ١٠٤ .
(٢) الموسوعة الفقهية الطبية، الدكتور أحمد محمد كنعان، دارالنفائس - بيروت، ط/الأولى، ١٤٢٠هـ -
٢٠٠٠م، ص ٤٠٨ .

من خلال استعراض تعريفات الفقهاء للحيض، ودراسة الحيض من منظور طبي يظهر الاتفاق بينهما على أن دم الحيض هو: الدم الخارج من فرج المرأة والذي يرخيه الرحم شهريا في أوقات معتادة، على سبيل الصحة لا المرض ولا الولادة .

ثانيا: تعريف الاستحاضة:

لغة: استفعال من الحيض، وهو دم غالب ليس بالحيض، و (استحيضت) المرأة فهي (مستحاضة)^(١).

اصطلاحا: فقد عرفت بعدة تعريفات أذكر منها ما يلي:

١- الحنفية: دم عرق ليس من الرحم^(٢).

مناقشة التعريف: هذا التعريف لا يشمل الاستحاضة التي تخرج من أدنى الرحم بسبب المرض.

وعرفه الحنفية: اسم لما نقص عن أقل الحيض أو زاد على أكثره .

مناقشة التعريف: هذا التعريف مبني على التسليم في أن الحيض له أقل وأكثر، وهي مسألة فيها نزاع، كما سيتبين لنا خلال البحث .

٢- عرفه المالكية: الدم الخارج زيادة على أيام عاداتها واستظهارها^(٣).

مناقشة التعريف: أن الحيض ليست له مدة ثابتة لا يتغير، بل قد يزيد عن أيامه المعتادة لأسباب نفسية وقد تكون صحية.

(١) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، بيروت: المكتبة العلمية، ١/ ١٥٩ .

(٢) مجموعة رسائل ابن عابدين، (١٣٢٥هـ)، محمد أمين بن عابدين، دمشق: المكتبة الهاشمية، دار سعادات، ١/ ٧٤ .

(٣) الفواكه الدواني ١/ ١٣٦ .

٣- الشافعية: دم علة يسيل من عرق من أدنى الرحم يقال له العاذل^(١).

٤- الحنابلة: سيلان الدم في غير وقته من العرق العاذل^(٢).

قال أبو عبيد: العاذل اسم العرق الذي يخرج منه دم الاستحاضة^(٣).

التعريف المختار: تعريف الشافعية والحنابلة لأنه موافق لما جاء في الأحاديث الشريفة التي سيأتي ذكرها في البحث.

تعريف الاستحاضة طبيا:

سيلان الدم من المرأة في غير أوقاته المعتادة، فهو دم غير دم الحيض الذي يعاود المرأة مرة واحدة في كل شهر قمري، وهو أيضا غير دم النفاس الذي تراه المرأة بعد الولادة^(٤).

ثالثا: الفرق بين الحيض والاستحاضة:

سبب الحيض نشاط المبيض واستعداده لإطلاق إحدى البويضات ويصاحب هذا الاستعداد ارتفاع في نسبة هرموني الأنوثة: الأستروجين والبرجسترون، اللذين يهيئان الرحم للحمل، إذ ينشطان الغشاء المبطن للرحم ويسببان احتقان عروقه الدموية، فإن انطلقت البويضة في منتصف الدورة الشهرية تقريبا ولم تلقح بنطفة الرجل فإنها تتحلل وتموت في غضون ٢٤ ساعة وتترجع نسبة الهرمونات إلى معدلها الطبيعي، وتتوسف (تتهتك) بطانة الرحم وتتساقط مع ما فيها من دم عبر

(١) مغني المحتاج ١/١٠٨ .

(٢) المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن مفلح، بيروت: المكتب الإسلامي . ١/ ٢٧٤ .

(٣) غريب الحديث (١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م)، لأبي عبيد القاسم بن سلام الهروي، ٤/ ٢٣٤، بيروت: دار الكتاب العربي.

(٤) الموسوعة الطبية الفقهية ص ٦٤ .

عق الرحم إلى المهبل ومنه إلى خارج الفرج وهذا هو الحيض، أي إن دم الحيض لا يأتي مباشرة من العروق الدموية بل من بطانة الرحم خلافا لدم الاستحاضة الذي هو نرف غير طبيعي يصدر مباشرة من العروق^(١). وصدق رسول الله ﷺ الذي بين هذه الحقيقة قبل أربعة عشر قرنا من الزمان، حين سألته فاطمة بنت أبي حبيش رضي الله عنها: يا رسول الله إني لا أطهر أفأدع الصلاة، فقال رسول الله ﷺ: إنما ذلك عرق ليس بالحيضة، فإذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة، فإذا ذهب قدرها فاغسلي عنك الدم وصلي^(٢).

المطلب الثاني: مدة الحيض:

أولا: مدة الحيض عند الفقهاء:

اختلف الفقهاء في أقل فترة الحيض وأكثرها:

أولا: الحنفية:

أقل الحيض: ثلاثة أيام بلياليها، وقدرها باثنتين وسبعين ساعة، وأكثره عشرة أيام^(٣).

(١) القرار المكين، الدكتور مأمون شقفة، مطبعة دبي ١٩٨٥، ص ٤٣ .
(٢) صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبة البخاري، كتاب الحيض باب الاستحاضة، رقم الحديث (٣٠٧)، بإشراف: صالح بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ (الرياض: دار السلام للنشر) ص/٢٦.
صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، كتاب الحيض، باب المستحاضة وغسلها وصلاتها، رقم الحديث (٧٥٣)، بإشراف: صالح بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ (الرياض: دار السلام للنشر)، ص/٧٣٢.
جامع الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، كتاب الطهارة باب ماجاء في المستحاضة، رقم الحديث (١٢٥)، بإشراف: صالح بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ (الرياض: دار السلام للنشر)، ص/١٦٤٥ .
(٣) البحر الرائق زين الدين بن نجيم الحنفي، ط/الثانية، دار الكتاب العربي، ٢٠١/١ ؛ تبين الحقائق عثمان بن علي الزيلعي، ط/الثانية، دار الكتاب العربي، ٥٥/١ .

أدلتهم:

من السنة الشريفة:

- ١- عن أبي أمامة، عن النبي ﷺ، قال: «لا يكون الحيض للجارية والنثب التي قد أيست من الحيض أقل من ثلاثة أيام، ولا أكثر من عشرة أيام»^(١).
- ٢- عن أنس بن مالك أن رسول الله قال: «الحيض ثلاثة أيام وأربعة وخمسة وستة وسبعة وثمانية أيام وتسعة وعشرة، فإذا جاوزت العشرة فمستحاضة»^(٢).

الإجماع:

روي عن جماعة من الصحابة مثل عبدالله بن مسعود وأنس بن مالك وعمران بن حصين وعثمان بن أبي العاص الثقفي رضي الله عنهم أنهم قالوا أن أقل الحيض ثلاث ولم يرو عن غيرهم خلافه فيكون إجماعاً، والمقادير لا تعرف قياساً فما نقل عنهم كالمروي عن رسول الله ﷺ^(٣).

القياس:

- ١- أن أقل مدة الحيض ثلاثة أيام اعتباراً بأقل مدة السفر، فإن كل واحد منها يؤثر في الصوم والصلاة وقد ثبت أن أقل مدة السفر ثلاثة أيام ولياليها فكذلك هذا^(٤).

مناقشة أدلتهم:

أن الأدلة التي استدل بها هذا الفريق كلها مردودة، وبيان ذلك فيما يأتي:

- (١) سنن الدارقطني (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م) الإمام علي بن عمر الدارقطني، تحقيق: عادل أحمد عبدالموجود وعلي محمد معوض، ط/ الأولى، بيروت: دار المعرفة، ٤٨٤/١ .
- (٢) سنن الدارقطني ١/ ٤٨٤ . و لمزيد بحث في هذه الأحاديث انظر نصب الرأية في تخريج أحاديث الهداية للزليعي، طبعة المجلس العلمي، كراتشي: باكستان من ص ١٩١ : ٢٠٢ .
- (٣) المبسوط ١٤٧/٣ .
- (٤) المبسوط ١٤٧/٣ .

- الحديث الذي روي عن أبي أمامة إسناده ضعيف جدا، قال الدارقطني: فيه العلاء بن كثير، وهو ضعيف، وقال البخاري: منكر الحديث^(١).

- وحديث أنس بن مالك: في الإسناد الحسن بن دينار . قال البخاري تركه يحيى وعبدالرحمن بن مهدي وابن المبارك ووكيع^(٢).

وكما أن الواقع يكذبها:

- فقد قال الإمام الشافعي أثبت لي عن نساء أنهن لم يزلن يحضن أقل من ثلاث^(٣).

وقد ذكر إسحاق بن راهوية: وصح لنا عن غير امرأة في زماننا أنها قالت حيضتي يومان^(٤).

وقولهن يجب الرجوع إليه لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾. [سورة البقرة ٢٢٨]. فلولا أن قولهن مقبول ما حرم عليهن الكتمان وجرى ذلك مجرى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ [سورة البقرة ١٨٣]^(٥).

أما استدلالهم بالإجماع فغير صحيح، بدليل مخالفة بقية الأئمة كمالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى .

وأما دليل القياس: فهو ضعيف؛ لأن الحيض ليس باختيار المرأة كالسفر الذي يختاره الإنسان .

(١) سنن الدارقطني ١/ ٤٨٤.

(٢) التاريخ الكبير للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، دار الفكر ط١٩٨٦م، ٢/ ٢٩٢.

(٣) السنن الكبرى (١٣٤٤هـ) أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، ط/الأولى، دار المعرفة للطباعة والنشر، كتاب الحيض - باب أقل الحيض ١/ ٢٣١ .

(٤) السنن الكبرى كتاب الحيض - باب أقل الحيض ١/ ٣٢٠ .

(٥) المغني، عبدالله بن أحمد بن قدامة، تصحيح: محمد خليل هراس، مكتبة ابن تيمية، ١/ ٣٠٩ .

ثانيا: المالكية:

لا حد لأقله بالزمان، ولذلك بينوا أقله في المقدار وهو دفعة، قالوا هذا بالنسبة للعبادة، وأما في العدة والاستبراء فلا بد من يوم أو بعضه، وأما أكثره فإنه خمسة عشر يوما سواء كانت مبتدأة أو معتادة، غير أن المعتادة - وهي التي سبق لها الحيض ولو مرة - تستظهر ثلاثة أيام على أكثر عاداتها إن تمادى بها، فإذا اعتادت خمسة ثم تمادى مكثت ثمانية، فإن تمادى في المرة الثالثة مكثت أحد عشر، فإن تمادى في الرابعة مكثت أربعة عشر، فإن تمادى في مرة أخرى مكثت يوما ولا تزيد على الخمسة عشر^(١).

أدلتهم: أن الحيض نوع من الحدث فلا يتقدر أقله بشيء كسائر الأحداث أقربها دم النفاس^(٢).

مناقشة الدليل:

أن هناك فرقا بين دم النفاس ودم الحيض فإن دم النفاس يخرج بعد خروج الولد فيستدل بما تقدمه على أنه من الرحم فلا حاجة إلى التقدير فيه بالمدة .

أما الحيض فلا يسبقه علامة يستدل بها على أنه من الرحم فجعلت العلامة فيه الامتداد ليستدل به على أنه ليس بدم عرق^(٣).

ثالثا: الشافعية والحنابلة:

إلى أن أقل الحيض يوم وليلة؛ لأن الشرع علق على الحيض أحكاما، ولم يبينه فعلم أنه رده إلى العرف كالقبض والحرز، وقد وجد حيض معتاد يوما، ولم يوجد

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي وبهامشه الشرح الكبير مع تقريرات محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية، ١/ ١٦٨ - ١٦٩. حاشية الخرشي (١٤١٧هـ - ١٩٩٧م)، محمد بن عبدالله على مختصر خليل بن إسحاق المالكي مع حاشية الشيخ علي بن أحمد العدوي، ضبط زكريا عميرات، ط/ الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية، ٣٨١/١ .

(٢) المبسوط ١٤٧/٣

(٣) المبسوط ١٤٧/٣

أقل منه. وأكثره خمسة عشر يوماً بلياليهن،^(١) ونصوا على أن غالب الحيض ست أو سبع ليال، لقول النبي ﷺ لحمنة بنت جحش لما سألته قال: «تحيضي ستة أيام، أو سبعة أيام في علم الله، ثم اغتسلي، فإذا رأيت أن قد طهرت واستنقأت فصلي أربعاً وعشرين ليلة، أو ثلاثاً وعشرين ليلة وأيامها، وصومي وصلي، فإن ذلك يجزئك، وكذلك فافعلي كما تحيض وكما يطهرن لميقات حيضهن وطهرهن^(٢).

أدلتهم:

١- الكتاب: قال تعالى: ﴿فَاعْتَرِلُوا النِّسَاءَ فِي المَحِيضِ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [سورة البقرة ٢٢٢].

وجه الدلالة:

لقد أطلق سبحانه وتعالى ولم يحدد وقتاً لأقل الحيض وأكثره وكان الرجوع في ذلك عند حده في العرف والعادة، وثبت من عادة النساء أن أقل الحيض عندهن يوم وليلة^(٣).

(١) روضة الطالبين (١٤١٢هـ - ١٩٩٢)، يحيى بن شرف النووي ومعه المنهاج السوي في ترجمة الإمام النووي، ومنتهى ينبوع لجلال الدين السيوطي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ط/ الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٤٧/١. المغني، ٣٠٨/١.

(٢) جامع الترمذي، باب ما جاء في المستحاضة أنها تجمع بين الصلاتين بغسل واحد، رقم الحديث (١٢٨)، ص ١٦٤٥، قال: حديث حسن صحيح. سنن أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، كتاب الطهارة باب إذا أقبلت الحيضة تدع الصلاة رقم (٢٨٧)، بإشراف: صالح بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ (الرياض: دار السلام للنشر) ص ١٢٤٣. سنن ابن ماجه محمد بن يزيد القزويني كتاب الطهارة، باب ما جاء في البكر إذا ابتدأت مستحاضة رقم (٦٢٧)، بإشراف: صالح بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ (الرياض: دار السلام للنشر) ص ٢٥١٣. مسند الإمام أحمد (١٤٠٥هـ)، ط/ الخامسة، المكتب الإسلامي، ٤٣٩/٦. مسند الإمام الشافعي (١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م)، تحقيق: محمد أسد مصطفى الخن، ط/ الأولى: دمشق: دار الرسالة العالمية، ٥٩١/٢؛ حسنه الألباني في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد الألباني، (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م)، ط/ الثانية، المكتب الإسلامي، رقم (١٨٨)، ٢٠٣/١.

(٣) فقه الإمام أبي ثور، (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م) سعدي حسين علي جبر، ط/ الأولى، دار الفرقان - مؤسسة الرسالة، ص ١٦٠.

مناقشة الدليل: غير مسلم بهذا الدليل وقد وجد حيض أقل من يوم وليلة، فقد ذكر الشافعي: رحمه الله: رأيت امرأة أثبت لي عنها أنها لم تنزل حيض يوماً لا تزيد^(١).

وقال الأوزاعي: عندنا امرأة تحيض غدوة وتطهر عشياً، وغير ذلك من الوقائع التي تبين أن الحيض يمكن أن يكون يوماً واحداً أو يوماً وليلة^٢. وقال عطاء: «أدنى وقت الحيض يوم»^(٣).

وقولهن يجب الرجوع إليه لقوله تعالى: «وَلَا يَجِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ». [سورة البقرة ٢٢٨]. فلولا أن قولهن مقبول ما حرم عليهن الكتمان وجرى ذلك مجرى قوله تعالى: «وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ» [سورة البقرة ١٨٣]^(٤).

٢- عن ابن عمر مرفوعاً: النساء ناقصات عقل ودين . قيل ما نقصان دينهن ؟ قال: تمكث إحداهن شطر عمرها لا تصلي^(٥).

وجه الدلالة:

دل الحديث أن المرأة تمكث في حيضها شطر عمرها لا تصلي، ففي الشهر خمسة عشر يوماً، ومفهومه أن طهرها في الشهر خمسة عشر يوماً، فالحديث أشعر بأقل الطهر، وأكثر الحيض.

(١) المغني ١/ ٣٠٩ .

(٢) سنن الدارقطني ١/ ٤٦٩ .

(٣) سنن الدارقطني ١/ ٤٦٨ .

(٤) المغني، ١/ ٣٠٩ .

(٥) قال البيهقي رحمه الله: طلبته كثيراً فلم أجده في كتب أصحاب الحديث، ولم أجد له اسناداً بحال . معرفة السنن والآثار، (١٤١١هـ)، للإمام البيهقي، دار الوعي ١٤٥/٢ .

مناقشة الدليل:

أن الحديث بهذا اللفظ لا أصل له، كما ذكر البيهقي .

أن الحديث يحتمل معان أخرى، فلو كانت المرأة تحيض عشرة وتطهر عشرة استقام المعنى، فلا دلالة فيه على الخمسة عشر^(١).

رابعاً: وهو اختيار ابن تيمية: لا حد لأكثر الحيض .

قال رحمه الله: ومن ذلك اسم الحيض علق الله به أحكاماً متعددة من الكتاب والسنة، ولم يقدر لأقله ولا لأكثره، ولا الطهر بين الحيضتين مع عموم بلوى الأمة بذلك، واحتياجهم إليه، واللغة لا تفرق بين قدر وقدر، فمن قدر في ذلك حدا فقد خالف الكتاب والسنة^(٢).

ثانياً: الرأي الطبي:

تذكر الكتب الطبية أن الدورة الحوضية التي تبتدئ من أول يوم في الحيض إلى أول يوم في الحيض الذي يليه، وتختلف مدتها من امرأة لأخرى، بل حتى عند المرأة نفسها من حين لآخر، ويتراوح طولها في الغالب بين ٢١ يوماً إلى ٣٥ يوماً، وأن الغالب أن يكون طول الدورة الحوضية هو ٢٨ يوماً^(٣).

وتمر هذه الدورة بمراحل، على النحو الآتي:

١- تبدأ الدورة عند المرأة بعد الحيض مباشرة حيث يكون الغشاء المبطن

للرحم رقيقاً وبسيطاً ولا تزيد ثخانتة عن نصف مليمتر .

(١) الذخيرة (١٩٩٤) أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق محمد حجي، ط/ الأولى، بيروت: دار الغرب الإسلامي. ٣٧٤ / ١ .

(٢) مجموع الفتاوى (١٣٩٨هـ) لابن تيمية، جمع: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، ٢٣٧ / ١٩ .

(3) <https://www.plannedparenthood.org/learn/health-and-wellness/menstruation/how-do-i-know-if-my-menstrual-cycle-normal>

٢- ثم تأتي مرحلة النمو بواسطة تأثير هرمون الأنوثة الذي يفرزه من المبيض كيس يسمى عند الأطباء « حويصلة جراف»، فينمو الرحم وأوعيته الدموية، وكذلك تنمو غدد الرحم وتبدو كالأنابيب، ويبلغ غشاء الرحم في هذه المرحلة خمسة مليمترات .

٣- ثم تأتي مرحلة الإفراز بواسطة تأثير هرمون الحمل، الذي تفرزه «حويصلة جراف» بالمبيض بعد خروج البويضة منها، وتدعى البويضة عندئذ الجسم الأصفر، وينمو غشاء الرحم نموا عظيما، ويبطن الغشاء بطبقات وثيرة من الدماء والغذاء، وتنمو غدد الرحم نموا هائلا استعدادا لعلوق البويضة الملقحة، وتبلغ ثخانة غشاء الرحم في هذه المرحلة ثمانية مليمترات أي ستة عشر ضعف ما كان عليه عند بدء الدورة .

٤- فإن لم يحدث تلقيح للبويضة، تنقبض الأوعية الدموية وتفتت ويسقط الغشاء المبطن للرحم، وينهار البناء بكامله، ويخرج ذلك الدم الذي امتلأ به جدار الرحم، ويخرج مع الدم الغشاء المبطن للرحم الذي سقط^(١).

الراجع:

لا حد لأقله ولا لأكثره، بل ما رأته المرأة عادة مستمرة فهو حيض ؛ وإن قدر أنه أقل من يوم استمر بها على ذلك فهو حيض، وإن قدر أن أكثره سبعة عشر استمر بها على ذلك فهو حيض، وأما إذا استمر بها دائما فهذا قد علم أنه ليس بحيض، لأنه قد علم من الشرع واللغة أن المرأة تارة تكون طاهرة وتارة تكون حائضا، ولطهرها أحكام ولحيضها أحكام والعادة الغالبة أنها تحيض ربع الزمان ستة أو سبعة، وإلى ذلك رد النبي ﷺ المستحاضة التي ليس لها عادة ولا تمييز^(٢).

(١) خلق الإنسان (١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م) محمد علي البار، ط/ الخامسة، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ص ٧٧ .

(٢) مجموع الفتاوى ١٩ / ٢٣٧ .

المطلب الثالث: أحوال الحائض:

نظراً لكثرة الالتباس الذي يحصل لدى النساء في التمييز ما بين دم الاستحاضة ودم الحيض وكثرة ما يعتري الحيض من اضطرابات وتفاوت في المقدار والطبيعة من امرأة لأخرى، أورد فيما يأتي أحكاماً مجملة، مقتصرة على الأحوال الأكثر شيوعاً، والتي يكثر السؤال عنها فقهاً وطبياً: فالحائض إما أن تكون مبتدأة أو معتادة.

أولاً: المبتدأة: هي من كانت في أول حيض أو نفاس^(١).

ثم إن للمبتدأة أحوالاً، بحسب انقطاع الدم واستمراره .

الحالة الأولى: انقطاع الدم لتمام أكثر الحيض فما دون:

١- الحنفية والمالكية والشافعية ورواية للحنابلة^(٢):

إذا انقطع الدم دون أكثر الحيض أو لأكثره ولم يجاوز ورأت الطهر، طهرت، ويكون الدم بين أول ما تراه إلى رؤية الطهر حيضاً، يجب عليها خلاله ما يجب على الحائض .

٢- ظاهر المذهب عند الحنابلة:

إن الدم إذا جاوز أقل الحيض ولم يعبر أكثره، فإن المبتدأة لا تجلس المجاوز لأنه مشكوك فيه، بل تغتسل عقب أقل الحيض وتصوم وتصلي فيما جاوزه، لأن المائع منهما هو الحيض وقد حكم بانقطاعه، وهو آخر الحيض حكماً، أشبه آخره حساً . وقد صرحوا بحرمة وطئها في الزمن المجاوز لأقل الحيض قبل

(١) مجموع رسائل ابن عابدين ١/٧٦.

(٢) مجموعة رسائل ابن عابدين ١/٩١. شرح الزرقاني (١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م)، عبد الباقي يوسف الزرقاني على مختصر خليل بن إسحاق المالكي ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني وهو حاشية محمد بن الحسن بن مسعود البنانى، ضبط: عبدالسلام محمد أمين، ط/ الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية، ١/٢٣٨ . مغني المحتاج ١/٢٨٤ . كشف القناع ١/٢٠٤ .

تكراره، لأن الظاهر أنه حيض، وإنما أمرت بالعبادة احتياطاً لبراءة ذمتها، فتعين ترك وطئها احتياطاً، ثم إنه متى انقطع الدم يوماً فأكثر أو أقل قبل مجاوزة أكثر الحيض، اغتسلت عند انقطاعه، لاحتمال أن يكون آخر حيضها، ولا تطهر بيقين إلا بالغسل ثم حكمها حكم الطاهرات، فإن عاد الدم فكما لو لم ينقطع على ما تقدم تفصيله^(١).

الرأي الطبي: من الطبيعي أن تكون الدورة الشهرية غير منتظمة في بداية البلوغ، لكن بعد مضي ٢-٣ سنوات تبدأ بالانتظام . فإن غالب النساء تكون فترة الحيض لديهن من ٤-٧ ايام وممكن أن تواجه المرأة عدة تغيرات في الدورة الشهرية منها: عدم الحيض لمدة شهرين أو أكثر، حيضاً غزيراً أو خفيفاً جداً، أو حيضاً يستمر لأكثر من سبعة أيام، نزيفاً أو تنقيطاً بين الحيضين أو بعد الجماع أو بعد سن اليأس، والعديد من المشاكل الاخرى.

وهناك العديد من العوامل التي ممكن أن تسبب هذه التغيرات منها:

- التوتر وأسلوب الحياة: مثل زيادة أو نزول مفاجئ في الوزن .
- حبوب منع الحمل: تحتوي حبوب منع الحمل على هرموني الأستروجين والبروجستين مما يؤثر على عملية التبويض وبالتالي الحيض في حين قطع أو بدء تناول الحبوب.
- التليفات الرحمية: ممكن أن تسبب دورة شهرية غزيرة ومؤلمة .
- خمول أو نشاط الغدة الدرقية .

(١) كشف القناع /١ /٢٠٤ .

- أدوية سيولة الدم (١).

وبالمقارنة بين أقوال الفقهاء والرأي الطبي، تبين أن جمهور العلماء جاء قولهم موافقا للطب -خلافاً للحنابلة - في أن ما تراه المبتدأة من دم فهو حيض، فبعض النساء تحتاج عدة سنوات حتى تنتظم دورتها الشهرية .

الراجح: أن دم المبتدأة حيض، سواء كان أقل من يوم وليلة أو أكثر من خمسة عشر يوماً حتى يطبق عليها الشهر كاملاً فيكون استحاضة، وهو اختيار بن تيمية رحمه الله ٢ .

الحالة الثانية: استمرار الدم وعبوره أكثر مدة الحيض:

اختلف الفقهاء فيما إذا استمر دم المبتدأة وجاوز أكثر الحيض

١ - الحنفية والمالكية: (٣)

ذهبوا إلى أن حيضها أكثر فترة الحيض وطهرها ما جاوزه، فمذهب الحنفية أن حيضها في كل شهر عشرة، وطهرها عشرون، قالوا: لأن هذا دم في أيام الحيض وأمكن جعله حيضاً فيجعل حيضاً . وما زاد على العشرة يكون استحاضة لأنه لا مزيد للحيض على العشرة، وهكذا في كل شهر .

والمشهور عند المالكية أنها تمكث خمسة عشر يوماً - أكثر فترة الحيض عندهم - أخذاً بالأحوط ثم هي مستحاضة .

(١) استرجع بتاريخ ٢٣ / ٣ / ٢٠٢٠ . <https://kidshealth.org/en/teens/menstruation.html>

(٢) الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، (١٣٦٩هـ-١٩٥٠م)، اختيار علي بن محمد البعلبي، تحقيق: محمد الفقي، ط/ الأولى، مصر: مطبعة السنة المحمدية، ص ٢٨ .

(٣) البحر الرائق ١/٢٢٥. بدائع الصنائع ١/١٦١ . حاشية الدسوقي ١/١٦٨-١٦٩ . الكافي في فقه أهل المدينة (١٤١٣هـ)، لابن عبد البر، ط/ الثانية، دار الكتب العلمية، ص ٣٢ .

٢- الشافعية والحنابلة: (١).

إلى أن المبتدأة لا تخلو من أمرين:

الأول: أن تكون مميزة لدمها، فترى بعضه أسودا، أو ثخينا، أو منتن الرائحة، وبعضه رقيقا أحمر غير منتن الرائحة، فحيضها ما كان في الأسود والثخين والمنتن، إن صلح أن يكون حيضا، بأن لا ينقص عن أقل الحيض، ولا يجاوز أكثره .

الدليل:

عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قالت فاطمة بنت أبي حبيش لرسول الله ﷺ: «يا رسول الله إني لا أطهر أفأدع الصلاة، فقال رسول الله ﷺ: إنما ذلك عرق ليس بالحيضة، فإذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة، فإذا ذهب قدرها فاغسلي عنك الدم وصلي» (٢).

وتثبت العادة بالتمييز كتبوتها بانقطاع الدم، فإذا رأت خمسة أيام دما أسودا في أول كل شهر صارت عادتها بالتمييز كتبوتها بانقطاع الدم، فتجلسها أول كل شهر، ولو أطبق الأحمر بعده (٣).

الثاني: ألا تكون مميزة لدمها، بأن كان الدم بصفة واحدة أو بصفات مختلفة ولكن فقدت شرطا من شروط التمييز التي ذكرت، قولان:

(١) مغني المحتاج ١/ ٢٨٥ . روضة الطالبين ١/ ٢٥٤ . المقنع (١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م)، عبدالله بن أحمد بن قدامة، ومعه الشرح الكبير لعبدالرحمن بن محمد بن قدامة، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف علي بن سليمان المرداوي، تحقيق: الدكتور عبدالله بن عبد المحسن التركي، عبدالفتاح محمد الحلو، الرياض: دار عالم الكتب، ١/ ٤٠٣ . المبدع ١/ ٢٢٧ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) كشاف القناع ١/ ٢٠٦، المقنع ١/ ٤٠٨ .

فعند الشافعية: إن لم تعرف وقت ابتداء دمها فمتحيرة، وإن عرفته فالأظهر أن حيضها يوم وليلة من أول الدم وإن كان ضعيفا ؛ لأن ذلك هو المتيقن وما زاد مشكوك فيه فلا يحكم بأنه حيض، وطهرها تسع وعشرون يوما تنمة الشهر^(١).

أما الحنابلة: قدر حيضها بيوم وليلة، وتغتسل وتفعل ما تفعله الطاهرات . وهذا في الشهر الأول والثاني والثالث، أما في الشهر الرابع فتنقل إلى غالب الحيض وهو ستة أيام أو سبعة باجتهادها أو تحريها^(٢).

الدليل: قال ﷺ للمستحاضة: تحيضي ستة أيام أو سبعة في علم الله ثم اغتسلي^(٣).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ ردها إلى ست أو سبع، ولم يردّها إلى اليقين، ولا إلى عادة نسائها^(٤).

ثانيا: المعتادة:

أولا: تعريف المعتادة:

المعتادة عند الحنفية هي من سبق منها دم وطهر صحيحان أو أحدهما^(٥).

وقال المالكية هي التي سبق لها حيض ولو مرة^(٦).

(١) مغني المحتاج ٢٨٦/١ .

(٢) المقنع ٤٠٨ /١ .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) المغني ٢٠١ /١ .

(٥) مجموعة رسائل ابن عابدين ٧٦/١ .

(٦) حاشية الدسوقي ١ /١٦٩ . الخرشبي على مختصر خليل ١ /٣٨٢ .

وهي عند الشافعية من سبق لها حيض وطهر تعلمهما قدرا ووقتا^١.

وعند الحنابلة: هي التي تعرف شهرها ووقت حيضها وطهرها^٢.

ثانيا: ثبوت العادة:

الرأي الأول: أبو يوسف من الحنفية والمالكية، والأصح عند الشافعية^٣:

العادة تثبت بمرة عند المبتدأة:

لحديث أم سلمة رضي الله عنها: أن امرأة كانت تهراق الدم على عهد رسول الله، فاستفتيت لها رسول الله ﷺ فقال: لنتظر عدد الأيام والليالي التي كانت تحيضهن من الشهر قبل أن يصيبها الذي أصابها، فلتدع الصلاة قدر ذلك من الشهر، فإذا خلفت ذلك فلتغتسل ثم لتستنفر بثوب ثم لتصل فيه^(٤).

وجه الدلالة: الحديث دل على اعتبار الشهر الذي قبل الاستحاضة، ولأن الظاهر أنها فيه كالذي يليه لقربه إليها فهو أولى مما انقضى، لقوله تعالى: ﴿كَمَا بَدَأَكُمْ تَعُودُونَ﴾ [سورة الأعراف ٢٩] . حيث شبه العود بالبده فيفيد إطلاق العود على ما فعل مرة واحدة .

(١) مغني المحتاج ١/ ٢٨٧ .

(٢) المغني ١/ ٣١٨ .

(٣) تبين الحقائق، ١/ ٦٤، الذخيرة ١/ ٣٨٦، المجموع، للإمام النووي، مكتبة الإرشاد، ٤٢٢/٢ .

(٤) سنن النسائي الصغرى، أحمد بن شعيب النسائي، كتاب الحيض والاستحاضة، باب المرأة تكون لها أيام معلومة تحيضها كل شهر، رقم الحديث (٣٥٥)، بإشراف: صالح بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ (الرياض: دار السلام للنشر)، ص ٢١٠٩ . أبو داود كتاب الطهارة باب في المرأة تستحاض ومن قال تدع الصلاة في عدة الأيام التي كانت تحيض رقم (٢٧٤)، ص ١٢٤٢، ابن ماجه كتاب الطهارة باب ما جاء في المستحاضة التي قد عدت أيام أقرائها قبل أن يستمر بها الدم رقم (٦٢٣)، ص ٢٥١٣ . مسند الإمام الشافعي ٢/ ٥٩٢ . موطأ الإمام مالك (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م) رواية يحيى بن يحيى الليثي، إعداد أحمد راتب عرموش، ط/ الحادية عشرة، بيروت: دار النفائس، ص ٥١ .

الرأي الثاني: أبو حنيفة ومحمد بن الحسن ووجه للشافعية ورواية للحنابلة^(١):

تثبت بمرتين، فالعادة مأخوذة من المعاودة ولا تحصل المعاودة بمرة واحدة^(٢).

الرأي الثالث: المشهور من مذهب الحنابلة^(٣):

لا تثبت حتى تتكرر ثلاث مرات، لظاهر الأحاديث لأن العادة لا تطلق إلا على ما كثر وأقله ثلاثة، ولأن أكثر ما يعتبر له التكرار اعتبر ثلاثاً كأيام المصراة .

الرأي الطبي:

تبين لنا مما سبق رأي الأطباء في أن المرأة من الممكن أن تواجه عدة تغيرات في الدورة الشهرية منها: عدم الحيض لمدة شهرين أو أكثر، أو حيضاً غزيراً أو خفيفاً جداً أو حيضاً يستمر لأكثر من سبعة أيام نزيهاً أو تنقيطاً بين الحيضين أو بعد الجماع أو بعد سن اليأس، والعديد من المشاكل الأخرى. ولم يفرق الأطباء عند حدوث التغيرات بين تكرارها أو عدم تكرارها، فتثبت عندهم العادة ولو بمرة .

الراجع: أن العادة تثبت بمرة لقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَدَى﴾ [سورة البقرة ٢٢٢] فإذا وجد الأذى وجد الحيض قل أو كثر^(٤).

لأن العلة تدور مع الحكم وجوداً وعدمًا، والقول بالتكرار فيه حرج ومشقة على المرأة، فمن يقول بأنه استحاضة فإنه يوجب عليها فيه الصلاة والصوم، فإذا تكرر ونبين إنه حيض وجب عليها قضاء صيام ما صامته في تلك الأيام، فهذا حكم لا تأتي بمثله الشريعة . فلا يلزم المرأة أن تنتظر الشهر القادم أو الذي يليه حتى

(١) البحر الرائق لابن نجيم، ١/٢٢٤؛ المجموع ٢/٤٢٢؛ الفروع (١٤٠٢هـ)، محمد بن مفلح، ط/ الثالثة، عالم الكتب، ١/٢٦٩ .

(٢) المغني ١/٣١٦ .

(٣) الممتع شرح المقنع، التنوخي، ط/ الأولى، ١/٢٨٧. المغني ١/٣١٦ .

(٤) الشرح الممتع على زاد المستقنع (١٤٢٢هـ)، محمد بن صالح العثيمين ط/ الأولى، السعودية: دار ابن الجوزي، ١/٤٩٥ .

تعرف أن هذا الدم المتقدم أو المتأخر هو حيض، لأن الأصل في كل ما يخرج من الرحم أنه حيض

ثالثاً: أحوال المعتادة:

الحالة الأولى: موافقة الدم للمعتادة:

اتفق الفقهاء على أنه إذا رأت المعتادة ما يوافق دمها ولم ينقص أو يزد على عاداتها بأن ينقطع دمها ولم ينقص أو يزد على عاداتها، فأيام الدم حيض وما بعدها طهر . فإن كانت عاداتها خمسة أيام حيضاً . وخمسة وعشرين طهراً ورأت ما يوافق ذلك، فحيضها خمسة أيام، وطهرها خمسة وعشرون كعاداتها^(١).

الحالة الثانية: انقطاع الدم دون المعتادة:

اتفق الفقهاء على أنه إذا انقطع دم المعتادة دون عاداتها، فإنها تطهر بذلك ولا تتم عاداتها، بشرط أن لا يكون انقطاع الدم دون أقل الحيض .

وقد فرق الحنفية بين:

- ١- انقطاع الدم قبل المعتادة وبعد الثلاث - وهو أقل الحيض عندهم - بأنها تصلي بالغسل لا بالوضوء لأنه تحقق كونها حائضاً برؤية الدم ثلاثاً فأكثر .
- ٢- انقطاع الدم قبل الثلاث: تصلي بالوضوء؛ لأنه تبين أن الدم دم فساد لا دم حيض . وإن عاد الدم بعد انقطاعه فيبطل الحكم بطهارتها بشرط أن يعود في مدة أكثر الحيض - عشرة أيام - ولم يتجاوزها.

(١) مجموعة رسائل بن عابدين ١ / ٨٧ . الذخيرة ١ / ٣٨٣ . روضة الطالبين ١ / ٢٥٨ . المغني ١ / ٣١٧ .

وأن تبقى بعد ذلك طاهرا أقل الظهر - خمسة عشر يوما - فلو تجاوز أكثر الحيض أو نقص الطهر عن ذلك فحيضها أيام عادتتها فقط . ولو اعتادت في الحيض يوما دما ويوما طهرا هكذا إلى العشرة، فإذا رأَت الدم في اليوم الأول تترك الصلاة والصوم . وإذا طهرت في الثاني توضحت وصلت وفي الثالث تترك الصلاة والصوم، وفي الرابع تغتسل وتصلي وهكذا إلى العشرة^(١).

المالكية:

لو عاد الدم بعد انقطاعه، فإن كان مقدار الانقطاع لا يبلغ أقل الظهر ألغي ولم يحتسب به، وأضيف الدم الأول إلى الثاني، وجعل حيضة منقطعة تغتسل منها المرأة عند إدبار الدم وإقبال الطهر، يوما كان أو أكثر، وتصلي فإذا عاد الدم إليها كُفَّت عن الصلاة وضمته إلى أيام دماها، وعدته من حيضها^(٢).

الشافعية: وهذا القول يسمى قول السحب وهو المعتمد.

ذهبوا إلى أنه إذا عاد الدم بعد النقاء، فالكل حيض - الدم والنقاء - بشروط

وهي:

- أن لا يجاوز ذلك خمسة عشر يوما .
- ولم تنقص الدماء من أقل الحيض .
- وأن يكون النقاء محتوشا بين دمي الحيض .

القول الثاني: قول اللقط وقول التلفيق:

هو أن النقاء طهر، لأن الدم إذا دل على الحيض وجب أن يدل النقاء على الطهر، ومحل التلفيق عندهم في الصلاة والصوم ونحوهما بخلاف العدة، فلا

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين ١/٩٣، ٩٢ .

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة (١٣٤١ هـ - ١٩٩٢ م) يوسف بن عبدالله بن عبد البر النمري، ط/ الثانية، بيروت: دار الكتب العلمية، ٣١ .

يجعل النقاء طهرا في انقضاء العدة بإجماعهم^(١).

الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى أنها إذا طهرت في أثناء عادتها طهرا خالصا ولو أقل مدة فهي طاهر تغتسل وتصلي وتفعل ما تفعله الطاهرات، فإن عاودها الدم في أثناء العادة ولم يجاوزها، فإنها

تجلس زمن الدم من العادة كما لو لم ينقطع، لأنه صادف زمن العادة^(٢).

الرأي الطبي:

أن دم الحيض يتكون من دم وأنسجة من جدار الرحم، وأثناء الدورة الشهرية تنمو بطانة الرحم من حيث السُمك وكثافة الأوعية الدموية والغدد بحيث يشكل المناخ الأمثل لاستقبال زرع الجنين إذا كانت قد حدثت عملية الإخصاب مسبقاً. أما في حال لم يتم حدوث حمل، فإن الأنسجة تتساقط مع الدم وتمر من خلال عنق الرحم إلى خارج الجسم، وفي بعض الأحيان تسد الأنسجة عنق الرحم، مسببة وقف جزئي للحيض، وحين يفتح عنق الرحم ويزول الانسداد تواصل الدورة الشهرية وضعها الطبيعي^(٣).

الراجع: لذا تبين من عرض المسألة طبيا، أن النقاء المتخلل للحيض يعتبر حياضا حتى ينقطع الدم نهائيا، أما التفاصيل التي توسع فيها علماءنا والاشتراطات فيها مشقة وعت لا تدعو إليه أحكام الشريعة ومقاصدها .

(١) مغني المحتاج ١/ ٢٩٣ .

(٢) كشاف القناع ١/ ٢١٢ .

(٣) استرجع في تاريخ ٢٤ / ٣ / ٢٠٢٠ . <https://www.medicalnewstoday.com/articles/326479>

الحالة الثالثة: مجاوزة الدم للعادة وانتقال العادة:

الحنفية: فرق الحنفية بين أمرين:

الأمر الأول: إذا زادت عادة المرأة وكانت الزيادة متأخرة عن العادة :

وإن زادت عادة المرأة وكانت عادتتها عشرة أيام، فما زاد فهو استحاضة ؛ لأن الحيض عندهم لا يمكن أن يكون أكثر من عشرة أيام، وإن كانت عادتتها أقل من عشرة أيام، فاستمر معها الدم وزاد على عادتتها، وانقطع لعشرة أيام فما دون فالكل حيض بالاتفاق، وإنما الخلاف هل يصير عادة لها، أم لا^(١).

أبو حنيفة ومحمد بن الحسن: لم يعتبر الزيادة عادة، وإن اعتبرها حيض، لأنهم اشترطوا في انتقال العادة التكرار .

أبي يوسف: لم يشترط في انتقال العادة التكرار، فاعتبر الزيادة عادة .

أما إذا زاد الدم على عشرة أيام ؛ فإنها مستحاضة، فهل ترد إلى عادتتها أو إلى أكثر الحيض؟

ترد إلى عادتتها لقول النبي ﷺ: «المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها» ولأن ما رأته من الدم في أيام عادتتها حيض بيقين، وما زاد على العشرة فهو استحاضة بيقين. وما بين ذلك متردد بين أن يلحق بما قبله فيكون حيضا فلا تصلي، أو يلحق بما بعده فيكون استحاضة، والصلاة والصيام واجبان بيقين، فلا يتركان بمجرد الشك .

الأمر الثاني: إذا زادت عادة المرأة، وكانت الزيادة متقدمة عن العادة، فهي

على النحو التالي:

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين ٩٣/١. شرح فتح القدير، محمد بن عبد الواحد، ط/ الثانية، دار الفكر، ١/ ١٧٦، ١٧٧، تبين الحقائق ١/ ٦٤ .

١- رأت قبل عادتها ما لا يمكن أن يجعل حيضا بانفراده، مثل أن ترى قبل عادتها يوما أو يومين _ لأن أقل الحيض عندهم ثلاثة أيام _ ورأت في عادتها ما يمكن أن يجعل حيضا بانفراده ثلاثة أيام فأكثر، ولم يجاوز الكل عشرة أيام، فالكل حيض بالاتفاق ؛ لأن ما رآته قبل أيامها غير مستقل بنفسه، فيجعل تبعا لما رآته في أيامه .

٢- أن ترى قبل عادتها يوما أو يومين، بحيث لا يمكن جعل كل واحد منهما حيضا بانفراده، ما لم يجتمعا، أو ترى^(١) قبل عادتها ثلاثة أيام، ولا ترى في عادتها شيئا، فعن أبي يوسف ومحمد بن الحسن الكل حيض، وعند أبي حنيفة لا يكون شيء من ذلك حيضا، لأن المتقدم دم مستكر، مرئي قبل وقته فلا يكون حيضا .

٣- إذا رأت قبل عادتها ما يكون حيضا بانفراده، ورأت عادتها فعلى قول أبي يوسف ومحمد لا إشكال فالكل حيض بشرط ألا يجاوز الدم أكثر الحيض عندهم، ومقداره عشرة أيام واعتبروه حيضا قياسا على ما إذا كانت الزيادة متأخرة على العادة . وهو رأي ابي حنيفة برواية أبي يوسف .

أما رأي الإمام أبي حنيفة برواية محمد بن الحسن: أن أيام عادتها حيض، وأما المتقدم فلا يثبت حتى يتكرر .

مناقشة الحنفية: أن الحنفية بنوا أقوالهم على أن أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام . وقد رجحنا أنه لا حد لأقل الحيض ولا أكثره في مبحث سابق .

٢-المالكية: أصل مذهب الإمام مالك: إذا تمادى دم الحيض على المعتادة، فإنها تستظهر ثلاثة أيام من أيام الدم الزائد على أكثر عادتها، ثم هي طاهر بشرط

(١) المبسوط ١٨/٢ .

أن لا تجاوز خمسة عشر يوما، فإذا اعتادت خمسة أيام أولا، ثم تمادى، مكثت ثمانية، فإن تمادى في المرة الثالثة مكثت أحد عشر، فإن تمادى في المرة الرابعة مكثت أربعة عشر، فإن تمادى مرة أخرى فلا تزيد على الخمسة عشر . ومن كانت عادتها ثلاثة عشر فتستظهر يومين ومن كانت عادتها خمسة عشر فلا استظهار عليها، قاعدة ذلك أن التي أيام عادتها اثنا عشر يوما فدون ذلك تستظهر بثلاثة أيام وثلاثة عشر بيومين، وأربعة عشر بيوم، وخمسة عشر لا تستظهر بشيء^(١).

مناقشة المالكية: يؤخذ على رأي المالكية، أن قولهم هذا مبني على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما، والصحيح أنه لا حد لأكثره .

٣- الشافعية: إلى أنه إن جاوز الدم عادتها ولم يعبر أكثر الحيض فالجميع حيض، لأن الأصل استمرار الحيض، وإن جاوز خمسة عشر يوما، علمنا أنها مستحاضة فتزد إلى عادتها، فتغتسل بعد الخمسة عشر يوما، فتقضي صلاة ما زاد على عادتها، وإن استمر بها الدم في الشهر الثاني، وجاوز العادة اغتسلت عند مجاوزة العادة، لأننا علمنا في الشهر الأول أنها مستحاضة^(٢).

٤- الحنابلة: أنها لا تلتفت إلى ما خرج عن عادتها قبل تكرره، فما تكرر من ذلك ثلاثا أو مرتين على اختلاف في ذلك فهو حيض، وإلا فلا، فتصوم وتصلي قبل التكرار . وتغتسل عند انقطاعه ثانيا فإذا تكرر ثلاثا أو مرتين صار عادة فتعيد ما صامته ونحوه من فرض^(٣).

مناقشة الحنابلة: لو كان ما خرج عن عادتها لا يعتبر حيضا حتى يتكرر، لو كان ذلك معتبرا لبينه الرسول ﷺ لأُمَّته ولما وسعه تأخير بيانه؛ إذ لا يجوز تأخيره

(١) حاشية الدسوقي ١/١٦٩، شرح الزرقاني ١/١٣٤.

(٢) المجموع ٢/٤٤٠ . مغني المحتاج ١/٢٨٨ .

(٣) المبدع ١/٢٨٥ .

عن وقته كيف وأزواجه وغيرهن من النساء يحتجن إلى بيان ذلك في كل وقت فلم يكن ليغفل بيانه^(١).

الراي الطبي: اتضح لنا مما سبق أن الأطباء يرون أن غالب النساء يواجهن عدة تغيرات في الدورة الشهرية، بسبب العديد من العوامل التي ممكن أن تسبب هذه التغيرات منها:

- التوتر وأسلوب الحياة: مثل زيادة أو نزول مفاجئ في الوزن .
- حبوب منع الحمل: تحتوي حبوب منع الحمل على هرمونيّ الأستروجين والبروجستين مما يؤثر على عملية التبويض وبالتالي الحيض في حين قطع أو بدء تناول الحبوب.
- التليفات الرحمية: ممكن أن تسبب دورة شهرية غزيرة ومؤلمة .
- خمول أو نشاط الغدة الدرقية . ولم يذكرها شروطا لهذه التغيرات كالتي ذكرها الفقهاء، بأن لا يعبر أكثر الحيض، ولا فرق بين أن تكون الزيادة متقدمة أو متأخرة، أو تكرر الزيادة، فالكل حيض.

- الراجع:

أميل إلى ماذهب إليه ابن قدامة أنها تصير إليه من غير تكرار لقول عائشة رضي الله عنها للنساء: «لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء»^(٢). ولو لم تعد الزيادة حيضا للزمها الغسل عند انقضاء العادة وإن كان جاريا، وقال ابن تيمية: وكذلك المرأة المنقلة إذا تغيرت عاداتها بزيادة أو نقص أو انتقال فذلك حيض

(١) المغني ١/ ٣٥٣ .

(٢) علقه البخاري في باب إقبال المحيض وإدباره، رقم (١٩)، ص ٢٧. موطأ مالك، رقم (١٢٦)، ص ٥٠ .

حتى يعلم أنه استحاضة باستمرار الدم^(١). فظاهر الأخبار تدل على أن النساء كن يعددن الدم حيضاً من غير افتقاد عادة، ولم ينقل عنهن ذكر العادة، ولا عن النبي ﷺ بيان استفعال عنها، إلا في التي قالت: «إني استحاض فلا أطهر» وشبهها من المستحاضة، أما في امرأة يأتي دمها في وقت يمنع أن يكون حيضاً، ثم تطهر-فلا- والظاهر أنهم جرين على العرف في اعتقاد ما يرينه من الدم حيضاً، ولم يأت من الشرع تغييره^(٢).

ويؤيد هذا القول أنه جاء متوافقاً مع رأي الأطباء الذي سبق ذكره .

(١) مجموع الفتاوى ٢٣٩ / ١٩ .

(٢) المقنع على الشرح الكبير والانصاف ٤٤١ / ١ .

المبحث الثاني: أنواع موانع الحمل وتعريف اللولب، وأنواعه، وآثاره:

المطلب الأول: أنواع موانع الحمل:

هناك العديد من وسائل الحمل، منها الطرق الطبيعية التي تعتمد على الحساب أو استخدام الوسائل العازلة أو إبادة النطاف، وغيرها من الوسائل التي قسمتها لمجموعات ليسهل حصرها، على النحو التالي:

المجموعة الأولى: وسائل منع الحمل الطبيعية:

من الأمثلة على ذلك: طريقة العزل، وطريقة حساب الأيام الآمنة ؛ فتنظم الجماع بحيث يقع في أول الدورة الشهرية وآخرها ويتجنب وسطها الذي تخرج فيه البويضة من المبيض، وهو عادة اليوم الرابع عشر قبل بدء الحيض من الدورة التالية، وهذه الوسائل الطبيعية لا تنطوي على أية أعراض جانبية أو أية تكلفة، لكن استعمالها يبقى محدودا بسبب نجاعتها المنخفضة .

المجموعة الثانية: الوسائل العازلة:

مثل العازل الذكري، والواقي الأنثوي، والعازل الأنثوي الذي يأخذ شكل الكأس المسطحة مصنوع من مادة مرنة يتم إدخاله إلى المهبل مع مادة مبيدة للنطاف مما يحول دون دخول المنى إلى الرحم . وهذه الوسائل لا يكون معها آثار جانبية على الدورة الشهرية أو على الجسم عموما .

المجموعة الثالثة: إبادة النطاف: ينصح باستخدامها عن طريق دمجها مع

وسائل عازلة نظرا لنجاعتها المحدودة .

المجموعة الرابعة: الهرمونات:

من الأمثلة: حبوب منع الحمل الفموية . والتي تمنع المبيض من إفراز البويضة، وإذا أفرزت تمنع وصول الحيوانات المنوية بسبب لزوجة إفراز عنق الرحم، وهذه الحبوب مكونة من مشتقات هرمون البرجسترون - وهو ما يعرف بهرمون الحمل - أو من هرمون الاستروجين - وهو ما يعرف بهرمون الأنوثة - أو مشتقاته مع هرمون البرجسترون .

المجموعة الخامسة: اللولب الرحمي (IUD):

تعتبر من أكثر وسائل الحمل انتشارا وتأثيرا على جسم المرأة، وهي موضع حديثنا في هذا البحث ^١.

المطلب الثاني: تعريف اللولب وأنواعه وآثاره:

أولاً: تعريف اللولب:

اللولب هو أحد وسائل منع الحمل، وهو يتكون من أداة بسيطة مصنوعة من النحاس أو البلاستيك تكون على شكل حرف T، والذي يسبب استجابة التهابية ^٢ في الجسم، وهذا يساعد على منع الحيوانات المنوية من الوصول إلى عنق الرحم، حيث يتم تحييد تلك الحيوانات السباحة الصغيرة بواسطة أيونات النحاس، التي تكون سامة بالنسبة للحيوانات المنوية^(٣).

(١) استرجع بتاريخ ١٨ مارس ٢٠٢٠ / <https://www.webteb.com/woman-health/diseases>

(٢) استجابة التهابية: المراد التفاعل الإلتهابي وهو تفاعل مناعي محلي ضد أي جسم غريب، وهو عبارة عن رد فعل سريع للمناعة تجاه أي غزو لجسم غريب ويمثل الخط الدفاعي الثاني للمناعة .
الموقع الإلكتروني [/ar.m.wikipedia.org/wiki/](http://ar.m.wikipedia.org/wiki/)

(3) Winner, B; Peipart, JF; Zhao, Q; Buckel, C; Madden, T; Allsworth, JE; Secura, GM. (2012). Effectiveness of Long-Acting Reversible Contraception. New England Journal of Medicine. 366.

ثانياً: أنواع اللولب:

١- اللولب الهرموني:

يعمل على إفراز كميات صغيرة من هرمون البرجستيرون فور وضعه في الرحم، حيث يمنع هذا الهرمون الحيوانات المنوية من الوصول إلى البويضة، وتلقيحها، لأنه يزيد من سماكة مخاط عنق الرحم، كما يمنع تكوين البويضة، أو يمنع إطلاقها من المبيض^(١).

الآثار الجانبية لاستخدام اللولب الهرموني:

- غياب أو انقطاع الدورة الشهرية. وذلك بسبب قمع بطانة الرحم، لأن قمع بطانة الرحم ليس فوراً يستغرق من ثلاث إلى ستة أشهر . ويؤدي ذلك إلى حدوث الدورة في أوقات غير معتادة بحيث يمضي خمس وثلاثون يوماً بلا دورة شهرية^(٢).

- آلام في المعدة والحوض.

٢- اللولب النحاسي:

هو اللولب الخالي من الهرمونات، مغطى بسلك نحاسي، والذي يدمر الحيوانات المنوية التي تحاول الدخول إلى الرحم، يتم تغييره بعد عشر سنوات بعد نفاذ الدواء المحتوي عليه.

الآثار الجانبية لاستخدام اللولب النحاسي:

١- حدوث نزيف بين فترات الحيض .

(1) Manual of Clinical Problems in Obstetrics and Gynecology by Michel E. Rivlin، Rick W. Martin، 2000، USA، LIPPINCOTT WILLIAMS & WILKINS، P.330

(2) World Health Organization Selected Practice Recommendations for Contraceptive Use. 2nd Edition. Centers for Disease Control and Prevention; 2013. Available From: cdc.gov

٢- عدم انتظام الدورة الشهرية^(١).

وهذه الآثار المترتبة على اللولب النحاسي أوقعت كثيراً من النساء في إشكالات كبيرة أدت إلى ازدياد شكاوي النساء بسبب الالتباس الذي طرأ على الدورة الشهرية بسبب هذه الوسائل التي زادت الأمر تعقيداً، وهو موضوع بحثنا، فلا بد من الرجوع إلى أهل الاختصاص لإبراز الحق وإيضاحه، حتى يسهل على العلماء الإفتاء في هذا الأمر العام المتكرر.

لقد أشارت الدراسات التي أجريت على ألف وتسعمائة وسبع وأربعين امرأة تستعمل اللولب النحاسي للمرة الأولى، أن ٦٨٪ منهن صنفن نزيف الدورة الشهرية بالغزارة. في خلال أول تسع أسابيع من الاستعمال، وقلت النسبة إلى ٤٩٪ منهن إلى استمرار النزيف إلى أربعين أسبوع^(٢).

وقد أفادت الدراسات أن اللولب النحاسي لا يمنع عملية التبويض على عكس اللولب الهرموني إنما ستكون الدورة الشهرية أغزر أو أطول في المدة، بالإضافة إلى تنقيط أو نزيف غير منتظم خلال أول ستة أشهر من الاستعمال. وأن الدورة الشهرية الغزيرة يمكن أن يكون سببها تغيرات بالأوعية الدموية التي تنظم تدفق الدم إلى الرحم^(٣).

وفي دراسة أخرى ذكرت أنه بمجرد وضع اللولب في الرحم يتم إفراز -pros (taglandin) البروستاجلاندين وهي مركبات دهنية كردة فعل للولب^٤. وهذا

(1) Manual of Clinical Problems in Obstetrics and Gynecology P.330

(2) Hubacher D, Chen PL, Park S. Side effects from the copper IUD: do they decrease over time? Contraception. 2009;79(5): 356-362.

(3) Centres for disease control and prevention. U.S Selected Practice Recommendations for Contraceptive Use, 2016. Morbidity and Mortality Weekly Report. 2016;65(4):7-14

(4) Makarainen L, Ylikorkala O. Ibuprofen prevents IUCD-Induced increases in menstrual blood loss. Br J Obstet Gynaecol 1986; 93:285

المركب يؤثر على الأوعية الدموية التي تنظم تدفق الدم إلى الرحم، وأن هذه التغيرات في التدفق الدموي وجدت بشكل أكبر بالنساء اللاتي كانت دورتهن في الأساس ثقيلة عن النساء اللاتي دورتهن خفيفة.^١

ولكن الدراسات لم تجزم عن سبب كثافة الدم وعدم انتظام الدورة بمجرد تركيب اللولب النحاسي، كما أنني راجعت عدداً كبيراً من الأطباء المتخصصين بأمراض النساء والولادة، الذين اتفقوا على عدم الجزم بسبب ذلك، فصعوبة بيان حقيقة الدم الذي يصيب النساء ليس مقصوراً على الفقهاء، بل أن كثيراً من الأطباء يعانون من نفس المشكلة، ولم يستطيعوا الوصول إلى حقيقة هذا الدم .

الراجع:

من خلال استطلاع أقوال العلماء ومن خلال عرض المسألة طبياً، فإنني أرى أن قول شيخ الإسلام ابن تيمية أسلم وهو الذي تسكن إليه النفس، وهو أن: «الأصل في كل ما يخرج من الرحم أنه حيض حتى يقوم دليل على أنه استحاضة؛ لأن ذلك هو الدم الأصلي الجبلي وهو دم ترخيه الرحم ودم الفساد دم عرق ينفجر ؛ وذلك كالمرض، والأصل الصحة لا المرض. فمتى رأت المرأة الدم جار من رحمها فهو حيض تترك لأجله الصلاة. ومن قال إنها تغتسل عقيب يوم وليلة فهو قول مخالف للمعلوم من السنة واجماع السلف ؛ فإننا نعلم أن النساء كن يحضن على عهد النبي ﷺ وكل امرأة تكون في أول أمرها مبتدأة قد ابتدأها الحيض، ومع هذا فلم يأمر النبي ﷺ واحدة منهن بالاغتسال عقب يوم وليلة، ولو كان ذلك منقولاً لكان ذلك حداً لأقل الحيض، والنبي ﷺ لم يحد أقل الحيض باتفاق أهل الحديث^(٢).

(1) Side Effects From The Copper IUD: Do They Decrease Over Time? Contraception. Hubacher D. Chen PL. Park S. 2009 May; 79 (5): 356-362.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٣٨/١٩ .

وقد قال ابن تيمية رحمه الله تعالى: « ولا يتقدر أقل الحيض، ولا أكثره، بل كل ما استقر عادة للمرأة فهو حيض، وإن نقص عن يوم، أو زاد على الخمسة أو السبعة عشر .

والمبتدأة تحسب ما تراه من الدم ما لم تصر مستحاضة، وكذلك المرأة المنتقلة إذا تغيرت عاداتها بزيادة أو نقص أو انتقال فذلك حيض، حتى يعلم أنه استحاضة باستمرار الدم، فإنها كالمبتدأة . والمستحاضة ترد إلى عاداتها ثم إلى تمييزها، ثم إلى غالب عادات النساء، كما جاء في كل واحدة من هؤلاء سنة عن النبي ﷺ، وقد أخذ الإمام أحمد بالسنن الثلاث^(١).

يقول الشيخ السعدي: «أن المرأة إذا رأت الدم جلست فلم تصل ولم تصم وإذا رأت الطهر البين تطهرت واغتسلت وصلت، سواء تقدمت عاداتها أو تأخرت وسواء زادت مثل أن تكون عاداتها خمسة أيام وترى الدم سبعة فإنها تنتقل إليها من غير تكرار، وهذا الذي عليه نساء الصحابة والتابعين من بعدهم حتى الذي أدركنا من مشايخنا لا يفتون إلا به، لأن القول الذي ذكروا لا تنتقل إلا بتكراره ثلاثا قولاً لا دليل عليه وهو مخالف للدليل»^(٢).

قال تعالى: « وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَدْنَىٰ » [سورة البقرة ٢٢٢] فإذا وجد الأذى وجد الحيض مهما كان زمنه لأن العلة تدور مع الحكم وجوداً وعدمًا، قال النووي: لا حد لأقل الحيض، بل العبرة بالوجود، فمتى وجد الأذى وجد الحيض^(٣).

(١) الاختيارات الفقهية ص ٢٨ . والسنن الثلاث هي: حديث أم سلمة، وفاطمة بنت حبيش، وحمنة بنت جحش.

(٢) فقه السعدي، تحقيق: الدكتور عبدالله الطيار وأبالخيل، ط/ الأولى، ٣٣٨/١.

(٣) المجموع ٢/ ٤٠٧ .

كما أن هذا القول يتمشى مع أحكام الشريعة ومبادئها العامة، فمدة الحيض تتعلق بها أحكاما هامة كالصلاة وهي من أعظم العبادات، والصيام، ويتعلق بها وطء الزوج لزوجته وخروج المرأة من عدتها، فالحاجة بل الضرورة داعية إلى بيان المدة، ولما وسع النبي ﷺ تأخير بيانها لعموم البلوى به، وكثير من النساء يحتجن إلى بيان ذلك في كل وقت .

هذا خلاصة جهدي بذلته في محاولة التعرف على مسائل وتفصيلات موضوع بحثي عبر ما دونه الفقهاء -رحمهم الله تعالى- في كتبهم من اجتهادات تحدث عنها فقهاؤنا بعقلية فريدة وبينوها بيانا كافيا وافيا بحسب ما كان متاحا في زمانهم، وما سطره الأطباء من علوم تخصص موضوعي ولكن الكمال لله تعالى، والبشر كلهم يؤخذ منه ويرد عليه إلا المعصوم سيد الخلق ﷺ فإن أصبت فبتوفيق من الله المنان، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان، وحسبي أن عشت في رحاب الشريعة الزاخر بأراء فاضت بها عقول فقهاءنا أجلت كل غامض بنظر ثاقب وفهم سديد، لا تخلو من قيمة علمية وفوائد جلية، رحمهم الله تعالى ورفع منزلتهم في عليين .

الخاتمة

بعد الإنتهاء من البحث، فإن أهم النتائج التي توصلت لها هي:

١- عظمة هذا التشريع بإحاطته وشموله، واستيعابه لتفاصيل ودقائق المشكلات والحلول للمستجدات والنوازل، وصلاحيه التشريعه لكل تطور، وقدرتها على معالجة كل مسألة معاصرة.

٢- الحيض: هو الدم الذي ينفسه رحم المرأة بصورة دورية كل شهر قمري غالباً، خلال فترة نشاطها الجنسي التي تمتد من البلوغ إلى سن اليأس، ولهذا يسمى الحيض أيضا الدورة الشهرية .

٣-الاستحاضة: سيلان الدم من المرأة في غير أوقاته المعتادة، فهو دم غير دم الحيض الذي يعاود المرأة مرة واحدة في كل شهر قمري، وهو أيضا غير دم النفاس الذي تراه المرأة بعد الولادة .

٤-من الطبيعي أن تكون الدورة الشهرية غير منتظمة في بداية البلوغ، لكن بعد مضي ٢-٣ سنوات تبدأ بالانتظام . فإن غالب النساء تكون فترة الحيض لديهن من ٤-٧ ايام وممكن أن تواجه المرأة عدة تغيرات في الدورة الشهرية منها: عدم الحيض لمدة شهرين أو أكثر، حيضاً غزيراً أو خفيفاً جداً، أو حيضاً يستمر لأكثر من سبعة أيام، نزيفاً أو تنقيطاً بين الحيضين أو بعد الجماع أو بعد سن اليأس، والعديد من المشاكل الاخرى .

٥- لا يتقدر أقل الحيض، ولا أكثره، بل كل ما استقر عادة للمرأة فهو حيض، وإن نقص عن يوم، أو زاد على الخمسة أو السبعة عشر حتى يعلم أنه استحاضة باستمرار الدم، فترد إلى عاداتها ثم إلى تمييزها، ثم إلى غالب عادات النساء .

٦- لم يتوصل الأطباء إلى حقيقة الدم الذي تراه النساء بعد وضع اللولب النحاسي، فكان الأسلم والأحوط رأي ابن تيمية، فذلك حيض، حتى يعلم أنه استحاضة باستمرار الدم، والمستحاضة ترد إلى عاداتها ثم إلى تمييزها، ثم إلى غالب عادات النساء .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المراجع

القرآن الكريم

- ١- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، (١٣٦٩هـ-١٩٥٠م)، اختيار علي بن محمد البعلي، تحقيق: محمد الفقي، ط/ الأولى، مصر: مطبعة السنة المحمدية.
- ٢- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م)، محمد الألباني، ط/ الثانية، المكتب الإسلامي.
- ٣- الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، بيروت: دار المعرفة .
- ٤- البحر الرائق زين الدين بن نجيم الحنفي، ط/ الثانية، دار الكتاب العربي .
- ٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (١٤١٧هـ-١٩٩٧م)، علاء الدين أبي بكر الكاساني، تحقيق: تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش ط/ الأولى . بيروت: دار إحياء التراث العربي _ مؤسسة التاريخ العربي.
- ٦- التاريخ الكبير، ط١٩٨٦م، للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، دار الفكر
- ٧- تبيين الحقائق عثمان بن علي الزيلعي، ط/ الثانية، دار الكتاب العربي.
- ٨- جامع الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، بإشراف: صالح بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ (الرياض: دار السلام للنشر).
- ٩- حاشية الخرشبي (١٤١٧هـ-١٩٩٧م)، محمد بن عبدالله على مختصر خليل بن إسحاق المالكي مع حاشية الشيخ. علي بن أحمد العدوي، ضبط زكريا عميرات، ط/ الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية .
- ١٠- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي وبهامشه الشرح الكبير مع تقارير محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية.
- ١١- الذخيرة (١٩٩٤) أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق محمد حجي، ط/ الأولى، بيروت: دار الغرب الإسلامي.

- ١٢- روضة الطالبين (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م)، يحيى بن شرف النووي ومعه المنهاج السوي في ترجمة الإمام النووي، ومنتقى الينبوع لجلال الدين السيوطي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ط/ الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية .
- ١٣- سنن ابن ماجه محمد بن يزيد القزويني، إشراف: صالح بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ (الرياض: دار السلام للنشر) .
- ١٤- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، إشراف: صالح بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ (الرياض: دار السلام للنشر).
- ١٥- سنن الدارقطني (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م) الإمام علي بن عمر الدارقطني، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ط/ الأولى، بيروت: دار المعرفة
- ١٦- سنن النسائي الصغرى، أحمد بن شعيب النسائي، إشراف: صالح بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ (الرياض: دار السلام للنشر).
- ١٧- فقه الإمام أبي ثور، (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م) سعدي حسين علي جبر، ط/ الأولى، دار الفرقان - مؤسسة الرسالة .
- ١٨- شرح الزرقاني (١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م)، عبد الباقي يوسف الزرقاني على مختصر خليل بن إسحاق المالكي ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني وهو حاشية محمد بن الحسن بن مسعود البناني، ضبط: عبدالسلام محمد أمين، ط/ الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية .
- ١٩- شرح فتح القدير، محمد بن عبد الواحد، ط/ الثانية، دار الفكر .
- ٢٠- الشرح الممتع على زاد المستنقع (١٤٢٢هـ)، محمد بن صالح العثيمين ط/ الأولى، السعودية: دار ابن الجوزي
- ٢١- شرح منح الجليل على مختصر خليل، محمد عليش .
- ٢٢- شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، دار الفكر
- ٢٣- شرح المنهاج زكريا الأنصاري - مطبوع بهامش حاشية الجمل - دار الفكر .
- ٢٤- صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبة البخاري بإشراف: صالح بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ (الرياض: دار السلام للنشر).

- ٢٥- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، كتاب الحيض، باب المستحاضة وغسلها وصلاتها، رقم الحديث (٧٥٣)، بإشراف: صالح بن عبد العزيز بن محمد آل الشيخ (الرياض: دار السلام للنشر) .
- ٢٦- غريب الحديث (١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م)، لأبي عبيد القاسم بن سلام الهروي، بيروت: دار الكتاب العربي.
- ٢٧- الفروع (١٤٠٢هـ)، محمد بن مفلح، ط/ الثالثة، عالم الكتب .
- ٢٨- فقه السعدي، تحقيق: الدكتور عبدالله الطيار وأبالخيل، ط/ الأولى.
- ٢٩- الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، لأحمد بن غنيم النفراوي، بيروت: المكتبة الثقافية .
- ٣٠- القرار المكين (١٩٨٥ م)، الدكتور مأمون شقفة، مطبعة دبي.
- ٣١- الكافي في فقه أهل المدينة (١٤١٣هـ - ١٩٩٢م) يوسف بن عبدالله بن عبد البر النمري، ط/ الثانية، بيروت: دار الكتب العلمية .
- ٣٢- كشف القناع على متن الإقناع، (١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م) منصور بن يونس البهوتي، تعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال، بيروت: دار الفكر.
- ٣٣- لسان العرب: لأبي الفضل جمال الدين ابن منظور، بيروت: دار صادر .
- ٣٤- المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن مفلح، بيروت: المكتب الإسلامي .
- ٣٥- المبسوط (١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م)، شمس الدين السرخسي، ط/ الثالثة، بيروت: دار المعرفة .
- ٣٦- المجموع، أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، جدة: مكتبة الإرشاد .
- ٣٧- مجموعة رسائل ابن عابدين، (١٣٢٥هـ)، محمد أمين بن عابدين، دمشق: المكتبة الهاشمية، دار سعادات.
- ٣٨- مجموع الفتاوى (١٣٩٨هـ) لابن تيمية، جمع: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم .

- ٣٩- مسند الإمام أحمد (١٤٠٥هـ)، ط/ الخامسة، المكتب الإسلامي
- ٤٠- مسند الإمام الشافعي (١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م)، تحقيق: محمد أنس مصطفى الخن، ط/ الأولى: دمشق: دار الرسالة العالمية .
- ٤١- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، بيروت: المكتبة العلمية .
- ٤٢- معرفة السنن والآثار، (١٤١١هـ)، للإمام البيهقي، دار الوعي .
- ٤٣- المغني، عبدالله بن أحمد بن قدامة، تصحيح: محمد خليل هراس، مكتبة ابن تيمية .
- ٤٤- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م)، أحمد الخطيب الشربيني، دراسة: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت دار الكتب العلمية.
- ٤٥- المقنع (١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م)، عبدالله بن أحمد بن قدامة، ومعه الشرح الكبير لعبدالرحمن بن محمد بن قدامة، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف علي بن سليمان المرادوي، تحقيق: الدكتور عبدالله بن عبد المحسن التركي، عبدالفتاح محمد الحلو، الرياض: دار عالم الكتب.
- ٤٦- الممتع شرح المقنع، المنجي بن عثمان التتوخي، ط/ الأولى.
- ٤٧- الموسوعة الفقهية الطبية (١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م)، الدكتور أحمد محمد كنعان، دار النفائس - بيروت ط/ الأولى.
- ٤٨- موطأ الإمام مالك (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م) رواية يحيى بن يحيى الليثي، إعداد أحمد راتب عرموش، ط/ الحادية عشرة، بيروت: دار النفائس.
- ٤٩- نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزيلعي، طبعة المجلس العلمي، كراتشي: باكستان .

المواقع الإلكترونية:

- <https://www.plannedparenthood.org/learn/health-and-wellness/menstruation/how-do-i-know-if-my-menstrual-cycle-normal>
- [ar.m.wikipedia.org /wiki/-](https://ar.m.wikipedia.org/wiki/)
- <https://www.webteb.com/woman-health/diseases/>
- <https://kidshealth.org/en/teens/menstruation.html>

المراجع الإنكليزية:

–Winner, B; Peipart, JF; Zhao, Q; Buckel, C; Madden, T; Allsworth, JE; Secura, GM. (2012). Effectiveness of Long-Acting Reversible Contraception. New England Journal of Medicine.

–Manual of Clinical Problems in Obstetrics and Gynecology by Michel E. Rivlin, Rick W. Martin, 2000, USA, LIPPINCOTT WILLIAMS & WILKINS.

–World Health Organization Selected Practice Recommendations for Contraceptive Use. 2nd Edition. Centers for Disease Control and Prevention; 2013. Available From: cdc.gov

Manual of Clinical Problems in Obstetrics and Gynecology. –

–Hubacher D, Chen PL, Park S. Side effects from the copper IUD: do they decrease over time? Contraception. 2009.

–Makarainen L, Ylikorkala O. Ibuprofen prevents IUCD-Induced increases in menstrual blood loss. Br J Obstet Gynaecol 1986.

–Side Effects From The Copper IUD: Do They Decrease Over Time? Contraception. Hubacher D, Chen PL, Park S. 2009.

Centres for disease control and prevention. U.S Selected Practice Recommendations for Contraceptive Use. 2016. Morbidity and Mortality Weekly Report. 2016;65(4):7-14

حوكمة الشركات الوقفية

دراسة

فقهيّة تطبيقيّة تأصيليّة^(١)

إعداد

د/سوزان زهير السمان

مدرس بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية

قسم الفقه وأصوله - جامعة الكويت

(١) بحث مدعوم من إدارة الأبحاث بجامعة الكويت - رقم (19)/HJ01.

ملخص البحث:

سوزان زهير السمان

قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت،
الكويت، دولة الكويت

ايميل الباحث: dr.suzan1@hotmail.com

موضوع البحث:

يقدم هذا البحث دراسة فقهية تأصيلية لموضوع حوكمة الشركات الوقفية؛ حيث إن تطبيق الحوكمة على الشركات الوقفية يؤدي إلى ارتفاع مستوى الإنتاجية والربح، ويساعد على التوصل إلى النتائج المرجوة، كما أن دراسة الحوكمة تعتبر مدخلاً لتطوير الشركة الوقفية، وقد تناولت حقيقة الشركة الوقفية، وأركانها، ومشروعيتها؛ من خلال توضيح مشروعية وقف النقود، ومشروعية استثمار الوقف في الفصل الأول، ثم تناولت في الفصل الثاني حوكمة الشركات الوقفية مفهومها، وأهميتها، وأهدافها، وموقف الشريعة منها، ومدى توافقها مع الشركة الوقفية، وبيّنت الحوكمة من خلال تطبيق الأصول المحاسبية على موجودات الشركة الوقفية، وخصائصها، وآليات تطبيقها.

الهدف من البحث:

يهدف هذا البحث إلى التالي:

١- تطبيق الحوكمة على الشركة الوقفية؛ مما يؤدي إلى ارتفاع مستوى الإنتاجية والربحية.

٢- دراسة الحوكمة كمدخل لتطوير الشركة الوقفية.

المنهج المتبع:

إن منهجي في هذا البحث هو المنهج الاستقرائي لكتب ومقالات وبحوث ودراسات الفقه والفقهاء المقارن، وغيرها مما يتعلق بموضوع البحث، إضافة إلى المنهج التحليلي والاستنباطي؛ لأن الدراسة تتطلب ذلك.

النتائج:

وتوصلت إلى نتائج أهمها:

- ١- أن حوكمة الشركات الوقفية يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها السامية؛ لما في ذلك من حفظ الحقوق، وإتقان العمل.
- ٢- أن أساس الحوكمة في الشريعة الإسلامية مجموعة مبادئ ضمن أحكام المعاملات المالية، كما يمكن تأصيل حوكمة الشركات الوقفية من الناحية الشرعية، من خلال ربطها بنظام الحسبة المقرر ضمن أحكام الشريعة الإسلامية.
- ٣- الحوكمة تحقق مقاصد الشريعة الإسلامية في الحفاظ على المال.

التوصيات:

من أهم التوصيات:

- ١- البحث على البحث في موضوع حوكمة الشركات الوقفية، والوصول إلى نتائج علمية متقدمة في هذا المضمار.
- ٢- الاهتمام بالجانب الإعلامي بوسائله المختلفة، وإعداد برامج تدريبية لنشر مفهوم الحوكمة في المجتمع.

الكلمات المشهورة في البحث: الحوكمة، الشركة الوقفية، الوقف، الربح.

Suzan Zuhair Al-Samman

Research Title

**The Governance of the Endowment Companies
A Jurisprudential Applied Fundamental Study¹**

(1) Research supported by the Research Department at Kuwait University - No. (HJ01 19/).

:Abstract

Susan Zuhair Al-Samman

Department of Jurisprudence and its Principles, College of Sharia and Islamic Studies, Kuwait University, Kuwait, State of Kuwait

Email: dr.suzan1@hotmail.com

:Research topic

This research provides a jurisprudential fundamental study on the topic of the governance of endowment companies, as it leads to a high level of productivity and profit. I discussed the reality of the endowment company, its pillars and legitimacy in the first chapter. Then, in the second chapter, I discussed the governance of endowment companies in terms of its concept, importance, objectives, and its compliance with Sharia, and I clarified governance through applying accountancy rules on the assets of the endowment company

:Research Purpose

:This research aims to

Applying companies governance to the endowment company, 1-
.which leads to higher levels of productivity and profitability

The study of companies governance as a beginning for the devel- 2-
.opment of the endowment company

:Approach

In this study, I followed the inductive approach of literature related to the research topic, in addition to the analytical and deductive ap-
.proach

:Conclusions

:Main results achieved by the study

The governance of the endowment companies conforms to the 1-
.provisions of Islamic Sharia and its principles

The basis of governance in Islamic Sharia is a set of principles 2-
.within the provisions of financial dealings

Governance fulfills the purposes of Islamic Sharia to preserve 3-
.money

:Recommendations

:Main recommendations

Encouraging conducting research on the subject of the governance 1-
.of the endowment companies

Highlighting the media by its various means, and preparing training 2-
.programs to spread the concept of governance in society

.Key words: Governance, Endowment Company, Endowment, Profit

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه
ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

ملخص البحث:

جاء هذا البحث بعنوان: حوكمة الشركات الوقفية دراسة فقهية تطبيقية
تأصيلية^(١)

اعداد: سوزان زهير السمان المدرس بقسم الفقه وأصوله في كلية الشريعة
والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، الكويت، دولة الكويت.

ايميل الباحث: dr.suzan1@hotmail.com

يقدم هذا البحث دراسة فقهية تأصيلية لموضوع حوكمة الشركات الوقفية، إن
تطبيق الحوكمة على الشركات الوقفية يؤدي إلى ارتفاع مستوى الانتاجية والربح،
ويساعد على التوصل إلى النتائج المرجوة، كما أن دراسة الحوكمة يعتبر مدخل
لتطوير الشركة الوقفية، وقد تناولت حقيقة الشركة الوقفية وأركانها ومشروعيتها
من خلال توضيح مشروعية وقف النقود، ومشروعية استثمار الوقف في الفصل
الأول، ثم تناولت في الفصل الثاني حوكمة الشركات الوقفية، مفهومها وأهميتها،
وأهدافها، وموقف الشريعة منها، ومدى توافقها مع الشركة الوقفية، وبينت الحوكمة
من خلال تطبيق الأصول المحاسبية على موجودات الشركة الوقفية، وخصائصها
وآليات تطبيقها، وذلك وفق منهج استقرائي للكاتب والمقالات والبحوث إضافة إلى
المنهج التحليلي والاستنباطي، وتوصلت إلى نتائج أهمها أن حوكمة الشركات
الوقفية يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها السامية لما في ذلك من
(١) بحث مدعوم من إدارة الأبحاث بجامعة الكويت-رقم(١٩/٠١/١٩٠١).

حفظ الحقوق، وإتقان العمل، وتحقيق النتائج المرجوة من الشركة الوقفية ، وأن أساس الحوكمة في الشريعة الإسلامية مجموعة مبادئ ضمن أحكام المعاملات المالية، كما يمكن تأصيل حوكمة الشركات الوقفية من الناحية الشرعية، من خلال ربطها بنظام الحسبة المقرر ضمن أحكام الشريعة الإسلامية، لما بينهما من توافق في العمل الرقابي التوجيهي للمجتمع، كما أنني وضعت عدة توصيات من أهمها العمل على استمرار وتنمية التأصيل للجوانب الفكرية لحوكمة الشركات الوقفية، حتى نحصل على صورة متكاملة لحوكمة الشركات الوقفية.

الكلمات المفتاحية: الحوكمة، الشركة الوقفية، الوقف، الربح.

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه
ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين

١- التعريف بالبحث

يقدم هذا البحث دراسة فقهية تأصيلية لموضوع حوكمة الشركات الوقفية، ونظراً للاهتمام الكبير في قضايا الوقف وانعقاد المؤتمرات والندوات بهذا الشأن ومن ضمنها منتدى قضايا الوقف الفقهية الثامن، في الموضوع التالي (تمويل الأوقاف عن طريق الاكتتاب العام، الشركة الوقفية) ونظراً إلى تعدد الجهات في الشركة الوقفية من موقوف وواقف وموقوف عليهم والجهة المنظمة للشركة والإدارة التنفيذية للمشروع، الأمر الذي يستوجب ضرورة توظيف مبادئ وأسس الحوكمة في سبيل تحسين أداء الشركة الوقفية لتحقيق الأهداف المناطة بها، وترتيب العلاقة فيما بينها وتفعيل أدوات الحوكمة من رقابة وتحكم في الشركة الوقفية وفق

مبادئ وأسس واضحة هدفها الرقي بالأداء وتحقيق الشفافية وتحمل المسؤولية لجميع المشاركين في هذه الشركة.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى التالي:

١- تطبيق الحوكمة على الشركة الوقفية؛ مما يؤدي إلى ارتفاع مستوى الإنتاجية والربحية.

٢- دراسة الحوكمة كمدخل لتطوير الشركة الوقفية.

أهمية البحث:

تبرز أهمية الموضوع من:

١- تزايد الاهتمام بكلّ من الشركة الوقفية والحوكمة، وكونهما من المفاهيم الحديثة، مما يساهم في تطوير صيغ الأوقاف، وتوسيع نطاقها، وتحقيق معاني الحوكمة المنشودة.

٢- أن موضوع حوكمة الشركة الوقفية يؤدي إلى تحقيق قدر كبير من الشفافية والعدالة، وحماية مصالح جميع أصحاب العلاقة بالشركة الوقفية.

٣- تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ الأموال، وذلك بمحاربة الفساد الإداري والمالي، واستغلال المناصب لتحقيق المصالح الشخصية.

منهج البحث:

إن منهجي في هذا البحث هو المنهج الاستقرائي لكتب ومقالات وبحوث ودراسات الفقه والفقهاء المقارن، وغيرها مما يتعلق بموضوع البحث، إضافة إلى

المنهج التحليلي والاستنباطي؛ لأن الدراسة تتطلب ذلك، وسأعرضه من خلال ما يلي:

- الحرص على تصوير المسائل المراد بحثها قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من دراستها.

- إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف؛ فإني أتبع في صياغتها التالي:

- تحرير محل النزاع، فأذكر محل الاتفاق في المسألة ومحل الخلاف، وأحاول استقراء أسباب الخلاف.

- ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قالها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف بحسب الاتجاهات الفقهية.

- الاقتصار على المذاهب الفقهية الأربعة، وتوثيق الأقوال من كتب المذهب نفسه.

- التركيز على موضوع البحث، وتجنب الاستطراد ما لم تعرض الحاجة لهذا الاستطراد.

- ترقيم الآيات المستشهد بها مع ذكر السورة، وتخريج الأحاديث من مظانها المعتمدة.

الدراسات السابقة:

هناك الكثير من الدراسات الفقهية حول موضوع الوقف، سواء بالبحوث أو الدراسات أو الكتب المتخصصة قديماً وحديثاً. كما أن هناك الكثير من الدراسات العلمية المتعلقة بالشركات في ثنايا المكتبة.

هذا من جانب، ومن جانب آخر نلاحظ في الآونة الأخيرة انتشار الحديث حول الحوكمة عمومًا، وحوكمة الشركات بشكل خاص، لكن من خلال البحث لم أقف على أحد تناول موضوع حوكمة الشركات الوقفية، وسأذكر بعض الكتب التي تناولت جانبًا من جوانب البحث:

١- الشركات الوقفية من خلال نظام الشركات السعودي، خالد بن عبد الرحمن المهنا.

٢- الوقف.. فقهه وأنواعه، د. علي المحمدي، ص ١٦٣، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر الأول للأوقاف بجامعة أم القرى.

٣- مفهوم نظام حوكمة شركات المساهمة، النظرة القانونية مقارنة بالشرعية الإسلامية.

وقد أضاف البحث إلى الدراسات السابقة ما يلي:

١- الربط بين موضوعين حديثين هما: نظام الحوكمة والشركة الوقفية.

٢- توضيح أهمية وأهداف حوكمة الشركة الوقفية.

٣- تبين خصائص حوكمة الشركة الوقفية.

٤- تصوّر الحوكمة من خلال تطبيق الأصول المحاسبية على موجودات الشركة الوقفية، وخصائصها، وآليات تطبيقها.

حدود البحث:

إن موضوع حوكمة الشركات الوقفية لا يقتصر على دولة الكويت، بل يتعداها إلى جميع الدول الإسلامية منها خاصة، وغير الإسلامية التي يسكنها أقليات

مسلمة، ولا يختص موضوع البحث بزماننا الحاضر، بل هو عبارة عن رسم الخطوط الأولى للمستقبل بمزيد من البحث والتطبيق والتجديد لحوكمة الشركات الوقفية، باعتبار أن الفقه الإسلامي من خصائصه أنه صالح لكل زمان ومكان.

مشكلة البحث:

انتشرت في الآونة الأخيرة قضية الحوكمة ومالها من أثر واضح في دفع عجلة التطور والانتاج لما تتضمنه من أسس قوية، ونظرا لتعدد الأطراف في الشركة الوقفية؛ فإن إشكالية البحث تكمن في تعارض المصالح في الإدارة وما يشوب ذلك من عدم الشفافية والعدالة والوضوح والفساد المتوقع. فهناك حاجة ماسة لتطبيق الحوكمة على الشركات الوقفية، باعتبارها الإطار الصحيح لتطوير أداء الشركات الوقفية، وتحقيقها للأهداف المنوطة بها.

وتحاول هذه الدراسة أن تجيب على السؤال الرئيس التالي:

هل من الممكن القضاء على تعارض المصالح وعدم الشفافية والعدالة والوضوح الناشيء من تعدد الجهات المتعارضة في الإدارة من خلال حوكمة الشركة الوقفية؟

خطة البحث

الفصل الأول: في الشركة الوقفية حقيقتها، وأركانها، ومشروعيتها.

المبحث الأول: حقيقة الشركة الوقفية.

المطلب الأول: تعريف شركة الوقف باعتبارها مُركَّبًا إضافيًا.

الفرع الأول: تعريف الشركة لغة واصطلاحًا.

الفرع الثاني: تعريف الوقف.

المطلب الثاني: تعريف الشركة الوقفية باعتبارها وصفًا مركبًا.

المبحث الثاني: أركان الشركة الوقفية ومشروعيتها.

المطلب الأول: أركان الشركة الوقفية.

المطلب الثاني: مشروعية الشركة الوقفية.

الفرع الأول: مشروعية وقف النقود.

الفرع الثاني: مشروعية استثمار الوقف.

الفصل الثاني: في حوكمة الشركات الوقفية.

المبحث الأول: مفهوم حوكمة الشركات الوقفية وأهميتها.

المطلب الأول: تعريف الحوكمة لغة واصطلاحًا.

الفرع الأول: تعريف الحوكمة لغة.

الفرع الثاني: تعريف الحوكمة اصطلاحًا.

الفرع الثالث: تعريف حوكمة الشركات الوقفية.

المطلب الثاني: أهمية حوكمة الشركات الوقفية.

المبحث الثاني: الأسس الشرعية لحوكمة الشركات الوقفية، وموقف الشريعة

الإسلامية منها، ومدى توافقها معها.

المطلب الأول: الأسس الشرعية لحوكمة الشركات الوقفية.

المطلب الثاني: المستند الشرعي لحوكمة الشركة الوقفية.

المطلب الثالث: مدى توافق الحوكمة مع الشركات الوقفية.

المبحث الثالث: الحوكمة من خلال تطبيق الأصول المحاسبية على موجودات الشركة الوقفية، وخصائصها، وآليات تطبيقها.

المطلب الأول: الحوكمة من خلال تطبيق الأصول المحاسبية على موجودات الشركة الوقفية.

المطلب الثاني: خصائص حوكمة الشركة الوقفية.

المطلب الثالث: آليات تطبيق الحوكمة في الشركة الوقفية.

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

الفصل الأول

الشركة الوقفية.. حقيقتها وأركانها ومشروعيتها

المبحث الأول: حقيقة الشركة الوقفية

المطلب الأول: تعريف شركة الوقف باعتبارها مركبًا إضافيًا

الفرع الأول: تعريف الشركة

تعريف الشركة لغة

الشركة أصلها من شرك؛ الشين والراء والكاف أصلان: أحدهما يدل على مقارنة وخلاف انفراد، والآخر يدل على امتداد واستقامة، فالأول للشركة، وهو أن يكون الشيء بين اثنين لا يتفرد به أحدهما، ويقال: شاركت فلانًا في الشيء إذا صرثُ شريكه، وأشركت فلانًا إذا جعلته شريكًا لك^(١).

تعريف الشركة اصطلاحًا: عرفها الفقهاء بكثير من التعاريف؛ منها: الاجتماع في استحقاق أو تصرف^(٢).

فالاجتماع في استحقاق يشمل شركة الإباحة وشركة الملك.

والاجتماع في التصرف يتضمن شركة العقد بجميع أنواعها، إلا شركة المضاربة إذا سميها شركة؛ لأن التصرف في المضاربة أي القراض لا يكون إلا للعامل، أي المضارب، ولا يشترك فيه رب المال^(٣).

(١) ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، القزويني الرازي أبو الحسين، ٣٢٦٥، معجم مقاييس اللغة، دمشق، دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

(٢) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م، ٣/٥.

(٣) عتيقي، محمد عبيد الله، عقود الشركات.. دراسة فقهية مقارنة مع موجز في القانون الكويتي، الكويت، ابن كثير، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.

أقسام الشركة:

الشركة قسمان:

شركة أملاك: وهي الشركات الإجبارية في القوانين الوضعية، وشركة عقود، وهي الشركات الاختيارية في القوانين.

شركة الأملاك: هي أن يملك شخصان فأكثر عيناً من غير عقد الشركة، وهي نوعان:

١ - شركة اختيار: وهي التي تنشأ بفعل الشريكين، مثل أن يشتري شيئاً أو يوهب لهما شيء أو يوصى لهما بشيء، فيقبلا، فيصير المشتري والموهوب والموصى به مشتركاً بينهما شركة ملك.

٢ - شركة جبر: وهي التي تثبت لشخصين فأكثر بغير فعلهما، كأن يرث اثنان شيئاً، فيكون الموروث مشتركاً بينهما شركة ملك.

شركة العقود: هي عبارة عن العقد الواقع بين اثنين فأكثر للاشتراك في مال وربحه، وهو تعريف الحنفية السابق. وهي أنواع خمسة عند الحنابلة: شركة العنان، وشركة المفاوضة، وشركة الأبدان، وشركة الوجوه، والمضاربة. وقسمها الحنفية إلى ستة أنواع: وهي شركة الأموال، وشركة الأعمال، وشركة الوجوه. وكل نوع من هذه الأنواع إما مفاوضة وإما عنان. وفي الجملة فإن الشركة عند فقهاء الأمصار ومنهم المالكية والشافعية أربعة أنواع: شركة العنان، وشركة المفاوضة، وشركة الأبدان، وشركة الوجوه.

واتفق العلماء على أن شركة العنان جائزة صحيحة^(١). وهذا الذي يهمننا هنا

(١) وأما الأنواع الأخرى فقد اختلفوا في مشروعيتها، الزحيلي، وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سورية، دمشق ط٤، ٣٨٧٨/٥.

حيث أن الشركة الوقفية تعتبر من الشركات المساهمة، وهذه الشركة جائزة شرعاً؛ لأنها شركة عنان، لقيامها على أساس التراضي، وكون مجلس الإدارة متصرفاً في أمور الشركة بالوكالة عن الشركاء المساهمين، ولا مانع من تعدد الشركاء، واقتصار مسؤولية الشريك على أسهمه المالية مشابهة لمسؤولية رب المال في شركة المضاربة. ودوام الشركة أو استمرارها سائغ بسبب اتفاق الشركاء عليه، والمسلمون على شروطهم فيما هو حلال. وإصدار الأسهم أمر جائز شرعاً^(١).

الفرع الثاني: تعريف الوقف

تعريف الوقف لغة:

وَقَفَّ الْأَرْضَ عَلَى الْمَسَاكِينِ، وَفِي الصَّاحِحِ لِلْمَسَاكِينِ، وَقَفًّا: حَبَسَهَا، وَوَقَفْتُ الدَّابَّةَ وَالْأَرْضَ وَكُلَّ شَيْءٍ، فَأَمَا أَوْقَفَ فِي جَمِيعِ مَا تَقَدَّمَ مِنَ الدَّوَابِّ وَالْأَرْضِينَ وَغَيْرَهُمَا؛ فَهِيَ لُغَةٌ رَدِيئَةٌ^(٢).

تعريف الوقف اصطلاحاً:

عرفه الفقهاء بعدة تعريفات؛ منها:

عند الحنفية: عرفه شمس الأئمة السرخسي بأنه: «حبس المملوك عن التمليك من الغير، وسببه إرادة محبوب النفس في الدنيا بَبَرِّ الأَحْبَابِ، وَفِي الآخِرَةِ بِالتَّقَرُّبِ إِلَى رَبِّ الأَرْبَابِ - جَل وَعَز»^(٣).

وصورته: أن يوصي بغلّة هذه الدار للمساكين أبداً، أو لفلان، وبعده للمساكين أبداً، فإن هذه الدار تصير وقفاً بالضرورة^(٤).

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٣٩٧٥/٥.

(٢) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين (المتوفى: ٧١١هـ)، لسان العرب، دار صادر - بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ، باب الفاء، فصل الواو، ٣٥٩/٩.

(٣) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (المتوفى: ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط٢، بدون تاريخ، ٢٠٢/٥.

(٤) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (المتوفى: ٨٦١هـ)، فتح القدير، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ٢٠٣/٦.

وعند المالكية: عرّف ابن عرفة حقيقته العرفية فقال: «الوقف مصدرًا: عطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرًا، فيخرج عطية الذوات والعارية والعُمري ... واسمًا: ما أُعطيت منفعته مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرًا»^(١).

وعرفه الشافعية بأنه: «حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود»^(٢).

وعرفه الحنابلة بأنه: «تحبس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به، مع بقاء عينه، بقطع تصرف الواقف في رقبته، يصرف ريعه إلى جهة برّ تقريبًا إلى الله تعالى»^(٣).

مما سبق يتضح التباين في التعاريف وذلك بناء على اختلافهم في لزوم الوقف وجوازه ، وأرى أن تعريف المالكية هو الأرجح وذلك لأنه متى تم الوقف فإنه يمنع على الواقف التصرف في العين الموقوفة، بالتصرفات الناقلة للملكية مع إلزامية التصديق بالمنفعة مع بقاء العين على ملك الواقف، كما لا يجوز له الرجوع فيه .

المطلب الثاني: تعريف الشركة الوقفية باعتبارها وصفًا مركبًا

في ضوء ما سبق، وبعد الاطلاع على تعريفات الفقهاء في مصطلحي «الشركة» و«الوقف»، تتوعد تعريفات الفقهاء المعاصرين للشركة الوقفية، وسأذكر بعضًا منها:

(١) المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله ، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط ١ ، ٦٢٦/٧ .

(٢) الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي ٤٥٧/٢ .

(٣) موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا (المتوفى: ٩٦٨هـ)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ٢/٣ .

١- عرفها بعضهم بأنها: «اجتماع أصول وقفية وإدارتها بهدف الاتجار بها وفقاً للأنظمة التجارية»^(١).

أي أن الشركة تُبنى على أصول، وهذه الأصول لا بد أن تكون اثنين أو أكثر، وكلُّ أصل منها له شخصية حُكمية، وهو ما يُعبّر عنه بصكِّ الوقفية.

وصكِّ الوقفية: «الوقفية أو كتاب الوقف هو الصك الذي يكتب فيه الواقف عقد وقفه، ويبين فيه عقاراته الموقوفة، وحدودها، والجهة الموقوف عليها، وشروطه في مصارف الغلّة، وإدارة الوقف، أي التولية عليه، وغير ذلك، وبالإجمال: هي الصك الذي تُدون فيه عقارات الوقف، وعقده، وإرادة الواقف فيه استحقاقاً وتوليةً»^(٢).

وجرى العمل على توثيق صكِّ الوقفية في الجهات القضائية «المحاكم» حتى تكتسب قوة شرعية ونظامية، ولا يتخللها إشكال، وإذا كُتبت ولم توثّق في الجهات القضائية؛ فهي إقرار مكتوب^(٣).

والهدف من اجتماع الأصول الوقفية الإدارة لهذه الشركة وفقاً للمتعارف به، والاتجار بأصولها وفقاً للأعراف والأنظمة المرعية، وذلك طبقاً للأنظمة التجارية؛ حيث تكون الشركة مسجلة رسمياً، وذلك حتى يتم تطبيق الأنظمة عليها^(٤).

٢- وعرفها آخرون بأنها: «عقد من شريكين واقفين أو أكثر في رأس المال، يستهدف الربح لصالح مصرف وقفي محدد»^(٥).

(١) المهنا، خالد بن عبد الرحمن، الشركات الوقفية من خلال نظام الشركات السعودي، مشروع بحثي ممول من كرسي الشيخ راشد بن دايل لدراسات الأوقاف بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ص ١٨ الموقع الإلكتروني: <https://units.imamu.edu.sa>

(٢) الزرقا، أحكام الأوقاف، ط ١، ١٤١٨-١٩٩٨، الأردن، عمان، دار عمان، ١٢٥-١٢٦.

(٣) ينظر: الزرقا، أحكام الأوقاف، ١٢٦.

(٤) المهنا، الشركات الوقفية من خلال نظام الشركات السعودية، ص ١٩.

(٥) الصلاحيات، سامي محمد حسن، تمويل الأوقاف عن طريق الاكتتاب العام (الشركة الوقفية) أنموذجاً، ص ٩٠، منتدى قضايا الوقف الفقهي الثامن تحت شعار قضايا مستجدة وتأصيل شرعي، ٢٧-٢٩ من أبريل ٢٠١٧م، أكسفورد، المملكة المتحدة.

فهنا عقد شراكة لغرض ضمّ فيه أكثر من واقف أو متبرع، ويخرج منه «المستثمر»؛ لأن رأس المال يجب أن يكون «وَقْفًا»، والمساهم المستثمر يبحث عن تحقيق ربح لصالحه الشخصي، كما أن الربح لن يتحقق لهذه الشركة الوقفية إلا من خلال «مجال تجاري»، والربح المتحقق منها لن يُصرف إلا بناء على حصص الشركاء فيها وشروطهم للصرف على المستحقين^(١).

التعريف المختار:

الذي أختاره هو التعريف الثاني لأنه يعبر عن حقيقة الشركة الوقفية فهي عقد مشاركة في مشروع له أطراف عدة بهدف الربح لصالح الجهة الموقوف عليها، ولأنها نوع من أنواع الشركات المساهمة التي ينقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول وغرضها الربح.

(١) نفس المرجع السابق.

المبحث الثاني

أركان الشركة الوقفية ومشروعيتها

المطلب الأول: أركان الشركة الوقفية:

تتكون الشركة الوقفية من الأركان التالية:

١- المساهمون (الواقف/الواقفون): وهم مجموع المساهمين في الشركة، يُحدّد حدهم الأدنى بحسب النظم التشريعية في كل بلد، وهم يمثلون الجمعية العامة التأسيسية للشركة الوقفية المساهمة، وهم جماعة من الواقفين، ويطبّق عليهم أحكام الوقف الفردي، غير أن صورته أعم وأشمل منه.^(١)

٢- الموقوف عليهم: وهم المصرف (المصارف) الوقفي الذي من أجله تم تأسيس الشركة الوقفية المساهمة، وهم المستفيدون من الوقف، ويُطلق عليهم الموقوف عليهم.

٣- الأموال الموقوفة (الأعيان/المنافع): وهي الأعيان والمنافع الموقوفة المشكّلة من مجموع الأسهم الموقوفة مع تحديد غرضها وطبيعة نشاطها، ويُطلق على حصيلة الاكتتاب هنا: محفظة التصكيك الوقفي^(٢)، ووقف الأسهم يتطابق مع وقف المشاع، الذي أقره الفقهاء^(٣) بناءً على ما جاء في الحديث، قال عمر

(١) انظر: قرار رقم ٨ لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث بالكويت، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م، ص ٤٤.
(٢) انظر: زيد، ربيعة بن زيد، وعائشة بخالد، دور الصكوك الوقفية في تمويل التنمية المستدامة، بحث منشور ضمن مجلة أداء المؤسسات الجزائرية، العدد ٢، ٢٠١٢م، ص ٢١٢.
(٣) المغني، ابن قدامة ٤٩١/٧، أحكام الأوقاف، الخصاص، أبو بكر أحمد بن عمرو الشيباني، أحكام الأوقاف، ضبطه: محمد شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ١، ص ١٩، حاشية ابن عابدين ٤٦٧/٤، الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن (المتوفى: ٩٥٤هـ)، الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن (المتوفى: ٩٥٤هـ)، الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط ٣، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م ١٨/٦، المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حسن، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ١، ٩٩٧م، ٥٣/٧، ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد (المتوفى: ٨٨٤هـ)، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ١٥٥/٥.

للنبي ﷺ: إن المائة سهم التي لي بخبير لم أصب ما لآقط أعجب إليّ منها، قد أردتُ أن أتصدق بها، فقال النبي ﷺ: «احبس أصلها، وسبّل ثمرتها»^(١)، والأسهم^(٢) ترتبط بنوع الوقف النقدي المتداول عملياً في قطاع المؤسسات الوقفية، وهو عبارة عن تبرع محض من المتبرعين.

٤- الصيغة في الشركة الوقفية:

صيغة الوقف في الشركة الوقفية تكون منصوصاً عليها في نشرة الإصدار. ونشرة الإصدار تضم وصفاً مفصلاً عن الشركة الوقفية وأسهمها وأهدافها والموقوف عليهم ... وغيرها من الشروط^(٣)، ويكون لدى الوقف «شخصية اعتبارية»، ويعتبر مجلس النظارة من يمثّل هذه الشخصية الاعتبارية أو المعنوية للوقف^(٤).

وقد أشار إلى هذا مشروع نظام الشركات الوقفية في المملكة العربية السعودية، كما في المادة الخامسة؛ حيث «تكون الشركة الوقفية العامة مؤبدة غير محددة المدة، وتستمر بمزاولة أعمالها وأنشطتها ما لم يتم تصفيتها أو اندماجها، بعد الحصول على موافقة المحكمة المختصة»^(٥).

(١) سنن النسائي الصغرى، كتاب الأعباس، باب حبس المشاع، رقم الحديث ٣٥٦٥، صحيح الألباني، صحيح الجامع الصغير حديث رقم ١٨١ - ٩٨/١.

(٢) شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، الأردن، دار النفائس، ط٦، ٢٠٠٧م، ٢٠٠٧م، ص١٩٨.

(٣) انظر: المصدر نفسه، ص٢١٠.

(٤) انظر: مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، التوصية ٢٥ والوقف، (توصيات مجموعة العمل المالي FATA نوفمبر ٢٠١٢م، نقلاً عن الموقع www.fatt-gafi.org، ص٧، قارن مع مشروع نظام الشركات الوقفية ١٤٣٧/١٥/٢٠١٥م، المملكة العربية السعودية، رقم المادة ٢.

(٥) مشروع نظام الشركات الوقفية ١٤٣٧هـ/٢٠١٥م، المملكة العربية السعودية، رقم المادة ٤٥٤.

المطلب الثاني: مشروعية الشركة الوقفية:

بما أن الشركة الوقفية نوع من شركات المساهمة، وشركات المساهمة قد أقرها مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة بجدة (٧-١٢ من ذي القعدة ١٤١٢هـ، الموافق ٩-١٤ من مايو ١٩٩٢م) بقوله: «لا مانع شرعاً من إنشاء شركة مساهمة ذات مسؤولية محدودة برأس مالها؛ لأن ذلك معلوم للمتعاملين مع الشركة، وبحصول العلم ينتفي الغرر عن يتعامل مع الشركة»^(١).

ولكن نظراً لأن الشركة الوقفية تتخذ صورة مختلفة عن الوقف التقليدي، اقتضى ذلك بيان مدى مشروعية كلٍّ من وقف النقود واستثمار الوقف.

أولاً: مدى مشروعية وقف النقود:

ومن الوسائل التي تقوم عليها الشركة الوقفية وقف النقود، وقد اختلف العلماء في حكم وقف النقود على خمسة أقوال^(٢):

الأول: عدم جواز وقف النقود، وهو قول للحنفية^(٣)، وقول للمالكية^(٤)، ووجه

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم ٦٣ (٧/١) بشأن الأسواق المالية.

(٢) انظر: العمار، عبد الله بن موسى، بحث وقف النقود والأوراق المالية، ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني، ص ٧٦-٧٩.

(٣) انظر: البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله (المتوفى: ٧٨٦هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ ٢١٦/٦، الزبيدي، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي (المتوفى: ٨٠٠هـ)، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، ط ١، ١٣٢٢هـ ٣٣٥/١، وابن الهمام، فتح القدير ٢١٨/٦، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، ط ٢، ١٣١٠هـ ٣٦٢/٢.

(٤) وهو قول منسوب إلى ابن الحاجب وابن شاس، انظر: الخطاب، مواهب الجليل ٢٢/٦.

عند الشافعية^(١)، والمعتمد عند الحنابلة^(٢)، وقول الظاهرية^(٣).

الثاني: كراهة وقف النقود، وهو قول «ابن رشد» من المالكية^(٤).

الثالث: جواز وقف النقود إذا تعارف الناس على ذلك، وهو قول «محمد بن الحسن الشيباني» و«زفر بن الهذيل» وعامة فقهاء الحنفية، وهو المفتى به في المذهب الحنفي^(٥).

الرابع: جواز وقف النقود إن قُصد أن يصاغ منها حلي، وهو وجه عند الشافعية^(٦).

- (١) انظر: الففال، محمد بن أحمد بن الحسين بن عمر، أبو بكر الشاشي الفارقي (المتوفى: ٥٠٧هـ)، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، مؤسسة الرسالة، دار الأرقم، بيروت - عمان، ط١، ١٩٨٠م ٧٦٣/٢، والنووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (المتوفى: ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، ط٣، ١٤١٢هـ/١٩٩١م ٣١٥/٥.
- (٢) انظر: ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م ٤٤٩/٢، الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله (المتوفى: ٧٧٢هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخري، دار العبيكان، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م ٢٩٣/٤، والمرداوي، الإنصاف ١٠/٧.
- (٣) انظر: ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي (المتوفى: ٤٥٦هـ)، المحلى بالآثار، دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ ١٥٠/٨-١٥١.
- (٤) انظر: ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م ١٢/١٨٨-١٨٩، المواق، والتاج والإكليل ٦٣١/٧، والحطاب، مواهب الجليل ٢٢/٦، و الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ ١٠٣/٤، ولكن ذكر الشيخ عيش أنه قول ضعيف. انظر: عيش، محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م ١١٢/٨.
- (٥) انظر: البابرّي، العناية شرح الهداية ٢١٧/٦، وابن نجيم، البحر الرائق ٢١٨/٥، ومجمع الأنهر ٧٣٩/١، وابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٣٦٣/٤-٣٦٤.
- (٦) انظر: النووي، روضة الطالبين ٣١٥/٥، الأنصاري، وأسنى المطالب ٤٥٨/٢، و ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد (المتوفى: ٨٠٤هـ)، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج (على ترتيب المنهاج، للنووي)، المحقق: عبد الله بن سعاف الحياتي، مكة المكرمة - دار حراء، ط١، ١٤٠٦هـ، ٢٣٨/٦، و الرلمي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط أخيرة، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، ٣٦١/٥.

الخامس: جواز وقف النقود، وهو قول عند الحنفية^(١)، والمذهب عند المالكية^(٢)، ووجه عند الشافعية^(٣)، ورواية عند الحنابلة^(٤)، صحَّحها واختارها ابن تيمية^(٥).

وقد ذهب إلى هذا القول من السلف ابن شهاب الزهري، فقد أورد البخاري في «صحيحه» عقب باب وقف الدواب والكراع والعروض والصامت: «وقال الزهري فيمن جعل ألف دينار في سبيل الله، ودفعها إلى غلام له تاجر يتجر بها، وجعل ربحه صدقة للمساكين والأقربين، هل للرجل أن يأكل من ربح ذلك الألف شيئاً، وإن لم يكن جعل ربحها صدقة في المساكين؟ قال: «ليس له أن يأكل منها»^(٦).

والظاهر من تبويب البخاري أنه يختار جواز وقف النقود؛ لأنه بَوَّب بقوله: «باب وقف الدواب والكراع والعروض والصامت»، والمراد بالصامت: الذهب والفضة^(٧)، وأتى بقول ابن شهاب الزهري الذي يؤيد ذلك.

وسبب اختلاف الفقهاء في حكم وقف النقود يرجع لاختلافهم في وقف المنقول، واختلافهم في اشتراط التأبيد في الأعيان الموقوفة، فمن قال: يُشترط في الوقف التأبيد، كالجمهور، قال: لا يصح وقف النقود، ومن قال: لا يشترط في الوقت التأبيد، لم يمنع من وقف النقود .

(١) نُسب هذا القول إلى محمد بن عبد الله الأنصاري، من أصحاب زفر بن الهذيل. انظر: ابن الهمام، فتح القدير ٢١٩/٦، وابن نجيم، البحر الرائق ٢١٩/٥.

(٢) انظر: الحطاب، مواهب الجليل ٢٢/٦، الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ ٧٧/٤، وعليش، منح الجليل ١١٢/٨.

(٣) انظر: الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (المتوفى: ٤٧٦هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية ٤٤٧/١، والنووي، روضة الطالبين ٣١٥/٥.

(٤) انظر: المرادوي، الإنصاف ١٠/٧-١١.

(٥) انظر: ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد (المتوفى: ٧٢٨هـ)، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م ٤٢٥/٥-٤٢٦، والمرادوي، الإنصاف ١١/٧.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً في كتاب الوصايا، عقب باب وقف الدواب والكراع والعروض والصامت ١٢/٤.

(٧) انظر: العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩ ٤٠٥/٥.

وبعد أن عرفنا سبب الخلاف نأتي على ذكر مذاهب الفقهاء في موضوع وقف المنقول:

مذهب جمهور الفقهاء الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) والمالكية^(٣) جواز وقف المنقول، سواء أكان الموقوف مستقلاً بذاته، ورد به النص أو جرى به العرف، أم تبعاً لغيره من العقار، إذ لم يشترطوا التأييد لصحة الوقف، فيصح كونه مؤبداً أو مؤقتاً، خيراً أو أهلياً، واستدلو على ذلك:

بقوله ﷺ: «وأما خالد فإنكم تظلمون خالدا، قد احتبس أذراعه وأعتاده في سبيل الله»^(٤)، وبقوله ﷺ: «من احتبس فرسا في سبيل الله إيماناً بالله وتصديقاً بوعده، فإن شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة»^(٥).

مذهب الحنفية^(٦): لا يصح وقف المنقول عندهم لأن التأييد شرط وهو لا يتحقق في المنقول، وصح وقف المنقول مقصوداً إذا تعامل الناس وقفه وأما الكراع والسلاح فلا خلاف فيه بين الشيخين وهو استحسان ووجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله - عليه السلام - وأما خالد فإنكم تظلمون خالدا، قد احتبس أذراعه وأعتاده في سبيل الله «^(٧)» ويروى كراعه، والمراد من الكراع الخيل والحمير والبغال والإبل والثيران التي يحمل عليها والمراد من السلاح ما يستعمل في الحرب ويكون معداً للقتال، وأما ما سوى الكراع والسلاح فعند أبي يوسف لا يجوز وقفه لأن القياس إنما يترك بالنص والنص ورد فيهما فيقتصر عليه وقال

(١) النووي، روضة الطالبين ٣١٤/٥.

(٢) ابن قدامة، المغني ١٣٢٩١١.

(٣) عليش، منح الجليل ١١٢/٨.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب في تقديم الزكاة ومنعها، حديث رقم (٩٨٣) ٦٧٣/٢.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب من احتبس فرسا في سبيل الله، حديث رقم (٢٨٥٣) ٢٨/٤.

(٦) ابن نجيم، البحر الرائق ٢١٨-٢١٩.

(٧) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب في تقديم الزكاة ومنعها، حديث رقم (٩٨٣) ٦٧٣/٢.

محمد يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات واختاره أكثر فقهاء الأمصار وهو الصحيح لأن القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع ، وجوز الفقيه أبو الليث وقف الكتب وعليه الفتوى

وكان من أصحاب زفر في من وقف الدراهم أو الدنانير أو الطعام أو ما يكال أو يوزن أيجوز قال نعم قيل وكيف قال تدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس^(١).

والراجح قول جمهور الفقهاء من جواز وقف المنقول لما فيه من التشجيع على الخير والتوسع في أعمال البر وذلك بجواز وقف العقار والمنقول.

مما سبق تبين رجحان القول بوقف المنقولات التي يمكن الاستفادة منها مع بقاء عينها، وبناء عليه يجوز وقف النقود وليس في الشريعة ما يمنع ذلك، وقد ذكرها العلماء من مختلف المذاهب:

ففي المذهب الحنفي^(٢): «وكان من أصحاب زفر في من وقف الدراهم أو الدنانير أو الطعام أو ما يكال أو يوزن أيجوز قال نعم قيل وكيف قال تدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس».

وفي المذهب المالكي^(٣): «وفي جواز (وقف كطعام) مما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه كالنقد (تردد) وقيل إن التردد في غير العين من سائر المثليات وأما العين فلا تردد فيها بل يجوز وقفها قطعا لأنه نص المدونة والمراد وقفه

(١) ابن نجيم، البحر الرائق ٢١٨/٥-٢١٩ .

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق ٢١٩/٥ .

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧٧/٤ .

للسلف وينزل رد بدله منزلة بقاء عينه وأما إن وقف مع بقاء عينه فلا يجوز اتفاقا إذ لا منفعة شرعية تترتب على ذلك».

وجاء في المغني^(١): «وقيل في الدراهم والدنانير: يصح وقفها، على قول من أجاز إجارتها. ولا يصح؛ لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الأثمان ولهذا لا تضمن في الغصب»

وجاء في الإنصاف^(٢): «إذا وقف الأثمان. فلا يخلو: إما أن يقفها للتحلي والوزن، أو غير ذلك، فإن وقفها للتحلي والوزن، فالصحيح من المذهب: أنه لا يصح. ونقله الجماعة عن الإمام أحمد - رحمه الله - وهو ظاهر ما قدمه في المغني، والشرح. قال الحارثي: وعدم الصحة أصح. وقيل: يصح. قياسا على الإجارة.

..... وقال في الفائق وعنه: يصح وقف الدراهم. فينتفع بها في القرض ونحوه. اختاره شيخنا. يعني به الشيخ تقي الدين - رحمه الله -.

وقال في الاختيارات: ولو وقف الدراهم على المحتاجين: لم يكن جواز هذا بعيدا».

يعني أن الحنابلة في رواية عن أحمد أجازوا وقف النقود وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية.

الراجح:

أرى أن القول الراجح من الأقوال السابقة هو جواز وقف النقود، وذلك للتالي:

١- أنه لا يوجد نص صريح في حكم وقف النقود، سواء بالمنع أو الإجازة.

(١) ابن قدامة، المغني ٦/٣٤.

(٢) المرادوي، الانصاف ٧/١١.

٢- أن النبي ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»^(١)، وهذا الحديث عام في جواز الوقف، ولا يوجد ما يمنع دخول وقف النقود في عموم الصدقة الجارية^(٢).

٣- أن الأرباح العائدة من وقف النقود في عصرنا أصبحت أكثر فائدة من الأرباح التي تحققها العقارات في كثير من الأحيان^(٣).

وبجواز وقف النقود أخذ مجمع الفقه الإسلامي الدولي^(٤)، كما نصت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في «المعايير الشرعية» الصادرة عنها، على صحة وقف النقود^(٥).

وأما بالنسبة لوقف النقود في القانون، فقد نصت بعض القوانين صراحة على جواز وقف المنقولات الحديثة، ومنها الأسهم، وهناك قوانين لم تر فائدة في التفصيل، واكتفت بذكر جواز «وقف العقار والمنقول المتعارف على وقفه»، وقد أجاز القانون المدني العربي الموحد الذي أصدرته جامعة الدول العربية وقف المنقول المتعارف على وقفه^(٦).

(١) أخرجه مسلم في كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، حديث ١٤/١٦٣١ من حديث أبي هريرة t.

(٢) المحمدي، علي، الوقف. فقهه وأنواعه، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر الأول للأوقاف بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٤٢٢هـ ص ١٦٣.

(٣) انظر: الوقف.. فقهه وأنواعه، ص ١٦٣.

(٤) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي القرار رقم ١٤٠ (١٥/٦) بشأن الاستثمار في الوقف، وفي غلاته وريعه، في دورته الخامسة عشرة بمسقط (سلطنة عُمان) من ١٤-١٩ المحرم ١٤٣٥هـ، الموافق ١١/٦ مارس ٢٠٠٤م، كما نص أيضاً مجلس المجمع الذي انعقد في إمارة الشارقة (الإمارات العربية المتحدة) من ١-٥ جمادى الأولى ١٤٣٠هـ، الموافق ٢٦-٣٠ من أبريل ٢٠٠٩م بشأن وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع، في القرار رقم ١٨١ (١٩/٧)، على جواز وقف أسهم الشركات. (٥) انظر: المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين- المنامة، ١٤٣٧هـ، المعيار رقم ٣٣، ص ٤٥٢.

(٦) القانون المدني العربي الموحد، جامعة الدول العربية، المادة ١١٣٩، الفقرة الأولى الموقع: <https://carjj.org/legal-terms/1727>

ومن المناسب هنا أن نعرض على موضوع وقف المنافع المعاصرة باعتبارها صلب الموضوع فمثلا لو استأجر شخص أو جهة مبنى ثم قام بوقف منفعته لإسكان طلبة الجامعة، فما حكم هذا الوقف؟

لم يتعرض الفقهاء مباشرة لهذه الصورة سوى المالكية وبعض الشافعية

فقد ورد في الشرح الكبير^(١): «وأراد بالمملوك ما يشمل ملك الذات وملك المنفعة فلذا قال (وإن) كان الملك المدلول عليه بمملوك (بأجرة) لكدار استأجرها مدة معلومة فله وقف منفعتها في تلك المدة وينقضي الوقف بانقضائها؛ لأنه لا يشترط فيه التأبيد... وشمل قوله بأجرة من استأجر دارا محبسة مدة فله تحبيس منفعتها على مستحق آخر غير المستحق الأول في تلك المدة»

وهكذا نجد دائرة الموقوفات تمتد إلى أقصاها في الفقه المالكي وذلك للقاعدة الكلية التي صاغها خليل في متنه وهي «صح وقف مملوك وإن بأجرة»^(٢) فالعبرة بالملكية وليست بأي شئ آخر^(٣).

ثانياً: مشروعية استثمار الوقف:

نلاحظ إن الوقف في أصل منشئه استثمار، فإن الوقف هو حبس المال وتسييل الثمرة؛ لقول النبي ﷺ: «إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها»^(٤).

تناول الفقهاء القدامى صور استثمار أموال الوقف من خلال كلامهم عن أحكام الوقف، ولم يعرضوا لمسألة استثمار أموال الوقف بصورة مستقلة؛ لأن ذلك

(١) الدسوقي، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٧٦/٤.

(٢) المواق، مختصر خليل ٢١٢/١.

(٣) دنيا، شوقي أحمد، مجالات وقفية مستجدة وقف المنافع والحقوق، مقدم للمؤتمر الثاني للأوقاف للمملكة العربية السعودية في رحاب جامعة أم القرى، ١٤٢٧ هـ ص ١١.

(٤) جزء من حديث متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب «الوصايا»، باب «الوقف كيف يُكتب؟» حديث ٢٧٧٢، ومسلم في كتاب الوصية، باب الوقف، حديث ١٥/١٦٣٢ من حديث ابن عمر عن أبيه - رضي الله عنهما.

يتفق مع أصل مشروعية الوقف من حبس الأصل وصرف الزرع إلى الموقوف عليهم.

وقد علق ابن الهمام الحنفي في «فتح القدير» على ورود كتاب الوقف بعد الشركة قائلاً: «مناسبته بالشركة أن كلاً منهما يراد لاستبقاء الأصل مع الانتفاع بالزيادة عليه»^(١). سأذكر بعض آراء الفقهاء القدامى والمعاصرين في استثمار الوقف

أهم الطرق التي ذكرها الفقهاء القدامى في كتبهم الإجارة والمزارعة والمساقاة والمضاربة والمشاركة.

ومن ذلك ما جاء عن الإجارة في المغني^(٢): «أن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالذنانير والدرهم، والمطعم والمشروب، والشمع، وأشباهه، لا يصح وقفه، في قول عامة الفقهاء وأهل العلم،..... وقيل في الدرهم والذنانير: يصح وقفها، على قول من أجاز إجارتها....»

ومنها الحكر الذي جاءت صورته واضحة في قول أحد الفقهاء^(٣): «وإذا منع بيع الوقف وأنقاضه - ولو خرب - فهل يجوز للناظر إذا تعذر عوده من غلة وأجرة أن يأذن لمن يعمره من عنده على أن البناء يكون للبانى ملكا وخلوا، ويجعل في نظير الأرض حكرا يدفع للمستحقين أو لخدمة المسجد؟ أفتى بعضهم بالجواز.»

ولكن جدت طرق حديثة لاستثمار أموال الوقف من الأراضي والمباني والمزارع

والنقود؛ منها:

(١) ابن قدامة، المغني ٣٤/٦.

(٢) ابن الهمام، فتح القدير ١٩٩/٦.

(٣) الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير ١٢٧/٤.

١ - الاستصناع على أرض الوقف: بأن تقوم جهات ذات سيولة ببناء مجمعات سكنية وتجارية ونحو ذلك على أرض الوقف بأقساط مؤجلة تستوفى من الإيجار المتوقع لهذا الوقف.

٢ - المشاركة المتناقصة المنتهية بالتملك: حيث تكون الجهة الممولة شريكا في مشروع الوقف يخرج عن ملكيته بالتدريج حتى تعود كامل الملكية إلى الوقف.

٣ - الإجارة التمويلية لإعمار الوقف: وذلك بإيجار الوقف لمدة طويلة نسبيا بأجرة تتمثل فيما سيقام على الأرض من بناء ومصنع ونحو ذلك.

٤ - صكوك المقارضة: وذلك بطرح تكلفة المشروع بصكوك يمول بها إنشاؤه، ثم تشتري هذه الصكوك من عائد الوقف شيئا فشيئا.

٥ - إبدال الوقف المستقل بوقف مشترك: بحيث يكون جمعها أجدى من الناحية الاقتصادية.

٦ - بيع بعض الوقف لإعمار الباقي حتى لا يبقى معطلا.

٧ - إقراض الوقف قرضا حسنا لإعمار نفسه، من الحكومة أو من المحسنين. وهنا طرق لاستثمار وقف النقود؛ منها: المرابحة للأمر بالشراء، البيع بالتقسيط، السلم، وإذا كانت الأموال الموقوفة لأناس متفرقين يمكن استثمارها عن طريق تأسيس الصناديق الوقفية، التي تشكل وعاء عاما للجميع يضع فيه الواقفون نقودهم ثم يستثمر في مشاريع كبيرة^(١)، وأيضا الشركات الوقفية التي نحن بصدد الحديث عن حوكمتها.

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد ١٣، ناجي شفيق عجم، تنمية واستثمار الأوقاف الإسلامية ٦١٣/١٣.

الفصل الثاني

حوكمة الشركات الوقفية

المبحث الأول: مفهوم حوكمة الشركات الوقفية وأهميتها

المطلب الأول: تعريف الحوكمة لغة واصطلاحًا:

الحوكمة لغةً: من حكم ... والعرب تقول: حكمت وأحكمت وحكمت، بمعنى منعت ورددت، ومن هذا قيل للحاكم بين الناس: حاكم؛ لأنه يمنع الظالم من الظلم ... ومن المعاني لكلمة «حكم»: حكم الشيء وأحكمه: كلاهما منعه من الفساد^(١).

فلفظ حوكمة لم يرد في قواميس اللغة على هذا الوزن، ولكن المعنى العام لها من مادة حكم، الذي يعني المنع من الظلم والفساد، وهو المتفق عليه.

واصطلاحًا: لم يسبق أن تناول الفقهاء القدامى مفهوم الحوكمة لحدثة هذا المفهوم وتداوله في السنوات الأخيرة ولفظ الحوكمة يهدف إلى منع الظلم والفساد^(٢). أما بالنسبة لمفهوم حوكمة الشركات، فهناك عدة تعريفات لهذا المصطلح، وجميعها متقاربة الدلالة على المعنى؛ منها:

١- حوكمة الشركات: هي الإطار الذي تمارس فيه الشركات وجودها، وتركز الحوكمة على العلاقات فيما بين الموظفين وأعضاء مجلس الإدارة والمساهمين، وأصحاب المصالح، وواضعي التنظيمات الحكومية، وكيفية التفاعل بين كل هذه الأطراف في الإشراف على عمليات الشركة.

٢- عرف تقرير لجنة كادبري البريطانية الحوكمة بأنها: النظام الذي يتيح للمساهمين توجيه وإدارة ومراقبة شركتهم عن طريق تعيين أعضاء مجلس الإدارة،

(١) ابن منظور، لسان العرب، باب الميم فصل الحاء، ١٤٠/١٢.

(٢) الأسرج، حسين عبد المطلب، حوكمة الصناديق الوقفية بين النظرية والتطبيق، ص ٢٣ الموقع:

http://waqef.com.sa/site_books_show.php?show=85

واختيار المراقب الخارجي، كما تشمل الحوكمة تنظيم الحقوق والمسؤوليات المنوطة بالأطراف ذات العلاقة بالشركة، وتقديم الآلية التي تحقق التوازن بين الأهداف الاقتصادية والاجتماعية للشركة من جهة، وبين الأهداف الفردية والأهداف المشتركة من جهة أخرى.

٣- في تعريف منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) جاء: أن نظام حوكمة الشركات هو الهيكل الذي تنتظم من خلاله إدارة الشركة والرقابة عليها، مع التأكيد على أن يتضمن هذا الهيكل نظامًا للحوافز للمديرين ومجلس الإدارة مرتبطًا بأداء الشركة، الذي يهدف إلى تعظيم أرباح المساهمين، ويؤدي إلى تشجيع الإدارة على الاستثمار الأمثل لموارد الشركة^(١).

حوكمة الشركات يقصد بها: «النظام الذي تُحدد من خلاله حقوق ومسؤوليات مختلف الأطراف: كمجلس الإدارة، والمديرين، والمساهمين، وغيرهم من أصحاب المصالح في الشركة»^(٢).

ولا يخرج تعريف حوكمة الشركات الوقفية^(٣) عن التعريفات السابقة؛ حيث إن المقصود منها تنظيم العلاقة بين أطراف الشركة والرقابة عليها، بحيث تتيح الحوكمة للمساهمين توجيه وإدارة ومراقبة شركتهم، وذلك بقصد تعظيم الأرباح لتحقيق مقاصد الشركة الوقفية.

(١) الأسرج، حوكمة الصناديق الوقفية بين النظرية والتطبيق، ص ٢٥.
(٢) المهنا، الشركات الوقفية من خلال نظام الشركات السعودية، ص ٧٠، انظر: تهامي، عز الدين فكري، حوكمة المؤسسات الوقفية، موسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي ص ٥-٨.
<https://iefpedia.com/arab/?author=4936>
(٣) هي مجموعة النظم والإجراءات والآليات التي تُصمَّم وتُطبَّق من أجل حكم الشركات الوقفية، الأسرج، حوكمة الصناديق الوقفية بين النظرية والتطبيق، ص ١٣١.

المطلب الثاني: أهمية حوكمة الشركات الوقفية:

وتتجسد أهمية حوكمة الشركات الوقفية فيما يلي^(١):

١- محاربة الفساد المالي والإداري، وعدم السماح بوجوده أو عودته مرة أخرى.

٢- تحقيق ضمان النزاهة والحيادية والاستقامة للشركات الوقفية.

٣- تفادي وجود أخطاء عمدية أو انحراف، متعمداً كان أو غير متعمد، ومنع استمراره، أو العمل على تقليله إلى أدنى مستوى ممكن، وذلك باستخدام النظم الرقابية المتطورة.

٤- تحقيق الاستفادة القصوى من نظم المحاسبة والمراقبة الداخلية، وتحقيق فاعلية الإنفاق، وربط الإنفاق بالإنتاج.

٥- تحقيق قدر كافٍ من الإفصاح والشفافية في الكشوفات المالية.

٦- ضمان أعلى قدر من الفاعلية لمراقبي الحسابات الخارجيين، والتأكد من كونهم على درجة عالية من الاستقلالية، وعدم خضوعهم لأيّة ضغوط من مجلس الإدارة أو المديرين التنفيذيين.

ومن أهمية حوكمة الشركات الوقفية دورها في زيادة كفاءة استخدام الموارد، وتعظيم قيمة مؤسسة الوقف، وتدعيم قدرتها التنافسية بالأسواق، مما يساعدها على التوسع والنمو، ويجعلها قادرة على تحقيق أهداف الواقفين، وتعظيم منفعة الموقوف عليهم. كما أن من المعايير الرئيسية لحوكمة مؤسسة الوقف هو تحقيق فاعلية وكفاءة الأداء بها، وحماية أصولها.

أي إن تطبيق الحوكمة يساعد على إيجاد مفهوم ومقاييس شاملة لأداء

(١) الأسرج، حوكمة الصناديق الوقفية بين النظرية والتطبيق، ص ٣٢-٣٤.

الشركات الوقفية؛ مما يدعم قدراتها على الاستمرار والنمو، ويحقق مصالح الفئات المختلفة المتعاملة معها، خاصة وأن مفهوم حوكمة الشركات الوقفية يحمل في مضمونه بعدين أساسيين هما:

الأول: الالتزام بالمتطلبات القانونية والإدارية وغيرهما.

الثاني: الأداء بما يحمله من استغلال للفرص المتاحة للارتقاء بالشركات الوقفية^(١).

(١) نفس المرجع السابق.

تصرفاته فلو دفع بأموال الوقف لمن يتجر بها ويأخذ الربا أو الرشوة فإنه يحاسب على ذلك في ضوء القرائن وعلى اعتبار القصد والنوايا والبواعث وأثرها العظيم في بناء الأحكام الشرعية^(١).

٣- **الشفافية** في كل ما يصدر عن المسؤولين من بيانات ومعلومات^(٢)، وهي تندرج تحت القاعدة الفقهية «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٣) ولا يخفى ما في هذه القاعدة وأمثالها من صيانة الأملاك، وحفظ الحقوق، ولا يحل في كل الأحوال أن يبسط الإنسان يده على مال الغير بوجه غير مشروع. ومن دواعي الشفافية الإفصاح والنصح والتوضيح وعدم الغش^(٤).

٤- **السياسات الواضحة والموثقة** لكيفية تجنب تعارض المصالح وخطة لتتابع الإدارة العليا التنفيذية في الشركة^(٥)، وهذا يندرج تحت القاعدة الفقهية «المسلمون عند شروطهم» ومقتضى القاعدة أنه يجب الالتزام والوفاء بجميع الشروط والعهود، مالم يكن فيها ما يعارض النص الصريح^(٦).

- وجود إطار عام للمناخ التشريعي والقوانين في الشركة الوقفية تحمي حقوق جميع الأطراف مع تحديد المسؤوليات والواجبات^(٧)، تندرج تحت القاعدة الفقهية «الجهالة إنما توجب الفساد إذا كانت مفضية إلى النزاع المشكل»^(٨)، فالمنازعات

(١) المرجع السابق ص ٤٥.

(٢) الأسرج، دور أدوات الحوكمة في تنظيم الرقابة الشرعية وتطورها .

(٣) الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي ص ١٢١.

(٤) العمر، فؤاد بن عبد الله، والمعود، باسم بنت عبد العزيز، قواعد حوكمة الوقف، مشروع بحثي ممول من كرسي الشيخ راشد بن داييل لدراسات الأوقاف بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية. ص ٤٣، الموقع:

<http://waqef.com.sa/upload/k96x1d7SSa12.pdf>

(٥) الأسرج، دور أدوات الحوكمة في تنظيم الرقابة الشرعية وتطورها .

(٦) الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي ص ٨٧.

(٧) العمر، والمعود، قواعد حوكمة الوقف ص ٤٣.

(٨) الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه

الإسلامي ص ٢٥٠.

والخصومات بين الأطراف في الشركة الوقفية له أثر كبير في الفساد ولذا حسم التشريع الإسلامي جذور النزاع وسد منافذه بشتى الوسائل بسن القوانين ووضع الشروط المؤدية لهذا الغرض^(١).

المطلب الثاني: المستند الشرعي لحوكمة الشركات الوقفية:

إن تطبيق الحوكمة على الشركات الوقفية يعطينا فكرة أولية بأن هذه المعاملة جديدة لم يسبق لها مثل في الشريعة الإسلامية، ولكن إذا أمعنا النظر نلاحظ أن هناك الكثير من النظائر للحوكمة بين ثنايا قواعد الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة، وهي تستند إلى مجموعة من الأدلة والنصوص الشرعية وعلى مقاصد الشريعة الإسلامية، وعليه فيمكننا تقسيم المستند الشرعي لحوكمة الشركات الوقفية إلى أربعة أمور أساسية:

أولاً: عموم النصوص الشرعية الدالة على تحري الكسب الطيب واجتناب المحرم وهي تندرج تحت قاعدة فقهية تنص على أن «أكل المال بالباطل حرام»^(٢)

قال تعالى: «يا أيها الناس كلوا مما في الأرض حلالاً طيباً»^(٣)، وقوله سبحانه وتعالى: (يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات)^(٤)، وكما أمرنا بالأكل الطيب فقد نهانا عن أكل أموال الناس بالباطل؛ كقوله تعالى: {ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل}^(٥)، ولمّا كان أكلها نوعين: نوعاً بحق، ونوعاً بباطل، وكان المحرم إنما هو أكلها بالباطل، قيده تعالى بذلك، ويدخل في ذلك أكلها على وجه الغصب

(١) المرجع السابق ص ٨٧.

(٢) الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي ص ٢٣٦.

(٣) البقرة: ١٧٢.

(٤) المائدة: ٤.

(٥) النساء: ٢٩.

والسرقة والخيانة في وديعة أو عارية أو نحو ذلك^(١)، والحوكمة تحقق هذا الأصل العظيم من خلال مبادئها وأهدافها التي ذكرناها.

ثانياً: أن مفهوم حوكمة الشركات الوقفية متفق ومقاصد الشريعة الإسلامية:

إن تطبيق مبادئ الحوكمة - بشكل سليم - يحقق مقصد حفظ الدين والمال، وهو من قواعد كليات الشريعة الرجعة إلى قسم الضروري، يقول الشيخ محمد الطاهر بن عاشور - رحمه الله - عند توضيحه لمقصد حفظ المال: «والمقصد الشرعي في الأموال كلها خمسة أمور: رواجها، ووضوحها، وحفظها، وثباتها، والعدل فيها ... وأما وضوح الأموال، فذلك إبعادها عن الضرر والتعرض للخصومات بقدر الإمكان»^(٢)، ومما يحقق هذا المقصد الأمانة والرقابة في المعاملات المالية حيث يمكن اعتبارها أسساً للحوكمة، إذ وردت نصوص عديدة تحث على الأمانة والنزاهة والمحافظة عليها، منها قوله تعالى: ﴿والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون﴾^(٣)، يقول تعالى: «والذين هم لأمانات الله التي أنتمنهم عليها من فرائضه، وأمانات عباده التي أنتمنوا عليها، وعهوده التي أخذها عليهم بطاعته فيما أمرهم به ونهاهم، وعهود عباده التي أعطاهم على ما عقده لهم على نفسه {راعون} يرقبون ذلك ويحفظونه فلا يضيعونه، ولكنهم يؤدونها ويتعاهدونها

(١) ويدخل فيه أيضاً أخذها على وجه المعاوضة، بمعاوضة محرمة؛ كعقود الربا والقمار كلها، فإنها من أكل المال بالباطل؛ لأنه ليس في مقابلة عوض مباح، ويدخل في ذلك أخذها بسبب غش في البيع والشراء والإجارة ونحوها، ويدخل في ذلك استعمال الأجراء وأكل أجرتهم، وكذلك أخذهم أجره على عمل لم يقوموا بواجبه، ويدخل في ذلك أخذ الأجرة على العبادات والقربات التي لا تصح حتى يقصد بها وجه الله تعالى، ويدخل في ذلك الأخذ من الزكوات والصدقات والأوقاف والوصايا، لمن ليس له حق منها أو فوق حقه، فكل هذا ونحوه من أكل المال بالباطل، فلا يحل ذلك بوجه من الوجوه. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي (المتوفى: ١٣٧٦هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن معلا اللويحي (١/ ٨٨)، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

(٢) ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار النفائس، الأردن - الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، ص ٤٥٥، ٤٦٤ - ٤٧٣.

(٣) سورة المعارج: ٣٢.

على ما ألزمهم الله وأوجب عليهم حفظها»^(١)، وما ذلك إلا حقيقة الحوكمة، فحماية أموال المستثمرين والدائنين من المخاطر التشغيلية والمالية يعدّ من الأمانة، والتفريط في مصالح أطراف الشركة الوقفية يعد من خيانة الأمانة، وكذلك يحقق مقصد حفظ الأموال الوفاء بالعقود فقد وردت نصوص تحت على ذلك؛ منها قول الله تعالى: «لِيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٢)، قال: «بالعهود» وذلك إذا وثقه على أمر، وعاهده عليه عهدًا بالوفاء له بما عاقده عليه من أمان وذمة، أو نصرة، أو نكاح، أو بيع، أو شركة، أو غير ذلك من العقود»^(٣)، فحوكمة الشركات الوقفية تعد شكلاً من أشكال الحرص على الوفاء بالعقود، ومن ذلك أيضاً تحمل المسؤولية والأمانة يقول النبي ﷺ: «كلكم راعٍ، وكلكم مسؤول عن رعيته»^(٤)، الرَّاعِي هَاهُنَا الْحَافِظُ الْمُؤْتَمَنُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْوَلَايَةَ عَلَى الْمَوْلَى عَلَيْهِ أَمَانَةٌ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِحِفْظِ مَا اسْتَرْعَى، فَالسُّؤَالُ عَنِ حِفْظِ الْأَمَانَةِ يَقَعُ^(٥). وهذه القضية من أصول قواعد الحوكمة، فالحوكمة تحت جميع أطراف الشركة على إتقان العمل من خلال تعزيز الشعور بالمتابعة والمساءلة، وتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ الأموال التي هي عصب الحياة.

ثالثاً: أن الفقه الإسلامي مليء بالنظم المماثلة لمفهوم حوكمة الشركات الوقفية

ومن أهمها:

(١) الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملّي، أبو جعفر (المتوفى: ٣١٠هـ)، ٢٣/٢٧٧، تفسير الطبري = جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط١، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) الطبري، تفسير الطبري (٧/٨).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب العبد راع في مال سيده ولا يعمل إلا بإذنه، حديث رقم ٢٤٠٩، ٣/١٢٠.

(٥) ابن الجوزي، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد (المتوفى: ٥٩٧هـ)، كشف المشكل من حديث الصحيحين، المحقق: علي حسين البواب، الناشر: دار الوطن - الرياض، ٢/٤٧٥.

١- إن الحوكمة مرتبطة بنظام الحسبة في الإسلام:

فالحوكمة كما ذكرنا في الدليل الأول من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهذا تعريف الحسبة كما عرفها الماوردي: «أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله»^(١).

ومن تعريفات المحدثين ما أشار إليه الدكتور صالح صالحي من أنها: «الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر اللذان يتجسدان في العمل الرقابي التوجيهي الترشيدي للنشاط المجتمعي العام والخاص في المجتمع الإسلامي؛ لينسجم مع الأصول المذهبية، والقيم الأخلاقية، والمعايير الموضوعية من أجل رفع كفاءة الأداء الذي في إطاره يتحقق السلوك الرشيد الذي يعظم المصلحة المجتمعة الفردية والجماعية، الحالية والمستقبلية، والدينية والأخروية»، وهي مكملة للأعمال الأمنية والقضائية، وحلقة من الحلقات الرسمية للتنظيم المجتمعي»^(٢).

ولذا فإن الحسبة تعد في حقيقتها^(٣) من آليات الرقابة الإدارية الإلزامية، والتي تهدف إلى تحقيق أعلى درجات النزاهة والشفافية، والعمل على مكافحة الفساد بكافة أشكاله، وتقوم بها الدولة بما لها من سلطان، من خلال أجهزتها الرسمية، وموظفيها المحاسبين الذين يمتازون بمستوى عالٍ من الاستقامة الأخلاقية، ومن الكفاءة في ميادين اختصاصهم، لكي تضمن الحفاظ على مجتمع إسلامي صالح ومتماسك في مجال الأخلاق والدين والاقتصاد.

(١) الماوردي، الأحكام السلطانية ١/٣٤٩.

(٢) صالح صالحي، مكانة مؤسسة الحسبة في الاقتصاد الإسلامي ودورها في القضاء على الفساد الاقتصادي، طبعة تمهيدية، المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، ص ٩.

(٣) حسن، أزمان، مفهوم نظام حوكمة شركات المساهمة، النظرة القانونية مقارنة بالشريعة الإسلامية، ص ٩.

وقد مارس النبي ﷺ الحسبة، أو ما يسمى بالرقابة الإدارية التي تعد شكلاً من أشكال الحوكمة، وتحديداً حينما قام بممارسة مهامه ﷺ في الإشراف ومحاسبة العمال على جباية الزكاة، فعن أبي حميد الساعدي رضي الله عنه قال: استعمل رسول الله ﷺ رجلاً على صدقات بني سليم، يُدعى ابن اللتبية، فلما جاء حاسبه، قال: هذا مآلكم، وهذه هدية، فقال رسول الله ﷺ: «فها جلس في بيت أبيك وأمك حتى تأتيك هديتك إن كنت صادقاً»، ثم خطبنا، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد، فإنني أستعمل الرجل منكم على العمل مما ولّاني الله، فيأتي فيقول: هذا مآلكم وهذا هدية أهديت لي، أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديته، والله لا يأخذ أحد منكم شيئاً بغير حقه إلا لقي الله يحمله يوم القيامة، فلأعرفنَّ أحداً منكم لقي الله يحمل بغيراً له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر»^(١)، ثم رفع يده حتى رُئي بياض إبطيه، يقول: «اللهم هل بلغت؟» بصر عيني، وسمع أذني^(٢).

قال الغزالي: «وإذا ثبتت هذه التشديدات، فالقاضي والولي ينبغي أن يقدر نفسه في بيت أمه وأبيه، فما كان يُعطى بعد العزل وهو في بيت أمه، يجوز له أن يأخذه في ولايته، وما يعلم أنه إنما يُعطاه لولايته؛ فحرام أخذه، وما أشكل عليه في هدايا أصدقائه أنهم هل كانوا يعطونه لو كان معزولاً، فهو شبهة فليجتنبه»^(٣).

وبالتالي فإن الحسبة^(٤) ما هي إلا نظام إشرافي ورقابي يمارس من أجهزة الدولة على مؤسسات القطاع العام والخاص، فالحوكمة تمثل الحسبة في كونها مجموعة من القواعد والإجراءات الإدارية الرقابية على مؤسسات القطاع العام والخاص، والذي يخص الدراسة هو الجانب

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحيل، باب احتيال العامل ليهدى له، حديث رقم ٦٩٧٩، ٢٨/٩، ومسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب تحريم هدايا العمال، حديث رقم ٢٧، ٤٦٣/٣.

(٢) نفس المرجع السابق.

(٣) الغزالي، إحياء علوم الدين، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ)، ١٥٦/٢، دار المعرفة- بيروت.

(٤) حسن، مفهوم نظام حوكمة شركات المساهمة، النظرة القانونية مقارنة بالشرعية الإسلامية، ص ١٠-١١.

المتعلق بالرقابة على أعمال مجلس الإدارة في الشركات الوقفية لضمان نجاح المجلس في تحقيق التميز والجودة في الأداء، من أجل تحقيق خطط الشركة وأهدافها الاستراتيجية.

وهذه الرقابة هي في الواقع تمارس من أطراف داخل الشركة وخارجها، فنجد الشركاء المساهمين والمدقق الداخلي، وهم الأطراف الداخلية، يراقبون سير عمل المجلس، ونجد الوزارات والجهات الرقابية الحكومية تراقب أعمال المجلس من الخارج^(١).

دور المحتسب في الرقابة

ذكر الفقهاء الحسبة من ضمن الأدلة على مشروعية الرقابة الشرعية ومفهومها هو «التحقق من مدى مطابقة أنشطة المصرف الإسلامي للشريعة الإسلامية الغراء»^(٢)، ويكون المحتسب بمثابة عضو فيها، ودوره متمثلاً في دورها ومهامها وقد نصت بعض أنظمة المؤسسات الإسلامية على مهام واختصاصات هيئة الرقابة الشرعية كما يلي:

١-تقوم بدراسة نظام الشركات الأساسي، ثم تتحقق من جميع التعليمات والعقود التي تبرمها الشركة، وتتأكد من مطابقتها للشريعة الإسلامية.

٢-تقديم المشورة وإبداء الرأي والمراجعة فيما يتعلق بتطبيق أحكام الشريعة، وإبداء الرأي فيما يحال إليها من مجلس الإدارة من معاملات.

٣-تجيب على الاستفسارات التي توجه إليها من جميع أطراف الشركة،

٤-المشاركة في وضع نماذج العقود والاتفاقات لجميع معاملات الشركة وخلوها من المحظورات الشرعية.

(١) نفس المرجع السابق.

(٢) العليات، أحمد عبد العفو مصطفى، الرقابة الشرعية على أعمال المصارف الإسلامية ص ٤٧. <https://84%D8%A7%D9%02/iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/201284%D8%B4%D8%82%D8%A7%D8%A8%D8%A9-%D8%A7%D9%B1%D985%D8%AF-%8A%D8%A9-%D8%A7%D8%AD%D9%B1%D8%B9%D98A%D8%A7%D8%AA-.pdf%84%D9%84%D8%B9%D9%D8%A7%D9>

٥- يجوز للهيئة طلب عقد جلسة خاصة لمجلس الإدارة لشرح وجهة نظرها في المسائل الشرعية إذا اقتضى الأمر ذلك.

٦- تسلك هيئة الرقابة في عملها وعلاقتها مع إدارة الشركة والهيئات المختلفة مايسلكه مراقبي الحسابات وفقا لنصوص النظام الأساسي لهذه الشركة.

٧- تقدم هيئة الرقابة تقريرا دوريا وسنوياً في نهاية كل سنة مالية شاملاً يفصح عن التزام الشركة خلال السنة المقدم عنها التقرير في معاملاتها بالقواعد الشرعية، وما قد يكون لديها من ملاحظات، ومن حق رئيس هيئة الرقابة الشرعية أو نائبه حضور الجمعية العمومية للمساهمين لمناقشة تقريرها^(١).

٢- الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كثير في آيات القرآن الكريم، التي ورد فيها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وتحت على هذا المبدأ، كما في قوله تعالى: {كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر}^(٢)، فالعلاقة بين أطراف الشركة الوقفية في ظل الحوكمة تكون ضمن دائرة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

رابعا: حوكمة الشركات الوقفية ترجع إلى قاعدة «الضرر يزال»^(٣) وهذه القاعدة تتعلق بها جملة من القواعد منها قاعدة الشريعة جاءت لجلب المصالح وتكثيرها، ودفع المفاسد وتقليلها، والحوكمة تحقق هذا المعنى حيث أنها تجلب

(١) شويديح، أحمد نياب، دور هيئة الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية في قطاع غزة ص ١٥-١٦.

مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد الحادي عشر، العدد الثاني ٢٠٠٣ م.

<https://journals.iugaza.edu.ps/index.php/IUGJIS/article/view/1477>

(٢) آل عمران ١١٠.

(٣) قال ابن الأثير: «قوله: لا ضرر، أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه، والضرار فعال من الضر، أي لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه، والضرر فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين، والضرر ابتداء الفعل، والضرار الجزاء عليه» لسان العرب، ابن منظور، باب الرء فصل الضاد، ٤/٤٨٢.

المصالح للشركة الوقفية وذلك بالتحكم بالعلاقات التنظيمية التي تربط بين الأطراف الأساسية المؤثرة في أداء الشركة، وذلك من أجل تعظيم المنافع المتبادلة ومنع حالات التضارب في المصالح، فهي بمنزلة الجهاز المناعي الذي يحصن الشركة الوقفية^(١)، ودفع المفاصد وتقليلها وذلك بمكافحة الفساد الناتج من تعدد الأطراف في الشركة الوقفية وذلك بوضع أسس قوية لحوكمة الشركات الوقفية ، فعلى مستوى التعاملات اليومية تسهم ممارسات الحوكمة في صعوبة إعطاء الرشوة وكذلك إخفائها، وعلى مستوى صنع القرار تسهم الحوكمة في تعزيز الشفافية والمساءلة بحيث يتضح بشكل جلي كيف تتم صناعة القرار ولماذا^(٢).

من خلال ما سبق، يتضح أن أساس الحوكمة في الشريعة الإسلامية قائمة على ما ذكرنا من عموم النصوص الشرعية الدالة على تحري الكسب الطيب واجتتاب المحرم، وتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية وخاصة حفظ الأموال، وأن الفقه الإسلامي مليء بالنظم المماثلة لمفهوم حوكمة الشركات الوقفية كما يمكن ربطها بنظام الحسبة المقرر ضمن أحكام الشريعة الإسلامية، لما بينهما من توافق في العمل الرقابي التوجيهي للمجتمع الإسلامي.

كما يتجلى موقف الشريعة الإسلامية من قضية حوكمة شركات المساهمة حينما قررت ضمن مقاصدها الشرعية ضرورة إعمال مبدأ الوضوح والشفافية في الأموال، وإبعادها عن الضرر قدر الإمكان، بناء على قاعدة «الضرر يزال، كما

(١) الشاوررة، فيصل محمود، قواعد الحوكمة وتقييم دورها في مكافحة ظاهرة الفساد والوقاية منه في الشركات المساهمة العامة الأردنية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية- المجلد ٢٥ -العدد الثاني-٢٠٠٩ ص ١٢٦. <http://www.damascusuniversity.edu.sy/mag/law/pdf.155-images/stories/119>

(٢) سوليفان، جون، البوصلة الأخلاقية للشركات.. أدوات مكافحة الفساد: قيم ومبادئ وآداب المهنة، وحوكمة الشركات، المنتدى العلمي لحوكمة الشركات الدليل السابع ص ٢. <http://www.transparency.org.kw.au-ti.org/books/www.transparency.org.kw.au-ti.org/ar/index.php/books/governance/362/index.html>

يتجلى أيضًا ذلك الموقف بالقاعدة الفقهية التي تنص على: «أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب»، فالبعد عن الوقوع في الفساد المالي والإداري في الشركات الوقفية هو أمر واجب، ولا يتحقق إلا من خلال تطبيق قواعد الحوكمة؛ لذا فإن تطبيق قواعد الحوكمة هو أمر واجب، ويتفق في الجوهر مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء^(١).

المطلب الثالث: توافق الحوكمة مع الشركة الوقفية:

- ١- تعزيز مسؤولية إدارة المشاريع الوقفية عن تنفيذ المعاملات بكفاءة تحقق المتطلبات النظامية والشرعية.
- ٢- تعزيز الاستقلالية والموضوعية في إبداء الرأي الشرعي من جهات التدقيق الشرعي.
- ٣- تحقيق العدالة بين جميع الأطراف من: الإدارة، الواقفين، الموقوف عليهم، ذوي العلاقة (العملاء، الموظفين، جهات التدقيق الخارجي).
- ٤- تعزيز الفصل بين السلطات والوظائف المتعارضة لضمان آليات واضحة لتحمل المسؤولية والمساءلة.
- ٥- استكمال الإطار المؤسسي الداعم لتطبيق الأهداف الأخرى، ويشمل إنشاء المؤسسات وإصدار التشريعات.
- ٦- سيادة القانون، وهذا لا يتحقق إلا من خلال وجود تشريع حكومي يلزم باستكمال المؤسسات والتشريعات وتطبيقها في واقع الأعمال الوقفية^(٢).

(١) حسن، مفهوم نظام حوكمة شركات المساهمة، النظرة القانونية مقارنة بالشريعة الإسلامية، ص ١١
(٢) الأسرج، حسين عبد المطلب، الحوكمة الرشيدة لمؤسسة الوقف الإسلامي، من موقع <http://elasrag.wordpress.com>.

وفي الرابع والعشرين من شهر يناير سنة ٢٠١٦م، صدر في دولة الكويت قانون الشركات رقم ١ لسنة ٢٠١٦م، وقد رسم هذا القانون كثيراً من قواعد حوكمة الشركات بما يمكن أن تستفيد منه سنة الوقف^(١).

٧- الحوكمة تحقق مقاصد الشريعة الإسلامية في الحفاظ على المال: إن السعي في الحوكمة إلى الاهتمام بالجوانب الاقتصادية باستقرار الأسواق، وخلق بيئة عمل سليمة في الشركات، وبناء سمعة جيدة للشركة، وحماية استثمارات أصحاب الشركة، وخلق المصالح المفيدة مع الآخرين^(٢) مقصد شرعي في الحفاظ على المال والنزاهة والمصداقية.

(١) الفزيع، محمد محمود علي، تأسيس الشركات الوقفية.. دراسة فقهية مقارنة مع قانون الشركات رقم ١ لسنة ٢٠١٦ دولة الكويت، منتدى قضايا الوقف الفقهية الثامن تحت شعار: قضايا مستجدة وتأصيل شرعي، ١-٣ من شعبان ١٤٣٨هـ، الموافق ٢٧-٢٩ من أبريل ٢٠١٧م، أكسفورد، المملكة المتحدة.
(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ٤٥٥.

المبحث الثالث

الحوكمة من خلال تطبيق الأصول المحاسبية على موجودات الشركة الوقفية، وخصائصها، وآليات تطبيقها.

المطلب الأول: تطبيق الأصول المحاسبية على موجودات الشركة الوقفية ومطلوباتها:

يُقصد بالأصول المحاسبية للشركة الوقفية جملة القواعد الكلية الحاكمة للجوانب التنظيمية للوقف ذات الطبيعة المالية، والمتعلقة بمداخل الشركة الوقفية ومصروفاتها، والمقيدة في دفاتر وسجلات تعرض ويفصح عنها، بحسب القانون الأساسي للشركة الوقفية؛ لإطلاع الجهة المعنية بها، لتحسين وتطوير الشركة الوقفية^(١)، وذلك يعتبر من آليات تطبيق الحوكمة في الشركات الوقفية.

وإن نظام المحاسبة للشركات الوقفية لا يختلف عن غيره من النظم المحاسبية للشركات غير الربحية^(٢) إلا في حدود ضيقة ترتبط بطبيعة الوقف، والتي يمكن

(١) تدور المحاسبة حول إعداد البيانات عن الموارد المالية المخصصة للوحدة المحاسبية واستخداماتها لتحقيق أغراض المشروعات المختلفة من أجل حماية الأموال، وتوفير المعلومات اللازمة لاتخاذ القرارات، وتحديد الحقوق والالتزامات، وبيان نتيجة النشاط، محمد عبد الحليم عمر، الأصول المحاسبية للوقف وتطوير أنظمتها وفقاً للضوابط الشرعية، منتدى قضايا الوقف الفقهية الخامس، الأمانة العامة للأوقاف، إسطنبول، مايو ٢٠١١م.

(٢) لا بد للربح من أن ينضبط بضوابط شرعية وأهمها: ١- أن يكون الربح مشروعاً، وهو ما نتج عن تصرف مباح كالعقود الجائزة، مثل البيع والمضاربة والشركة وغيرها، فالربح الناتج عن هذه التصرفات المباحة حلال بالإجماع، مع مراعاة أن لكل عقدٍ من هذه العقود قواعد وشروطٍ شرعية لا بد من مراعاتها. ٢- كل ربح نتج عن تصرفٍ محرّم كالزّبا والقمار والتجارة بالمحرّمات، كالاتجار بالخمير والمخدرات غير مشروع لقوله عزّ وجلّ: { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا } سورة البقرة الآية ٢٧٥.

٣- أن يكون الربح ناتجاً عن معاملةٍ شرعيةٍ صحيحةٍ خاليةٍ من الغش والتدليس والاستغلال والاحتكار نظراً لتحريم كل ذلك. ٤- أن لا يؤدي الربح إلى غبنٍ وغررٍ فاحشٍ للطرف الآخر. عفانة، حسام الدين، ضوابط توزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء، 2017/10/http://yasaloonak.net/88%D8%B2%8F-%D8%AA%D9%88%D8%A7%D8%A8%D8%B7%D9%D984%D8%A3%D8%B1%D8%90-%D8%A7%D9%8A%D8%B9%D9%D984%D8%AE%D8%A7%D9%90-%D9%A8%D8%A7%D8%AD%D9/86%8A%D9%90-%D8%A8%D9%8%B3%D8%A7%D8%A6%D8%B1%D9

حصرها إجمالاً في التالي^(١):

١- اعتبار أصل استقلال الذمة المالية للشركة الوقفية عن مؤسسها (الواقفين) وإدارتها.

٢- إثبات جميع الأنشطة والعمليات المالية للمؤسسة/الشركة في دفاتر وسجلات.

٣- إعداد التقارير للشركة السنوية وعرضها على الجمعية العمومية.

٤- بيان المخصصات المالية المتعلقة بالصيانة والترميم والاستبدال والإحلال للأعيان الموقوفة من المنقولات.

٥- يخضع الوقف لنظامين محاسبيين: نظام المؤسسات غير الربحية في شقه الاجتماعي، ونظام المحاسبة المالية للمؤسسات المالية الإسلامية في شقه الاستثماري.

٦- مخصصات التأمين التعاوني أو التجاري على المركبات للشركة، والتأمين الاجتماعي للعاملين الأجراء فيها، بحسب بلد إنشاء المؤسسة/الشركة في الدول التي يعتبر التأمين فيها واجباً، ويطبق عليه عند المخالفة عقوبات (عقد إذعان).

٧- مخصصات الضرائب على النشاط الاستثماري في الدول التي لا تعرف هذا النوع من الشركات من الضرائب، أو لا يتضمن قانونها التجاري هذا النوع من الشركات أصلاً.

(١) انظر: أبو غدة، عبد الستار، وشحاتة، حسين حسين الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للوقف، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م، ص ٤٥.

المطلب الثاني

خصائص حوكمة الشركات الوقفية

- ١- تعزيز أداء الشركات وتعظيم قيمتها السوقية^(١).
- ٢- المساءلة المحاسبية لإدارة الشركة: ضمان وجود متابعة دورية لأداء المسؤولين عن الشركة بحسب العوائد المتوقعة بصورة دورية^(٢)، وتقديم التقارير إلى المسؤولين في الأوقات المحددة، ويتحقق ذلك من خلال ممارسة العمل بعناية ومسؤولية، والترفع عن المصالح الشخصية، والتصرف بشكل فعّال ضد الأفراد الذين يتجاوزون حدود مسؤوليتهم، التحقيق الفوري في حالة إساءة الإدارة العليا، ووضع آليات تسمح بمعاينة الموظفين التنفيذيين، وأعضاء مجلس الإدارة في حالة تجاوز مسؤوليتهم وسلطاتهم^(٣).
- ٣- تأكيد التفاعل بين الأنظمة الداخلية والخارجية المنظمة لأعمال الشركات.
- ٤- التوازن في العلاقات التعاقدية التي تربط بين إدارة الشركة الوقفية والأطراف الأخرى.
- ٥- الوصول إلى أفضل ممارسة للسلطة بما يتناسب مع الشركات الوقفية.
- ٦- توفير الضمانات التي تكفل الحد من الفساد المالي والإداري حفاظاً على أموال الواقفين.
- ٧- حماية أموال المستثمرين والدائنين من المخاطر التشغيلية والمالية.

(١) الدوججي، عمي حسين، حوكمة الشركات وأهميتها في تفعيل جودة ونزاهة التقارير المالية، بحث مقدم من ، جامعة بغداد، كلية الإدارة والاقتصاد، قسم المحاسبة، ص ١٥.

<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=746>

(٢) العمر ، والمعود، قواعد حوكمة الوقف، ص ٢٢٦.

(٣) العابدي، دلال، حوكمة الشركات ودورها في تحقيق جودة المعلومات المحاسبية.. دراسة حالة شركة أليانس للتأمينات الجزائرية، ص ١٧،

Comp_d1_lmd_2016.pdf/1/http://thesis.univ-biskra.dz/2435

٨- تفعيل مسؤوليات مجلس الإدارة الإشرافية والتنفيذية.

٩- نقل نشاط المراجعة الداخلية للشركة من مجرد الحماية والتدقيق إلى المشاركة في توقع سلوك الأداء المستقبلي للشركات الوقفية^(١).

المطلب الثالث

آليات تطبيق الحوكمة في مؤسسات الأوقاف^(٢)

وفي ضوء ما سبق بيانه من أهمية الشركة الوقفية وخصائصها وأهدافها، يمكن القول بأن آليات تطبيق الحوكمة في الشركات الوقفية يتمثل في:

١- وضع مجموعة من القوانين واللوائح توضح حقوق وواجبات جميع أطراف الشركة الوقفية: (الناظر، الواقفين، والموقوف عليهم، والهيئات المشرفة على الأوقاف، والمجتمع)؛ لضمان تحقق أفضل توازن بين مصالح جميع الأطراف.

٢- ضرورة توافر هيكل تنظيمي واضح للشركات الوقفية بما يُمكن من تطبيق محاسبة المسؤولية.

٣- وضع نظام معلومات محاسبي متكامل للمؤسسات الوقفية يُمكن من تحقيق الإفصاح والشفافية عن المعلومات المناسبة لكافة أطراف الشركة الوقفية بما يُمكن من الحد من مشكلة عدم تماثل المعلومات.

٤- الالتزام بمبادئ الإدارة العلمية الحديثة (الإدارة الاستراتيجية) في إدارة المؤسسات الوقفية، وذلك من خلال وضع الاستراتيجيات الملائمة لطبيعة

(١) الدوغجي، حوكمة الشركات وأهميتها في تفعيل جودة ونزاهة التقارير المالية، ص ١٥.

(٢) تهامي، حوكمة المؤسسات الوقفية، ص ٢٩-٣٠.

وخصائص الوقف، ووضع خطط طويلة وقصيرة الأجل اللازمة لتحقيقها، وتوفير المؤشرات اللازمة لتطبيق الرقابة والمساءلة وتقييم الأداء.

٥- العمل على ضرورة تشكيل لجنة مراجعة (تدقيق) مستقلة داخل المؤسسة الوقفية، وفقاً لمعايير وضوابط تشكيل هذه اللجان المطبقة في الشركات، مع تطويرها بما يتناسب والهيكل التنظيمي للشركات الوقفية.

٦- تفويض كافة الصلاحيات للجنة المراجعة لممارسة مهامها، والتي تتعلق بصورة رئيسية في:

- الإشراف والرقابة على إعداد التقارير المالية للشركات الوقفية.

- التأكد من مدى فعالية وكفاءة نظام الرقابة الداخلية بالشركة، والعمل على تطويره، وترسيخ استقلالية وحيادية مكتب الرقابة الداخلية بالشركة وتدعيمه؛ ليتمكن من أداء دوره الرقابي بشكل فعال.

- التوصية بتعيين مراقب الحسابات الخارجي.

٧- ضمان الالتزام بالسلوك الأخلاقي، وقواعد السلوك المهني الرشيد لكافة أطراف الشركة الوقفية.

٨- التأكيد على مسؤولية مجلس الإدارة في الالتزام بالقوانين والمصالح ذات الصلة، وتطبيق المعايير الأخلاقية في ممارسة جميع مهامه.

٩- التأكد من التزام الشركات الوقفية بتطبيق مفاهيم تضمن الالتزام بالقوانين واللوائح والضوابط المتعلقة بمؤسسات الأوقاف، مع مراعاة التوافق مع النظم التشريعية والاقتصادية السائدة.

الخاتمة

وتتضمن النتائج والتوصيات.

أولاً: نتائج البحث:

١- الشركة الوقفية: عقد مشاركة في مشروع له أطراف عدة بهدف الربح لصالح الجهة الموقوف عليها، وهي نوع من شركات المساهمة، وشركات المساهمة قد أقرها مجمع الفقه الإسلامي.

٢- المقصود من حوكمة الشركات الوقفية تنظيم العلاقة بين أطراف الشركة والرقابة عليها، بحيث تتيح الحوكمة للمساهمين توجيه وإدارة ومراقبة شركتهم، وذلك بقصد تعظيم الأرباح لتحقيق مقاصد الشركة الوقفية.

٣- من أهمية حوكمة الشركات الوقفية دورها في زيادة كفاءة استخدام الموارد، وتعظيم قيمة مؤسسة الوقف، وتدعيم قدرتها التنافسية بالأسواق؛ للتوصل إلى تحقيق أهدافها المنشودة.

٤- تطبيق الحوكمة يساعد على إيجاد مفهوم ومقاييس شاملة لأداء الشركات الوقفية.

٥- حوكمة الشركات الوقفية يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها السامية؛ لما في ذلك من حفظ الحقوق، وإنقاذ العمل، وتحقيق النتائج المرجوة من الشركة الوقفية، وحفظها من ضعاف النفوس.

٦- إن أساس الحوكمة في الشريعة الإسلامية مجموعة مبادئ ضمن أحكام المعاملات المالية، كما يمكن تأصيل حوكمة الشركات الوقفية من الناحية الشرعية، من خلال ربطها بنظام الحسبة المقرر ضمن أحكام الشريعة الإسلامية، لما بينهما من توافق في العمل الرقابي التوجيهي للمجتمع الإسلامي.

٧- الحوكمة تحقق مقاصد الشريعة الإسلامية في الحفاظ على المال.

٩- تحتاج مؤسسة الوقف إلى تطبيق آليات الحوكمة باعتبارها الإطار الصحيح لتطوير أداء الشركات الوقفية؛ مما يدعم من قدراتها على الاستمرار والنمو، ويحقق مصالح الأطراف المختلفة في الشركة.

١٠- نظام المحاسبة للشركات الوقفية لا يختلف عن غيره من النظم المحاسبية للشركات غير الربحية إلا في حدود ضيقة ترتبط بطبيعة الوقف.

ثانيًا: التوصيات:

١- الحث على البحث في موضوع حوكمة الشركات الوقفية، والوصول إلى نتاج علمي متقدم في هذا المضمار.

٢- العمل على استمرار وتنمية التأصيل للجوانب الفكرية لحوكمة الشركات الوقفية، وخاصة الأهداف والخصائص والآليات والوسائل، حتى نحصل على صورة متكاملة لحوكمة الشركات الوقفية.

٣- الاهتمام بالجانب الإعلامي بوسائله المختلفة، وإعداد برامج تدريبية لنشر مفهوم الحوكمة في المجتمع؛ لتشجيع الناس على الإقبال والمساهمة في الشركات الوقفية بناءً على الضمانات التي تحققها لها الحوكمة.

المراجع

- الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، المكتب الإسلامي.
- الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، زين الدين أبو يحيى السنكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي.
- البابرقي، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله (المتوفى: ٧٨٦هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، أبو عبد الله الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه صحيح البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد (المتوفى: ٧٢٨هـ)، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية، ١، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م
- ابن الجوزي، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد (المتوفى: ٥٩٧هـ)، كشف المشكل من حديث الصحيحين، المحقق: علي حسين البواب، الناشر: دار الوطن - الرياض.
- الحجاوي، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم المقدسي (المتوفى: ٩٦٨هـ)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة بيروت - لبنان.
- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي (المتوفى: ٤٥٦هـ)، المحلى بالآثار، دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- الجندي، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين، مختصر خليل، دار الحديث/ القاهرة
- ط١، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م
- الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن (المتوفى: ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
- الخصاف، أبو بكر أحمد بن عمرو الشيباني، أحكام الأوقاف، ضبطه: محمد شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١.
- داماد أفندي، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، (المتوفى: ١٠٧٨هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: بدون

طبعة وبدون تاريخ.

- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

- الزبيدي، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي (المتوفى: ٨٠٠هـ)، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، ط١، ١٣٢٢هـ.

- الزحيلي، وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوربة، دمشق ط٤.

- الزرقا، مصطفى أحمد، أحكام الأوقاف، الأردن، عمان، دار عمان، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

- الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله (المتوفى: ٧٧٢هـ)، شرح الزركشي، دار العبيكان، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

- السعدي، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله (المتوفى: ١٣٧٦هـ)، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، المحقق: عبد الرحمن بن معلا اللويح، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.

- شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، الأردن، دار النفائس، ط٦، ٢٠٠٧م.

- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (المتوفى: ٤٧٦هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية.

- صالح، صالح، مكانة مؤسسة الحسبة في الاقتصاد الإسلامي ودورها في القضاء على الفساد الاقتصادي، طبعة تمهيدية، المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى.

- الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

- الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر (المتوفى:

- ٣١٠هـ)، تفسير الطبري = جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، الأردن، دار النفائس، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
- عتيقي، محمد عبيد الله، عقود الشركات، دراسة فقهية مقارنة مع موجز في القانون الكويتي، الكويت، ابن كثير، ط١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩.
- عليش، محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.
- عمر، محمد عبد الحليم، الأصول المحاسبية للوقف وتطوير أنظمتها وفقاً للضوابط الشرعية، منتدى قضايا الوقف الفقهية الخامس، الأمانة العامة للأوقاف، إسطنبول، مايو ٢٠١١م.
- أبو غدة، عبد الستار، وشحاتة، حسين، الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للوقف، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، ١٤٣٥هـ / ٢٠١٤م.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ)، إحياء علوم الدين، دار المعرفة - بيروت.
- ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دمشق، دار الفكر، عام النشر ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، مكتبة القاهرة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
- الففال، محمد بن أحمد بن الحسين بن عمر، أبو بكر الشاشي الفارقي (المتوفى: ٥٠٧هـ)، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، مؤسسة الرسالة، دار الأرقم، بيروت - عمان، ط١، ١٩٨٠م.
- لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، ط٢، ١٣١٠هـ.

- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير (المتوفى: ٤٥٠هـ)، الأحكام السلطانية، القاهرة - دار الحديث.
 - المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حسن، بيروت، دار الكتب العلمية، ١، ١٩٩٧م.
 - المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين - المنامة، ١٤٣٧هـ.
 - ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد (المتوفى: ٨٨٤هـ)، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
 - ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد (المتوفى: ٨٠٤هـ)، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج (على ترتيب المنهاج، للنووي)، المحقق: عبد الله بن سعاف اللحياي، مكة المكرمة - دار حراء، ١، ١٤٠٦.
 - ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين (المتوفى: ٧١١هـ)، لسان العرب، دار صادر - بيروت، ٣، ١٤١٤هـ.
 - المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدي الغرناطي، أبو عبد الله، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م.
 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (المتوفى: ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط ٢، بدون تاريخ.
 - النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن علي الخرساني، سنن النسائي الصغرى، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط ٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
 - النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (المتوفى: ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، ط ٣، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.
 - ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (المتوفى: ٨٦١هـ)، فتح القدير، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
 - يحيى إلهام، بوحيد ليلي، الحوكمة ودورها في تحسين الأداء المالي للمؤسسات الجزائرية، حالة المؤسسة الجزائرية الجديدة للتعليم (NCA) بالروبية.
- المجلات:**
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء ١٣، المكتبة الشاملة.

- زيد، ربيعة بن زيد، وعائشة بخالد، دور الصكوك الوقفية في تمويل التنمية المستدامة، بحث منشور ضمن مجلة أداء المؤسسات الجزائرية، العدد ٢، ٢٠١٢م.
- الصلاحيات، سامي محمد حسن، تمويل الأوقاف عن طريق الاكتتاب العام (الشركة الوقفية) أنموذجاً، منتدى قضايا الوقف الفقهية الثامن تحت شعار: قضايا مستجدة وتأصيل شرعي، ٢٧-٢٩ من أبريل ٢٠١٧م، أكسفورد، المملكة المتحدة.
- العمار، عبد الله بن موسى، بحث وقف النقود والأوراق المالية، ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني.
- الفزيح، محمد محمود علي خميس، تأسيس الشركات الوقفية. دراسة فقهية مقارنة مع قانون الشركات رقم ١ لسنة ٢٠١٦ دولة الكويت، منتدى قضايا الوقف الفقهية الثامن تحت شعار: قضايا مستجدة وتأصيل شرعي، ١-٣ من شعبان ١٤٣٨هـ، الموافق ٢٧-٢٩ من أبريل ٢٠١٧م، أكسفورد، المملكة المتحدة.
- المحمدي، علي، الوقف. فقهه وأنواعه، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر الأول للأوقاف بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٤٢٢هـ.

المواقع الإلكترونية:

- الأسرج، حسين عبد المطلب، الحوكمة الرشيدة لمؤسسة الوقف الإسلامي، من موقع: <http://elasrag.wordpress.com>
- الأسرج، حسين عبد المطلب، حوكمة الصناديق الوقفية بين النظرية والتطبيق، الموقع: http://waqef.com.sa/site_books_show.php?show=85
- شويديح، أحمد زياب، دور هيئة الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية في قطاع غزة، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد الحادي عشر، العدد الثاني ٢٠٠٣م. <https://journals.iugaza.edu.ps/index.php/IUGJIS/article/view/1477>
- العليات، أحمد عبد العفو مصطفى، الرقابة الشرعية على أعمال المصارف الإسلامية <https://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2012/02/%D8%A7%D9%84%D8%B1%D9%82%D8%A7%D8%A8%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%B1%D8%B9%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D8%AD%D9%85%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%B9-%D9%84%D9%8A%D8%A7%D8%AA-.pdf>
- تهايمي، عز الدين فكري، حوكمة المؤسسات الوقفية، موسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي <https://iefpedia.com/arab/?author=4936>
- حسن، أرنان، مفهوم نظام حوكمة شركات المساهمة، النظرة القانونية مقارنة بالشرعية

الإسلامية الموقع الإلكتروني: <http://www.gjat.my/gjat122015/9620150502.pdf>

- الدوغجي، عمي حسين، حوكمة الشركات وأهميتها في تفعيل جودة ونزاهة التقارير المالية، جامعة بغداد/ كلية الإدارة والاقتصاد/ قسم المحاسبة. <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=746>

- العابدي، دلال، حوكمة الشركات ودورها في تحقيق جودة المعلومات المحاسبية. دراسة حالة شركة أليانس للتأمينات الجزائرية، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في العلوم التجارية، المشرف: د. أحمد قايد نور الدين، ٢٠١٥-٢٠١٦. http://thesis.univbiskra.dz/2435/1/Comp_d1_lmd_2016.pdf

- دنيا، شوقي أحمد، مجالات وظيفية مستجدة وقف المنافع والحقوق، مقدم للمؤتمر الثاني للأوقاف للمملكة العربية السعودية في رحاب جامعة أم القرى، ١٤٢٧هـ،

https://drive.uqu.edu.sa/_/cjsr/files/%D9%85%D9%83%D8%AA%D8%A8%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%88%D9%82%D8%A7%D9%81/%D9%85%D8%AC%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AA%20%D9%88%D9%82%D9%81%D9%8A%D8%A9%20%D9%85%D8%B3%D8%AA%D8%AC%D8%AF%D8%A9%20%D9%88%D9%82%D9%81%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86%D8%A7%D9%81%D8%B9%20%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82.pdf

- سوليفان، جون، البوصلة الأخلاقية للشركات.. أدوات مكافحة الفساد: قيم ومبادئ وآداب المهنة، وحوكمة الشركات، المنتدى العلمي لحوكمة الشركات الدليل السابع <http://www.transparency.org.kw.au-ti.org/books/www.transparency.org.kw.au-ti.org/ar/index.php/books/governance/362/index.html>

- الشواورة، فيصل محمود، قواعد الحوكمة وتقييم دورها في مكافحة ظاهرة الفساد والوقاية منه في الشركات المساهمة العامة الأردنية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية-المجلد ٢٥-العدد الثاني-٢٠٠٩ ص ١٢٦. <http://www.damascusuniver-city.edu.sy/mag/law/images/stories/119-155.pdf>

- عفانة، حسام الدين، ضوابط توزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء، <http://yaloonak.net/2017/10/%D8%B6%D9%88%D8%A7%D8%A8%D8%B7%D9%8F-%D8%AA%D9%88%D8%B2%D9%8A%D8%B9%D9%90-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B1%D8%A8%D8%A7%D8%AD>

%D9%90-%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%AE%D8%B3%D8%A7
/%D8%A6%D8%B1%D9%90-%D8%A8%D9%8A%D9%86

- العمر، فؤاد بن عبد الله، والمعود، باسمه بنت عبد العزيز، قواعد حوكمة الوقف، مشروع بحثي ممول من كرسي الشيخ راشد بن دايل لدراسات الأوقاف بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

pdf.k٩٦x١d٧SSa١٢/upload/sa.com.waqef//:http

- القانون المدني العربي الموحد، جامعة الدول العربية، الموقع: <https://org.carjj/terms-legal> ١٧٢٧

- مجمع الفقه الإسلامي، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، الموقع: <http://www.iifa-aifi.org/rr>

- مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، التوصية ٢٥، والوقف (توصيات مجموعة العمل المالي FATA نوفمبر ٢٠١٢م، نقلًا عن الموقع www.fatt-gafi.org).

- المهنا، خالد بن عبد الرحمن، الشركات الوقفية من خلال نظام الشركات السعودي، مشروع بحثي ممول من كرسي الشيخ راشد بن دايل لدراسات الأوقاف بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الموقع الإلكتروني: <https://units.imamu.edu.sa>

- الندوي، علي أحمد، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، الموقع: <http://www.feqhup.com/uploads/1377032098181>.

pdf



نوازل فقهية متعلقة بشرط
كون المبيع طاهرا فيما
يخص الأدوية

إعداد
د. نيا ب بن فرج المري

المقدمة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وسلم تسليماً كثيراً.

أما بعد:

فإنَّ الشريعة الإسلامية خاتمة للشرائع، صالحة لكل زمان ومكان، فمهما استجد للناس من أحوال وطراً على تصرفاتهم من تغير فهي حاكمة عليها بالحكم اللائق بها.

وفي ظل التقدم التقني والتوسع العمراني، وتقارب المجتمعات، وسرعة المواصلات، وسهولة الاتصالات، وتنوع وسائل المعاش، وتعدد طرق اكتساب الرزق، ظهرت كثيرٌ من القضايا الفقهية التي لم تعهد في عصور التأليف الفقهي عن العلماء السابقين، كما تغيرت بعض المسائل من جهة صفاتها، ومتعلقاتها، مما يستدعي إعادة النظر فيها وفق تلك المعطيات وبيان الحكم الشرعي فيها. ومع كون الإسلام قد أحل البيع كما قال - تعالى -: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [سورة البقرة: ٢٧٥]، إلا أنه قد جعل له شروطاً لا يصح البيع دون تحققها، وهذه الشروط متنوعة، فمنها ما يتعلق بالصيغة، ومنها ما يتعلق بالمتعاقدين، ومنها ما يتعلق بالمعقود عليه، وقد بين العلماء سابقاً هذه الشروط بأدلتها وأحكامها، ولوجود بعض النوازل المعاصرة التي لم يتعرض لها العلماء سابقاً مع شدة حاجة الناس لمعرفة حكمها لزم دراستها وبيانها.

وقد أحببت أن أشارك في هذا الباب ببحث أسميته (نوازل فقهية متعلقة بشرط كون المبيع طاهراً في الأدوية)، وقد قسمت عملي في هذا البحث على النحو التالي:

(أ) أهمية البحث:

- ١- وقوع بعض المسلمين في مخالفات شرعية في البيوع المعاصرة بسبب جهلهم بحكمها.
- ٢- بيان صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان وأن ما يستجد من المسائل المعاصرة لا بد لها من أحكام شرعية.
- ٣- ارتباط حاجة كثير من المسلمين بالتعامل ببعض صور البيوع في النوازل الفقهية المعاصرة.
- ٤- الإسهام في إثراء الدراسات الفقهية المتعلقة بالنوازل المعاصرة.
- ٥- النوازل وبيان الأحكام المتعلقة بها.
- ٦- كون البحث يعرض أحكام النوازل الفقهية المعاصرة في البيوع ويربطها بأقوال الفقهاء في المسائل المشابهة لها.

(ب) أسباب اختيار البحث:

- ١- الحاجة لدراسة النوازل المعاصرة لكثرتها وتنوعها.
- ٢- رغبتني في البحث والمشاركة في معرفة أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، وخاصة ما يتعلق بشروط المبيع.

(ج) أهداف البحث:

- ١- بيان حكم المسائل المتعلقة بشرط كون المبيع طاهراً في الأدوية.
- ٢- تقريب المسائل الفقهية المتعلقة بشروط المبيع للباحثين والمهتمين بالدراسات المالية المعاصرة.
- ٣- إفادة اللجان الشرعية والهيئات في المؤسسات المالية الإسلامية بما هو جديد حول النوازل الفقهية المالية المعاصرة.

(د) منهجي في البحث:

اتبعت في بحثي هذا المنهج الاستقرائي لجزئيات الموضوع من خلال الجمع والتتبع للنوازل الفقهية المعاصرة المتعلقة بشرط كون المبيع طاهراً في الأشربة، وذلك من خلال مظانها في قرارات المجامع الفقهية والدراسات العلمية المختصة بالنوازل، والرجوع للكشافات العلمية والمواقع الإلكترونية التي تهتم بدراسة النوازل، ومن ثم أقوم بتحليل هذه العناصر ودراستها وفق الإجراءات الآتية:

- ١- أعنون للمسألة.
- ٢- أُبَيِّن صورة المسألة.
- ٣- أذكر تحرير محل النزاع.
- ٤- أفصّل أقوال الفقهاء في المسألة.
- ٥- أذكر سبب الخلاف.
- ٦- أذكر أدلة كل قول مع المناقشة المتعلقة به.
- ٧- أختم ببيان القول الراجح مع ذكر سبب الترجيح.

٩- أعزو الأقوال والمسائل إلى مصادرها الأصلية في كل فنٍ على حدة، مع مراعاة الترتيب المذهبي والزمني في عزو المراجع.

١٠- أقوم بنسخ الآيات من المصحف بالرسم العثماني وأعزوها بذكر اسم السورة ورقم الآية.

١١- تخريج الأحاديث من كتب السنة الأصلية، فإذا كان الحديث في الصحيحين أو الكتب الستة فإنني أقوم بذكر الكتاب والباب والجزء والصفحة ورقم الحديث، وإذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بالعزو إليه فقط، أمّا إذا كان في غيرهما فإنني أذكر درجة صحته معتمداً على أقوال العلماء في هذا الفن.

١٢- تفسير الألفاظ الغريبة التي ترد في النص إن وجدت، معتمداً على كتب اللغة الأصلية وغريب الحديث، وكتب أهل الاختصاص في كل فنٍ.

١٣- لم أترجم للأعلام الواردة أسماؤهم في البحث، طلباً للاختصار، ولأن من ورد اسمه في البحث معلوم لدى طلاب العلم، فلا حاجة لذكر ترجمته.

١٤- اتبعتُ البحث بثبت المصادر والمراجع مرتباً على حروف الهجاء.

(هـ) تقسيمات خطة البحث:

قسمت البحث إلى مقدمة وأربعة مطالب، وخاتمة، على النحو الآتي:

المقدمة: وفيها الافتتاحية وأهمية البحث، وأسباب اختياره، وأهداف البحث،

ومنهجي في البحث، والخطة.

المطلب الأول: بيع الأدوية المشتملة على الكحول والمخدرات، وفيه فرعان:

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

المطلب الثاني: بيع أدوية الأنسولين المشتعلة على مشتقات الخنزير، وفيه
فرعان:

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

المطلب الثالث: بيع أدوية الجيلاتين المصنعة من جلود وعظام الميتة، وفيه
فرعان:

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

المطلب الرابع: بيع مستحضرات التجميل التي تحتوي على شحم الخنزير،
وفيه فرعان:

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج التي توصلت إليها.

المطلب الأول: بيع الأدوية المشتملة على الكحول والمخدرات.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: صورة المسألة.

يُعدُّ كثير من الأدوية السائلة التي تصنع حالياً مشتملة في تركيبها على نسبة ضئيلة من الكحول الإيثيلي الذي هو روح الخمر ومادته الأساسية، وذلك لغرض الحفظ، أو إذابة بعض المواد النباتية أو العضوية أو الكيميائية المُحضَّرة التي لا تذوب في الماء، وهذه الأدوية إنما تُنتج لغرض المعالجة الطبية للمرضى، وتستعمل بحسب وصفة الطبيب بجرعات قليلة، لا يمكن أن تؤدي إلى إسكار المريض الذي يتناولها؛ لأن المريض لو شرب منها كمية كبيرة لا يحصل له الإسكار، وإنما يموت بسبب التسمُّم الدوائي قبل سكره، فاستعمال الكحول فيها مهدئاً، حيث لا يتوافر بديل عن تلك الأدوية، وكذلك تستخدم المخدرات^(١) في المعالجات الطبية المُتعيَّنة كالعلاجات الجراحية ومعظم الأعمال العلاجية بالمقادير اللازمة دون زيادة عليها^(٢).

الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء المعاصرون على تحريم الكحول والمخدرات، واختلفوا في حكم

تناول الأدوية المشتملة على شيء من الكحول والمخدرات^(٣)، على قولين:

(١) المخدرات: عبارة عن مواد طبيعية - خام أو مزروعة - أو مواد مصنعة كالعقاقير المستحضرة تحتوي على عناصر منبهة، أو مسكنة بحيث تسبب لمتعاطيها فقداناً كلياً أو جزئياً للإدراك وتؤثر على العقل، وتحدث فتوراً وإنهاكاً للجسم، وتؤدي إلى الإدمان، وتسبب ضرراً للفرد جسماً ونفسياً، وضرراً للمجتمع الذي يعيش فيه. ينظر: المخدرات لبريك القرني (ص: ٤٣).

(٢) ينظر: الفقه الميسر لمجموعة من المؤلفين (١٥٦/١٢)، والأدوية المشتملة على الكحول والمخدرات، للدكتور نزيه حماد، بحث ضمن مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد السادس عشر، لسنة ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م (ص: ١٠٢).

(٣) ينظر: المرجع السابق (ص: ١٠٢).

القول الأول: يجوز إذا كانت النسبة قليلة، ولا يوجد بديل عنها.

وهو قول أكثر المعاصرين ^(١)، وعليه فتوى موقع الإسلام سؤال

وجواب ^(٢)، وقد صدرت بذلك القرارات والفتاوى والتوصيات التالية:

(١) منهم: الشيخ محمد العثيمين، لقاءات الباب المفتوح (٣/٢١٦-٢١٧)، والدكتور نزيه حماد، الأدوية المشتملة على الكحول والمخدرات، بحث ضمن مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد السادس عشر (ص: ٩٢)، السنة الرابعة عشرة [١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م]، والبروفسور محمد عبد السلام، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٦٠٩-٦١٠)، الدكتور عبد الله محمد عبد الله، المواد المحرمة النجسة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٧١٠)، والدكتور وهبة الزحيلي، أحكام المواد النجسة والمحرمة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٧٢٦-٧٢٧)، والدكتور حامد جامع، المواد المحرمة في الطعام والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٨١٥)، والدكتور سعود بن مسعد الثبيتي، القواعد والضوابط الفقهية للمواد المحرمة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٨٤٤)، والدكتور محمد الزحيلي، أحكام المواد المحرمة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٨٦٤)، والدكتور محمد الأشقر، المواد المحرمة والنجسة واستعمالها في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٩٠٧، ٩٢٣)، الدكتور محمد رواس قلعه جي، المحرمات والنجاسات في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٩٤٥-٩٤٧)، والدكتور عبد الفتاح إدريس، المواد النجسة والمحرمة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٩٦٣-٩٦٤، ٩٧١-٩٧٢)، والدكتور أحمد الحجى الكردي، المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/١٠٣٥-١٠٣٦)، والدكتور حسن علي الشاذلي، انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً في الفقه الإسلامي، بحث ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع (١/٢٤٠-٢٤١)، والدكتور خالد الجميلي، أحكام نقل الخصيتين والمبيضين وأحكام نقل أعضاء الجنين الناقص الخلقة في الشريعة الإسلامية، بحث ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس (٣/١٩٨٦)، والدكتور علي المحمدي، حكم التداوي في الإسلام، بحث ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع (٣/٦٥٨)، والشيخ الشيباني، مناقشة بحث العلاج الطبي ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع (٣/٧٠٨)، الدكتور عجيل النشمي، مناقشة بحث العلاج الطبي ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع (٣/٧٢١)، والدكتور علي الجفالي، أخلاقيات الطبيب، ومسؤوليته وضمانه الأحكام المتعلقة ببعض ذوي الأمراض المستعصية، بحث ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن (٣/٦٢-٦٣، ٧١-٧٢)، والدكتور محمد البار، التداوي بالمحرمات، بحث ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن (٣/١١٦).

(٢) ينظر: فتوى حكم استعمال الأدوية المشتملة على الكحول. ينظر: الملاحق (ملحق د).

١- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي بجدة، حيث جاء في القرار ما نصه: «للمريض المسلم تناول الأدوية المشتملة على نسبة من الكحول إذا لم يتيسر دواء خال منها، ووصف ذلك الدواء طبيب ثقة أمين في مهنته»^(١).

٢- قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، حيث جاء في القرار ما نصه: «يجوز استعمال الأدوية المشتملة على الكحول بنسب مستهلكة تقتضيها الصناعة الدوائية التي لا بديل عنها، بشرط أن يصفها طبيب عدل، كما يجوز استعمال الكحول مطهراً خارجياً للجروح، وقاتلاً للجراثيم، وفي الكريمات والدهون الخارجية»^(٢).

٣- فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، حيث جاء في الفتوى في البند (ثالثاً) ما نصه: «لا يجوز خلط الأدوية بالكحول المسكر، لكن لو خلطت بالكحول جاز استعمالها إن كانت نسبة الكحول قليلة لم يظهر أثرها في لون الدواء ولا طعمه ولا ريحه، وإلا حرم استعمال ما خلط بها»^(٣).

٤ - فتوى لجنة الإفتاء بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، حيث جاء في الفتوى ما نصه: «الأدوية التي اختلطت بها الكحول بالنسبة المذكورة (٢-٦٪) يحل التداوي بها إذا تعينت علاجاً، بأن لم يكن هناك دواء يحل محلها مما ليس فيه كحول، فإن وجد لزم العلاج به دون ما اختلط به الكحول، بعداً عن الشبهات، وعلى الطبيب والصيدلاني مراعاة ذلك. -والله أعلم-»^(٤).

(١) ينظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص: ١٢٥) قرار رقم ٢٣ (٣/١١) بشأن استفسارات المعهد العالمي للفكر الإسلامي بواشنطن.

(٢) ينظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الخامس عشر (ص: ٤٧٦)، السنة الثالثة عشرة ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م، القرار السادس.

(٣) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة (٩٢/٢٢).

(٤) ينظر: الدرر البهية من الفتاوى الكويتية (٣٠٦/١١).

٥- توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الثامنة المنعقدة في الكويت بتاريخ ٢٢-٢٤ ذو الحجة ١٤١٥ هـ الموافق ٢٢-٢٤ مايو ١٩٩٥ م، حيث جاء في التوصيات البند (٣) ما نصه: «لما كان الكحول مادة مسكرة فيحرم تناولها، وريثما يتحقق ما يتطلع إليه المسلمون من تصنيع أدوية لا يدخل الكحول في تركيبها ولا سيما أدوية الأطفال والحوامل، فإنه لا مانع شرعاً من تناول الأدوية التي تصنع حالياً ويدخل في تركيبها نسبة ضئيلة من الكحول، لغرض الحفظ، أو إذابة بعض المواد الدوائية التي لا تذوب في الماء مع عدم استعمال الكحول فيها مهدئاً، وهذا حيث لا يتوافر بديل عن تلك الأدوية»^(١).

القول الثاني: التحريم، وهو قول بعض المعاصرين^(٢).

سبب الخلاف: سبب الخلاف بين الفقهاء المعاصرين في هذه المسألة أن من يرى أن القليل لا حكم له، وأن الضرورة ترفع حكم التحريم، قال بالجواز. ومن يرى عدم الفرق بين القلة والكثرة مع ما فيه المضار وتمسك بظاهر النصوص قال بالتحريم.

(١) ينظر: المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (١٠٧٩/٢).

(٢) منهم: الشيخ صالح الفوزان، المنتقى من فتاوى الفوزان (٣/٣٥١)، والشيخ الألباني، النوازل الطبية عند المحدث الألباني، للدكتور إسماعيل مرحبا = (ص: ١٨٠)، والدكتور سيد طنطاوي، مناقشة بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٦٤٥)، والدكتور طبيب أحمد أبو الوفاء، مناقشة بحث ثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٦٣٠-٦٣٢)، والدكتور طبيب حمدي مسعود، مناقشة بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٦٣٣-٦٣٥)، والدكتور أحمد القاضي، مناقشة بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٦٣٨)، ومال إليه الدكتور عبد الستار أبو غدة، المبادئ الشرعية للتطبيق والعلاج من فقه الطبيب وأخلاقيات الطب، بحث ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن (٣/١٥٧-١٥٨).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قوله - عزو جل - : ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾

[البقرة: ١٧٣].

وجه الدلالة: دلّت الآية الكريمة على أن من لم يكن باغياً ولا عادياً ففعل المحذور اضطراراً؛ فإنه لا إثم عليه، وتناول الأدوية المشتملة على الكحول والمخدرات بنسبة قليلة تذهب بالمخالطة، ولا يوجد بديل عنها فإنه لا أثم عليه وتكون داخلة في عموم الآية فيجوز استعمالها وبيعها.

الدليل الثاني: قوله - تعالى - : ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٧٣].

الدليل الثالث: قوله - سبحانه وتعالى - : ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ

بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الدلالة من الآيتين: دلت الآيتان الكريمتان على نهي الإنسان عن إلقاء نفسه في التهلكة، أو قتلها، وعدم استعمال الأدوية المشتملة على شيء من الكحول والمخدرات في حال عدم وجود البديل يُعدُّ إلقاءً للنفس في الهلاك وقتلاً لها، ومن ثم جاز تناول هذه الأدوية وبيعها.

الدليل الرابع: قوله - سبحانه وتعالى - : ﴿وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا

أَضْطَرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩].

وجه الدلالة: دلّت الآية الكريمة على استثناء المحرم من التحريم في حال الاضطرار إليه، (وقد فصل). أي: بين لكم الحلال من الحرام، وأزيل عنكم اللبس والشك، والأدوية المشتملة على شيء من الكحول والمخدرات في حال الاضطرار داخلة في عموم الآية، فيجوز تناولها وبيعها^(١).

(١) ينظر: تفسير القرطبي (٧/ ٧٣).

الدليل الخامس: حديث أبي الدرداء - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إِنَّ اللَّهَ أَنْزَلَ الدَّاءَ وَالدَّوَاءَ، وَجَعَلَ لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءً فَتَدَاوَوْا وَلَا تَدَاوَوْا بِحَرَامٍ»^(١).

وجه الدلالة: دلَّ الحديث على النهي عن التداوي بالحرام، والأدوية المشتمة على النسبة القليلة من هذه الكحول والمخدرات في حال عدم البديل غير داخلة في هذا الحديث، فيجوز شرعاً تناولها وبيعها، ففيه دليل على إباحة التداوي منها، وقوله تداووا عباد الله ولا تداووا بحرام فإن الله لم ينزل داء إلا أنزل له دواء، والتحقيق أن الأمر باجتتاب المنهي على عمومته ما لم يعارضه إذن في ارتكاب منهى كأكل الميتة للمضطر^(٢).

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأن النهي في الحديث عن التداوي بالحرام نهي عام؛ لأن كلمة «بِحَرَامٍ» نكرة في سياق النهي، فتعم القليل والكثير على حد سواء، ومن ثم فلا يجوز تناولها ولا بيعها.

الدليل السادس: حديث أنس بن مالك - رضي الله عنهما - أَنَّ نَاسًا مِنْ عَرَبِيَّةٍ اجْتَوَوْا الْمَدِينَةَ «فَرَخَّصَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- أَنْ يَأْتُوا إِبِلَ الصَّدَقَةِ، فَيَشْرَبُوا مِنْ أَلْبَانِهَا، وَأَبْوَالِهَا»^(٣).

(١) رواه أبو داود في سننه كتاب الطب باب في الأدوية المكروهة (٢٣/٦) حديث [٣٨٧٤]، والترمذي في سننه كتاب الطب باب ما جاء في الدواء والحث عليه (٤٥١/٣) حديث [٢٠٣٨]، والنسائي في سننه الكبرى كتاب الطب باب الأمر بالدواء (٧٩/٧) حديث [٧٥١١]، وابن ماجه في سننه كتاب الطب باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء (٤٩٧/٤) حديث [٣٤٣٦]، واللفظ لأبي داود، وقال الترمذي: «حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ»، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود والترمذي والنسائي وابن ماجه.

(٢) ينظر: فتح الباري لابن حجر (١٣/٢٦١).

(٣) رواه البخاري في صحيحه كتاب الزكاة باب استعمال إبل الصدقة وألبانها لأبناء السبيل (١٣٠/٢) حديث [١٥٠١]، ومسلم في صحيحه كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات باب حكم المحاربين والمرتدين (١٢٩٦/٣) حديث [١٦٧١].

وجه الدلالة: دلَّ الحديث على جواز شرب أبوال الإبل للتداوي وهي نجسة عند أكثر الفقهاء (١)، والأدوية المشتمة على شيء من الكحول والمخدرات داخلية في هذا الحديث، فيجوز استعمالها وبيعها عند الضرورة.

الدليل السابع: جواز تناول الأدوية المشتمة على الكحول والمخدرات في حالة الاضطرار، قياساً على ضرورة الجوع بجامع حفظ الحياة في كل (٢)، وما جاز تناوله جاز بيعه.

الدليل التاسع: القواعد الفقهية التي تدل على إباحة فعل المحظور حال الاضطرار، ومنها ما يلي:

القاعدة الأولى: «ارتكاب أخف الضررين» (٣).

وجه الدلالة من القاعدة: هذه القاعدة تدل على أن الإنسان إذا وقع بين ضررين جاز له أن يدفع الضرر الأعلى بارتكاب الضرر الأدنى، فالضرر الأعلى ترك التداوي بالأدوية المشتمة على شيء من الكحول والمخدرات عند الحاجة الماسة إليها، والضرر الأدنى استعمال ما يكون مشتماً على شيء من هذه المواد، ولهذا جاز تناولها وبيعها.

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأن هذا صحيح إذا كان الأمر متيقناً، أما إذا كان الأمر محتملاً فلا يسوغ استعمال ما يشتمل على المحرم ولو كان قليلاً.

القاعدة الثانية: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة» (٤).

(١) ينظر: حكم التداوي في الإسلام، للدكتور علي محمد المحمدي، بحث ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع (٦٥٨/٣)، والمواد المحرمة والنجسة واستعمالها في الغذاء والدواء، للدكتور محمد الأشقر، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٩٠٧/٢).

(٢) ينظر: المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، للدكتور نزيه حماد، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٧٦٠/٢).

(٣) ينظر: المصالح المرسله، للشيخ محمد الأمين الشنقيطي (ص: ١٨).

(٤) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٨٨).

وجه الدلالة من القاعدة: تدل هذه القاعدة على أن الحاجة الماسة تنزل منزلة الضرورة في رفع حكم التحريم، فيعود الأمر مباحاً، وهذه الأدوية المشتملة على شيء من الكحول والمخدرات عند عدم البديل الحلال يسوغ للإنسان جواز تناولها وبيعها.

القاعدة الثالثة: «الضرورات تبيح المحظورات»^(١).

وجه الدلالة من القاعدة: أنه في حال الضرورة يجوز استعمال المحرم وأكله، بشرط أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، وأن يتعين على المضطر ارتكاب المحظور الشرعي، وأن يتوافر عذر يبيح الإقدام على الحرام كالحافظ على النفس^(٢)، وتناول الأدوية المشتملة على شيء من الكحول والمخدرات في حال عدم البديل الحلال يُعدُّ من الضرورة التي تبيح فعل المحظور، فيجوز تناولها وبيعها.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قوله - سبحانه وتعالى - : ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾، [المائدة: ٩٠].

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة على وجوب اجتناب الخمر كثيره وقليله؛ لأن قوله: ﴿فَاجْتَنِبُوهُ﴾ أمر بالاجتناب، وهو يقتضي الاجتناب المطلق، والأدوية المشتملة على شيء من الكحول والمخدرات داخلة في هذا الأمر، فلا يجوز تناولها ولا بيعها.

(١) ينظر: الفروق للقرافي (١٤٦/٤).

(٢) ينظر: أحكام المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، للدكتور محمد الزحيلي، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (١٦٤/٢).

الدليل الثاني: حديث جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ، فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ» (١).

وجه الدلالة: استدل بمطلق قوله: «كل مسكر حرام» على تحريم ما يسكر ولو لم يكن شراباً، فيدخل في ذلك الحشيشة وغيرها، وقد جزم النووي وغيره بأنها مسكرة، وجزم آخرون بأنها مخدرة، وهو مكابرة؛ لأنها تحدث بالمشاهدة ما يحدث الخمر من الطرب والنشأة والمداومة عليها والانهماك فيها، والأدوية المشتملة على شيء من الكحول داخلة في هذا الحديث فيحرم تناولها وبيعها (٢).

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأن الحرمة هنا في حال كونه الخمر صرفة، إما إذا خالطه شيء غالب عليه فإن الحكم للأغلب، فضلاً عن وجود الحاجة العلاجية الماسة.

الدليل الثالث: حديث سويد بن طارق - رضي الله عنه - أنه سأل النبي - صلى الله عليه وسلم - عَنِ الْخَمْرِ، فَتَنَاهَا عَنْهَا، فَقَالَ: إِنِّي أَصْنَعُهَا لِلدَّوَاءِ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «إِنَّهُ لَيْسَ بِدَوَاءٍ، وَلَكِنَّهُ دَاءٌ» (٣).

وجه الدلالة: دلّ الحديث أن الخمر داء وليست دواء، والأدوية المشتملة على شيء من الكحول والمخدرات داخلة في هذا الحديث فلا يجوز تناولها ولا بيعها. ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بما نوقش به الدليل الثاني.

الدليل الرابع: حديث أبي الدرداء - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إِنَّ اللَّهَ أَنْزَلَ الدَّاءَ وَالدَّوَاءَ، وَجَعَلَ لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءً فَتَدَاوُوا وَلَا تَدَاوُوا بِحَرَامٍ» (٤).

(١) رواه مسلم في صحيحه كتاب الأشربة باب تحريم التداوي بالخمر (٣/١٥٧٣) حديث [١٩٨٤].

(٢) فتح الباري مع هدي الساري لابن حجر ط المعرفة (١٠/٤٥).

(٣) رواه مسلم في صحيحه كتاب الأشربة باب تحريم التداوي بالخمر (٣/١٥٧٣) حديث [١٩٨٤].

(٤) تقدّم تخريجه (ص: ١٠).

وجه الدلالة: دلَّ الحديث على النهي عن التداوي بالحرام، ولم يُستثن منه شيء، والأدوية المشتمة على شيء من هذه الكحول والمخدرات داخلة في هذا الحديث، فلا يجوز تناولها ولا بيعها.

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأن هذا الحديث جارٍ في حال السعة وعدم الاضطرار، أما مع وجود الضرورة وعدم البديل الحلال الذي يكفي لدفع هذه الضرورة والحاجة الماسة، فالقول بالجواز أولى من المنع.

الدليل الخامس: حديث أم سلمة - رضي الله عنها - قالت: نَبَذْتُ نَبِيذًا فِي كُوزٍ^(١)، فَدَخَلَ رَسُولُ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- وَهُوَ يَغْلِي فَقَالَ: «مَا هَذَا»؟ قُلْتُ: اشْتَكَيْتِ ابْنَةَ لِي فَنَبَذْتُ لَهَا هَذَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-: «إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ»^(٢).

وجه الدلالة: دلَّ الحديث على المنع من التداوي بالمحرم، والكحول والمخدرات المسكرة من المحرم بلا شك، ولأن الزبيب إذا نقع في الماء يعود عنبًا فكان نقيعه كعصير العنب، ولأن هذا لا يتخذ إلا للسكر فيحرم شرب قليلها وكثيرها، والأدوية المشتمة على شيء من هذه الكحول والمخدرات داخلة في نص الحديث، فلا يجوز تناولها ولا بيعها^(٣).

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأن التحريم خاص بالخمير الصّرف أما إذا خالطه ما يغلب عليه واستهلك هذا المحرم فيما هو حلال فإن المغلوب المستهلك

(١) الكوز: إناء معروف من أواني الشراب، فإذا كان بلا عروة فهو الكوب. ينظر: صاحب في فقه اللغة لابن فارس (ص: ٦١)، والمصباح المنير للفيومي (٤٠٦/٢).

(٢) رواه أحمد في الأشربة (ص: ٦٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/١٠)، واللفظ له. وصححه ابن حبان حيث أخرجه في صحيحه (٧٣/٣) مع الإحسان، والألباني في السلسلة الصحيحة (١٧٥/٤).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (١١٤ / ٥).

كالمعدوم^(١)، إن دفعته إليها ضرورة يغلب على ظنه أنه يتخلص بشربها جاز؛ لأنه لو تغصص بلقمة في حلقة فلم يجد ما يدفعها به، واضطر أن يزردها بالخمير جاز له ذلك، ولم يجز أن يمنعه من حالة الحال فتصير كالميتة عند الضرورة^(٢).

الدليل السادس: حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- عَنِ الدَّوَاءِ الخَبِيثِ^(٣).

وجه الدلالة: دلَّ الحديث على النهي عن التداوي بالخبِيث، والنهي يقتضي التحريم، والخمر أم الخبائث، فالأدوية المشتمة على شيء من الكحول والمخدرات لا يجوز تناولها ولا بيعها.

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأن هذا يصح لو كان الخمر صرفة أو غالبية، أما وهي قليلة بالنسبة للمخالط الحلال أو مستهلكة فيه فإن وصف الخبث غير موجود.

الدليل السابع: أن الأصل في الأطعمة والأشربة الحل؛ إلا ما دل الدليل على تحريمه؛ كالمسكرات والأشياء المشتمة على مواد محرمة؛ فإن كانت ليس فيها شيء من الكحول، وليس فيها شيء من شحم الخنزير ومشتقاته؛ فإن الأصل فيها الحل، أما إذا علمنا أن هذه المعلبات تشتمل على شيء محرم من الكحول أو من لحم الخنزير ومشتقاته؛ فإنه يحرم علينا استعماله؛ لأنها أصبحت مخلوطة بمادة محرمة، أما إذا لم نعلم عنها شيئاً؛ فالأصل الحل^(٤).

(١) ينظر: مغني المحتاج للشربيني (١٢٥/٥).

(٢) ينظر: فتح الباري لابن حجر (١٠ / ٧٩).

(٣) رواه أبو داود في سننه كتاب الطب باب في الأدوية المكروهة (١٩/٦) حديث [٣٨٧٠]، والترمذي في سننه كتاب الطب باب ما جاء فيمن قتل نفسه بسم أو غيره (٤٥٥/٣) حديث [٢٠٤٥]، وابن ماجه في سننه كتاب الطب باب النهي عن الدواء الخبيث (٥١٣/٤)، وأحمد في المسند (٤١٦/١٣) حديث [٨٠٤٨]، وصححه الحاكم في المستدرک (٤٥٥/٤) ووافقه الذهبي. ثم صححه الألباني في السنن.

(٤) ينظر: المنقذ من فتاوى الفوزان، للشيخ صالح الفوزان (٣٥١/٣).

الترجيح:

الخلاف قوي جداً بين القولين، ولكن بعد عرض قولي الفقهاء المعاصرين في هذه المسألة ومناقشة أدلة كل قول يظهر - والله أعلم - رجحان القول الأول وهو القائل بالجواز بشروطه؛ وذلك لما يلي:

- ١- أن القول بالجواز عند الضرورة يوافق ما جاءت به الشريعة من رفع الحرج والمشقة عن الأمة.
- ٢- أن القول بالجواز يحقق مقصداً من مقاصد الشرع؛ لأن الشريعة مدارها على تحقيق المصالح وتكثيرها، ودرء المفاسد وتقليلها.
- ٣- أن القول بالجواز يحقق مقصداً من مقاصد الشريعة وهو الحفاظ على إحدى الضروريات الخمس والتي منها حفظ النفس من الهلاك، فترك التداوي بهذه الأدوية التي تشتمل على شيء من الكحول والمخدرات ولا بديل لها حلال يُعدُّ تقيطاً في حفظ النفس عن الهلاك.

المطلب الثاني: بيع أدوية الأنسولين المشتملة على مشتقات الخنزير

وفيه فرعان:

الفرع الأول: صورة المسألة.

الأنسولين^(١) مادة هرمونية تُستخرج غالباً من بنكرياس الخنازير والبقر، وتستخرج أيضاً من الإنسان عن طريق الهندسة الوراثية إلا أن المُستخلص من

(١) الأنسولين هو: هرمون ينظم عملية تمثيل الغذاء في الجسم لعناصر الكربوهيدرات والدهون، والبروتينات، ويُفرز عن طريق جزر لانجرهانز، الموجودة بالبنكرياس. ينظر: الموسوعة العربية العالمية (٢٥٣/٣)، وفقه القضايا الطبية المعاصرة، للدكتور علي القره داغي، والدكتور علي المحمدي (ص: ٢٥٠)، والنوازل في الأشربة لزين العابدين الشنقيطي (ص: ٣٣٦).

الخنزير أكثر شيوعاً وأقلُّ تكلفة، ويوافق أكثر الذين لديهم حساسية من الأنسولين المُستخلص من البقر^(١)، وهذا الدواء يحتاج إليه مرضى السكري الذين يُقدَّر عدد المصابين به نحو ثلاثين مليون شخص في العالم بسبب خمول غدة البنكرياس أو بتوقف جزء (لانجر هانز) تماماً عن إفراز مادة الأنسولين، وهي المادة التي يُستخدمها الجسم لحرق المواد الكربوهيدراتية، وتحويلها إلى ثاني أكسيد الكربون والماء، وهذا الدواء يتم استخدامه عن طريق الإبر «الحُقن» تحت الجلد، وقليل من المرضى يستخدم المضخات المحمولة لحقن الأنسولين، فإذا فُقدت مادة الأنسولين في الدم أو نقصت كميتها عن الحد المطلوب، فإن سكر العنب «الكلو كوز» يبدأ ظهوره في الدم والبول مما يسبب أضراراً ومضاعفات خطيرة قد تؤدي إلى الوفاة عند عدم المعالجة الفورية^(٢).

الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

مرض السكري يُعدُّ في هذا العصر من الأمراض الخطيرة التي قد تؤدي إلى الوفاة عند عدم معالجتها على الفور، ومن الأدوية ذات الأثر الفعال في علاج هذا الداء «الأنسولين» المستخلص من بنكرياس الخنازير، واستعمال هذا الدواء المستخرج من أصل نجس يتوقف حكم استعماله من عدمه على تحقق الاستحالة فيه، ولهذا وقع الخلاف بين الفقهاء المعاصرين.

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء المتقدمون على تحريم الخنزير^(٣)، واختلف المعاصرون في جواز

استعمال الأنسولين الخنزيري بعد استحالته على ثلاثة أقوال:

- (١) ينظر: الموسوعة العربية العالمية (١٧٧/٢٦)، وفقه القضايا الطبية المعاصرة، للدكتور علي القره داغي، والدكتور علي المحمدي (ص: ٢٥٠).
- (٢) ينظر: المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، للدكتور نزيه حماد (ص: ٧١-٧٢)، والنوازل في الأشربة، لزين العابدين الشنقيطي (ص: ٣٣٧).
- (٣) ينظر: مراتب الإجماع لابن حزم (ص: ٢٣)، والإجماع لابن المنذر (ص: ١٥٠)، والإقناع في مسائل الإجماع لابن القطان (١٠٩/١).

القول الأول: عدم جواز استعمال ما يحتوي على شيء من مشتقات الخنزير مطلقاً.

وهو قول بعض المعاصرين^(١)، وقد صدرت بذلك فتوى هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، حيث جاء في الفتوى ما نصه: «إذا تأكد المسلم أو غلب على ظنه أن لحم الخنزير أو شحمه أو مسحوق عظمه دخل منه شيء في طعام أو دواء أو معجون أسنان أو نحو ذلك فلا يجوز له أكله ولا شربه ولا الادهان به...»^(٢).

القول الثاني: عدم جواز استعمال الأنسولين الخنزيري إلا لمرضى السكري في حال الضرورة.

وهو قول بعض المعاصرين^(٣)، وقد صدرت بذلك توصيات الندوة الفقهية الطبية الثامنة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حيث جاء في التوصية ما نصه: «الأنسولين الخنزيري يباح لمرضى السكري التداوي به للضرورة بضوابطها الشرعية»^(٤).

(١) منهم: (الدكتور نادي قبيصي سرحان، والدكتور حسن عبد الغفار البشير)، مخاطر الخنزير وأهم استخداماته المعاصرة (ص: ٣١٧)، بحث منشور بمجلة جامعة المدينة العالمية - مجمع - العدد الحادي عشر سنة ٢٠١٥م.

(٢) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة (٢٢/٢٨١).

(٣) منهم: الدكتور وهبة الزحيلي، أحكام المواد النجسة والمحرمة في الغذاء والدواء (ص: ٣١)، والدكتور محمد الأشقر، المواد المحرمة والنجسة واستعمالها في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٩١٧)، والدكتور عبد الفتاح محمود إدريس، المواد النجسة والمحرمة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٩٩٥)، والدكتور أحمد الحجى الكردي، المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/١٠٣٧)، والدكتور أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية (ص: ٤٤٤).

(٤) ينظر: ثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/١٠٨٠).

القول الثالث: جواز استعمال الأنسولين الخنزيري إذا تحققت طهارته بالاستحالة.

وهو قول بعض المعاصرين^(١)، وعليه فتوى موقع الإسلام سؤال وجواب^(٢)، وقد صدرت بذلك فتوى هيئة الإفتاء بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، حيث جاء في الفتوى ما نصه: «إذا تحولت المنتجات الكحولية أو الخنزيرية وصارت مادة أخرى في صورة الدواء فإنها تطهر، ويحل الانتفاع بها، وإذا لم تتحول إلى مادة أخرى فإنها تبقى نجسة....»^(٣).

سبب الخلاف:

سبب خلاف الفقهاء المعاصرين في جواز استعمال الأنسولين الخنزيري من عدمه، يعود إلى أنّ من رأى عدم تحقق الاستحالة قال بالمنع إما مطلقاً كما في القول الأول، وإما بالجواز المقيد كما في القول الثاني^(٤)، ومن رأى تحقق الاستحالة من خلال إجراء عملية التفاعلات الكيميائية التي تجعل الغدة شيئاً آخر قال بالجواز كما في القول الثالث^(٥).

(١) منهم: الدكتور نزيه حماد، المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، للدكتور نزيه حماد (ص: ٧٢-٧٣)، و(الدكتور علي القره داغي، والدكتور علي المحمدي)، فقه القضايا الطبية المعاصرة (ص: ٢٥٠)، و(الدكتور عدنان محمود العساف، والدكتور جميلة الرفاعي)، الأطعمة المحللة والمحرمة ومستجداتها الفقهية (ص: ١٦٦)، بحث منشور بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد (٢/أ) ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، والدكتور أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية (ص: ٤٤٤).

(٢) ينظر: ما حكم استعمال الجلوتين في الغذاء والدواء؟ فتورة منشورة على موقع الإسلام سؤال وجواب بتاريخ ١٩ ذو الحجة ١٤٣٩هـ/٢٠١٨م/٨/٣٠ : <https://islamqa.info/ar> /٢١٩١٣٧

(٣) ينظر: الدرر البهية من الفتاوى الكويتية (١١/٣٠٤).

(٤) ينظر: النوازل في الأشربة، لزين العابدين الشنقيطي (ص: ٣٣٨).

(٥) ينظر: فقه القضايا الطبية المعاصرة، للدكتور علي القره داغي، والدكتور علي المحمدي (ص: ٢٥٠).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قوله جلّ - شأنه - : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ ﴾ [المائدة: ٣].

الدليل الثاني: قوله - تعالى - : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ ﴾ [الأنعام: ١٤٥].

وجه الدلالة من الآيتين: أن الآيتين الكريمتين نصّتا على تحريم الخنزير ونجاسته، والجيلاتين المستخرج من عظم الخنزير جزء منه، ولا يستحيل استحالة كاملة، وإنما تكون استحالته جزئية، فلا يجوز تناول الأطعمة التي تحتوي على جيلاتين الخنزير لاشتماله على نجس، والفقهاء مجمعون على حرمة تناوله في هذه الحالة، وما حرم تناوله حرم بيعه^(١).

الدليل الثالث: حديث أبي الدرداء - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : «إِنَّ اللَّهَ أَنْزَلَ الدَّاءَ وَالِدَوَاءَ، وَجَعَلَ لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءً فَتَدَاوُوا، وَلَا تَدَاوُوا بِحَرَامٍ»^(٢).

وجه الدلالة: أن الحديث دلّ على تحريم التداوي بالحرام، والخنزير ومشتقاته نجسة محرمة، إذ لا يجوز الانتفاع بأجزائه وبيعها^(٣).

(١) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة (٢٢٠/٢٢)، والأسرار الطبية والأحكام الفقهية في تحريم الخنزير، للدكتور محمد علي البار وآخرين (ص: ٤٤).

(٢) رواه أبو داود في سننه كتاب الطب باب في الأدوية المكروهة (٢٣/٦) حديث [٣٨٧٤]، والترمذي في سننه كتاب الطب باب ما جاء في الدواء والحث عليه (٤٥١/٣) حديث [٢٠٣٨]، والنسائي في سننه الكبرى كتاب الطب باب الأمر بالدواء (٧٩/٧) حديث [٧٥١١]، وابن ماجه في سننه كتاب الطب باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء (٤٩٧/٤) حديث [٣٤٣٦]، واللفظ لأبي داود، وقال الترمذي: «حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ»، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود والترمذي والنسائي وابن ماجه.

(٣) ينظر: الأسرار الطبية والأحكام الفقهية في تحريم الخنزير، للدكتور محمد علي البار وآخرين (ص: ٤٤).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قوله - تعالى - : ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ أْضَطَّرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [البقرة: ١٧٣]. وقوله - سبحانه وتعالى - : ﴿ فَمَنْ أْضَطَّرَّ فِي مَخْصَصَةٍ غَيْرٍ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [المائدة: ٣].

وجه الدلالة من الآيتين: أن الله - جلَّ وعلا - حرم جميع الميتة ولم يبيح منها شيئاً إلا في حال الاضطرار، ومادة الجيلاتين المستخرجة من الميتة تتبع لأصلها فهي نجسة، ولا يجوز استعمال ما تشتمل عليها إلا في حال الضرورة، ولا ضرورة هنا مع توفر البديل المباح، وما لا يحل الانتفاع به لا يحل بيعه^(١).

الدليل الثاني: أن الميتة نجسة ولا يحل منها شيء إلا عند الضرورة، فإذا وجدت الضرورة حلَّ كل محرم للمضطر، لما دلت عليه قواعد الشريعة، كقاعدي: «الضرورات تبيح المحظورات»^(٢)، و«الضرورة تقدر بقدرها»^(٣).

وجه الدلالة من هاتين القاعدتين: أنه لا يجوز التغذي بالنجس ولا المتنجس بما لا يعفى عنه إلا إذا وجدت ضرورة، ففي القاعدة الأولى: يباح فعل المحظور حال الضرورة، وينقلب الحرام حلالاً في حالات استثنائية اضطرارية، وفي القاعدة الثانية: أن هذه الضرورة ليس على إطلاقها وإنما يباح من المحرم، بقدر ما يزيل الضرورة، ولا يجوز الاسترسال، فالضرورة تبيح المحرمات من المآكل والمشارب

(١) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (١/١٣٢)، والمواد المحرمة في الطعام والدواء، للدكتور حامد جامع، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٨١٣)، وأحكام المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، للدكتور محمد الزحيلي، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٨٦١).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر للسبكي (١/٤٥).

(٣) ينظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص: ١٦٣).

وغيرهما بمقتضى الاضطرار^(١)، فلا يحل الانتفاع بالميتة حال الاختيار، وما لا يحل الانتفاع به دون ضرورة لا يحل بيعه^(٢).

دليل القول الثالث:

دليل هذا القول أن المواد المحتوية على شيء من المحرمات كالخنزير إذا تحولت وصارت في صورة مادة طاهرة فإنها تطهر ويحل الانتفاع بها ومن ثم يحل بيعها، أما إذا لم تتحول إلى مادة أخرى فإنها تبقى نجسة، ولا تحل إلا في حال الاضطرار^(٣)، ومن ثم لا يجوز الانتفاع بها ولا بيعها.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء المعاصرين في هذه المسألة يظهر - والله أعلم - رجحان القول الثالث القائل بجواز استعمال ما يحتوي على شيء من مشتقات الخنزير إذا تحولت وصارت في صورة مادة طاهرة ، ويتبين ذلك في حالة إنسان توقف إنقاذه على تناول المحرم ، وإن لم يتناوله فقد الحياة ، ويؤيد ذلك قوله -تعالى-: ﴿إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩].

المطلب الثالث: بيع أدوية الجيلاتين المصنعة من جلود وعظام الميتة.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: صورة المسألة.

(١) ينظر: رسالة لطيفة في أصول الفقه المهمة لابن سعدي (ص: ١٠٣)، وموسوعة القواعد والضوابط الفقهية، للدكتور علي الندوي (١/١٣٦).

(٢) ينظر: أحكام المواد النجسة والمحرمة في الغذاء والدواء، للدكتور وهبة الزحيلي (ص: ٢٦-٢٧).

(٣) ينظر: الدرر البهية من الفتاوى الكويتية (١١/٣٠٤).

الجيلاتين محصول من محاصيل تفكك البروتينات، يتم الحصول عليه بواسطة تفكيك الهيكل الكيميائي للبروتينات الحيوانية المعروفة باسم الكلوجيلات، ويدخل في صناعة كثير من المواد الغذائية والدوائية، ولتصنيع الجيلاتين من عظام الميتة يجب تنظيفه من الدهون، ثم تنقيته في حمض الهيدروكلوريك لتخليصه من المعادن، ثم يغسل في ماء نقي، ثم تسخن العظام في ماء نقي مقطر في درجة حرارة تعادل ٣٣م لعدة ساعات وتُستخلص العظام، ويُعاد تسخينها في ماء مقطر درجة حرارته تعادل ٣٩م ليعالج السائل كيميائياً لتكوين جيلاتين نقي، فالجيلاتين مادة تُستخرج من جلود الحيوانات وعظامها سواء أكانت ميتة أم مذكاة مأكولة، كالبقر والغنم والإبل أم من غير مأكولة، كالخنزير، ويقدر الإنتاج العالمي من مادة الجيلاتين بحوالي مائتي ألف (٢٠٠،٠٠٠) طن سنوياً، غالبها من الخنزير^(١).

الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

تحرير محل النزاع:

تقدم في المسائل السابقة اتفاق الفقهاء المتقدمين على تحريم الخنزير، واختلف الفقهاء المعاصرون في حكم التداوي بالجيلاتين المستخرج من جلود الخنزير وعظمه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يجوز التداوي بالجيلاتين المستخرج من جلد الخنزير وعظمه إلا عند الضرورة.

(١) ينظر: مشكلة استخدام المواد المحرمة في المنتجات الغذائية والدوائية، للدكتور عبد السلام بنثت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٦٠٣ - ٦٠٦)، والمواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، للدكتور نزيه حماد (ص: ٦٤-٦٦).

وهو قول أكثر المعاصرين^(١).

والقول الثاني: يجوز التداوي بالجيلاتين المستخرج من جلد الخنزير وعظمه بعد استحالته.

وهو قول بعض المعاصرين^(٢)، وقد صدرت بذلك توصيات الندوة الفقهية الطبية الثامنة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، حيث جاء في التوصية ما نصه: «الجيلاتين المتكون من استحالة عظم الحيوان النجس وجلده وأوتاره طاهر وأكله حلال»^(٣).

القول الثالث: لا يجوز التداوي بالجيلاتين المستخرج من جلد الخنزير وعظمه مطلقاً.

(١) منهم: الدكتور وهبة الزحيلي، أحكام المواد النجسة والمحرمة في الغذاء والدواء (ص: ٣١)، والدكتور حامد جامع، المواد المحرمة في الطعام والدواء بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٨١٣/٢)، والدكتور محمد الزحلي، أحكام المواد النجسة والمحرمة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٨٧٠/٢)، والدكتور عبد الناصر أبو البصل، حكم استعمال النجاسات والمحرمات في الصناعات الغذائية والتجميلية ومدى انطباق أحكام الاستحالة عليها (ص: ٤١٣)، والدكتور محمد سليمان الأشقر، المواد المحرمة والنجسة واستعمالها في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٩١٨/٢)، والدكتور محمد رواس قله جي، المحرمات والنجاسات في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٩٤٧/٢)، والدكتور أحمد الحجى الكردي، المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (١٠٣٧/٢)، والدكتور عبد الفتاح إدريس، الاجتهاد الفقهي في مجال الصناعات الغذائية والدوائية، بحث منشور بمجلة المسلم المعاصر، لبنان، العدد (١١١) مارس ٢٠٠٤م.

(٢) منهم: الدكتور نزيه حماد، المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء (ص: ٦٧)، والدكتور علي القره داغي، والدكتور علي المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة (ص: ٢٤٣)، والدكتور عبد الستار أبو غدة، الاستحالة وضوابطها وأثرها في حل وطهارة الأشياء النجسة، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة (٢٤١/١)، والدكتور محمد الروكي، أثر الاستحالة في تطهير المواد النجسة وحليتها، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة (٢٧٢/١)، والأستاذ أحمد عيود علوان، دراسات فقهية لبعض المستجدات العصرية، بحث محكم، بمجلة جامعة المدينة العالمية، العدد الثالث (ص: ٧٥).

(٣) ينظر: ثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (١٠٨٠/٢).

وهو قول بعض المعاصرين^(١)، وقد صدرت بذلك فتوى هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، حيث جاء في الفتوى ما نصه: «إذا تأكد المسلم أو غلب على ظنه أن لحم الخنزير أو شحمه أو مسحوق عظمه دخل منه شيء في طعام أو دواء أو معجون أسنان أو نحو ذلك فلا يجوز له أكله ولا شربه ولا الادهان به...»^(٢).

سبب الخلاف:

سبب الخلاف بين الفقهاء المعاصرين في تحقق الاستحالة في جيلتين الخنزير من عدمها، يعود إلى تحقق الاستحالة أو عدمه، فمن رأى أن الجيلتين جزء من محرم نجس في الأصل ولم تتحقق فيه الاستحالة الكاملة قال بعدم الجواز إلا عند الضرورة؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات^(٣). ومن رأى أن الجيلتين المستخلص من الخنزير قد تحول من مادة نجسة إلى مادة أخرى طاهرة

(١) منهم: الشيخ صالح الفوزان، المنتقى (٣/٣٥١)، والدكتور محمد الزحيلي، أحكام المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٨٧٢)، والدكتور عبد الفتاح محمود إدريس، المواد النجسة والمحرمة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٩٩٦)، والدكتور أحمد الحجي الكردي، المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/١٠٣٨)، والدكتور أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية (ص: ٤٤٤)، والدكتور محمد علي البار، وآخرين، الأسرار الطبية والأحكام الفقهية في تحريم الخنزير (ص: ٤٢)، والدكتور رمضان حمدون علي، استحالة الأشياء في ميزان الفقه الإسلامي، بحث محكم بمجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد (٢/١٤) المجلد السابع لسنة ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م، والشيخ محمد بن إبراهيم التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي (٣٢٨/٤) و(الدكتور نادي قبيصي سرحان، والدكتور حسن عبد الغفار البشير)، مخاطر الخنزير وأهم استخداماته المعاصرة (ص: ٣١٧)، بحث منشور بمجلة جامعة المدينة العالمية - مجمع - العدد الحادي عشر سنة ٢٠١٥م، وباحثو الموسوعة الفقهية الكويتية (٥/١٤٠).

(٢) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة (٢٢٢/٢٨١).

(٣) ينظر: المواد المحرمة في الطعام والدواء، للدكتور حامد جامع، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٨١٣)، وأحكام المواد النجسة والمحرمة في الغذاء والدواء، للدكتور محمد الزحيلي، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٨٧٠).

من خلال مراحل التصنيع التي مرت بها، فأصبحت مختلفة تماماً من حيث اسمها ووصفها، فتكون مباحة شرعاً قال بالجواز^(١). ومن رأى أن الخنزير نجس، ولا تؤثر فيه الاستحالة قال: بالمنع مطلقاً.

دليل القول الأول:

دليل هذا القول على عدم جواز استعمال الجيلاتين المستخرج من جلد وعظم الخنزير إلا عند الضرورة عدم تحقق الاستحالة في العين المحرمة والنجسة التي تنقلها إلى الطاهرة المباحة، فتبقى هذه المادة على أصلها وهو التحريم، ولا يرفع هذا الأصل إلا عند الضرورة والحاجة؛ ومن قواعد الشريعة: «أن الضرورات تبيح المحظورات»^(٢)، و«الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»^(٣)، وما كان كذلك فلا وجه للضرورة لجواز بيعه.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قوله - تعالى - : «وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَاتِ»^(٤)، (الأعراف: ١٥٧).

وجه الدلالة: دلَّت هذه الآية أن الله - سبحانه وتعالى - أحلَّ الطيبات وحرم الخبائث، وهذه الأعيان التي تستحيل إليها الأعيان النجسة أو المتنجسة ليس لأحد أن يخرجها من الطيبات ويدرجها في الخبائث إلا بدليل، ولا دليل على

(١) ينظر: المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، للدكتور نزيه حماد (ص: ٦٧).

(٢) ينظر: الفروق للقرافي (١٤٦/٤)، والمنثور في القواعد الفقهية للزركشي (٣١٧/٢)، والتحبير شرح التحرير للمرداوي (٣٨٤٧/٨).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٨٨)، وشرح القواعد الفقهية لمصطفى الزرقا (ص: ٢٠٩).

ذلك^(١)، فإذا كانت طاهرة جاز الانتفاع بها، وما جاز الانتفاع به جاز بيعه^(٢).

الدليل الثاني: يجوز التداوي بالجيلتين المستخرج من جلد الخنزير وعظمه مطلقاً بعد تحوله دون التقييد بالضرورة؛ لأنَّ هذه المادة طاهرة حلال بعد تحوُّل وصفها واسمها إلى مادة أخرى غير التي كانت قبل الاستحالة^(٣)، وما كان طاهراً يحلُّ الانتفاع به ويحل بيعه.

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول: قوله - تعالى - : ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ﴾ [البقرة: ١٧٣].

وجه الدلالة: أن الآية دلَّت على تحريم لحم الخنزير، وشحمه داخل في التحريم، ومهما خرج شيء من الخنزير لن يخرج عن طبيعته فلا يحل استخدامه ولا استعماله، ومن ثم لا يحل بيعه^(٤).

الدليل الثاني: قوله - جلَّ وعلا - : ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ^٥ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [الأنعام: ١٤٥].

وجه الدلالة: أن الآية الكريمة دلَّت على تحريم لحم الخنزير، والشحم داخل

(١) ينظر: أثر الاستحالة في تطهير المواد النجسة وحليتها، للدكتور محمد الروكي، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة (١/٢٧٢).

(٢) ينظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال (٥/٤٥٢)، والاستنكار لابن عبد البر (٨/٥٠٩)، وفتح الباري لابن حجر (٣/٥٥٦).

(٣) ينظر: المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، للدكتور حماد نزبه (ص: ٦٧)، وفقه القضايا الطبية المعاصرة، للدكتور علي القره داغي، والدكتور علي المحمدي (ص: ٢٤٣)، والنوازل في الأشربة، لزين العابدين الشنقيطي (ص: ٣٥٦).

(٤) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة (٢٢/٢٨١).

في هذا التحريم دون شك، فلا يجوز استخدام ما يحتوي على شحم الخنزير ولا الانتفاع به ولا بيعه^(١).

الدليل الثالث: أنه لا يجوز استخدام المراهم والكريمات ومواد التجميل أو المنظفات المشتمة على شحوم الخنزير حال الاختيار؛ لاشتمالها على نجس يحرم تناوله، ويجب تجنبه في البدن ونحوه^(٢) وما حرم تناوله حرم بيعه^(٣).

الدليل الرابع: إجماع أهل العلم على تحريم الخنزير بجميع أجزائه^(٤)، وما كان محرماً لا يحل استخدامه ولا بيعه.

الترجيح:

ا بعد عرض أقوال الفقهاء المعاصرين في هذه المسألة يظهر - والله أعلم - رجحان القول الثاني القائل بجواز التداوي بالجيلاتين المستخرج من جلد الخنزير وعظمه مطلقاً بعد تحوله دون التقييد بالضرورة؛ لأنَّ هذه المادة طاهرة حلال بعد تحوُّل وصفها واسمها إلى مادة أخرى غير التي كانت قبل الاستحالة^(٥)، ويتبين ذلك كما في حالة إنسان توقف إنقاذه على تناول المحرم ، وإن لم يتناوله فقد الحياة ، ويؤيد ذلك قوله -تعالى-: ﴿إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩] .

* * *

(١) ينظر: الأسرار الطبية والأحكام الفقهية في تحريم الخنزير، للدكتور محمد علي البار وآخرين (ص: ٤٣).

(٢) ينظر: المنتقى للشيخ صالح الفوزان (٣/٣٥١)، والدكتور عبد الفتاح محمود إدريس، المواد النجسة والمحرمة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٩٩٦).

(٣) ينظر: الأسرار الطبية والأحكام الفقهية في تحريم الخنزير، للدكتور محمد علي البار، وآخرين (ص: ٤٤).

(٤) ينظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ١٥٠)، ومراتب الإجماع لابن حزم (ص: ٢٣)، والإقناع في مسائل الإجماع لابن القطان (١/١٠٩).

(٥) ينظر: المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، للدكتور حماد نزيه (ص: ٦٧)، وفقه القضايا الطبية المعاصرة، للدكتور علي القره داغي، والدكتور علي المحمدي (ص: ٢٤٣)، والنوازل في الأشربة، لزين العابدين الشنقيطي (ص: ٣٥٦).

المطلب الرابع: بيع مستحضرات التجميل التي تحتوي على شحم الخنزير.

وفيه فرعان: الفرع الأول:

صورة المسألة:

تُعتبر الخنازير من أكثر الحيوانات التي تحتوي على كمية كبيرة من الشحوم، ومن أكثر أنواعها شحماً المعروف باسم (يوركشايربور) الذي يفوق وزنه المائة كيلو جرام، ويُستخدم شحم الخنزير في أنواع عدّة من أدوات التجميل كفازلين (انتن سيف لوشن)، وشامبو (ليلت)، وشامبو مصفف الشعر (أبريل)، وبعض مرطبات الجسم المضاف إليها مادة الجليسرين، أو مادة جليسرأيد أو الداى جليسرأيد، إضافة إلى صناعة الدهون الطبية ودهون التجميل والصابون، ويعرف شحم الخنزير باسم لآرد وهو دهنه الذي يشبهه في شكله الزبد، ويؤخذ هذا الدهن من جسم الخنزير وخاصة ظهره - واللآرد دهن أبيض اللون ناعم كالمرهم وله رائحة خفيفة - ويُستخرج اللآرد بواسطة عمليات إذابة شحوم الخنزير، ويُعدّ من أرخص أنواع الدهون ثمناً، وأما زيت الخنزير لآرد أيل (lard oil) فهو زيت يستخرج من دهن الخنزير على درجة حرارة منخفضة، ويحتوي على أوليين (oleine) وستيارين (stearine) ليس له لون، وقد يكون اللون أصفر أحياناً^(١).

(١) ينظر: الأسرار الطبية والأحكام الفقهية في تحريم الخنزير، للدكتور محمد علي البار ومجموعة (ص: ٣١)، وحكم استعمال المواد المضاف إليها مادة الجليسرين، فتوى منشورة على موقع الإسلام سؤال وجواب بتاريخ ١٩ ذو الحجة ١٤٣٩ هـ ٣٠/٨/٢٠١٨ م: <https://islamqa.info/ar/97541>.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

تحرير محل النزاع:

اتفق أهل العلم على تحريم الخنزير بجميع أجزائه^(١)، لما تقدم من أدلة على نجاسته^(٢)، ونظراً لما طرأ من أمور مستجدة حول قضية الاستحالة بالطرق الحديثة بسبب التفاعلات الكيميائية فقد اختلف المعاصرون في هذه المسألة على أربعة أقوال:

القول الأول: يحرم تناول ما يحتوي على مشتقات الخنزير مطلقاً.

وهو قول بعض المعاصرين^(٣)، وقد صدرت بذلك فتوى هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، حيث جاء في الفتوى ما نصه: «إذا تأكد المسلم أو غلب على ظنه أن لحم الخنزير أو شحمه أو مسحوق عظمه دخل منه شيء في طعام أو دواء أو معجون أسنان أو نحو ذلك فلا يجوز له أكله ولا شربه ولا الادهان به...»^(٤).

(١) ينظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ١٥٠)، ومراتب الإجماع لابن حزم (ص: ٢٣)، والإقناع في مسائل الإجماع لابن القطان (١/١٠٩).

(٢) تقدمت الأدلة على نجاسة الخنزير في المسألة الثانية من المطلب الأول من المبحث الأول الفصل الثاني فلا داعي لإعادتها.

(٣) منهم: الشيخ صالح الفوزان، المنتقى (٣/٣٥١)، والدكتور محمد الزحيلي، أحكام المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية بعض المشاكل الصحية (٢/٨٧٢)، والدكتور عبد الفتاح محمود إدريس، المواد النجسة والمحرمة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٩٩٦)، والدكتور أحمد الحجي الكردي، المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/١٠٣٨)، والدكتور أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية (ص: ٤٤٤)، والدكتور محمد علي البار، وآخرين، الأسرار الطبية والأحكام الفقهية في تحريم الخنزير (ص: ٤٢)، والدكتور رمضان حمدون علي، استحالة الأشياء في ميزان الفقه الإسلامي، بحث محكم بمجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد (٤/١٢١) المجلد السابع لسنة ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م، والشيخ محمد بن إبراهيم التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي (٤/٣٢٨) و(الدكتور نادي قبيصي سرحان، والدكتور حسن عبد الغفار البشير)، مخاطر الخنزير وأهم استخداماته المعاصرة (ص: ٣١٧)، بحث منشور بمجلة جامعة المدينة العالمية - مجمع - العدد الحادي عشر سنة ٢٠١٥م، وباحثو الموسوعة الفقهية الكويتية (٥/١٤٠).

(٤) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة (٢٢/٢٨١).

القول الثاني: إذا كان معظم هذه المواد من شحم خنزير وجب تركها.

وهو قول بعض المعاصرين^(١).

القول الثالث: التفصيل، فإن تحول الشحم إلى مادة أخرى جاز استعمالها، وإن

لم تتحول فهي نجسة لا يجوز استعمالها.

وهو قول أكثر المعاصرين^(٢)، وقد صدرت بذلك الفتاوى والتوصيات الجماعية

التالية:

١- فتوى هيئة الإفتاء بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، حيث

جاء في الفتوى ما نصه: «إذا تحولت المنتجات الكحولية أو الخنزيرية وصارت

مادة أخرى في صورة الدواء فإنها تطهر، ويحل الانتفاع بها، أما إذا لم تتحول

إلى مادة أخرى فإنها تبقى نجسة...»^(٣).

٢- توصيات الندوة الفقهية الطبية الثامنة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية،

حيث جاء في التوصية ما نصه: «المراهم والكريمات ومواد التجميل التي يدخل

في تركيبها شحم الخنزير نجسة، ولا يجوز استعمالها شرعاً إلا إذا تحققت فيها

استحالة الشحم وانقلاب عينه»^(٤).

(١) الشيخ ابن عثيمين، لقاءات الباب المفتوح (١٨٥/٢).

(٢) منهم: الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (٥٢٦٥/٧)، والدكتور عبد الستار أبو غدة،

الاستحالة وضوابطها وأثرها في حل وطهارة الأشياء النجسة، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية

لبعض المشكلات الطبية المعاصرة (٢٤١/١)، والدكتور محمد الروكي، أثر الاستحالة في تطهير

المواد النجسة وحليتها، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة

(٢٧٢/١)، والدكتور ياسين بن ناصر الخطيب، الاستحالة وأحكامها في الفقه الإسلامي (ص: ١١٨)،

بحث محكم بمجلة العدل العدد (٥٧) محرم سنة ١٤٣٤هـ السنة الخامسة عشرة، و(الدكتور

علي محيي الدين القره داغي، والدكتور علي يوسف المحمدي)، فقه القضايا الطبية المعاصرة (ص: ٢٥٢)،

و(الدكتور عدنان محمود العساف، والدكتور جميلة الرفاعي)، الأظعمة المحللة والمحرمة

ومستجداتها الفقهية (ص: ١٦٦)، بحث منشور بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد

الخامس، العدد (٢/أ) ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، والأستاذ أحمد عبود علوان، دراسات فقهية لبعض المستجدات

العصرية، بحث محكم، بمجلة جامعة المدينة العالمية، العدد الثالث (ص: ٧٥).

(٣) ينظر: الدرر البهية من الفتاوى الكويتية (٣٠٤/١١).

(٤) ثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (١٠٨٠/٢).

القول الرابع: جواز الاستعمال مع الكراهة.

وهو قول بعض المعاصرين^(١).

سبب الخلاف: سبب الخلاف بين الفقهاء المعاصرين في هذه المسألة أن من يرى أن الخنزير نجس، ولا تؤثر فيه الاستحالة قال: بالمنع مطلقاً. ومن يرى أن الأمر يتوقف على الغالب، فإن كانت النجاسة هي الغالبة وجب الترك، وإن كانت أقل فلا مانع. ومن يرى أن الاستحالة تؤثر في الأسماء والصفات والحكم تتبع لهما قال بالجواز.

أدلة القول الأول: هي نفس أدلة القول الثالث في المسألة السابقة، فلا داعي لتكرارها.

دليل القول الثاني: دليل هذا القول قوله - تعالى -: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩].

وجه الدلالة: أن الآية دللت على أن الأصل في كل ما خلق الله - جلّ وعلا - الحل، ولا نعدل عن هذا الأصل إلا بدليل، فإذا ثبت لدينا أن معظم هذه المواد من شحم خنزير، أو دهنه وجب تركها لنجاستها^(٢)، فلا يجوز استعمالها ولا بيعها.

أدلة القول الثالث:

دليل هذا القول أن كل شيء استحال من اسم إلى اسم آخر، ومن صفة إلى صفة أخرى فإنه يطهر ويصبح نافعاً مفيداً^(٣)، وما كان طاهراً جاز الانتفاع به،

(١) منهم: الدكتور محمد بن سليمان الأشقر، المواد المحرمة والنجسة واستعمالها في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٩١٨)، والدكتور محمد رواس قلعه جي، المحرمات والنجاسات في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/٩٤٠).

(٢) ينظر: لقاءات الباب المفتوح (٢/١٨٥).

(٣) ينظر: ثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٢/١٠٨٠)، وفقه القضايا الطبية المعاصرة، للدكتور علي القره داغي، والدكتور علي المحمدي (ص: ٢٥٢)، والاستحالة وأحكامها في الفقه الإسلامي، للدكتور ياسين الخطيب (ص: ١٢٠)، بحث محكم بمجلة العدل العدد (٥٧) محرم سنة ١٤٣٤هـ السنة الخامسة عشرة.

وما جاز الانتفاع به جاز بيعه^(١).

أدلة القول الرابع:

دليل هذا القول أنه يجوز استعمال المراهم والكريمات والصابون المحتوي على شحوم الخنزير مع الكراهة؛ لأنها نجسة^(٢).

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء المعاصرين في هذه المسألة يظهر - والله أعلم - رجحان القول الثالث وهو القائل التفصيل، فإن تحول الشحم إلى مادة أخرى جاز استعمالها، وإن لم تتحول فهي نجسة لا يجوز استعمالها، وهو قول أكثر المعاصرين^(٣)، وقد صدرت بذلك الفتاوى والتوصيات الجماعية، كما في فتوى هيئة الإفتاء بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، حيث جاء في

(١) ينظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال (٤٥٢/٥)، والاستنكار لابن عبد البر (٥٠٩/٨)، وفتح الباري لابن حجر (٥٥٦/٣).

(٢) ينظر: المواد المحرمة والنجسة واستعمالها في الغذاء والدواء، للدكتور محمد بن سليمان الأشقر، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٩١٨-٩١٩)، والدكتور محمد رواس قلعه جي، المحرمات والنجاسات في الغذاء والدواء، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية (٩٤٠/٢).

(٣) منهم: الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (٥٢٦٥/٧)، والدكتور عبد الستار أبو غدة، الاستحالة وضوابطها وأثرها في حل وطهارة الأشياء النجسة، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة (٢٤١/١)، والدكتور محمد الروكي، أثر الاستحالة في تطهير المواد النجسة وحليتها، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة (٢٧٢/١)، والدكتور ياسين بن ناصر الخطيب، الاستحالة وأحكامها في الفقه الإسلامي (ص: ١١٨)، بحث محكم بمجلة العدل العدد (٥٧) محرم سنة ١٤٣٤هـ السنة الخامسة عشرة، و(الدكتور علي محيي الدين القره داغي، والدكتور علي يوسف المحمدي)، فقه القضايا الطبية المعاصرة (ص: ٢٥٢)، و(الدكتور عدنان محمود العساف، والدكتور جميلة الرفاعي)، الأظعمة المحللة والمحرمة ومستجداتها الفقهية (ص: ١٦٦)، بحث منشور بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد (٢/أ) ٢٠٠٩م، والأستاذ أحمد عبود علوان، دراسات فقهية لبعض المستجدات العصرية، بحث محكم، بمجلة جامعة المدينة العالمية، العدد الثالث (ص: ٧٥).

الفتوى ما نصه: «إذا تحولت المنتجات الكحولية أو الخنزيرية وصارت مادة أخرى في صورة الدواء فإنها تطهر، ويحل الانتفاع بها، أما إذا لم تتحول إلى مادة أخرى فإنها تبقى نجسة...»^(١).

(١) ينظر: الدرر البهية من الفتاوى الكويتية (٣٠٤/١١).

الخاتمة

بعد هذه الجولة القصيرة في هذا الموضوع المهم لمسائل فقهية في نوازل معاصرة، نصل بعد فضل الله -تعالى- وحده إلى بعض ما توصلت إليه من نتائج هذا البحث أذكرها للقارئ الكريم في النقاط الآتية:

١. أن القول بجواز تناول الأدوية المشتملة على نسبة قليلة من الكحول والمخدرات عند الضرورة يوافق جاءت به الشريعة من رفع الحرج والمشقة عن الأمة.

٢. أن القول بجواز تناول الأدوية المشتملة على نسبة قليلة من الكحول والمخدرات يحقق مقصداً من مقاصد الشرع؛ لأن الشريعة مدارها على تحقيق المصالح وتكثيرها، ودرء المفاسد وتقليلها.

٣. أن ترك التدوي بالأدوية التي تشتمل على شيء من الكحول والمخدرات ولا بديل لها حلال يُعدُّ تقريضاً في حفظ النفس عن الهلاك.

٤. إجماع أهل العلم على تحريم الخنزير بجميع أجزائه، وما يكون من هذه المواد يحتوي على شيء من شحمه داخل في هذه الأجزاء.

٥. أن الجيلتين المستخرج من عظم الخنزير لا يطهر بالاستحالة على القول الراجح من أقوال أهل العلم؛ لكونه محرماً لذاته نجساً لعينه، فيكون قليله وكثيره في الحرمة والنجاسة سواء.

٦. أن عظم الميتة محرم تبعاً لنجاسة أصله وحرمته، ولو قيل بطهارته فإن ذلك لا يبزر حله ولا أكله؛ لأن الخلاف بين المانعين والمجيزين في الانتقاع لا في الأكل.

٧. أن الجيلاتين المستخرج من عظم الميتة غير طاهر؛ لأن الأصل في الميتة التحريم، ولا يحل شيء منها إلا لضرورة، ولا ضرورة مع وجود مادة الجيلاتين المستخرجة من النباتات أو الحيوانات المذكاة ذكاة شرعية.

٨- إن تحول شحم الخنزير إلى مادة أخرى جاز استعمالها، وإن لم تتحول فهي نجسة لا يجوز استعمالها، وقد صدرت بذلك الفتاوى والتوصيات الجماعية التالية: فتوى هيئة الإفتاء بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، حيث جاء في الفتوى ما نصه: «إذا تحولت المنتجات الكحولية أو الخنزيرية وصارت مادة أخرى في صورة الدواء فإنها تطهر، ويحل الانتفاع بها، أما إذا لم تتحول إلى مادة أخرى فإنها تبقى نجسة...»^(١).

(١) ينظر: الدرر البهية من الفتاوى الكويتية (١١/٣٠٤).

المصادر والمراجع

- 1- إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم، المؤلف: الوزير عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد ابن هبيرة البغدادي الحنبلي (ت: ٥٦٠هـ)، تحقيق: محمد حسين الأزهرى، الناشر: دار العلا - مصر، الطبعة: الثانية، [١٤٣١هـ/٢٠١٠م].
- 2- الإجماع، المؤلف: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المذر النيسابوري (ت: ٣١٨هـ)، تحقيق: الدكتور أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، الناشر: دار روائع الأثير، الرياض - السعودية، الطبعة: الخامسة، [١٤٣٦هـ].
- 3- أحكام القرآن، المؤلف: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت: ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد صادق القمحاوي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، بدون طبعة، [١٤٠٥هـ].
- 4- أحكام المواد المحرمة في الغذاء والدواء، المؤلف: الدكتور محمد الزحيلي، بحث بثبت أعمال ندوة رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية، المنعقدة في الكويت بتاريخ ٢٢-٢٤ ذو الحجة ١٤١٥هـ الموافق ٢٢-٢٤ مايو ١٩٩٥م.
- 5- أحكام المواد النجسة والمحرمة في الغذاء والدواء بين الأصالة والمعاصرة، المؤلف: الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي (ت: ١٤٣٦هـ)، الناشر: دار المكتبي، دمشق - سوريا، الطبعة: الأولى، [١٤١٨هـ/١٩٩٧م].
- 6- استحالة الأشياء في ميزان الفقه الإسلامي، المؤلف: الدكتور رمضان حمدون علي، بحث محكم بمجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد (٢/١٤) المجلد السابع، سنة النشر، [١٤٣٤هـ/٢٠١٣م].
- 7- الاستحالة وأحكامها في الفقه الإسلامي، المؤلف: الدكتور ياسين بن ناصر الخطيب، بحث محكم بمجلة العدل، العدد (٥٧) محرم ١٤٣٤هـ، السنة الخامسة عشرة.
- 8- الاستنكار، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ابن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ)، تحقيق: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، [١٤٢١هـ/٢٠٠٠م].
- 9- الاستيعاب في معرفة الأصحاب، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، الناشر: دار الجيل، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، [١٤١٢هـ/١٩٩٢م].

- 10- الأسرار الطبية والأحكام الفقهية في تحريم الخنزير، المؤلف: الدكتور محمد علي البار وآخرين، الناشر: الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة-السعودية، الطبعة: الأولى، [١٤٠٦هـ/١٩٨٦م].
- 11- الأشباه والنظائر، المؤلف: تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي الشافعي (ت: ٧٧١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى [١٤١١هـ/١٩٩١م].
- 12- الأشباه والنظائر، المؤلف: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت: ٩١١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، [١٤١١هـ/١٩٩٠م].
- 13- الأشربة، المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت: ٢٤١هـ)، تحقيق: صبحي السامرائي، الناشر: عالم الكتب، بيروت- لبنان، الطبعة: الثانية، [١٤٠٥هـ/١٩٨٥م].
- 14- الأطعمة المحللة والمحرمة ومستجداتها الفقهية، بحث منشور بالمجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، العدد الخامس (٣/أ) لسنة ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م.
- 15- الإقناع في مسائل الإجماع، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد ابن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، ابن القطان (ت: ٦٢٨هـ)، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، الناشر: الفاروق الحديثة، الطبعة: الأولى، [١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م].
- 16- أنوار البروق في أنواء الفروق، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد ابن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- 17- التعبير شرح التحرير في أصول الفقه، المؤلف: أبو الحسن علي ابن سليمان علاء الدين المرادوي دمشقي الصالحي الحنبلي (ت: ٨٨٥هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الرحمن الجبرين، والدكتور عوض القرني، والدكتور أحمد السراح، الناشر: مكتبة الرشد، الرياض - السعودية، الطبعة: الأولى، [١٤٢١هـ/٢٠٠٠م].
- 18- الدرر البهية من الفتاوى الكويتية، الصادرة عن إدارة الإفتاء بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الناشر: النظائر، الطبعة: الأولى، [١٤٣٦هـ/٢٠١٥م].
- 19- رسالة لطيفة جامعة في أصول الفقه المهمة، المؤلف: أبو عبد الله عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله بن ناصر بن حمد آل سعدي الحنبلي (ت: ١٣٧٦هـ)، قيدها واعتنى بأصلها: أبو الحارث نادر بن سعيد آل مبارك التعمري، الناشر: دار ابن حزم للطباعة والنشر

- والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، [١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م].
- 20- سلسلة الأحاديث الصحيحة، المؤلف: أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم الأشقودري الألباني (ت: ١٤٢٠ هـ)، دار النشر: دار المعارف، الرياض - السعودية، الطبعة: الأولى، [١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م].
- 21- سنن ابن ماجه، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه (ت: ٢٧٣ هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، ومحمد كامل قره بللي، وعبد اللطيف حرز الله، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، [١٤٣٠ هـ / ٢٠٠٩ م].
- 22- سنن أبي داود، المؤلف: سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير ابن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (ت: ٢٧٥ هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ومحمد كامل قره بللي، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، [١٤٣٠ هـ / ٢٠٠٩ م].
- 23- سنن الترمذي، المؤلف: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى ابن الضحاك الترمذي (ت: ٢٧٩ هـ)، تحقيق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، بدون طبعة، [١٩٩٨ م].
- 24- السنن الكبرى، المؤلف: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجْردي البيهقي (ت: ٤٥٨ هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، [١٤٢٤ هـ / ٢٠٠٣ م].
- 25- السنن الكبرى، المؤلف: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي (ت: ٣٠٣ هـ)، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، قدم له: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، [١٤٢١ هـ / ٢٠٠١ م].
- 26- شرح القواعد الفقهية، المؤلف: أحمد بن الشيخ محمد الزرقا [ت: ١٣٥٧ هـ]، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، الناشر: دار القلم، دمشق - سوريا، الطبعة: الثانية، [١٤٠٩ هـ / ١٩٨٩ م].
- 27- شرح صحيح البخاري لابن بطلال، المؤلف: أبو الحسن علي بن خلف ابن عبد الملك ابن بطلال (ت: ٤٤٩ هـ)، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، دار النشر: مكتبة الرشد، الرياض - السعودية، الطبعة: الثانية، [١٤٢٣ هـ / ٢٠٠٣ م].
- 28- الصاحبى في فقه اللغة العربية ومسائلها وسنن العرب في كلامها، المؤلف: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (ت: ٣٩٥ هـ)، الناشر: محمد علي بيضون، الطبعة: الأولى، [١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م].

- 29- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، المؤلف: محمد بن حبان ابن أحمد ابن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (ت: ٣٥٤هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الثانية، [١٤١٤هـ / ١٩٩٣م].
- 30- صحيح البخاري، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت: ٢٥٦هـ)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، [١٤٢٢هـ].
- 31- صحيح مسلم، المؤلف: أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
- 32- ضعيف الجامع الصغير وزيادته، المؤلف: أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم الأشقودري الألباني (ت: ١٤٢٠هـ)، أشرف على طبعه: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
- 33- فتاوى اللجنة الدائمة، المؤلف: اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، الناشر: رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء . الإدارة العامة للطبع . الرياض.
- 34- فتح الباري شرح صحيح البخاري، المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني الشافعي (ت: ٨٥٢هـ)، الناشر: دار المعرفة، بيروت - لبنان، [١٣٧٩هـ]، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، وصححه: محب الدين الخطيب، بتعليقات العلامة: عبد العزيز ابن عبد الله بن باز.
- 35- الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف: الدكتور وَهْبَة بن مصطفى الرُّحَيْلي (ت: ١٤٣٦هـ)، الناشر: دار الفكر، دمشق - سوريا، الطبعة: الرابعة المنقحة المعدلة بالنسبة لما سبقها (وهي الطبعة الثانية عشرة لما تقدمها من طبعات مصورة)، وبدون تاريخ.
- 36- فقه القضايا الطبية المعاصرة، المؤلف: الدكتور علي محيي الدين القره داغي، والدكتور علي يوسف المحمدي، الناشر: دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان، الطبعة: الرابعة، [١٤٣٢هـ / ٢٠١١م].
- 37- الفقه الميسر، المؤلف: الدكتور عبد الله بن محمد الطيار، وآخرون، الناشر: مدار الوطن للنشر، الرياض- السعودية، الطبعة: الأولى، [١٤٣٢هـ / ٢٠١١م]، والطبعة: الثانية، [١٤٣٣هـ / ٢٠١٢م].
- 38- لقاءات الباب المفتوح، المؤلف: محمد بن صالح العثيمين (ت: ١٤٢١هـ)، الناشر:

مؤسسة الشيخ محمد بن صالح العثيمين الخيرية، عنيزة . السعودية، الطبعة: الأولى، [١٤٣٨هـ].

39- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي بجدة.

40- مجموع فتاوى الفوزان، المؤلف: الشيخ صالح بن فوزان الفوزان، جمع: حمود بن عبد الله المطر، وعبد الكريم بن صالح المقرن، الناشر: دار ابن خزيمة، الرياض . السعودية، الطبعة: الأولى، [١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م].

41- مخاطر الخنزير واستخداماته المعاصرة، المؤلف: الدكتور نادي قبصي سرحان، والدكتور حسن عبد الغفار البشير، بحث منشور بمجلة جامعة المدينة العالمية - مجمع- العدد الحادي عشر، سنة [٢٠١٥م].

42- المخدرات، المؤلف: بريك عائض القرني، الناشر: دار ابن خزيمة، الرياض السعودية، الطبعة: الثانية، [1426هـ/2005م].

43- مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: ٤٥٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، بدون طبعة، وبدون تاريخ.

44- المستدرك على الصحيحين، المؤلف: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه النيسابوري (ت: ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، [١٤١١هـ / ١٩٩٠م].

45- مسند الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني(ت: ٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، وآخرون، إشراف: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، الطبعة: الأولى، [١٤٢١هـ / ٢٠٠١م].

46- مشكاة المصابيح، المؤلف: أبو عبد الله، ولي الدين، محمد ابن عبد الله الخطيب العمري، التبريزي (ت: ٧٤١هـ)، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان، الطبعة: الثالثة، [١٩٨٥م].

47- المصالح المرسلة، المؤلف: محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي (ت: ١٣٩٣هـ)، الناشر: الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، الطبعة: الأولى، [١٤١٠هـ].

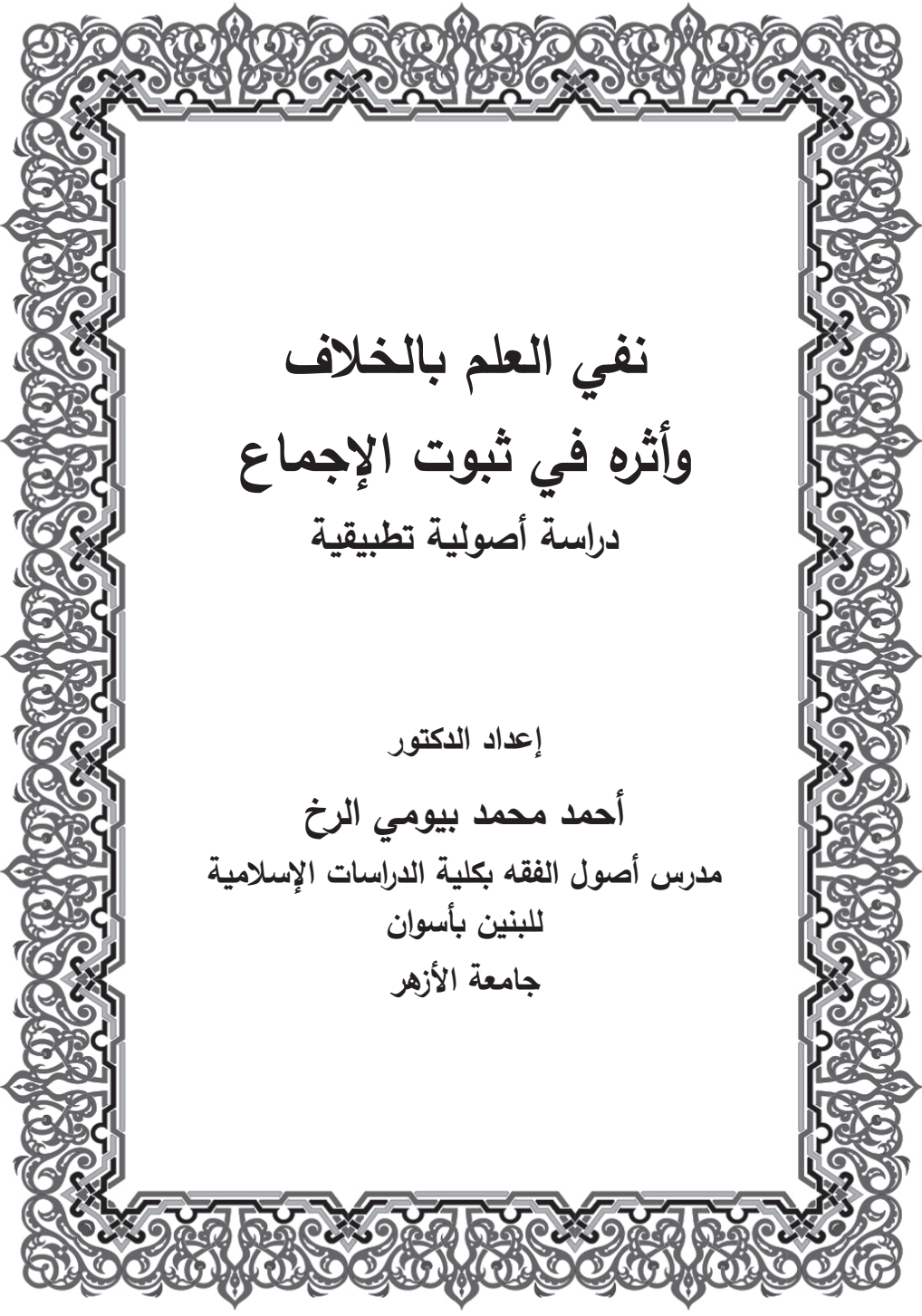
48- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المؤلف: أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، (ت: نحو ٧٧٠هـ)، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت-لبنان، بدون طبعة، وتاريخ.

- 49- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المؤلف: محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، شمس الدين الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، [١٤١٥هـ / ١٩٩٤م].
- 50- المغني، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله ابن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: عالم الكتب، الرياض - السعودية، الطبعة: الثالثة، [١٤١٧هـ / ١٩٩٧م].
- 51- المنثور في القواعد الفقهية، المؤلف: أبو عبد الله بدر الدين محمد ابن عبد الله بن بهادر الزركشي الشافعي (ت: ٧٩٤هـ)، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، [١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م].
- 52- المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، المؤلف: الدكتور نزيه حماد، الناشر: دار القلم، دمشق - سوريا، الطبعة: الأولى، [١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م].
- 53- الموسوعة العربية العالمية، الناشر: مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، الرياض - السعودية، الطبعة: الثانية، [١٤١٩هـ / ١٩٩٩م].
- 54- موسوعة الفقه الإسلامي، المؤلف: محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، الناشر: بيت الأفكار الدولية، الطبعة: الأولى، [١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م].
- 55- الموسوعة الفقهية الطبية والنوازل العصرية، المؤلف: أحمد الشافعي وآخرون، الناشر: دار ابن حزم، القاهرة - مصر، الطبعة: الأولى، [١٤٣٤هـ / ٢٠١٣م].
- 56- الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الطبعة الأولى: (من ١٤٠٤. ١٤٢٧هـ)، الأجزاء ١. ٢٣: الطبعة الثانية: دار السلاسل - الكويت، الأجزاء ٢٤ - ٣٨: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة - مصر، الأجزاء ٣٩ - ٤٥: الطبعة الثانية، طبع الوزارة.
- 57- موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، المؤلف: الدكتور على أحمد الندوي، الناشر: دار عالم المعرفة، بدون طبعة، [١٤١٩هـ / ١٩٩٩م].
- 58- الندوة التاسعة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية «رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة» المنعقدة في الدار البيضاء بتاريخ ٨-١١ صفر ١٤١٨هـ الموافق ١٤-١٧ يونيو ١٩٩٧م.

59- الندوة الثامنة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية «رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية» المنعقدة في الكويت بتاريخ ٢٢-٢٤ ذو الحجة ١٤١٥ هـ الموافق ٢٢-٢٤ مايو ١٩٩٥ م.

60- النوازل الطبية عند المحدث الألباني، المؤلف: الدكتور إسماعيل بن غازي مرحبا، الناشر: مكتبة المعارف، الرياض - السعودية، الطبعة: الأولى، [١٤٣١هـ/٢٠١٠م].

61- النوازل في الأشربة، المؤلف: زين العبدین بن الشيخ بن ازوين الإدريسي الشنقيطي، الناشر: دار كنوز إشبيليا، الرياض - السعودية، الطبعة: الأولى، [١٤٣٢هـ/٢٠١١م].



نفي العلم بالخلاف
وأثره في ثبوت الإجماع
دراسة أصولية تطبيقية

إعداد الدكتور

أحمد محمد بيومي الرخ

مدرس أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية

للبنين بأسوان

جامعة الأزهر

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد، وعلى آله وأصحابه أجمعين.

أما بعد

فلا تخفى أهمية الإجماع كمصدر أصيل من مصادر الشريعة الإسلامية، وقد تتابع المجتهدون على الاستدلال به من بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم، ولا يتم الاستدلال به إلا بعد اليقين بانعقاده، ولذلك اشترط الأصوليون لصحته اتفاق جميع المجتهدين من الأمة.

ومع أن العلم باختلاف الفقهاء له أثره البالغ في الاجتهاد، إلا أنه يقدر في انعقاد الإجماع، ومن هنا كان لا بد في الاستدلال بالإجماع من العلم بعدم الاختلاف.

ولأهمية ذلك عند الفقهاء وردت استدراقات الشراح على أصحاب المتون فيما يختص بنفي الخلاف، وذلك بذكر الخلاف في المسائل المدعى فيها عدم الخلاف، ومن ذلك قول المرادوي ناقداً لابن قدامة: وتارة يقطع بحكم مسألة، وقد يزيد فيها فيقول: «بلا خلاف في المذهب» ... أو يقول: «وجهاً واحداً». أو رواية واحدة» وهو كثيرٌ في كلامه، ويكون في الغالب فيها خلاف^(١).

فكرة البحث: تقوم فكرة البحث على دراسة صيغة (نفي العلم بالخلاف) هل تُعد صيغةً من صيغ الإجماع، وهل لها أثر في انعقاد الإجماع وتحققه أو لا؟ وهل يقدر في الاحتجاج بها حيث ورد في كتب الفقهاء بعبارة (لا أعلم فيه خلافاً) ونحوها؟

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٩/١).

وكل ذلك مع التطبيق على الفروع الفقهية.

الدراسات السابقة: بعد البحث لم أجد في هذه المسألة الأصولية إلا بحثاً واحداً للدكتور/ أحمد بن علي بن عبد الرحمن الحذيفي، بعنوان (نفي العلم بالخلاف عند الأصوليين) وهو يقع في (٢٢) اثنتين وعشرين صفحة فقط، بمجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، عام (٢٠١١م). لكنه لم يذكر القول الثالث في المسألة، القائل بأنه إن كان فيما تعم به البلوى فهو إجماع وحجة وإلا فلا.

كما أنه لم يعنى بالجانب التطبيقي للمسألة، فلم يذكر فروعاً فقهية تطبيقية عليها.

أهمية الموضوع: تظهر أهمية دراسة هذا الموضوع من أمور:

أولاً: أهمية الإجماع، فإنه دليل مستقل تثبت به الأحكام الشرعية.

ثانياً: أن (نفي العلم بالخلاف) يكثر احتجاج الفقهاء به في كثير من المسائل، ونجد على بعض هذه الاستدلالات اعتراضات بثبوت الخلاف، وعدم تحقق الإجماع فيها.

ثالثاً: كثرة التطبيقات الفقهية لهذه المسألة في كتب الفقه.

أهداف البحث: يهدف البحث إلى ما يلي:

أولاً: التأكيد على أهمية اتفاق المجتهدين وأثره في انعقاد الإجماع، وإظهار دقة الأصوليين في اشتراط وجود الاتفاق من خلال تعاريفهم للإجماع.

ثانياً: أهمية اشتراط العلم بمواقع الإجماع بالنسبة للمجتهد حتى لا يفتي بخلاف الإجماع.

ثالثاً: بيان أهمية العلم باختلافات الفقهاء، واشتراطه في المجتهد.

رابعاً: بيان الخلاف المعتد به وشروط تحققه.

خامساً: الجمع بين التأصيل والتطبيق في دراسة نفي العلم بالخلاف وأثره في انعقاد الإجماع.

منهجي في البحث:

أولاً: اتبعت في بحثي هذا المنهج الاستقرائي من خلال الرجوع إلى المصادر الأصلية في علم أصول الفقه؛ لتحرير المسألة ببيان أقوال الأصوليين في ثبوت الإجماع بنفي العلم بالخلاف.

ثانياً: اتبعت المنهج التحليلي بتحقيق المسائل الفقهية التي ورد فيها نفي العلم بالخلاف، وذلك بدراسة بعض النماذج للمسائل الفقهية التي أوردها الفقهاء، وحكوا فيها نفي الخلاف، فذكرت من نفي الخلاف في كل مسألة، ثم حققت وجود الإجماع في هذه المسائل من عدمه عن طريق تتبع أقوال الفقهاء في كل فرع من هذه الفروع التطبيقية.

ثالثاً: لم أعتنِ بحصر كل المسائل في التطبيقات الفقهية، وإنما اكتفيت ببعضها لتكون كالأمثلة على القاعدة.

رابعاً: لم أذكر أدلة الأقوال في الفروع الفقهية؛ لأن ذلك يخرج البحث عن موضوعه؛ إذ المقصود هو ذكر الخلاف في الفرع الفقهي لإثبات أن الإجماع لم يتحقق فيه.

خامساً: اعتمدت في البحث على أمهات المصادر الأصولية والفقهية في التوثيق.

خطة البحث:

اقتضت الكتابة في هذا البحث أن يكون في مقدمة، وتمهيد، ومبحثين، وخاتمة.

المقدمة: في أهمية موضوع البحث وأهدافه، ومنهج الباحث فيه، وخطة البحث.

التمهيد: في تعريف الإجماع، وبيان حجته.

المبحث الأول: المراد بنفي العلم بالخلاف، وبيان ألفاظه عند الفقهاء.

المطلب الأول: تعريف الخلاف، وبيان شروط تحققه، وأهمية العلم به.

المطلب الثاني: المراد بنفي العلم بالخلاف، وألفاظه عند الفقهاء.

المبحث الثاني: أقوال الأصوليين في ثبوت الإجماع بنفي العلم بالخلاف، وتطبيقاته الفقهية. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أقوال الأصوليين في ثبوت الإجماع بنفي العلم بالخلاف.

المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية للمسألة.

الخاتمة: وذكرُ فيها أهم نتائج البحث.

وبعد، فهذا جهد الضعيف في بحث هذه المسألة الأصولية وما يتعلق بها، أسأل الله تعالى أن يتقبله ويرضى به عني.

وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم.

التمهيد

في تعريف الإجماع، وبيان حجته

الإجماع في اللغة:

الحيم والميم والعين أصل واحد، يدل على تضام الشيء. يقال: جمع الشيء عن تفرقة يجمعه جمعاً وجمّعه وأجمّعه واجتمع.

ويطلق الإجماع في اللغة على معنيين:

الأول: العزم على الشيء والتصميم عليه، يقال: جمع أمره وأجمعه وأجمع عليه: أي عزم عليه، كأنه جمع نفسه له على طريق الحزم من غير تردد.

ومنه قول الله تعالى: {وَأَجْمَعُوا أَنْ يَجْعَلُوهُ فِي غِيَابَتِ الْجُبِّ} (١) أي عزموا.

وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل» (٢) أي: يعزم عليه.

والثاني: الاتفاق، ومنه قولهم: أجمع القوم: إذا صاروا ذوي جمع، ويوم الجمعة؛ لاجتماع الناس فيه، فالجيم والميم والعين أصل واحد يدل على تضام الشيء (٣).

(١) جزء من الآية رقم (١٥) من سورة يوسف.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٥٣/٤٤)، وابن ماجه في سننه، كتاب الصيام، باب ما جاء في فرض الصوم من الليل (١٥٤٢/١) رقم (١٧٠٠)، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب الصيام، باب النية في الصيام (١٧٠/٣) رقم (٢٦٥٥)، والدارمي في سننه، كتاب الصوم، باب من لم يجمع الصيام من الليل (١٠٥٧/٢) رقم (١٧٤٠)، والترمذي في سننه، كتاب الصوم، باب لا صيام لمن لم يعزم من الليل (٩٩/٣) رقم (٧٣٠) من حديث حفصة. وقال ابن حجر: اختلف الأئمة في رفعه ووقفه ... وقال أبو داود: لا يصح رفعه. وقال الترمذي: الموقوف أصح .. وقال الحاكم في المستدرک: صحيح على شرط البخاري. تلخيص الحبير (٣٦١/٢).

(٣) ينظر: الصحاح، مادة (جمع) (١١٩٩/٣)، ومعجم مقاييس اللغة، مادة (جمع) (٤٧٩/١)، ولسان العرب، مادة (جمع) (٦٧٨/١).

فإذا قلت: أجمعت الأمة على الحكم، فإنه يحتمل الأمرين جميعاً: أحدهما: أنها عازمت على إنفاذه، والثاني: أنها اجتمعت على القول به وتصويبه^(١).

الإجماع في الاصطلاح:

اختلف الأصوليون في تعريف الإجماع، وحاصل الاختلاف في تعاريفهم يرجع إلى اختلافهم في بعض الشروط المعتبرة في الإجماع عندهم، كالشروط اللازمة في أهل الإجماع، أو في عصر الإجماع، أو غير ذلك.

وقد عرفه الزركشي بأنه: اتفاق مجتهدي أمة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في حادثة على أمرٍ من الأمور في عصر من الأعصار^(٢).

والتعريف ينص على (الاتفاق) والمراد به الاشتراك في قولٍ أو فعلٍ دالٍ على اعتقاد المجتهدين ورأيهم، إثباتاً كان أو نفيًا.

فالمعتبر في الإجماع هو الاتفاق، سواء أدلَّ عليه المجتهدون بأقوالهم جميعاً، أم بأفعالهم جميعاً، أم بقول البعض وفعل البعض الآخر، أم بقول البعض أو فعله مع سكوت البعض الآخر كما في الإجماع السكوتي عند من يراه إجماعاً^(٣).

حجية الإجماع:

اتفق الصدر الأول من هذه الأمة على حجية الإجماع حتى زمن النظم^(٤)؛

(١) ينظر: إحكام الفصول في أحكام الأصول (٤٤١/١).

(٢) ينظر: البحر المحيط (٤٣٦/٤).

(٣) ينظر: الإبهاج (٢٠٢١/٥)، والفوائد السننية في شرح الألفية (٤١٠/١)، وحجية الإجماع وموقف العلماء منها (ص ٢٥).

(٤) هو إبراهيم بن سيار بن هاني البصري، من كبار أئمة المعتزلة، أخذ علم الكلام عن أبي الهذيل، وله آراء انفرد بها، منها إنكاره لحجية الإجماع والقياس في الأحكام الشرعية. من مصنفاته (كتاب النكت) أبطل فيه حجية الإجماع، توفي سنة (٢٢١هـ).

ينظر: الفتح المبين في طبقات الأصوليين (١٤١/١)، والأعلام للزركلي (٤٣/١)

فإنه أول من خالف في حجيته، ولما تواتر إليه عن الشريعة أن الإجماع حجة قال: (هو عبارة عن كل قول قامت حجته) وهذا مخالف للغة وعُرف علماء الشريعة، ثم تبعه على إنكار حجية الإجماع بعض الخوارج، والشيعية فإنهم وإن سلّموا حجيته فقد شرطوا فيه الإمام المعصوم، وفي الحقيقة الحجة في المعصوم لا في الإجماع^(١).

وإنكارهم لحجية الإجماع غير معتبر، ولا يُلتفت إليه لسببين:

الأول: أن الإجماع أصل من أصول أهل السنة، وهؤلاء ليسوا من أهل السنة، بل من أهل الأهواء والبدع.

الثاني: لو سلمنا - جدلاً - أن رأي هؤلاء معتبر في مثل هذه المسألة الأصولية، فإن خلافهم لا يعتبر هنا؛ لأنه خلافٌ نشأ بعد الاتفاق على حجية الإجماع^(٢).

ولو كان هناك خلافٌ في حجية الإجماع قبل النظام لثقل حتى يعلمه القائلون بالإجماع والمخالفون لهم؛ لأن الخلاف في هذا الباب مما تلجج النفوس بنقله وتتابر على حفظه وروايته؛ لعظم شأنه.

يبين ذلك أنه لما خالف النظام في حجية الإجماع - مع خموله وقلة في نفوس الناس وبُعدّه عن الفضلاء وثقل الأخبار، ومنابدتهم له وتترهيمهم عن نقل خبره - نُقل خلافه، فلو وقع في حجية الإجماع خلافٌ عن أحد من الصحابة أو التابعين أو أئمة الفقهاء لكانت النفوس أميل إلى نقله^(٣).

(١) ينظر: التحقيق والبيان في شرح البرهان (٧٩٨/٢)، وشرح مختصر الروضة (٢٧/٣)، والفوائد السنية في شرح الألفية (٤٠٩/١).

(٢) ينظر: أصول فقه الإمام مالك (١٠٠٣/٢).

(٣) ينظر: إحكام الفصول في أحكام الأصول (٤٥٥/١)، والتلخيص في أصول الفقه (٢٨/٣).

الأدلة على حجية الإجماع:

أدلة حجية الإجماع كثيرة، منها ما يلي:

أولاً: من القرآن الكريم:

استدل الأصوليون على حجية الإجماع بآيات من القرآن الكريم:

منها: قول الله تعالى: {وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا} (١).

وجه الدلالة: أن الله تعالى توعّد بالنار على مخالفة سبيل المؤمنين، كما توعّد على مشاققة الرسول صلى الله عليه وسلم بعد البيان، ولا يتوعّد إلا على ترك الفرض، والمؤمنون هنا هم العلماء؛ لأن العوام والجهال لا سبيل لهم يُتبع، فدلّ ذلك على أن اتباع سبيل العلماء في إجماعهم حق وصواب، ولا يكون سبيلهم بهذه الصفة إلا وهم حجة فيما يتفقون عليه (٢).

ومنها: قول الله تعالى: {وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ} (٣).

وجه الدلالة: أن (الوسط) من كل شيء: خياره. وقيل: الوسط: من يُرضى قوله. وقيل: هو العدل. وهذه المعاني متقاربة. و(الشاهد): اسم لمن يكون قوله حجة. وقد أخبر الله تعالى عن خيرية هذه الأمة، ووصفها بالعدالة والشهادة، فدلّ ذلك على أن قبول قولهم واجب؛ لأنه سماه شهادة، والشهادة واجبة القبول، ولا يجوز أن يصفهم بالعدالة ويجعلهم شهداء على الناس ثم لا يُقبَل قولهم ولا يجعله حجة (٤).

(١) الآية رقم (١١٥) من سورة النساء.

(٢) ينظر: شرح العمدة لأبي الحسين البصري (١/٦١)، والتبصرة (ص ٣٤٩)، والواضح في أصول الفقه (١٠٥/٥)، والمحصل لابن العربي (ص ١٢٢).

(٣) جزء من الآية رقم (١٤٣) من سورة البقرة.

(٤) ينظر: قواطع الأدلة (١٩٥/٣)، وبذل النظر في الأصول (ص ٥٢٠).

ثانياً: من السنة النبوية:

وردت السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم بنفي الخطأ عما اجتمعت عليه الأمة، وتعظيم القول والشأن في مفارقتهم. والأحاديث في هذا المعنى كثيرة:

منها: قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»^(١).

ومنها: قول النبي صلى الله عليه وسلم: «مَنْ فارق الجماعة شبراً فمات، إلا مات ميتة جاهلية»^(٢)، والمراد: أن يفارق الجماعة بعد أن انعقد الإجماع، فحينئذ تكون جماعة، ويكون قولها إجماعاً، فأما قبل انعقاد الإجماع فإنما هو خلاف^(٣).

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر في هذه الأحاديث بالكون مع الجماعة، ونهى عن الشذوذ، فدلّ هذا على لزوم جماعة المسلمين؛ وأنهم لا يجتمعون على خطأ وضلال، وقد اشتهرت هذه الأحاديث في عهد الصحابة رضي الله عنهم، وعملوا بها، ولم يظهر من أحد منهم إنكارها ولا ردها.

والأحاديث في هذا المعنى كثيرة، وقد تناقلها الأئمة، وتلقوها بالقبول، وهي وإن كانت من أخبار الآحاد إلا أنها لما اجتمعت وتضافرت على هذا المعنى صارت من قبيل المتواتر المعنوي الموجب للعمل؛ فثبتت بذلك حجية الإجماع^(٤).

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه عن أنس بن مالك، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم، يقول: «إن أمتي لا تجتمع على ضلالة، فإذا رأيتم اختلافاً فعليكم بالسواد الأعظم» كتاب الفتن، باب السواد الأعظم (١٣٠٣/٢) رقم (٣٩٥٠)، وابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله (٧٥٩/١) رقم (١٤٠٤).

وأخرجه الترمذي في سننه عن ابن عمر، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إن الله لا يجمع أمتي - أو قال: أمة محمد صلى الله عليه وسلم - على ضلالة، ويد الله مع الجماعة، ومن شذ شذ إلى النار» كتاب الفتن، باب ما جاء في لزوم الجماعة (٤٦٦/٤) رقم (٢١٦٧). وقال الحاكم في المستدرک (١١٦/١): روي هذا الحديث بأسانيد يصح بمثلها الحديث. ثم ذكر له شواهد.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه واللفظ له، كتاب الفتن، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: «سترون بعدي أموراً تتكرونها» (٣١٣/٤) رقم (٧٠٥٤)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب الأمر بلزوم الجماعة عند ظهور الفتن (١٤٧٧/٣) رقم (١٨٤٩) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) ينظر: أحكام الفصول في أحكام الأصول (٤٦٨/١).

(٤) ينظر: الفصول في الأصول (٢٦٤/٣)، وإحكام الفصول في أحكام الأصول (٤٥٣/١)، وقواطع الأدلة (٢٠٦/٣)، وبذل النظر في الأصول (ص٥٢٩).

المبحث الأول
المراد بنفي العلم بالخلاف
وبيان ألفاظه عند الفقهاء

وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: تعريف الخلاف، وبيان شروط تحققه، وأهمية العلم به.
المطلب الثاني: المراد بنفي العلم بالخلاف وبيان ألفاظه عند الفقهاء.

المطلب الأول

تعريف الخلاف، وبيان شروط تحققه، وأهمية العلم به

الخلاف لغة: المضادة، يقال: خالفه إلى الشيء: عصاه إليه أو قصده بعد ما نهاه عنه، وتخالفت القومُ واختلفوا: إذا ذهب كلُّ واحد منهم إلى خلاف ما ذهب إليه الآخر. والخلاف والاختلاف والمخالفة في اللغة بمعنى واحد، وهو غير الاتفاق، وكل ما لم يتساويا فقد تخالفا واختلفا، ومنه قول الله تعالى: {وَالنَّخْلَ وَالزَّرْعَ مُخْتَلِفًا أَكْلُهُ}(١).

والاختلافُ والمخالفة: أن يأخذ كلُّ واحد طريقاً غير طريق الآخر في حاله أو قوله، والخلاف أعم من الضد، لأن كل ضدين مختلفان، وليس كل مختلفين ضدين، ولما كان الاختلاف بين الناس في القول قد يقتضي التنازع استعير ذلك للمنازعة والمجادلة(٢).

واصطلاحاً:

عرّفه ابن عقيل بأنه: الدّهاب إلى أحد النقيضين من كل واحد من الخصمين. وذلك أن كل خبر فهو على نقيضين: موجبة، وسالبة. والخلاف أن يذهب أحدهما إلى الموجبة، والآخر إلى السالبة. بأن يذهب أحدهما إلى جهة الإثبات، والآخر إلى جهة النفي. كقول أحدهما: القياس حجة. وقول الآخر: القياس ليس حجة. فالقولان نقيضان لا يجتمعان في الشريعة؛ إذ لا يجوز أن يكون القياس حجة لله، لا حجة لله في زمان واحد(٣).

(١) جزء من الآية رقم (١٤١) من سورة الأنعام.

(٢) ينظر: لسان العرب، مادة (خلف) (١٢٣٩/٢)، والمصباح المنير، كتاب الخاء، باب الخاء مع اللام وما يثلثهما، مادة (خلف) (٢٤٣/١)، والتوقيف على مهمات التعاريف (ص ١٥٨)، والمفردات في غريب القرآن (ص ٢٩٤).

(٣) ينظر: الجدل على طريقة الفقهاء (ص ١).

قال ابن تيمية: لفظ (الاختلاف) في القرآن يراد به التضاد والتعارض، لا يراد به مجرد عدم التماثل^(١).

وعرّفه المناوي فقال: الاختلاف افتعال من الخلاف، وهو: تقابلٌ بين رأيين فيما ينبغي انفراد الرأي فيه^(٢).

وعرّفه الجرجاني بأنه: منازعة تجري بين المتعارضين؛ لتحقيق حق أو لإبطال باطل^(٣).

ومن تأمل هذه التعاريف وأمثالها أدرك أن الأصوليين والفقهاء استعملوا لفظي: الخلاف والاختلاف بمعنى تعدد الآراء والاتجاهات في مسألة واحدة على وجه التعارض والتناقض، بحيث لا يصار إلى المنازعة إلا عند تعذر إمكان الموافقة^(٤).

فالاختلاف الفقهي يتحقق بتغاير أحكام الفقهاء في مسائل الفروع، سواء أكان ذلك على وجه التقابل كأن يقول بعضهم في حكم مسألة بالجواز، ويقول البعض الآخر فيها بالمنع، أو كان على وجه دون ذلك كأن يقول أحدهم: حكم هذه المسألة الوجوب، ويقول غيره: حكمها الندب^(٥).

الفرق بين الخلاف والاختلاف عند الفقهاء:

ذهب الجمهور إلى عدم التفريق بين الخلاف والاختلاف، فكل أمرين خالف أحدهما الآخر خلافاً فقد اختلفا اختلافاً^(٦).

(١) مجموع الفتاوى (١٩/١٣).

(٢) ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف (ص ٤١).

(٣) ينظر: التعريفات للجرجاني (ص ١٠١).

(٤) ينظر: أسباب اختلاف الأصوليين (٥٦/١).

(٥) ينظر: أثر الخلاف الفقهي في القواعد المختلف فيها (ص ٤٥).

(٦) ينظر: الأساس في أصول الفقه (٨٠/٢)، ونظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء (ص ١٧٩).

وذهب بعض الفقهاء إلى التفريق بين الخلاف والاختلاف باعتباريات:

منها: أن الاختلاف: أن يكون الطريق مختلفاً، والمقصود واحد. والخلاف: أن يكون كلاهما مختلفاً.

ومنها: أن (الاختلاف) يستعمل في قولٍ يستند إلى دليل. و(الخلاف) فيما لا يستند إلى دليل^(١).

ومنها: أن القول المرجوح في مقابلة الراجح يقال له: خلاف، لا اختلاف. والحاصل من هذا ثبوت الضعف في جانب المخالف في (الخلاف) كمخالفة الإجماع مثلاً، وعدم الضعف في (الاختلاف)^(٢).

ومنها: أن استعمال (خالف) يكون في حالة العصيان الواقع عن قصد، كمن يخالف الأوامر، ومنه قول الله تعالى: {فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ^(٣)}.
واستعمال (اختلف) يكون في حالة المغايرة في الفهم الواقع من تفاوت وجهات النظر. ومنه قول الله تعالى: {وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ إِلَّا لِتُبَيِّنَ لَهُمُ الَّذِي اخْتَلَفُوا فِيهِ^(٤)} ولم يقل: خالفوا فيه، وقوله تعالى: {فَهَدَى اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا لِمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ مِنَ الْحَقِّ بِإِذْنِهِ^(٥)} فجعله اختلافاً لا مخالفة^(٦).

والراجح: ما ذهب إليه الجمهور، وذلك لاستعمال الفقهاء، حيث إنهم استعملوا كلاً من اللفظين في موضع الآخر. وكذلك أهل اللغة أيضاً لا يفرقون بينهما، والعمل على ذلك في أكثر مصنفات الفقه وأصوله^(٧).

(١) ينظر: الكليات للكفوي (ص ٥٠).

(٢) ينظر: الموسوعة الفقهية (٢٩٢/٢)، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٤٤/٢).

(٣) جزء من الآية رقم (٦٣) من سورة النور.

(٤) جزء من الآية رقم (٦٤) من سورة النحل.

(٥) جزء من الآية رقم (٢١٣) من سورة البقرة.

(٦) ينظر: موقف الأمة من اختلاف الأئمة (ص ١٥).

(٧) ينظر: الأساس في أصول الفقه (٨١/٢)، وأسباب اختلاف الأصوليين (٥٤/١)، وأثر الخلاف

الفقهي في القواعد المختلف فيها (ص ٤٥).

شروط تحقق الخلاف

من أهم المهامات في موضوع هذا البحث بيان الشروط التي يتحقق بها الخلاف؛ إذ ليس كل خلاف يُعتد به عند الفقهاء، فقد يوجد خلاف في مسألة ما، وعند التأمل والتحقيق يرتفع هذا الخلاف ويزول.

لذلك اشترط العلماء لتحقيق الاختلاف والاعتداد به شروطاً، أهمها ما يلي:

الشرط الأول:

أن يكون الخلاف صادراً ممن يُعتد به بين أهل العلم، بمعنى أن يكون صادراً من مجتهد في العلم الذي تنتسب إليه تلك المسألة، أما إذا كان القول صادراً من غير أهله فلا يُعتد به^(١).

ولهذا عُني علماء التراجم والطبقات بحصر العلماء الذين يؤثر وفأقهم وخلافهم في الإجماع والخلاف، ومن ذلك قول الشيرازي في بيان غرضه من تصنيف كتابه (طبقات الفقهاء): هذا كتاب مختصر في ذكر الفقهاء وأنسابهم، ومبلغ أعمارهم ووقت وفاتهم، وما دلّ على علمهم من ثناء الفضلاء عليهم، وذكر مَنْ أخذ عنهم العلم من أتباعهم وأصحابهم، لا يسع الفقيه جهله؛ لحاجته إليه في معرفة مَنْ يعتبر قوله في انعقاد الإجماع، ويعتد به في الخلاف^(٢).

واجتهد ابن حزم في حصر المفتين الذين يُعتد بقولهم من الصحابة من المُكثرين والمُتوسطين والمُقلين من الفتيا، فذكر أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا عشرات ألوف، ثم قال: لقد تقصينا مَنْ رُوي عنه فتيا في مسألة واحدة فأكثر، فلم نجدهم إلا مائة وثلاثة وخمسين بين رجل وامرأة فقط - مع شدة طلبنا في ذلك

(١) ينظر: الأساس في أصول الفقه (١٣/٢).

(٢) طبقات الفقهاء (ص ٣١).

وتهمنا - وليس منهم مكثرون إلا سبعة فقط، وهم: عمر، وابنه عبد الله، وعلي، وابن عباس، وابن مسعود، وأم المؤمنين عائشة، وزيد بن ثابت. والمتوسطون منهم ثلاثة عشر فقط يمكن أن يوجد في فتيا كل واحد منهم جزء صغير. فهؤلاء عشرون فقط، والباقون مُقلون جداً، فيهم من لم يُرو عنه إلا فتيا في مسألة واحدة فقط، ومنهم في مسألتين وأكثر من ذلك، يجتمع من فتيا جميعهم جزء واحد هو إلى أصغر أقرب منه الكبير^(١).

وتفريعاً على هذا الشرط ذهب الجمهور إلى عدم اعتبار قول الأصولي (مخالفة أو وفاقاً) في الإجماع في مسألة فقهية؛ واستدلوا بأن الأصولي البحث، وإن كان عالماً بالأصول مجتهداً فيه، إلا أنه غير عالم بالفقه، فلا يعتبر خلافه، وينعقد الإجماع بدونه^(٢).

الشرط الثاني:

ألا يكون الخلاف في مقابلة النص القطعي، فإذا تُصور صدور قول أو حكم مخالف للنص المتواتر القطعي فإنه يُطرح ولا يعتد به في الخلاف، ولذا قرر الأصوليون أنه لا اجتهاد مع النص، فمجال الاجتهاد ودائرته الأدلة الظنية، أما القطعيات فلا اجتهاد فيها فضلاً عن مخالفتها.

وإنما يذكر العلماء هذه الأقوال المخالفة للقطعيات؛ للتنبيه عليها وعلى ما فيها من الخطأ والزلل، لا للاعتداد بها^(٣).

قال ابن قدامة: من خالف كتاب الله تعالى، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وإجماع الناس كلهم - على اختلاف طبقاتهم - فلا يُعتد بخلافه^(٤).

(١) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١٧٦/٤).

(٢) ينظر: البرهان في أصول الفقه (٦٨٥/١)، والبحر المحيط (٤٧٥/٤)، وقوادح الاستدلال بالإجماع (ص ٢٧٣).

(٣) ينظر: العقل الفقهي معالم وضوابط (ص ٤٧).

(٤) روضة الناظر (٥٩٦/٢).

الشرط الثالث:

ألا يكون الخلاف مسبقاً بإجماع في تلك المسألة، فلو سبق بإجماع فيها يكون الخلاف المحكي خارقاً للإجماع، وهو ما لا يقبله العلماء^(١).

والسبب في ذلك كما قرّر القرافي: أن الإجماع معصوم، لا يقول إلا حقاً، ولا يحكم إلا بحق، فخلافه يكون باطلاً قطعاً، والباطل لا يُقرّر في الشرع، فيُفسخ ما خالف الإجماع^(٢).

ثم فرّع القرافي على ذلك عدم الاعتداد بالفتوى المخالفة للإجماع، فقال: كل شيء أفتى فيه المجتهد، فخرجت فتياه فيه على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي السالم عن المعارض الراجح، لا يجوز لمقلده أن ينقله للناس، ولا يفتي به في دين الله تعالى^(٣).

وبتتبع تصرفات الأصوليين في المقارنات والخلاف نجد أنهم لم يسلموا بالخلاف الذي يأتي من بعد إجماع. ومن أمثلة ذلك ما يلي:

لم يسلموا خلاف الكعبي^(٤) في إنكاره للمباح، فقد حكى صفّي الدين الهندي مخالفته للإجماع بقوله: أنكر الكعبي وأتباعه المباح، وخالف فيه عصا المسلمين؛ إذ الأمة مجمعة على أن أحكام الشرع منقسمة إلى الأحكام الخمسة^(٥).

(١) ينظر: الأساس في أصول الفقه (٨٦/٢)، والآراء الشاذة في أصول الفقه (٢٤٨/١).

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام (ص ١٣٥).

(٣) الفروق (٥٤٦/٢).

(٤) هو عبد الله بن أحمد بن محمود البلخي، المكنى بأبي القاسم، المعروف بالكعبي، من شيوخ مدرسة المعتزلة البغدادية، وتنسب إليه فرقة الكعبية من المعتزلة، وهو من نظراء أبي علي الجبائي، من مصنفاته: (المقالات)، و(الجدل)، أقام ببغداد مدة طويلة، ثم عاد إلى بلخ فأقام بها إلى حين وفاته، توفي في أول شعبان سنة (٣٠٩هـ).

ينظر: سير أعلام النبلاء (٣١٣/١٤)، وطبقات المعتزلة (ص ٨٨).

(٥) نهاية الوصول في دراية الأصول (٦٢٩/٢).

وأيضاً لم يسلموا الخلافَ الوارد في إنكار النسخ، فقد نقل الغزاليّ الإجماعَ على وجود النسخ، ثم حكى مخالفةَ هذا الإجماع واصفاً لها بالشذوذ، فقال: مُنكر هذا خارقٌ للإجماع، وقد ذهب شذوذٌ من المسلمين إلى إنكار النسخ، وهم مسبقون بهذا الإجماع، فهذا الإجماع حجة عليهم^(١).

ومن أمثلة ذلك في المسائل الفقهية: ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة من عدم لزوم الوقف، وكان أبو يوسف يجيز بيعَ الوقف، فلما بلغه حديثُ عمر^(٢)، قال: هذا لا يسع أحداً خلافه، ولو بلغ أبا حنيفة لقال به. فرجع عن بيع الوقف حتى صار كأنه لا خلاف فيه بين أحد.

قال القرطبي: ردُّ الوقف مخالفٌ للإجماع، فلا يلتفت إليه، وأحسن ما يُعْتذر به عن ردّه: ما قال أبو يوسف؛ فإنه أعلم بأبي حنيفة من غيره^(٣).

الشرط الرابع:

ألا يكون قد انعقد إجماعٌ بعد الخلاف؛ لأن الإجماع بعد الخلاف يرفع الخلاف، سواء أكان الخلاف مستقراً أو كان في مهلة النظر، ويكون الإجماع كاشفاً عن صحة أحد الأقوال وخطأ ما عداه^(٤).

(١) المستصفى (٢١٣/١).

(٢) عن ابن عمر، قال: أصاب عمرُ أرضاً بخيبر، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله إني أصبتُ أرضاً بخيبر، لم أصب مالا قط هو أنفس عندي منه، فما تأمرني به؟ قال: «إن شئت حبست أصلها، وتصدقته بها» قال: فتصدق بها عمر، أنه لا يباع أصلها، ولا يبتاع، ولا يورث، ولا يوهب. قال: فتصدق عمر في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يُطعم صديقاً غير مُتَمَوِّلٍ فيه. أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يُكتب؟ (٢٩٧/٢) رقم

(٢٧٧٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب الوصية، باب الوقف (١٢٥٥/٣) رقم (١٦٣٢).

(٣) نقله ابن حجر في فتح الباري (٤٠٣/٥).

(٤) ينظر: الأساس في أصول الفقه (٩٠/٢).

وهذا بناءً على ما ذهب الجمهور من الاحتجاج بالإجماع ولو سبقه الخلاف، وذلك لعموم الأدلة المثبتة لحجية الإجماع؛ فإنها تشمل بعمومها ما سبق فيه الخلاف وما لم يسبق^(١).

ومن أمثلة ذلك: ما ذكره ابن تيمية في اشتراط الوطء للمطلقة ثلاثاً حتى تحل لزوجها الأول، في جوابٍ لسؤال: إن المرأة المطلقة إذا وطئها الرجل في الدبر تحل لزوجها: هل هو صحيح أم لا؟ فقال: هذا قولٌ باطلٌ مخالفٌ لأئمة المسلمين المشهورين وغيرهم من أئمة المسلمين؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمطلقة ثلاثاً: «لا، حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك»^(٢) وهذا نص في أنه لا بد من العسيلة. وهذا لا يكون بالدبر، ولا يُعرف في هذا خلاف، وأما ما يُذكر عن بعض المالكية - وهم يطعنون في أن يكون هذا قولاً - وما يُذكر عن سعيد بن المسيب^(٣) من عدم اشتراط الوطء، فذاك لم يُذكر فيه وطء الدبر، وهو قول شاذ صحّت السنة بخلافه، وانعقد الإجماع قبله وبعده^(٤).

الشرط الخامس:

أن تكون نسبة الخلاف إلى صاحبه صحيحةً، فإذا تبين أن المخالفة لم تصح نسبتها إلى المخالف فلا يُعتد بها^(٥).

(١) ينظر: أصول السرخسي (١/٣٢٠)، والتمهيد للكلوذاني (٣/٢٩٧)، وقوادح الاستدلال بالإجماع (ص ٢٩٨ و ٣٠٥).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب إذا طلقها ثلاثاً، ثم تزوجت بعد العدة زوجاً غيره، فلم يمسه (٣/٤١٧) رقم (٥٣١٧)، ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تتكح زوجاً غيره، ويطأها، ثم يفارقها وتتقضي عدتها (٢/١٠٥٥) رقم (١٤٣٣).

(٣) هو سعيد بن المسيب بن حزن المخزومي، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر بن الخطاب، أرسل كثيراً عن النبي صلى الله عليه وسلم، وروى عن أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، وغيرهم، وكان زوج ابنة أبي هريرة، توفي سنة (٩٤هـ).

ينظر: سير أعلام النبلاء (٤/٢١٧)، والعبر في خبر من غير (١/٨٢).

(٤) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٢/١٠٩).

(٥) ينظر: قوادح الاستدلال بالإجماع (ص ٢٤٥)، والآراء الشاذة في أصول الفقه (١/٢٤٦).

وكذلك لا تصح دعوى الإجماع في الفروع إلا إذا تيقن المجتهد من عدم وجود الخلاف فيها، ومتى شك في صحة نقل الخلاف في الفروع فلا يصح الجزم بانعقاد الإجماع.

قال ابن تيمية: وإن كان قد نُقِلَ له في المسألة فروع ولم يتعين صحته، فهذا يوجب له أن لا يظن الإجماع إن لم يظن بطلان ذلك النقل، وإلا فمتى جوَّز أن يكون ناقل النزاع صادقاً وجوَّز أن يكون كاذباً، يبقى شاكاً في ثبوت الإجماع، ومع الشك لا يكون معه علم ولا ظن بالإجماع. ولا تُدفع الأدلة الشرعية بهذا المشتبه، مع أن هذا لا يكون، فلا يكون قط إجماعٌ يجب اتباعه مع معارضته لنص آخر لا مخالف له، ولا يكون قط نصٌ يجب اتباعه وليس في الأمة قائل به، بل قد يخفى القائل به على كثير من الناس^(١).

ومن أمثلة ذلك: القول بأن الصبي إذا جاوز عشر سنين فوصيته جائزة إذا وافق الحق؛ فقد أجاز عمرُ رضي الله عنه وصيةَ غلام من غسان لم يحتلم، عمره عشر سنوات^(٢)، وانتشرت القضية، ولم تُنكر، فصار إجماعاً^(٣).

فيُعترض عليه بأن ذلك لا يكون إجماعاً ولا حجة؛ لأن المسألة فيها خلاف ابن عباس رضي الله عنه؛ فإنه قال: (لا يجوز طلاق الصبي، ولا عتقه، ولا

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٦٨/١٩).

(٢) أخرج الإمام مالك في موطنه عن أبي بكر بن حزم أن غلاماً من غسان، حضرته الوفاة بالمدينة، ووارثه بالشام، فذكر ذلك لعمر بن الخطاب، فقبل له: إن فلاناً يموت أفيوصي؟ قال: فليوص. قال أبو بكر: وكان الغلام ابن عشر سنين، أو اثنتي عشرة سنة، قال: فأوصى ببئر جشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم. كتاب الوصية، باب جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه (١٢٥/٢) رقم (٦٧).

وأخرجه الدارمي في سننه، كتاب الوصايا، باب وصية الغلام (٢٠٧٤/٤) رقم (٣٣٣٠)، والبيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب المدير، باب تدبير الصبي الذي لم يبلغ (٤٣٦/١٤) رقم (٢٠٦٤١)، وابن أبي شيبه في مصنفه (١٦٧/١٦) رقم (٣١٤٩٣).

(٣) ينظر: المغني لابن قدامة (٥٠٩/٨).

وصيته، ولا شراؤه، ولا بيعه، ولا شيء^(١). ولا ينعقد الإجماع مع مخالفة أحد العلماء.

ويجاب عن ذلك الاعتراض بأن خلاف ابن عباس لم يثبت؛ لأن الأثر غير صحيح، ففي إسناده مُدلسٌ كثيرُ الخطأ^(٢)، فلا يُلتفت إليه.

فهذا جواب برد الخلاف؛ لأنه غير ثابت^(٣).

الشرط السادس:

ألا يثبت رجوع المخالف عن قوله الذي خالف به، فإن ثبت أنه رجع عنه فلا يعتد بهذه المخالفة، ولا يصح أن يُحكى قوله إلا مقروناً بحكاية الرجوع، وبيان أنه قول هجره القائل وانتقل عنه إلى غيره^(٤).

وعَلَّ الشاطبيُّ ذلك بأن اختلاف الأقوال بالنسبة إلى الإمام الواحد، بناء على تغيير الاجتهاد والرجوع عما أفتى به إلى خلافه، لا يصح أن يعتد به خلافاً في المسألة؛ لأن رجوع الإمام عن القول الأول إلى القول الثاني اطراح منه للأول ونسخ له بالثاني.

ثم قال: فلا ينبغي أن يُحكى مثلُ هذا في مسائل الخلاف^(٥).

(١) أخرجه الدارمي في سننه، كتاب الوصايا، باب من قال لا تجوز (٢٠٧٧/٤) رقم (٣٣٣٧)، وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب الوصايا، باب وصية الغلام (٨٠/٩) رقم (١٦٤٢١)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٧٠/١٦) رقم (٣١٥٠٥).

(٢) وهو الحجاج بنُ أرتأة. فقد قال عنه الإمامُ أحمد: (كان يدلس). وقال يحيى بن معين: (حجاج لا يُحتج بحديثه). وقال عنه ابنُ حجر: (صدوقٌ كثيرُ الخطأ والتدليس).

ينظر: الكامل في ضعفاء الرجال (٥٢١/٢)، والجرح والتعديل (١٥٦/٣)، وتقريب التهذيب (ص ١٥٢).

(٣) ينظر: قواعد الاستدلال بالإجماع (ص ٢٥٢)، والآراء الشاذة في أصول الفقه (٢٤٦/١).

(٤) ينظر: الأساس في أصول الفقه (٩١/٢)، وقواعد الاستدلال بالإجماع (ص ٢٤٥).

(٥) ينظر: الموافقات (٢١٣/٥).

ومن هنا كان الفقهاء يحرصون على نسبة كل قول إلى قائله، كما يظهر ذلك جلياً من صنيع القرافي في بيان منهجه في كتاب (الذخيرة) إذ قال: وأضيفُ الأقوالَ إلى قائلها إن أمكن؛ ليعلم الإنسانُ التفاوتَ بين القولين بسبب التفاوت بين القائلين، بخلاف ما يقول كثير من أصحابنا: في المسألة قولان. من غير تعيين، فلا يدري الإنسان من يجعله بينه وبين الله تعالى من القائلين، ولعل قائلهما واحد، وقد رجع عن أحدهما، فإهمال ذلك مؤلم في التصانيف^(١).

ومن أمثلة رجوع المخالف عن قوله: مخالفة ابن عباس في نكاح المتعة، فقد أجمع الصحابة على تحريمه.

وخالف ابنُ عباس فقال بإباحة المتعة، فلم يتحقق إجماع.

لكن ثبت رجوع ابن عباس إلى القول بتحريمها، فتقرر الإجماعُ في المسألة، ولا يصح حينئذٍ أن يُحكى خلافُ ابن عباس إلا مقروناً برجوعه عن الإباحة^(٢).

ومن ذلك أيضاً أن أبا هريرة كان يفتي في الناس بأن من أصبح جنباً فلا صوم له، فلما أخبرته بعضُ أزواج النبي صلى الله عليه وسلم بخلاف ذلك رجع عما كان يقول^(٣).

الشرط السابع:

أن يكون الخلاف وارداً في محل المسألة المدعى الإجماعُ فيها، وليس وارداً في مسألة أخرى.

(١) الذخيرة (٣٨/١).

(٢) ينظر: قواعد الاستدلال بالإجماع (ص ٢٥٤)، والآراء الشاذة في أصول الفقه (١/٢٤٩).

(٣) صحيح مسلم، كتاب الصيام، باب صحة صوم من طلع عليه الفجر وهو جنب (٢/٧٧٩) رقم (١١٠٩).

ومن أمثلة أن يكون الخلاف وارداً في مسألة أخرى، وليس في المسألة التي فيها الإجماع: مخالفة أبي بكر الصديق في ضمان ما أتلّفه أهل البغي حال الحرب، وذلك أن الإجماع انعقد على أنه ليس على أهل البغي ضمان ما أتلّفوه حال الحرب من نفس ولا مال.

وقد نقل الزهري^(١) الإجماع فقال: كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البديون، فأجمعوا على أن لا يُقام حد على رجل ارتكب فرجاً حراماً بتأويل القرآن، ولا يغرّم مالا أتلّفه بتأويل القرآن.

فاعترض على ذلك بعدم انعقاد الإجماع؛ فإن أبا بكر الصديق خالف في ذلك، وقال لأهل الردة: (تدون قتلتنا، ولا ندي قتلكم)^(٢) ولا ينعقد الإجماع مع مخالفته.

وأجيب عن الاعتراض بأن خلاف أبي بكر الصديق ليس في هذه المسألة، وإنما هو في مسألة أخرى، وهي الردة، وكلامنا في قتال أهل البغي، والمرتون كفار لا تأويل لهم، أما البغاة فهم طائفة من المسلمين لهم تأويل سائغ، فلم تضمن ما أتلّفت؛ ولأن تضمينهم يفضي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة، فلا يُشرع كتضمين أهل الحرب.

فكان الجواب هنا ببيان أن الخلاف في مسألة أخرى غير مسألة الإجماع^(٣).

قال الإمام الشافعي: وما أصاب أهل الردة للمسلمين في حال الردة، أو بعد إظهار التوبة في قتالٍ وهم ممتنعون، أو غير قتال، أو على نائرةٍ أو غيرها

(١) هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري، المدني التابعي، ولد سنة (٥٨هـ)، ورأى عدداً من الصحابة، وروى عنهم، وهو أول من دَوّن الحديث، وكان من أحفظ أهل زمانه، وأحسنهم سياقاً لمتون الأخبار، توفي سنة (١٢٤هـ).

ينظر: حلية الأولياء وطبقات الأصفياء (٣/٣٦٠)، وسير أعلام النبلاء (٥/٣٢٦).

(٢) ينظر: المغني لابن قدامة (١٢/٢٥٠).

وأثر أبي بكر أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٢/٢٧٠) رقم (١٩٥٣)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الأشربة والحد فيها، باب قتال أهل الردة وما أصيب في أيديهم من متاع المسلمين (٨/٥٨١) رقم (١٧٦٣٢)، وابن أبي شيبه في مصنفه (١٢/٢٦٣) رقم (٣٣٣٩٩).

(٣) ينظر: قواعد الاستدلال بالإجماع (ص ٢٥٣)، والآراء الشاذة في أصول الفقه (١/٢٤٧).

فسواء، والحكم عليهم كالحكم على المسلمين لا يختلف في العقل والقود وضمن ما يصيبون.

قال الشافعي: فإن قيل: فما صنع أبو بكر في أهل الردة؟ قيل: قال لقوم جاؤوه تائبين: تدون قتلانا، ولا ندني قتلاكم. فقال عمر: لا نأخذ لقتلانا دية.

قال الشافعي: فإن قيل: فما قوله: تدون قتلانا؟ قيل: إذا أصيبوا غير متعمدين ودوا، وإذا ضمنوا الدية في قتل غير متعمدين كان عليهم القصاص في قتلهم متعمدين، وهذا خلاف حكم أهل الحرب عند أبي بكر^(١).

على أن ابن قدامة قد أجاب أيضاً عن الاعتراض بمخالفة أبي بكر بجواب آخر، وهو رجوع أبي بكر الصديق عن قوله، فقال: فأما قول أبي بكر رضي الله عنه فقد رجع عنه ولم يمضه، فإن عمر قال له: أما أن يدوا قتلانا فلا؛ فإن قتلانا قتلوا في سبيل الله تعالى، على ما أمر الله.

فوافقه أبو بكر ورجع إلى قوله، فصار أيضاً إجماعاً حجة لنا، ولم يُنقل أنه غرّم أحداً شيئاً من ذلك^(٢).

الشرط الثامن:

أن يكون الخلاف الوارد في المسألة حقيقياً وليس لفظياً، فما كان ظاهره الخلاف وليس في الحقيقة كذلك فلا يعتد به؛ لأنه يؤول في النهاية إلى إمكان الموافقة في المعنى.

قال السرخسي: المصير إلى المنازعة عند تعذر إمكان الموافقة، وأما مع إمكان الموافقة وتحصيل المقصود به فلا معنى للمصير إلى المنازعة^(٣).

(١) الأم للإمام الشافعي (٩٦/٧).

(٢) ينظر: المغني لابن قدامة (٢٥١/١٢).

(٣) أصول السرخسي (٢٦٦/٢).

وبين الشاطبي أن أكثر الأمثلة لذلك ما يقع في تفسير الكتاب والسنة، فتجد المفسرين ينقلون عن السلف في معاني ألفاظ الكتاب أقوالاً مختلفة في الظاهر، فإذا اعتبرتها وجدتها تتلاقى على العبارة كالمعنى الواحد، والأقوال إذا أمكن اجتماعها والقولُ بجمعها من غير إخلال بمقصد القائل، فلا يصح نقل الخلاف فيها عنه، وهكذا يتفق في شرح السنة، وكذلك في فتاوى الأئمة وكلامهم في مسائل العلم، وهذا الموضوع مما يجب تحقيقه، فإنَّ نقلَ الخلاف في مسألة لا خلاف فيها في الحقيقة خطأً، كما أن نقل الوفاق في موضع الخلاف لا يصح^(١).

الشرط التاسع:

ألا يكون الخلاف المحكي خلاف اختيار، فإن كان من خلاف التنوع والتخيير، كدعاء الاستفتاح في الصلاة وألفاظ التشهد، فالوارد في أمثالها من الأقوال ليس خلافاً.

وإنما قد يكون الخلاف في الأولى من الوارد، فقد يختار كلُّ قولٍ صيغةً أو هيئةً.

أو يكون التعدد الوارد لاختلاف أحوال الناس، ولكل مكلف أن يتخير منها ما يليق بحاله، ويكون هو الأفضل بالنسبة له؛ لأن أحوال الناس متفاوتة، وذلك كأنواع النُّسك من تمتع أو أفراد أو قران^(٢).

ومثَّل الشاطبيُّ لذلك باختلاف القُرَّاء في وجوه القراءات، فإنهم لم يقرؤوا بما قرؤوا به على إنكار غيره، بل على إجازته والإقرار بصحته، وإنما وقع الخلاف بينهم في الاختيارات، وليس في الحقيقة باختلاف^(٣).

(١) الموافقات (٢١٠/٥).

(٢) ينظر: الأساس في أصول الفقه (٩٢/٢).

(٣) الموافقات (٢١٤/٥).

أهمية العلم بالخلاف:

العلم باختلاف الفقهاء لا تخفى أهميته حيث إنه يُطلع المتفقه على أصول المذاهب الفقهية، ويعرفه بمناهج الفقهاء في المسائل المختلف فيها، ويبين طرائقهم في الاستدلال، وماأخذهم من الأدلة. وبذلك يتمكن من معرفة المذاهب على وجهها الصحيح، ومعرفة الراجح من المرجوح^(١).

وقد نبه كثير من الأئمة على أهمية العلم باختلاف الفقهاء:

قال تاج الدين السبكي: إن المرء إذا لم يعرف علم الخلاف والمآخذ، لا يكون فقيهاً إلى أن يلج الجمل في سم الخياط، وإنما يكون رجلاً ناقلاً نقلاً مخبطاً، حامل فقه إلى غيره، لا قدرة له على تخريج حادث بموجود، ولا قياس مستقبل بحاضر، ولا إلحاق شاهد بغائب، وما أسرع الخطأ إليه، وأكثر تراحم الغلط عليه، وأبعد الفقه لديه^(٢).

وبين الشاطبي أن إحكام النظر في اختلاف الفقهاء يبلغ به المجتهد درجة الاجتهاد؛ لأنه يصير بصيراً بمواضع الاختلاف، جديراً بأن يتبين له الحق في كل نازلة تعرض له^(٣).

ومن هنا وضع ابن رشد كتابه (بداية المجتهد) وقال: قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير مرة: إنما هو أن نثبت المسائل المنطوق بها في الشرع، المتفق عليها والمختلف فيها، ونذكر من المسائل المسكوت عنها التي شهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار؛ فإن معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجري للمجتهد مجرى الأصول في المسكوت عنها، وفي النوازل التي لم يشتهر الخلاف فيها

(١) ينظر: المجموع للنووي (١٩/١)، وأثر الخلاف الفقهي في القواعد المختلف فيها (ص ٨١).

(٢) ينظر: طبقات الشافعية الكبرى (٣١٩/١).

(٣) ينظر: الموافقات (١٢١/٥).

بين فقهاء الأمصار، سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم أو لم ينقل، ويشبه أن يكون من تدرّب في هذه المسائل، وفهم أصول الأسباب التي أوجبت خلاف الفقهاء فيها أن يقول ما يجب في نازلة من النوازل - أعني أن يكون الجواب فيها على مذهب فقيه من فقهاء الأمصار، أعني في المسألة الواحدة بعينها - ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف، وذلك إذا نقل عنه في ذلك فتوى. فأما إذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى أو لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الأصول فيمكنه أن يأتي بالجواب بحسب أصول الفقيه الذي يفتي على مذهبه، وبحسب الحق الذي يؤديه إليه اجتهاده^(١).

واشترط الإمام مالك في المفتي أن يكون عالماً باختلاف الفقهاء، فقال: لا تجوز الفتيا إلا لمن علم ما اختلف الناس فيه^(٢).

وقال عطاء^(٣): لا ينبغي لأحد أن يفتي الناس حتى يكون عالماً باختلاف الناس؛ فإنه إن لم يكن كذلك ردّ من العلم ما هو أوثق من الذي في يديه^(٤).

قال الشاطبي: وكلام الناس هنا كثير، وحاصله: معرفة مواقع الخلاف، لا حفظ مجرد الخلاف^(٥).

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (١٥٠٨/٤).

(٢) ينظر: الموافقات (١٢٣/٥).

(٣) هو أبو محمد عطاء بن أبي رباح أسلم القرشي المكي، من أئمة التابعين، ولد في أثناء خلافة عثمان، حدّث عن أم المؤمنين عائشة، وأم سلمة، وأم هانئ، وأبي هريرة، وابن عباس، وكان ثقة فقيهاً عالماً كثير الحديث، توفي سنة (١١٥هـ).

ينظر: سير أعلام النبلاء (٧٨/٥).

(٤) ينظر: الموافقات (١٢٢/٥).

(٥) ينظر: الموافقات (١٢٣/٥).

المطلب الثاني المراد بنفي العلم بالخلاف

عرّفه ابن تيمية بأنه: أن يستقرئ الفقيه أقوال العلماء فلا يجد في ذلك خلافاً، أو يشتهر القول في القرآن ولا يعلم أحداً أنكره^(١).

ومن هذا التعريف يكون طريق معرفة عدم المخالف من أحد وجهين:

الأول: استقراء الفقيه لأقوال الفقهاء في المسألة، فلا يجد خلافاً.

الثاني: أن يشتهر القول بين الناس، ولا يُعلم بينهم أحدٌ خالفه.

ألفاظه عند الفقهاء:

نفي العلم بالخلاف استعمله الفقهاء بعدة عبارات منها: (لا خلاف في هذا بين المسلمين)، أو (بلا خلاف بين الأمة)، أو (بلا خلاف بين السلف)، أو (بلا خلاف بين الصحابة)، أو (بلا خلاف بين العلماء)، أو (بلا نزاع بين الفقهاء)، أو (بلا خلاف)، أو مثل هذه العبارات.

ويأتي النفي هنا مقيداً بنفي العلم بالخلاف، مثل: (بلا خلاف نعلمه)، أو (لا أعلم فيه خلافاً بين العلماء)، وهكذا^(٢).

الفرق بين نفي العلم بالخلاف وبين الإجماع السكوتي:

يمكن التفريق بين مسألة نفي العلم بالخلاف وبين الإجماع السكوتي بما يلي:

أولاً: أن الإجماع السكوتي يكون بنص بعض العلماء على حكم الحادثة وسكوت الباقيين عن الرد وعدم إنكارهم، وذلك بعد بلوغهم، وبعد مضي مدة التأمل

والنظر في الحادثة^(٣).

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٦٧/١٩).

(٢) ينظر: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي (٤٥/١).

(٣) ينظر: أصول الشاشي مع أحسن الحواشي (ص ١٨٨)، والمحصول للرازي (١٥٣/٤).

وقد ذكر الطوفي أن الإجماع السكوتي مقيد بما إذا قال بعض الأمة قولاً، وسكت الباقيون مع اشتهاً ذلك القول فيهم^(١).

وقال أيضاً: السكوتي: ما نطق به البعض، وسكت البعض^(٢).

أما في نفي العلم بالخلاف فيستقرى المجتهد أقوال الفقهاء فلم يجد بينهم مخالفاً، أو ينتشر القول بين الناس، ولم يُعلم فيه خلافاً لأحد من العلماء، فيحتمل وجود الخلاف، ويحتمل عدم وجوده.

قال صفي الدين الهندي: إنما يكون الإجماع السكوتي إجماعاً وحجة بأن بعضهم قال بالحكم، وسكت الباقيون مع العلم به، فلو كان ذلك الحكم خطأ، لحرّم عليهم السكوت عن الإنكار، فالسكوت إذن دليل الرضا. وهنا لم يكن حمل السكوت على الرضا؛ لاحتمال أن يكون ذلك لعدم العلم به^(٣).

ثانياً: أن مسألة نفي العلم بالخلاف تكون بأن ينتشر القول ويشتهر ويتكرر، وتتوالى عليه الأزمنة من غير إنكار.

أما الإجماع السكوتي فيكون بما إذا أفتى بعض أو عمل، وعرفوا ذلك وسكتوا ولم ينكروا، ولم يتكرر^(٤).

ثالثاً: فرّق القرافي بينها بأن في الإجماع السكوتي: الساكت حاضر.

أما في نفي العلم بالخلاف فالقائل لم يبلغنا أنه حضر أحد^(٥).

(١) ينظر: شرح مختصر الروضة (٧٨/٣).

(٢) ينظر: شرح مختصر الروضة (١٢٦/٣).

(٣) نهاية الوصول في دراية الأصول (٢٥٧٥/٦).

(٤) ينظر: شرح المعالم لابن التلمساني (١٢٢/٢).

(٥) ينظر: نفائس الأصول في شرح المحصول (٢٦٩٣/٦).

رابعاً: أن الإجماع السكوتي يشترط فيه انقراض العصر عند بعض القائلين بحجيته^(١).

قال القرافي: كثير ممن لم يعتبر انقراض العصر في القولى اعتبره في السكوتي^(٢).

ولذلك ذكر الرازي صورة الإجماع السكوتي بقوله: إذا قال بعض أهل العصر قولاً، وكان الباقيون حاضرين، لكنهم سكتوا وما أنكروه^(٣).

أما نفي العلم بالخلاف فلا يشترط فيه ذلك؛ لأنه مبني على انتشار القول، وعدم العلم باتفاق أهل الإجماع عليه، وعدم نقل الخلاف في ذلك عنهم في أي عصر كان، فهو أعم من الإجماع السكوتي في ذلك.

خامساً: أن القائلين بحجية الإجماع السكوتي أنفسهم اختلفوا في هذه المسألة، قال صفي الدين الأرموي: القائلون بأن الإجماع السكوتي إجماع وحجة اختلفوا فيما إذا قال بعض أهل العصر من أهل الحل والعقد قولاً، أو حكم بحكم، وانتشر ولم يُعرف له مخالف: هل يكون إجماعاً وحجة له أم لا؟^(٤).

(١) ينظر: البرهان (١/٧٠٥)، وقواطع الأدلة (٣/٢٨١)، والمسودة (٢/٦٤٩).

(٢) شرح تنقيح الفصول (ص ٢٩٩).

(٣) المحصول للرازي (٤/١٥٣).

(٤) نهاية الوصول في دراية الأصول (٦/٢٥٧٥).

المبحث الثاني

أقوال الأصوليين في ثبوت الإجماع بنفي العلم بالخلاف

وتطبيقاته الفقهية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أقوال الأصوليين في ثبوت الإجماع بنفي العلم بالخلاف.

المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية للمسألة.

المطلب الأول

أقوال الأصوليين في ثبوت الإجماع بنفي العلم بالخلاف

أولاً: تحرير محل النزاع في المسألة:

يتضح محل النزاع في المسألة من الأمور التالية:

أولاً: أن تُنقل صيغة نفي العلم بالخلاف مع عدم نقل الاتفاق في المسألة، وذلك بأن ينتشر القول، ولم يُعلم اتفاق أهل الإجماع عليه، ولم يُنقل عنهم في ذلك خلاف.

فأما إذا نُقل الاتفاق في المسألة فقد تحقق الإجماع فيها وخرجت عن محل النزاع^(١).

ثانياً: أن ينتشر القول ولا يخفى، ولذلك صَوَّرَ الباجي المسألة بأن يقول الصحابيُّ أو الإمام قولاً أو يحكم بحكم، ويظهر ذلك وينتشر انتشاراً لا يخفى مثله، ولم يُعلم له مخالف، ولم يُسمع له منكر^(٢).

ثالثاً: أن يكون الناقل لصيغة نفي العلم بالخلاف من أهل الاجتهاد والعلم بالإجماع ومواطن الخلاف، فالعامي لا يعتد بقوله في باب الإجماع، فمن باب أولى ألا يُعتد به في نفي الخلاف^(٣).

قال الماوردي: إن نَقَلَ الراوي أنهم أجمعوا على كذا، فقطع بإجماعهم عليه، قُبِلَ منه، وأُثْبِتَ الإجماعُ بقوله، سواء كان الراوي من أهل الاجتهاد، أو لم يكن.

فإن قال الراوي: لم أعرف بينهم اختلافاً فيه: فإن لم يكن من أهل الاجتهاد، ولا ممن أحاط علمه بالإجماع والاختلاف لم يثبت الإجماع بروايته.

(١) ينظر: الوصول إلى الأصول (١٢٧/٢).

(٢) ينظر: الإشارة في أصول الفقه (ص ٢٨٢).

(٣) ينظر: الفروق الأصولية في مباحث الإجماع والقياس (ص ١٠٦).

واختلف أصحابنا في ثبوته بها إن كان من أهل الاجتهاد والتقدم في العلم بالإجماع والاختلاف: فأثبت بعضهم الإجماعَ بها، وجعل نفي الاختلاف إثباتاً للإجماع. وامتنع آخرون من إثبات الإجماع بهذا النفي^(١).

ثانياً: أقوال الأصوليين في المسألة:

اختلف الأصوليون في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

إن نفي العلم بالخلاف لا يثبت به الإجماع ولا يُعد إجماعاً.

عزاه ابنُ حزم وابنُ القيم إلى الإمام الشافعي^(٢)، وهو منقول عن الإمام أحمد^(٣)، وإليه ذهب بعضُ الشافعية^(٤).

وهو قول الصيرفي^(٥)، والباقلاني^(٦)، وابن حزم^(٧)، وابن برهان^(٨)، وابن القيم^(٩)، وابن نجيم^(١٠).

(١) الحاوي الكبير (١١٧/١٦)، وأدب القاضي للماوردي (٤٨٦/١)، وتبعه الروياني على ذلك في بحر المذهب (١٣٣/١١).

(٢) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١٨٨/٤)، وإعلام الموقعين (٥٣/٢)، والصواعق المرسلّة (٥٧٩/٢).

(٣) ينظر: المسودة (٦١٨/٢)، وإعلام الموقعين (٥٣/٢).

(٤) ينظر: أدب القاضي للماوردي (٤٨٧/١)، وبحر المذهب للروياني (١٣٣/١١)، والبحر المحيط (٥١٨/٤).

(٥) ينظر: البحر المحيط (٥١٧/٤)، وإرشاد الفحول (٣٤٤/١)، ونزهة الخاطر العاطر (٣١٩/١).

(٦) ينظر: التقريب والإرشاد (٢٢٦/٣).

(٧) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١٧٥/٤)، ومراتب الإجماع (ص ٢٦).

(٨) ينظر: الوصول إلى الأصول (١٢٧/٢).

(٩) إعلام الموقعين (٥٣/٢).

(١٠) ينظر: النهر الفائق شرح كنز الدقائق (٢٩/١).

قال ابن حزم: وقد أدخل قومٌ في الإجماع ما ليس فيه ... وقومٌ عدوا ما لا يعرفون فيه خلافاً إجماعاً وإن لم يقطعوا على أنه لا خلاف فيه ... وكل هذه آراء فاسدة^(١).

وقال ابن نجيم: قولُ المجتهد (لا أعلم مخالفاً) ليس حكايةً للإجماع الذي يكون غيره محجوباً به^(٢).

القول الثاني:

إن نفي العلم بالخلاف يثبت به الإجماع ويُعد إجماعاً.

وهو منقول عن الإمام مالك^(٣)، وبه قال الباجي^(٤)، وابن عبد البر^(٥)، وابن القطان^(٦)، وابن التلمساني^(٧).

وإليه ذهب جمهور المالكية^(٨)، وبعض الشافعية^(٩).

قال الباجي: إذا قال الصحابيُّ أو الإمام قولاً أو حكم بحكم، وظهر ذلك وانتشر انتشاراً لا يخفى مثله، ولم يُعلم له مخالف، ولم يُسمع له مُنكر، فإنه إجماع وحجة قاطعة^(١٠).

-
- (١) مراتب الإجماع (ص ٢٦).
 - (٢) النهر الفائق شرح كنز الدقائق (٢٩/١).
 - (٣) قال ابن القصار في المقدمة (ص ١٠٤): يجوز عند مالك تخصيصُ الظاهر بقول الصحابي الواحد إذا لم يُعلم له مخالف وظهر قوله؛ لأن قوله يُلزم، فيجب التخصيص به؛ لأنه يجري مجرى الإجماع، جميع ذلك مذهبه في تخصيص الأبي.
 - (٤) ينظر: الإشارة في أصول الفقه (ص ٢٨٢).
 - (٥) ينظر: إجماعات ابن عبد البر في العبادات (٥٢/١).
 - (٦) ينظر: البحر المحيط (٥١٧/٤)، وإرشاد الفحول (٣٤٤/١)، ونزهة الخاطر العاطر (٣١٩/١).
 - (٧) ينظر: شرح المعالم (١٢٢/٢).
 - (٨) ينظر: الإشارة في أصول الفقه للباجي (ص ٢٨٢).
 - (٩) ينظر: أدب القاضي للماوردي (٤٨٦/١)، وبحر المذهب للرويانى (١٣٣/١١)، والبحر المحيط (٥١٨/٤).
 - (١٠) ينظر: الإشارة في أصول الفقه (ص ٢٨٢).

وخالف ابنُ تيمية في كونه إجماعاً قطعياً، ورأى أنه حجةٌ ظنية، يُحتج به ويقدم على ما هو دونه، ولا يقوى على معارضة النص القطعي، فقال: الإجماع نوعان: قطعي. فهذا لا سبيل إلى أن يُعلم إجماع قطعي على خلاف النص.

وأما الظني فهو الإجماع الإقراري والاستقرائي: بأن يستقرئ أقوالَ العلماء فلا يجد في ذلك خلافاً، أو يشتهر القول في القرآن ولا يعلم أحداً أنكره، فهذا الإجماع وإن جاز الاحتجاج به فلا يجوز أن تُدفع النصوصُ المعلومةُ به؛ لأن هذا حجة ظنية لا يجزم الإنسان بصحتها؛ فإنه لا يجزم بانتفاء المخالف، وحيث قطع بانتفاء المخالف فالإجماع قطعي.

وأما إذا كان يظن عدمه ولا يقطع به فهو حجة ظنية، والظني لا يُدفع به النصُّ المعلوم، لكن يُحتج به ويُقدم على ما هو دونه بالظن، ويُقدم عليه الظنُّ الذي هو أقوى منه، فمتى كان ظنُّه لدلالة النص أقوى من ظنه بثبوت الإجماع قدم دلالة النص، ومتى كان ظنه للإجماع أقوى قدم هذا^(١).

القول الثالث:

إن الحكم الذي لم يُعرف له مخالف: إن كان فيما تعم به البلوى فهو إجماع وحجة، وإلا فلا. وهو قول صفي الدين الهندي^(٢).

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٦٧/١٩).

(٢) ينظر: نهاية الوصول في دراية الأصول (٢٥٧٥/٦).

ثالثاً: أدلة الأقوال في المسألة:

أدلة القول الأول: القائل بأن نفي العلم بالخلاف لا يُعد إجماعاً.

الدليل الأول: قول الله تعالى: {وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ (١١٨) إِلَّا مَنْ رَجِمَ رَبُّكَ وَلِذَلِكَ خَلَقَهُمْ} (١).

وجه الدلالة: أن الله تعالى قضى بأن الأصل من الناس وجود الاختلاف في آرائهم، فلا يجوز الانتقال عنه إلا بدليل، وبذلك يكون عدم العلم بالخلاف لا ينفى وجوده (٢).

ونوقش الاستدلال بالآية بأنهم حملوا الآية على الاختلاف في الأديان والآراء، مع جواز حملها على الاختلاف في الألوان والألسنة والأرزاق والأعمال.

وأجيب عنه بأن حمل الآية على الاختلاف في الأديان والآراء؛ لقرينة مرجحة في نفس الآية، في قوله تعالى: {وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ النَّاسَ أُمَّةً وَاحِدَةً} وهي حمل الآية على الاختلاف الذي يخرجهم من أن يكونوا أمة واحدة، وليس ذلك إلا ما قلنا (٣).

الدليل الثاني: أن نفي العلم بالخلاف يفيد الظن (٤)، وقد ثبت إجماع المسلمين على أنه لا يحل لأحد أن يقطع بظنه ما لا يقين فيه، ووردت الأدلة الدالة على النهي عن القطع بالظن (٥)، ومنها قول الله تعالى: {إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا} (٦).

(١) سورة هود.

(٢) ينظر: قواعد أصول الفقه وتطبيقاتها (٧٤١/٢)، والفروق الأصولية في مباحث الإجماع والقياس (ص ١٠٨).

(٣) ينظر: مفاتيح الغيب للرازي (٧٩/١٨)، والفروق الأصولية في مباحث الإجماع والقياس (ص ١٠٨).

(٤) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٦٨/١٩).

(٥) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١٨٤/٤).

(٦) جزء من الآية (٢٨) من سورة النجم.

وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «إياكم والظن؛ فإن الظن أكذب الحديث»^(١).
فصح بنص كلام الله تعالى وكلام رسوله صلى الله عليه وسلم أن الظن غير
الحق، وإذا كان غير الحق فهو باطل، فإثبات الإجماع بنفي العلم بالخلاف ظن
وليس بيقين^(٢).

الدليل الثالث: أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا عشرات ألوف، ومن روى
عن النبي صلى الله عليه وسلم منهم الفتيا في مسألة واحدة فأكثر: مائة وثلاثة
وخمسين، بين رجل وامرأة، ومن المستحيل أن سائر الصحابة لم يُفتَ قط في أي
مسألة، فقد يفتي أحدهم وتغيب فتواه على من بعده من العلماء.

ثم انقضى عصر الصحابة وأتى عصر التابعين فملؤوا الأرض، وليس في
الأرض قرية كبيرة إلى وفيها من يفتي، ولا فيها مدينة إلا وفيها مفتون، فمن الذي
يدعي إحصاء أقوال كل مفتٍ في جميع هذه البلاد منذ أفتوا إلى أن ماتوا؟ فبطل
دعوى الإجماع هنا^(٣).

الدليل الرابع: أن القول لو انتشر، فمن الممكن أن يخالفه بعض العلماء،
وحينئذ لم يثبت الإجماع حقيقةً، فلعلهم خالفوا ولم يُنقل الخلاف أو اندرس، وحقُّ
الإجماع أن يكون قطعياً، ولا قطع مع الاحتمال^(٤).

ونوقش هذا الدليل بأن هذا الاحتمال لا وجود له مع انتشار القول وتكراره
وتوالي الأزمنة عليه^(٥).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع
(٣٧٣/٣) رقم (٥١٤٣)، ومسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظن والتجسس
والتنافس والتناجش ونحوها (١٩٨٥/٤) رقم (٢٥٦٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) ينظر: الفروق الأصولية في مباحث الإجماع والقياس (ص ١٠٩).

(٣) ينظر: الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١٧٦/٤ - ١٧٨).

(٤) ينظر: الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١٨٣/٤)، والوصول إلى الأصول (١٢٨/٢).

(٥) ينظر: شرح المعالم لابن التلمساني (١٢٢/٢).

كما نوقش بأنه لا دليل على وجود المخالف أصلاً، فمن أين قطعتم بوجود الخلاف وإن لم يبلغكم؟

وأجيب عن ذلك بأن الأصل من الناس وجود الاختلاف في آرائهم؛ وذلك لاختلاف طبائعهم وأغراضهم^(١).

الدليل الخامس: أن القول بثبوت الإجماع مع إمكان وجود المخالف في المسألة قولٌ يخالف الإجماع؛ لأنه لم يُنقل عن صحابي أو تابعي القطع بدعوى الإجماع في هذه الحال^(٢).

أدلة القول الثاني: القائل بأن نفي العلم بالخلاف يُعد إجماعاً.

الدليل الأول: أن القول إذا شاع وانتشر وذاع، فلو لم يكن الإجماع منعقداً عليه لنقل الخلاف في ذلك؛ لأن همم الناس جميعاً متفاوتة وآراؤهم في المسائل مختلفة، فلو كان هناك خلاف لنقل.

ونوقش هذا الدليل بأن الهمم دائماً متوفرة على نقل فتاوى العلماء في أفراد المسائل، فلم ينعقد الإجماع^(٣).

الدليل الثاني: أن القول إذا انتشر في الناس، ولم يُحفظ عن أحد من العلماء إنكار ذلك القول، فحينئذ نقول: إنه إجماع؛ لأنه لا يجوز أن يسمع العدد الكثير والجم الغفير الذي لا يصح عليهم التواطؤ قولاً يعتقدون خطأه وبطلانه ثم يُمسك جميعهم عن إنكاره وإظهار خلافه، بل أكثرهم يسرع إلى ذلك ويسابق إليه. فإذا ظهر قول وانتشر، وبلغ أقاصي الأرض، ولم يُعلم له مخالف، علم أن ذلك السكوت رضى منهم به وإقرار عليه لما جرت به العادة.

(١) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١٨٣/٤).

(٢) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١٨٤/٤).

(٣) ينظر: الوصول إلى الأصول (١٢٨/٢).

ولو لم يصح أنه إجماع ولا ثبتت به حجة إلا بعد أن يروى الاتفاق على حكم الحادثة عن كل واحد من أهل العلم في عصر الإجماع لبطل الإجماع وبطل الاحتجاج به؛ لاستحالة وجود ذلك في مسألة من مسائل الأصول أو الفروع كما لا نعلم اليوم اتفاق علماء عصرنا في جميع الآفاق على حكم حادثة من الحوادث، بل أكثر العلماء لا نعلم بوجودهم في العالم^(١).

ومثال ذلك ما نقوله عن أصحاب مذهب الشافعي، وأصحاب مذهب مالك، وأصحاب مذهب أبي حنيفة، وإن لم يُرَو لنا ذلك عن واحد منهم، وكما نقول أيضاً في أهل البلاد التي غلبت عليها الشُّبُه والروافض والاعتزال ومذهب الخوارج وإن لم يُرَو لنا ذلك عن كل واحد من أهلها.

ونوقش هذا الدليل من وجهين: الأول: أن حدَّ الإجماع: اتفاق أهل الحل والعقد ... ولا دليل على وجود الاتفاق هنا؛ لأن الاتفاق فرع العلم، والعلم فرع على اتصال الواقعة بأهل الإجماع، والاتصال غير معلوم^(٢).

الوجه الثاني: أنه لا دليل على انتشار القول، فمن أين علمتم بانتشار ذلك القول؟ ومن أين قطعتم بأنه لم يبق أحدٌ إلا عِلِمَه، ولا يفتي في شرق الأرض ولا غربها عالم إلا وقد بلغه ذلك القول؟

ولو سلمنا أنهم جميعاً علموا ذلك القول، فمن أين قطعتم أنهم رضوه ولم ينكروه؟ فقد يعلموا ما ينكرونه، لكنهم يسكتون عن إنكاره لأمرٍ ما^(٣).

(١) ينظر: الإشارة في أصول الفقه (ص ٢٨٣).

(٢) ينظر: الوصول إلى الأصول (١٢٧/٢).

(٣) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٤/١٧٩ - ١٨٠)، وبذل النظر في الأصول (ص ٥٦٨).

ومن ذلك أن عبد الله بن عباس خالف عمر بن الخطاب في مسألة العول^(١)، فلما قيل له: ما منعك يا ابن عباس أن تشير عليه بهذا الرأي؟ قال: هيبته^(٢). فابن عباس أخبر أنه منعه الهيبة من الإنكار على عمر فيما يقطع هو أنه الحق، ويدعو فيه إلى المباهلة^(٣).

(١) العول في اللغة: مصدر عال يعول، وله عدة معانٍ، منها: الميل في الحكم إلى الجور، ومنها النقصان، ومنها الاشتداد والتفاقم، ومنه قولهم: عال في الميزان، أي مال وارتفع. فالفريضة إذا عالت فهي تميل على أهل الفريضة جميعاً فتقصم، يقال: عالت الفريضة عولاً: ارتفع حسابها وزادت سهامها، فنقصت الأنصبا.

ينظر: لسان العرب، مادة (عول) (٣١٧٤/٤)، والكلبيات للكفوي، فصل العين (ص ٥٤٢). وفي الاصطلاح: أن يجاوز سهام الميراث سهام المال.

أي: زيادة السهام على الفريضة، فتعول المسألة إلى سهام الفريضة، فيدخل النقصان على أهل الفرائض بقدر حصصهم.

ينظر: طلبية الطلبة (ص ٣٣٨)، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٥٥٧/٢).

(٢) أخرج البيهقي في سننه، كتاب الفرائض، باب العول في الفرائض (٤١٤/٦) رقم (١٢٤٥٧) عن عتبة بن مسعود قال: دخلت أنا وزفر بن أوس بن الحدثان على ابن عباس بعدما ذهب بصره، فتذاكرنا فرائض الميراث، فقال: ترون الذي أحصى رمل عالج عدداً، لم يحص في مال نصفاً ونصفاً وثلاثاً، إذا ذهب نصف ونصف، فأين موضع الثلث؟ فقال له زفر: يا ابن عباس، من أول من أعال الفرائض؟ قال: عمر بن الخطاب رضي الله عنه. قال: ولم؟ قال: لما تدافعت عليه، وركب بعضها بعضاً، قال: والله ما أدري كيف أصنع بكم، والله ما أدري أيكم قدم الله، ولا أيكم أحر؟ قال: وما أجد في هذا المال شيئاً أحسن من أن أقسمه عليكم بالحصص.

ثم قال ابن عباس: وأيم الله، لو قدم من قدم الله، وأحر من أحر الله، ما عالت فريضة. فقال له زفر: وأيهم قدم، وأيهم أحر؟ فقال: كل فريضة لا تزول إلا إلى فريضة، فتلك التي قدم الله، وتلك فريضة الزوج له النصف، فإن زال فإلى الربع، لا ينقص منه، والمرأة لها الربع، فإن زالت عنه صارت إلى الثمن، لا تنقص منه، والأخوات لهن الثلثان، والواحدة لها النصف، فإن دخل عليهن البنات كان لهن ما بقي، فهؤلاء الذين أحر الله، فلو أعطى من قدم الله فريضة كاملة، ثم قسم ما يبقى بين من أحر الله بالحصص ما عالت فريضة.

فقال له زفر: فما منعك أن تشير بهذا الرأي على عمر؟ فقال: هيبته والله.

قال ابن إسحاق: فقال لي الزهري: وأيم الله، لولا أنه تقدمه إمام هدى كان أمره على الورع ما اختلف على ابن عباس اثنان من أهل العلم.

وأخرجه الحاكم في مستدرکه، كتاب الفرائض، باب أول من أعال الفرائض عمر (٣٤٠/٤)، وقال: صحيح على شرط مسلم. وأقره الذهبي.

(٣) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١٨٢/٤).

دليل القول الثالث:

أنه إذا قال بعضُ أهل العصر من أهل الحل والعقد قولاً، أو حكم بحكم، وانتشر ولم يعرف له مخالف فإنه حجة إذا كان فيما تعم به البلوى؛ لأن الانتشار مع عموم البلوى به يقتضي علمَ الجميع بذلك الحكم، فيكون كالكسوت مع العلم، وإلا فلا؛ لاحتمال الذهول عنه^(١).

القول الرابع:

من خلال ما سبق يتضح أن الراجح هو القول الأول، وهو أن نفي العلم بالخلاف في المسألة لا يُثبت انعقاد الإجماع فيها؛ وذلك لأن عدم العلم بالخلاف لا يدل على عدم وجوده.

قال النووي عن قال (لا أعرف فيه خلافاً): لا يلزم من عدم معرفته عدم الخلاف^(٢).

وقال ابنُ تيمية: إن عدم العلم ليس علماً بالعدم، لاسيما في أقوال علماء أمة محمد صلى الله عليه وسلم التي لا يُحصيها إلا رب العالمين^(٣).

وذلك لأن الإجماع الصحيح هو ما حصل اليقين بعدم الخلاف فيه، وذلك بنقله نقلاً صحيحاً، قال ابن حزم: صفةُ الإجماع هو ما تُثَبِّتُ أنه لا خلاف فيه بين أحد من علماء الإسلام، ونعلم ذلك من حيث علمنا الأخبار التي لا يتخالج فيها شك^(٤).

ولهذا أنكر الإمامُ أحمد على مَنْ يُقدِّمون عدمَ العلم بالخلاف على النص، فقد ذكر ابنُ القيم أصولَ الإمام التي كان يعتمد عليها في الاستنباط، فقال: ولم يكن يقدم على الحديث الصحيح عملاً ولا قولاً ولا رأياً ولا قياساً، ولا قولَ صاحب، ولا

(١) ينظر: نهاية الوصول في دراية الأصول (٢٥٧٥/٦).

(٢) المجموع شرح المذهب (٤٠٥/٢).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٧١/١٩).

(٤) مراتب الإجماع (ص٢٨).

عدم علمه بالمخالف الذي يسميه كثيرٌ من الناس إجماعاً، ويقدمونه على الحديث الصحيح، وقد كذَّب أحمدٌ من ادعى هذا الإجماع، ولم يُسغِ تقديمه على الحديث الثابت... ونصوصُ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أجلُّ عند الإمام أحمد وسائر أئمة الحديث من أن يقدموا عليها ما تُؤمَّم إجماعاً مضمونُه عدمُ العلم بالمخالف، ولو ساغ لتعطلت النصوص، وساغ لكل من لم يعلم مخالفاً في حكم مسألة أن يقدم جهله بالمخالف على النصوص. فهذا هو الذي أنكره الإمام أحمد والشافعي من دعوى الإجماع، لا ما يظنه بعضُ الناس أنه استبعادٌ لوجوده^(١).

وإذا كان الراجح ما سبق، فما ورد في كتب الفقهاء من قولهم: (لا أعلم فيه خلافاً) ونحوه فمردهُ إلى عدم علم الناقل بوجود الخلاف في المسألة، وليس فيه دلالة على انعقاد الإجماع.

قال ابن حزم: مَنْ قال: لا أعلم خلافاً، فقد صدق عن نفسه، ولا ملامة عليه^(٢).

وبهذا رفع ابنُ تيمية الملامَ عن الفقهاء في ذلك فقال: أهلُ العلم والدين لا يعانِدون، ولكن قد يعتقدُ أحدُهم إجماعاً ما ليس بإجماع؛ لكون الخلاف لم يبلغه، وقد يكون هناك إجماع لم يعلمه، فهم في الاستدلال بذلك كما هم في الاستدلال بالنصوص، تارة يكون هناك نصٌّ لم يبلغ أحدُهم، وتارة يعتقدُ أحدُهم وجود نص، ويكون ضعيفاً أو منسوخاً^(٣).

وقال الإمام أحمد: وقد ادعى الإجماعُ في مسائل الفقه غيرَ واحد، من مالك، ومحمد بن الحسن، والشافعي، وأبي عبيد^(٤)، في مسائل، وفيها خلاف لم يطلَّعه^(٥).

(١) إعلام الموقعين (٥٣/٢).

(٢) الإحكام في أصول الأحكام (١٧٨/٤).

(٣) نقد مراتب الإجماع (ص ٢٨٦).

(٤) هو القاسم بن سلام الهروي الأزدي الخزاعي، بالولاء، الخراساني البغدادي، أبو عبيد، اللغوي الفقيه، من كبار العلماء بالحديث والأدب والفقه، من أهل هراة، ولد وتعلم بها، ورحل إلى بغداد، وإلى مصر، من مصنفاته: (الغريب المصنف في غريب الحديث)، توفي سنة (٢٢٤هـ).

ينظر: تنكرة الحفاظ (٥/٢)، وطبقات النحويين واللغويين (ص ١٩٩).

(٥) ينظر: المسودة (٦١٨/٢)، والإجماع لابن المنذر (ص ٢٢).

المطلب الثاني التطبيقات الفقهية للمسألة

يترتب على هذه المسألة كثير من الفروع الفقهية، وهي فروع حُكي فيها عدم العلم بالخلاف، وعند التحقيق نجد أن المسألة قد ثبت فيها الخلاف.

وهذا من باب الاعتراض على الإجماع في المسائل التي ادُعي فيها الإجماعُ بنفي العلم بالخلاف، وذلك بأن يقوم المعترض على الإجماع بنقل الخلاف عن بعض المجتهدين، فيكون ذلك دليلاً على بطلان الاستدلال بالإجماع فيها؛ لعدم ثبوته.

وهذا ما يتم بحثه في الفروع الفقهية الآتية:

- ١- دخول المرفقين في غسل اليدين في الوضوء.
- ٢- المسح على اللفائف في الوضوء.
- ٣- الترتيب بين أعضاء الوضوء.
- ٤- أقل الطهر بين الحيضتين.
- ٥- نصاب الزكاة في البقر.
- ٦- الإهلال بالحج.
- ٧- بيع المسلم فيه قبل قبضه.
- ٨- عدة المطلقة التي ارتفع حيضها، ولا تعلم سبب رفعه، ولم تصل سنَّ اليأس.
- ٩- رد اليمين على المدعي إذا نكل المدعى عليه عن اليمين.

الفرع الأول

دخول المرفقين في غسل اليدين في الوضوء

المِرْفَقُ: مفصل الساعد والعضد، وهو آخر عظم الذراع المتصل بالعضد؛
وسمي بذلك لأن المتكئ يرتفق به إذا أخذ براحته رأسه متكئاً على ذراعه^(١).

أولاً: نكر من نفي الخلاف في المسألة:

نفي الإمام الشافعي وجود خلاف في المسألة، فقال: لم أعلم مخالفاً في أن المرافق مما يُغسل ... ولا يجزي في غسل اليدين أبداً إلا أن يُؤتى على ما بين أطراف الأصابع إلى أن تُغسل المرافق^(٢).

ونقل ابن حزم الاتفاق، فقال: اتفقوا أن غسل الذراعين إلى مشدّ المرفقين فرض في الوضوء، واتفقوا على أنه إن غسلهما وغسل مرفقيه، وخلل أصابعه بالماء وما تحت الخاتم، فقد تم ما عليه في الذراعين^(٣).

وممن صرح بالإجماع في المسألة:

الماوردي، فقد قال: الدليل عليه من طريق السنة: ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: «كان إذا غسل ذراعيه أدار يديه على مرفقيه»^(٤) فدل على أن إيجاب غسلهما ما لا يعرف فيه خلاف قبل زفر، فكان زفر محجوجاً بإجماع من تقدمه^(٥).

(١) ينظر: المجموع للنووي (٤١٩/١)، وشرح مختصر خليل للخرشي (١٢٣/١).

(٢) الأم (٥٦/١).

(٣) مراتب الإجماع (ص ٣٨).

(٤) أخرجه الدار قطني في سننه، كتاب الطهارة، باب وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم (١٤٢/١) رقم (٢٧٢)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الطهارة، باب التكرار في غسل اليدين (٩٣/١) رقم (٢٥٦)، وقال الحافظ في التلخيص (٩٤/١): قد صرح بضعف هذا الحديث ابن الجوزي، والمنذري، وابن الصلاح، والنووي، وغيرهم، ويغني عنه ما رواه مسلم (٢٤٦) من حديث أبي هريرة: «أنه توضأ حتى أشرع في العضد، ثم قال: هكذا رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - توضأ».

(٥) الحاوي الكبير (١١٣/١).

والشيخ زكريا الأنصاري، حيث قال: دلَّ على دخول المرافق في الغسل:
الإجماع، كما استدل به الشافعي في الأم^(١).

وقال أيضاً: دل على دخولها الآية، والإجماع، وفعله - صلى الله عليه وسلم
- المبين للوضوء المأمور به^(٢).

وابنُ حجر الهيتمي، حيث قال: دلَّ على دخولهما الاتباع والإجماع^(٣).
والحطّاب، حيث قال: هذه هي الفريضة الثانية، وهي غسل اليدين مع المرفقين،
وهي ثابتة أيضاً بالكتاب والسنة والإجماع^(٤).

وابن نجيم، حيث قال: أما غسل المرافق والكعبين ففرضيته بالإجماع^(٥).

ثانياً: التحقيق في وجود الإجماع في المسألة من عدمه:

بتحقيق المسألة نجد أن الفقهاء قد اتفقوا على أن غسل اليدين والذراعين من
فروض الوضوء^(٦).

واختلفوا في وجوب إدخال المرفقين على قولين:

القول الأول: يجب إدخال المرفقين في غسل اليدين في الوضوء.

(١) الغرر البهية في شرح البهجة الوردية (٩٠/١).

(٢) أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣٢/١).

(٣) تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٢٠٧/١).

(٤) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (١٩١/١).

(٥) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١/١).

(٦) ينظر: جامع البيان في تأويل القرآن للطبري (٤٦/١٠)، والجامع لمسائل المدونة (٢٤/١)، وبداية

المجتهد (٣٠/١).

وهو قول الأئمة: أبي حنيفة^(١)، ومالك^(٢)، والشافعي^(٣)، وأحمد^(٤)، وقول جمهور الفقهاء^(٥)، ومذهب الحنفية^(٦)، والشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨)، والمشهور عند المالكية^(٩).

القول الثاني: لا يجب إدخال المرفقين في غسل اليدين في الوضوء.

وهو قول زفر^(١٠)، ورواية عن الإمام مالك^(١١)، وأحمد^(١٢).

وبه قال أبو بكر بن داود^(١٣)، والطبري^(١٤)، وابن حزم^(١٥)، وبعض المتأخرين

من أصحاب مالك^(١٦).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٤/١)، والمحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٥/١)، والبنية شرح الهداية (١٦٢/١).

(٢) ينظر: النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات (٣٤/١)، وعيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار (٢٥٥/١)، وبداية المجتهد (٣٠/١).

(٣) ينظر: الأم (٥٦/١).

(٤) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٥٧/١).

(٥) ينظر: بداية المجتهد (٣٠/١)، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (١٩/١).

(٦) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٣/٤٤٤)، وبدائع الصنائع (٤/١)، والهداية شرح بداية المبتدي (٩٥/١).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (١١٢/١)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (١٢٠/١)، والمجموع للنووي (٤١٩/١).

(٨) ينظر: المغني (١٧٢/١)، والفروع لابن مفلح (١٧٨/١).

(٩) ينظر: القوانين الفقهية (ص ٢١)، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل (١٩١/١).

(١٠) ينظر: المبسوط للسرخسي (٦/١)، وتحفة الفقهاء (٩/١)، والاختيار لتعليق المختار (٧/١)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٣/١).

(١١) ينظر: الجامع لمسائل المدونة (٢٤/١)، والمقدمات الممهدة (٧٦/١).

(١٢) ينظر: المبدع في شرح المقنع (١٠٤/١)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٥٧/١).

(١٣) ينظر: المجموع للنووي (٤١٩/١)، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (١٤٥/١).

وأبو بكر بن داود: هو محمد بن داود بن علي بن خلف، كان فقيهاً له بصيرة تام بالحديث وأقوال الصحابة، وكان يجتهد ولا يقلد، ولما توفي أبوه جلس هو في حلقة وتصدر للفتيا، من مصنفاته: (كتاب الوصول إلى معرفة الأصول) توفي سنة (٢٩٧هـ).

ينظر: سير أعلام النبلاء (١٠٩/١٣)، والأعلام للزركلي (١٢٠/٦).

(١٤) ينظر: جامع البيان في تأويل القرآن للطبري (٤٧/١٠).

(١٥) ينظر: المحلى بالآثار (٥١/٢).

(١٦) ينظر: بداية المجتهد (٣٠/١).

ومما سبق من الخلاف في المسألة يتضح أنه لم يتحقق انعقاد الإجماع فيها يقيناً؛ لثبوت الخلاف.

وممن نقد الإجماع هنا: ابنُ تيمية فقد نقد الاتفاق - الذي ذكره ابن حزم - بخلاف زفر، وداود الظاهري، وبعض المالكية^(١).

وابنُ حزم نفسه - الذي نقل اتفاق الفقهاء على وجوب غسل المرفقين في الوضوء - لم يعتبر بهذا الاتفاق ولم يأخذ به، وذهب إلى عدم وجوب غسلهما كما سبق.

ورد ابنُ عابدين دعوى الإجماع في هذه المسألة فقال فيها: قولُ المجتهد: (لا أعلم مخالفاً) لا يكون حكاية للإجماع الذي يكون غيره محجوجاً به^(٢).

وقد حاول الحافظُ ابن حجر الدفاع عن الإجماع في هذه المسألة، فنقل قولَ الإمام الشافعي، ثم قال بعده: فعلى هذا فزفر محجوجٌ بالإجماع قبله، وكذا من قال ذلك من أهل الظاهر بعده، ولم يثبت ذلك عن مالكٍ صريحاً^(٣).

لكن يمكن الجواب عليه من ثلاثة أوجه:

الأول: أن الخلاف منقولٌ عن زفر بن الهذيل، وهو متوفى سنة (١٥٨هـ) رحمه الله، فهو سابقٌ للشافعي بكثير، وعدم علم الشافعي بخلاف زفر لا يعني عدمه.

الثاني: أن الخلاف منقولٌ عن أحمد أيضاً، وهو من معاصري الشافعي، فلم يثبت الإجماع^(٤).

(١) ينظر: نقد مراتب الإجماع (ص ٢٨٨).

(٢) منحة الخالق، مطبوع مع البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١٣/١).

(٣) ينظر: فتح الباري (١/٢٩٢).

(٤) ينظر: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي (١/٢٥٦).

الثالث: أن الرواية الثانية عن مالك أثبتها المالكية، قال القرطبي: الروايتان مرويتان عن مالك^(١).

وعلى هذا فالخلاف في المسألة ثابت قبل الشافعي وبعده، وفي عصره أيضاً.

الفرع الثاني

المسح على اللفائف في الوضوء

اللفافة: هي ما يُلَفُّ من خِرْقٍ ونحوها على الرَّجُل وغيرها^(٢).

أولاً: ذِكر مَنْ نفى الخلاف في المسألة:

نفى ابنُ قدامة وجود الخلاف في منع المسح على اللفائف، فقال: لا يجوز المسح على اللفائف والخِرَق ... ولا نعلم في هذا خلافاً^(٣).

وكذلك نفاه ابنُ يونس^(٤) من المالكية، فقال: لا يجزئ المسح على الخِرَق إذا لَفَّ بها رجليه، ولا خلاف في ذلك^(٥).

ثانياً: التحقيق في وجود الإجماع في المسألة من عدمه:

بتحقيق المسألة نجد أنها محل خلاف بين الفقهاء قبل عصر مَنْ نفى وجود

الخلاف وبعده، وقد وقع الخلاف فيها على قولين:

(١) الجامع لأحكام القرآن (٣٣٣/٧).

(٢) ينظر: الصحاح للجوهري، مادة (لفف) (١٤٢٧/٤)، والمصباح المنير، مادة (ل ف ف) (٥٥٥/٢)، وشرح منتهى الإرادات (٦٢/١).

(٣) ينظر: المغني (٣٧٦/١).

(٤) هو محمد بن عبد الله بن يونس، المكنى بأبي بكر، والمعروف بالصقلي، من أئمة الفقهاء المالكية، برع في العلوم، واشتهر بمعرفة الفرائض والحساب، من مصنفاته (الجامع لمسائل لمدونة) وهو عمدة في بابها لمن جاء بعده، توفي عام (٤٥١هـ).

ينظر: ترتيب المدارك (١١٤/٨)، وشجرة النور الزكية (١١١/١).

(٥) ينظر: الجامع لمسائل المدونة (٣٠٤/١).

القول الأول: لا يجوز المسح على اللفائف. وهو مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، وأكثر الحنابلة^(٤).

القول الثاني: يجوز المسح على اللفائف. وهو رواية عن الإمام أحمد^(٥)، ووجهه عند الحنابلة^(٦)، وبه قال ابن تيمية^(٧).

ومن هنا فدعوى الإجماع في المسألة مردودة؛ لوجود الخلاف، ومما يؤكد ذلك أن ابن قدامة نفسه - وهو من نفي الخلاف في المغني - قد أكد رواية جواز المسح في (الزوائد على مختصر الخزي) فقال: ولا يجوز المسح إلا على ما يثبت بنفسه، كاللفائف ونحوها^(٨).

وردَّ ابن تيمية دعوى وجود إجماع في المسألة، فقال: من ادَّعى في شيء من ذلك إجماعاً فليس معه إلا عدم العلم، ولا يمكنه أن ينقل المنع عن عشرة من العلماء المشهورين، فضلاً عن الإجماع.

والنزاع في ذلك معروفٌ في مذهب أحمد وغيره؛ وذلك أن أصل المسح على الخفين خفي على كثير من السلف والخلف، حتى إن طائفة من الصحابة أنكروه، وطائفة من فقهاء أهل المدينة وأهل البيت أنكروه مطلقاً ...

(١) ينظر: المبسوط (١٠٢/١)، وبدائع الصنائع (١٠/١).

(٢) ينظر: الذخيرة (٣٣٢/١)، والتاج والإكليل مطبوع بهامش مواهب الجليل (٣١٩/١).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير للماوردي (٣٦٥/١)، وفتح العزيز بشرح الوجيز (٣٧٣/٢)، وروضة الطالبين (١٢٦/١).

(٤) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٧٢/١)، والفروع (١٩٨/١)، والمبدع في شرح المقنع (١٢٢/١)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٨٢/١).

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى (١٨٥/٢١)، والمبدع في شرح المقنع (١٢٢/١).

(٦) ينظر: شرح الزركشي على مختصر الخزي (٣٩٥/١)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٨٢/١).

(٧) ينظر: مجموع الفتاوى (١٨٥/٢١).

(٨) عمدة الحازم في الزوائد على مختصر أبي القاسم (ص ٤٩).

والذين جَوَّزوه منع كثير منهم من المسح على الجرموقين الملبوسين على الخفين. والثلاثة منعوا المسح على الجوربين وعلى العمامة.

فعلم أن هذا الباب مما هابه كثير من السلف والخلف؛ حيث كان الغسل هو الفرض الظاهر المعلوم، فصاروا يجوزون المسح حيث يظهر ظهوراً لا حيلة فيه، ولا يطردون فيه قياساً صحيحاً، ولا يتمسكون بظاهر النص المبيح، وإلا فَمَنْ تدبر ألقاظَ الرسول صلى الله عليه وسلم وأعطى القياسَ حقه علم أن الرخصة منه في هذا الباب واسعة، وأن ذلك من محاسن الشريعة، ومن الحنيفية السمحة التي بُعث بها.

وقد كانت أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم تمسح على خمارها، فهل تفعل ذلك بدون إذنِه؟ وكان أبو موسى الأشعري وأنس بن مالك يمسحان على القلانس؛ ولهذا جوز أحمد هذا، وهذا في إحدى الروايتين عنه^(١).

(١) مجموع الفتاوى (٢١/١٨٥).

الفرع الثالث

الترتيب بين أعضاء الوضوء

ذكر الله تعالى أعضاء الوضوء في قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ} (١) فهل الترتيب المذكور في الآية يجب الالتزام به في الوضوء أم لا؟ وهل في المسألة إجماع؟ هذا ما يتم بحثه في هذه المسألة.

أولاً: ذكر من نفى الخلاف في المسألة:

ذهب الجصاص إلى أن الترتيب بين أعضاء الوضوء ليس فرضاً، واستدل على ذلك بقول علي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود، وأبي هريرة رضي الله عنهم: ما أبالي إذا أتممت وضوئي بأي أعضائي بدأت (٢).

ثم قال: ولا نعلم عن أحد من السلف خلافه، فصار إجماعاً (٣).

ثانياً: التحقيق في وجود الإجماع في المسألة من عدمه:

بتحقق المسألة نجد أنها محل خلاف بين الفقهاء، وقد اختلفوا فيها على قولين:

القول الأول: أن الترتيب بين أعضاء الوضوء فرض من فرائض الوضوء، لا

يصح الوضوء إلا به. وهو قول عثمان بن عفان، وابن عباس، وقتادة (٤)، وبه قال

(١) جزء من الآية رقم (٦) من سورة المائدة.

(٢) أخرجه عن علي: ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٧٠/١) رقم (٤٢١)، والدارقطني في سننه، كتاب الطهارة، باب ما روي في جواز تقديم غسل اليد اليسرى على اليمنى (١٥٣/١) رقم (٢٩٣)، والبيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب الطهارة، باب تقديم الوضوء (٣١٥/١) رقم (٧٥٢) وقال: هذا منقطع.

(٣) شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٣٣٣/١).

(٤) ينظر: بحر المذهب للرويانى (١١١/١)، والمجموع شرح المذهب (٤٧١/١).

الإمام الشافعي^(١)، وأحمد^(٢)، وهو مذهب الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، وحكاة النووي عن جمهور الفقهاء^(٥).

القول الثاني: أن الترتيب ليس فرضاً، وإنما هو سنة. وهو قول سعيد بن المسيب، وعطاء، والحسن، والنخعي، وإليه ذهب الأوزاعي، والثوري^(٦)، وأبو حنيفة^(٧)، ومالك^(٨)، ورواية عن أحمد^(٩)، وهو مذهب الحنفية^(١٠)، وحكاة المتأخرون من أصحاب مالك عن المذهب^(١١).

ومما سبق من الخلاف في المسألة نعلم أن الإجماع لم يتحقق فيها بنفي العلم بالخلاف، وأنها محل خلاف بين الفقهاء.

وقد أنكر الفقهاء حكاية الإجماع التي ذكرها الجصاص، وممن أنكرها:

الماوردي، حيث قال: قالوا: ولأنه إجماع الصحابة، روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: (ما أبالي بأي أعضائي بدأت). وروي عن ابن

(١) ينظر: الأم (٦٥/٢).

(٢) ينظر: مسائل أحمد بن حنبل برواية ابنه عبد الله (ص ٢٦)، والمغني (١٨٩/١).

(٣) ينظر: النكت في المختلف في الخلاف بين الشافعية والحنفية (٧٨/١)، والحاوي الكبير (١٣٨/١)، والتعليقة للقاضي حسين (٢٩١/١)، والمجموع (٤٦٩/١).

(٤) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٦٧/١)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٣٨/١)، وشرح منتهى الإرادات (٩٩/١).

(٥) ينظر: المجموع (٤٧٢/١).

(٦) ينظر: المغني (١٩٠/١)، واللباب في الجمع بين السنة والكتاب (١٠٨/١).

(٧) ينظر: الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة (ص ٢١).

(٨) ينظر: المدونة (١٢٣/١).

(٩) ينظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٧٢/١)، والمغني (١٩٠/١).

(١٠) ينظر: الأصل (٢٤/١)، والتجريد للقدوري (١٤٠/١)، والمبسوط للسرخسي (٥٥/١)، وطريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف (ص ٧)، وبدائع الصنائع (٢٢/١).

(١١) ينظر: المعونة على مذهب عالم المدينة (١٢٦/١)، والجامع لمسائل المدونة (١٥٤/١)، والكافي في فقه أهل المدينة (١٦٧/١)، وبداية المجتهد (٣٩/١).

مسعود أنه قال: (لا بأس أن تبدأ برجلك قبل يديك) وليس لهما في الصحابة مخالف^(١).

ثم قال: أما استدلالهم بالإجماع، فقد روينا عن علي رضوان الله عليه أنه سُئل عن تقديم اليسرى على اليمنى، فقال: (ما أبالي بأي أعضائي بدأت). وروى جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام أنه قال: (ابدءوا بما بدأ الله به) على أن عثمان مخالف، ومع الخلاف يسقط الإجماع^(٢).

وبدّر الدين العيني، حيث قال: قال أبو بكر الرازي: ولا يُروى عن أحد من السلف والخلف مثل قول الشافعي.

ثم قال العيني: قلت: هذا غفلة منه، وقد قال بقوله أحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وقتادة، وأبو عبيد القاسم بن سلام، وإليه ذهب ابن منصور، وصاحب مالك، وحكاه عن صاحبه^(٣).

ومما يُبطل الإجماعَ الذي حكاه الجصاص: أنه معارضٌ بغيره، فقد حكى القرطبيُّ الإجماعَ على وجوب الترتيب، فقال: الصحيح أن يقال: إن الترتيب متلقى من وجوه: ... الثاني: من إجماع السلف؛ فإنهم كانوا يرتبون^(٤).

وما نقله الجصاص عن علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود، قال أحمد: إنما عنيا به اليسرى قبل اليمنى؛ لأن مخرجهما من الكتاب واحد^(٥).

(١) الحاوي الكبير (١/١٣٩).

(٢) الحاوي الكبير (١/١٤٢).

(٣) البناء شرح الهداية (١/٢٤٤).

(٤) تفسير القرطبي (٦/٩٩).

(٥) معنى أن مخرجهما من الكتاب واحد: أن اليمين والشمال في الوضوء كعضو واحد، ولذلك وردا في القرآن بلفظ واحد

ثم ساق بسنده عن علي أنه سُئل، فقيل له: أهدنا يستعجل فيغسل شيئاً قبل شيء؟ قال: لا، حتى يكون كما أمر الله تعالى.

والرواية الأخرى عن ابن مسعود لا يعرف لها أصل^(١).

الفرع الرابع

أقلُّ الطهر الفاصل بين الحيضتين

الكلام في المسألة عن أقل الطهر، وهو المدة التي تمكثها المرأة بين الحيضتين.

أولاً: نذكر من نفي الخلاف في المسألة:

نفي بعض الفقهاء الخلاف في أن أقل الطهر خمسة عشر يوماً، ومن هؤلاء:

أبو ثور، حيث قال: وذلك مما لا يختلفون فيه فيما نعلم^(٢).

الجصاص، حيث قال: هذا لا نعلم فيه بين الفقهاء خلافاً^(٣).

والشيرازي، حيث قال: أقل طهر فاصل بين الدمين: خمسة عشر يوماً، لا

أعرف فيه خلافاً^(٤).

وممن صرح بوقوع الاتفاق وانعقاد الإجماع في المسألة:

بكر بن العلاء من المالكية، حيث نقل عنه ابنُ يونس والمازري قولَه: اتفق

(١) ينظر: المغني (١/١٩٠)، والمراد بالرواية الأخرى: قول عبد الله بن مسعود: (لا بأس أن تبدأ برجليك قبل يديك) أخرجها ابن أبي شيبة في مصنفه (١/٣٧٠) رقم (٤٢٣)، والدارقطني في سننه، كتاب الطهارة، باب ما روي في جواز تقديم غسل اليد اليسرى على اليمنى (١/١٥٣) رقم (٢٩٦) وقال: هذا مرسل ولا يثبت.

(٢) ينظر: الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف (٢/٢٥٥)، والإقناع في مسائل الإجماع (١/٢٧٣).

(٣) شرح مختصر الطحاوي للجصاص (١/٤٨٩).

(٤) المهذب في فقه الإمام الشافعي (١/٧٨).

العلماء - إلا من شذ منهم - أن أقل الطهر خمسة عشر يوماً^(١).

والبغوي، حيث قال: أقل الطهر خمسة عشر يوماً بالاتفاق^(٢).

الكاساني، حيث قال: أقله خمسة عشر يوماً عندنا ... ولنا: إجماع الصحابة على ما قلنا^(٣).

والزليعي، حيث قال: أقل الطهر خمسة عشر يوماً ... وقد أجمعت الصحابة عليه^(٤).

وابن نجيم، حيث قال: أقل الطهر خمسة عشر يوماً بإجماع الصحابة رضي الله عنهم^(٥).

ثانياً: التحقيق في وجود الإجماع في المسألة من عدمه:

بتحقيق المسألة نجد أن الفقهاء قد اختلفوا فيها على ثمانية أقوال:

القول الأول: أقل الطهر خمسة عشر يوماً. وهو قول محمد بن مسلمة،

وإبراهيم النخعي^(٦).

وإليه ذهب أبو حنيفة^(٧)، والشافعي^(٨).

(١) الجامع لمسائل المدونة (٣٦٣/١)، والتبهيات المستنبطة على الكتب المدونة (١١٦/١) ويكر بن العلاء: هو الإمام الفقيه المحدث أبو الفضل بكر بن العلاء محمد بن زياد القشيري البصري ثم المصري، روى عن الطبري، وحدث عنه جماعة من أهل المشرق والمغرب، من مصنفاته: (الأحكام المختصرة من كتاب القاضي إسماعيل)، و(كتاب أصول الفقه)، و(كتاب في مسائل الخلاف)، توفي بمصر سنة (٣٤٤هـ).

ينظر: ترتيب المدارك (٢٧٠/٥)، وشجرة النور الزكية (٧٩/١).

(٢) التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٤٣٩/١).

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٤٠/١).

(٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٦٢/١).

(٥) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٢١٨/١).

(٦) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف (١٨٩/١)، والذخيرة للقرافي (٣٧٤/١)، والهداية شرح

دباية المبتدي (٣٤/١)، والاختيار لتعليل المختار (٢٩/١).

(٧) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٣٠/٢).

(٨) ينظر: الأم (١٤٧/٢).

وهو رواية عن الإمام مالك^(١)، وأحمد^(٢).

وهو مذهب الحنفية^(٣)، والبغداديين من أصحاب مالك^(٤)، والشافعية^(٥)، وهو الظاهر من مذهب المالكية^(٦).

القول الثاني: أقل الظهر تسعة عشر يوماً. وهو قول عطاء بن أبي رباح، ويحيى بن أكثم، ومحمد بن شجاع^(٧).

القول الثالث: أقل الظهر سبعة عشر يوماً. حكاها ابن رشد عن بعض الفقهاء، ثم قال: وهو أقصى ما انعقد عليه الإجماع فيما أحسب^(٨).

القول الرابع: أقل الظهر ثلاثة عشر يوماً. وهو قول سعيد بن جبير^(٩)، ورواية عن الإمام أحمد^(١٠)، وهو مذهب الحنابلة^(١١).

(١) ينظر: بداية المجتهد (٩٧/١).

(٢) ينظر: الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل (ص ٦٧)، والكافي في فقه الإمام أحمد (١٣٩/١)، والفروع (٣٦٤/١).

(٣) ينظر: المبسوط للسرخسي (١٤٨/٣)، وبدائع الصنائع (٤٠/١)، والاختيار لتعليق المختار (٢٩/١)، ورد المختار على الدر المختار (٢٨٥/١).

(٤) ينظر: التفرع في فقه الإمام مالك بن أنس (٤٠/١)، والإشراف على نكت مسائل الخلاف (١٨٩/١)، والمعونة على مذهب عالم المدينة (١٨٩/١).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٤٣٥/١)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (٣١٨/١)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٣٤٧/١)، وأحكام النساء لعلاء الدين بن العطار (٣٨٧/١).

(٦) ينظر: التنبيهات المستتبطة على الكتب المدونة والمختلطة (١١٦/١).

(٧) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٢١٠/١)، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري (٣٣/١).

(٨) ينظر: بداية المجتهد (٩٧/١).

(٩) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٣٠/٢).

(١٠) ينظر: الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل (ص ٦٧)، والكافي في فقه الإمام أحمد (١٣٩/١)، والعدة شرح العمدة (ص ٥٤).

(١١) ينظر: المغني (٣٩٠/١)، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤١١/١)، والمبدع في شرح المقنع (٢٣٩/١)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٣٥٨/١).

القول الخامس: أقل الطهر عشرة أيام. وهو رواية عن الإمام مالك، وبه قال ابن حبيب من المالكية^(١).

القول السادس: أقل الطهر ثمانية أيام. وهو رواية عن الإمام مالك، وبه قال سحنون من المالكية^(٢).

القول السابع: أقل الطهر خمسة أيام. وهو رواية عن الإمام مالك، وبه قال ابن الماجشون^(٣)، وبعض المالكية^(٤).

القول الثامن: ليس لأقل الطهر حد معين، وأنه أقل ما يكون مثله طهراً في العادة. وهو قول للإمام مالك^(٥)، وأحمد، وإسحاق بن راهويه^(٦)، ونقله ابن المنذر عن طائفة من الفقهاء^(٧)، واختاره بعض الحنابلة^(٨)، وهو مذهب الظاهرية^(٩).

وذكر الإمام أحمد عن سفيان الثوري أنه قال: أهل المدينة يقولون: ما بين الحيضتين خمسة عشر. ثم قال: ليس ذا بشيء بين الحيضتين على ما يكون. قال إسحاق: ليس في الطهر وقت، وتوقيت هؤلاء الخمسة عشر باطل^(١٠).

(١) ينظر: النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات (١٢٦/١)، والجامع لمسائل المدونة (٣٦٣/١)، والمقدمات الممهيات (١٢٦/١).

(٢) ينظر: النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات (١٢٦/١)، والإشراف على نكت مسائل الخلاف (١٨٩/١)، وبداية المجتهد (٩٧/١).

(٣) ينظر: الجامع لمسائل المدونة (٣٦٢/١)، والمقدمات الممهيات (١٢٦/١).

(٤) ينظر: التفریع في فقه الإمام مالك بن أنس (٤٠/١)، والإشراف على نكت مسائل الخلاف (١٨٩/١).

(٥) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف (١٨٩/١)، والجامع لمسائل المدونة (٣٦٢/١).

(٦) ينظر: مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه (١٣٢٤/٣).

(٧) ينظر: الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف (٢٥٥/٢).

(٨) ينظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقى (٤١١/١).

(٩) ينظر: المحلى (٢٠٠/٢).

(١٠) مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه (١٣٢٤/٣).

ومما سبق من الخلاف في المسألة يتضح أن الإجماع لم يتحقق؛ لثبوت الخلاف فيها.

قال ابن رشد: هذه الأقاويل كلها المختلف فيها عند الفقهاء في أقل الطهر لا مستند لها إلا التجربة والعادة، وكلُّ إنما قال من ذلك ما ظن أن التجربة أوقفته على ذلك؛ ولاختلاف ذلك في النساء عسر أن يُعرف بالتجربة حدود هذه الأشياء في أكثر النساء، ووقع في ذلك هذا الخلاف الذي ذكرنا^(١).

وأنكر النووي وجود الإجماع في المسألة، وأوّل كلامَ الشيرازي المتقدم فقال: قوله: (لا أعرف فيه خلافاً) محمول على نفي الخلاف في مذهبنا، وإلا فالخلاف فيه للعلماء مشهور... وأما قول المحاملي في كتابه: أقل الطهر خمسة عشر يوماً بالإجماع. ونحوه في التهذيب، وقول القاضي أبي الطيب في مسألة التلفيق: أجمع الناس أن أقل الطهر خمسة عشر يوماً. فمردود غير مقبول؛ فلا يُحمل كلام المصنف عليه، وإن كان لو حُمل عليه لم يكن غلطاً في اللفظ؛ فإنه قد قال: لا أعرف فيه خلافاً. ولا يلزم من عدم معرفته عدم الخلاف، والله أعلم^(٢).

ونقل ابن الرفعة قولَ الشيرازي: (لا أعرف فيه خلافاً) ثم قال: ما قاله من أنه لا يعلم فيه خلافاً لا اعتراض عليه فيه - وإن كان الماوردي حكى عن مالك أن أقله عشرة، وعن أحمد أنه لا حد لأقله، وحكى ابن الصباغ وغيره عن يحيى بن أكثم أنه قال: أقله تسعة عشر يوماً - لأنه لم ينفِ الخلافَ مطلقاً، بل نفاه في علمه^(٣).

ثم قال: وإن رأت المرأة يوماً طهراً ويوماً دماً، ففيه قولان: أحدهما: تضم الطهر إلى الطهر، والدم إلى الدم... والثاني: لا تضم، بل الجمع حيض؛ لأن الناس أجمعوا على أن أقل الطهر خمسة عشر يوماً^(٤).

(١) ينظر: بداية المجتهد (٩٩/١).

(٢) المجموع شرح المذهب (٤٠٥/٢).

(٣) كفاية النبيه في شرح التنبيه (١٣٧/٢).

(٤) كفاية النبيه في شرح التنبيه (١٣٩/٢).

فانتقد الإسنوي دعوى الإجماع هذه التي حكاها ابنُ الرفعة، فقال: ما نقله من الإجماع المذكور ليس بصحيح، فإن في أقله خمسة مذاهب حكاها في (شرح المهذب) كلها دون الخمسة عشر:

أحدها: أنه غير محدود بالكلية، وهو رواية ابن القاسم عن مالك، ونقله ابن المنذر عن أحمد وإسحاق.

والثاني: خمسة أيام، ورواه ابن الماجشون عن مالك.

والثالث: ثمانية، رواه سحنون عنه.

والرابع: عشرة، نقله الماوردي عنه.

والخامس: ثلاثة عشر، وهو منقول عن أحمد، أيضاً.

وقد نقل المصنفُ القولَ الأولَ والرابعَ قبل هذا الموضع بدون الورقة. ثم إن الخلاف ثابت أيضاً عندنا في المسألة^(١).

وقال الدميري: قولُ صاحب (المهذب): ولا أعلم فيه خلافاً. معترضٌ بما روي عن بعض أصحاب مالك: أنه عشرة أيام، وعن أحمد: لا حدَّ له، وعن يحيى بن أكنم: أنه تسعة عشر يوماً^(٢).

ونقل بدرُ الدين العيني حكاية الإجماع ثم نقدها بذكر الخلاف في المسألة^(٣). ومما يؤكد عدم انعقاد الإجماع على أن أقل الطهر خمسة عشر يوماً: أن ابن حزم حين ذكر مذهب الظاهرية على أنه لا حدَّ لأقل الطهر استدل بأنه قول ابن عباس، فقال: وهو قول ابن عباس ولا مخالف له في ذلك من الصحابة رضي الله عنهم^(٤).

(١) الهداية إلى أوهام الكفاية، مطبوع مع كفاية النبيه (٧٨/٢٠).

(٢) النجم الوهاج في شرح المنهاج (٤٨٩/١).

(٣) البناية شرح الهداية (٦٥٩/١).

(٤) المحلى (٢٠٠/٢).

فنفى ابنُ حزم وجودَ خلافٍ بين الصحابة على أن الطهر لا حدَّ لأقله، وقال عن الأقوال في المسألة: لا يُعرف لشيءٍ منها قائلٌ من الصحابة رضي الله عنهم^(١).

وكذلك ابن قدامة حين ذكر مذهب الحنابلة: أن أقل الطهر ثلاثة عشر يوماً، استدلل بأنه قول علي بن أبي طالب، فقال: لأنه قول صحابي، انتشر ولم نعلم خلافه^(٢).

فنفى ابنُ قدامة وجود الخلاف في أن أقل الحيض ثلاثة عشر يوماً. **ومن هنا نجد أن المسألة قد ادُّعي فيها نفي الخلاف في ثلاثة أقوال: الأول:** أن أقله خمسة عشر يوماً. والثاني: أن أقله ثلاثة عشر يوماً. والثالث: أنه لا حدَّ لأقله. وهنا وقع التعارض في نفي الخلاف، وهذا يؤكد أن الإجماع لم ينعقد على أي قول في المسألة.

(١) المحلى (٢/٢٠١).

(٢) المغني (١/٣٩١).

الفرع الخامس

نصاب الزكاة في البقر

في زكاة المواشي: نصاب، ووَقَص.

فالنصاب: هو القدر الذي يبلغه تجب الزكاة فيها، مثل قوله: لا زكاة في البقر حتى تبلغ ثلاثين.

والوَقَص: ما بين نهاية النصاب إلى ابتداء عدد آخر، كقولنا: لا شيء في البقر حتى تبلغ ثلاثين، فإذا بلغت فيها تبيع، ثم لا شيء فيها حتى تبلغ أربعين^(١).

وقد ورد تقدير النصاب في حديث معاذ بن جبل لما أرسله النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن: «أنه أخذ من ثلاثين بقرة: تبيعاً، ومن أربعين بقرة: مسنةً، وأُتِيَ بما دون ذلك فأبى أن يأخذ منه شيئاً، وقال: لم أسمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه شيئاً حتى ألقاه فأسأله، فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يقدم معاذ بن جبل»^(٢).

أولاً: ذِكر من نفى الخلاف في المسألة:

ذهب الإمام الشافعي إلى أن نصاب الزكاة في البقر في كل ثلاثين: تبيع^(٣)، وفي كل أربعين: مسنة^(٤). ثم قال: وهو ما لا أعلم فيه بين أحد لقيته من أهل العلم خلافاً، وبه نأخذ^(٥).

(١) ينظر: محاسن الشريعة (ص ١٦١).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٣٦٤/٢) رقم (٨٩١)، وابن ماجه في سننه، كتاب الزكاة، باب صدقة البقر (٥٧٦/١) رقم (١٨٠٣)، وأبو داود في سننه، كتاب الزكاة، باب في زكاة السائمة (٢٦/٣) رقم (١٥٧٦)، والترمذي في سننه، كتاب الزكاة، باب ما جاء في زكاة البقر (١١/٣) رقم (٦٢٣)، والحاكم في المستدرک (٣٩٨/١) وصححه، وكذا صححه ابن عبد البر في التمهيد (٢٧٥/٢).

(٣) التبيع: هو الذي له سنة، ودخل في الثانية، وسمي بذلك لأنه يتبع أمه.

ينظر: المغني (٣٢/٤)، والمجموع للنووي (٣٨٤/٥).

(٤) المسنة: هي التي لها سنتان، وهي الثانية، وسميت مسنة لزيادة سننها.

ينظر: المغني (٣٣/٤)، والمجموع للنووي (٣٨٤/٥).

(٥) الأم للإمام الشافعي (٢٢/٣).

وكذلك نفاه ابنُ عبد البر، فقال: **لا خلاف بين العلماء أن السنة في زكاة البقر ما في حديث معاذ هذا، وأنه النصاب المجتمع عليه فيها**(١).

وكذلك نفاه السمرقندي، فقال: ليس في أقل من ثلاثين من البقر صدقة، فإذا بلغت ثلاثين ففيها تبيع أو تبيعة، ولا شيء في الزيادة إلى تسع وثلاثين، فإذا صارت أربعين ففيها مسنة، **وهذا بلا خلاف بين الأمة**(٢).

وتبعه تلميذه الكاساني، فقال: وأما نصاب البقر فليس في أقل من ثلاثين بقراً زكاة، وفي كل ثلاثين منها تبيع أو تبيعة ولا شيء في الزيادة إلى تسع وثلاثين، فإذا بلغت أربعين ففيها مسنة، **وهذا مما لا خلاف فيه بين الأمة**(٣).

وممن صرَّح بالإجماع في المسألة: الموصليُّ الحنفيُّ حيث قال في (الاختيار): ليس في أقل من ثلاثين من البقر شيء، وفي ثلاثين: تبيع أو تبيعة وهي التي طعنت في الثانية، وفي أربعين: مسن أو مسنة وهي التي طعنت في الثالثة. بذلك أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذاً، **وعليه إجماع الأمة**(٤).

ثانياً: التحقيق في وجود الإجماع في المسألة من عدمه:

بتحقيق المسألة نجد أنه قد اختلف الفقهاء في نصاب الزكاة في البقر على أقوال:

القول الأول: أن في ثلاثين من البقر تبيعاً، وفي أربعين مسنة.

(١) الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار (١٥٧/٩) رقم (١٢٨٠٧).

(٢) تحفة الفقهاء (٢٨٣/١).

(٣) بدائع الصنائع (٢٨/٢).

(٤) الاختيار لتعليل المختار (١٠٧/١).

وهو قول الإمام أبي حنيفة^(١)، ومالك^(٢)، والشافعي^(٣)، وأحمد^(٤)، وإليه ذهب جمهور الفقهاء^(٥) من الحنفية^(٦)، والمالكية^(٧)، والشافعية^(٨)، والحنابلة^(٩).

القول الثاني: أن في كل خمس من البقر شاة، وفي عشر شاتين، وفي خمسة عشر ثلاثاً، وفي عشرين أربع شياه، وفي خمس وعشرين بقرة إلى خمس وسبعين، فإذا زادت فبقرتان إلى عشرين ومائة، فإذا زادت ففي كل أربعين بقرة بقرة.

وهو قول جابر بن عبد الله^(١٠)، وسعيد بن المسيب، والزهري^(١١).

القول الثالث: في كل عشر من البقر شاة إلى ثلاثين ففيها تبيع.

وهو قول شهر بن حوشب^(١٢)، وحكاه ابن رشد عن طائفة من الفقهاء^(١٣).

القول الرابع: أن في كل خمسين بقرة: بقرة، ولا زكاة في أقل من خمسين منها، وفي المائة بقرتان، ثم في كل خمسين بقرة بقرة، ولا شيء في الزيادة حتى تبلغ الخمسين.

(١) ينظر: الأصل للإمام محمد بن الحسن (٧٧/٢).

(٢) ينظر: المدونة (٣٥٤/١).

(٣) ينظر: الأم (٢٢/٣).

(٤) ينظر: مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله (ص ١٧٣).

(٥) ينظر: بداية المجتهد (٤٥٨/٢).

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٢٤٢/٢)، وبدائع الصنائع (٢٨/٢).

(٧) ينظر: القوانين الفقهية (ص ٨٨)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٣٥/١).

(٨) ينظر: الحاوي الكبير (١٠٦/٣)، والمجموع للنووي (٣٨٤/٥).

(٩) ينظر: المغني (٣٢/٤)، والفروع لابن مفلح (٢٣/٤).

(١٠) ينظر: المحلى لابن حزم (٢/٦).

(١١) ينظر: بداية المجتهد (٤٥٨/٢)، والتوضيح لابن الملتن (٤١٦/١٠)، ونيل الأوطار (٦٣/٨).

(١٢) ينظر: المصنف لابن أبي شيبه (٦٦/٧) رقم (١٠٨٥١).

وشهر بن حوشب: هو أبو سعيد الأشعري الشامي، مولى الصحابية أسماء بنت يزيد الأنصارية، ولد في خلافة عثمان رضي الله عنه، وكان من كبار علماء التابعين، روى عن أبي هريرة، وعائشة، وابن عباس، وعبد الله بن عمرو، وأم سلمة، وأبي سعيد الخدري، وغيرهم، توفي سنة اثنتي عشرة ومائة.

ينظر: طبقات الفقهاء للشيرازي (ص ٧٤)، وسير أعلام النبلاء (٣٧٢/٤).

(١٣) ينظر: بداية المجتهد (٤٥٨/٢).

وهو مذهب الظاهرية^(١)، وبه قال ابن جرير الطبري.

قال الطبري: صحَّ الإجماعُ المتيقنُ المقطوعُ به الذي لا اختلاف فيه أن في كل خمسين بقرة بقرة، فوجب الأخذ بهذا، وما دون ذلك مختلف فيه، ولا نصَّ في إيجابه^(٢).

وأخرج عبدُ الرزاق عن عمرو بن دينار قال: كان عمالُ ابن الزبير، وابنُ عوف وعمالُه يأخذون من كل خمسين بقرة بقرة، ومن ثمانين بقرتين، ثم إذا كثرت ففي كل خمسين بقرة^(٣).

قال ابن رشد: واختلف فقهاء الأمصار فيما بين الأربعين والستين: فذهب مالكٌ والشافعيُّ وأحمدُ والثوريُّ وجماعةٌ أن لا شيء فيما زاد على الأربعين حتى تبلغ الستين، فإذا بلغت ستين ففيها تبيعان إلى سبعين، ففيها مسنة وتبيع إلى ثمانين، ففيها مسنتان إلى تسعين، ففيها ثلاثة أتبعه إلى مئة، ففيها تبيعان ومسنة، ثم هكذا ما زاد، ففي كل ثلاثين تبيع، وفي كل أربعين مسنة.

وسبب اختلافهم في النصاب: أن حديث معاذ غير متفق على صحته، ولذلك لم يخرج الشيخان.

وسبب اختلاف فقهاء الأمصار في الوقص في البقر: أنه جاء في حديث معاذ هذا أنه توقف في الأوقاص، وقال: حتى أسأل فيها النبيَّ صلى الله عليه وسلم، فلما قدم عليه وجده قد توفي صلى الله عليه وسلم.

فلما لم يرد في ذلك نصُّ طلب حكمه من طريق القياس، فمن قاسها على الإبل والغنم لم يرَ في الأوقاص شيئاً، ومن قال: إن الأصل في الأوقاص الزكاة

(١) ينظر: المحلى لابن حزم (١٦/٦).

(٢) نقله ابن حجر في التلخيص الحبير (٣٠٠/٢)، والشوكاني في نيل الأوطار (٦٣/٨).

(٣) ينظر: مصنف عبد الرزاق، كتاب الزكاة، باب زكاة البقر (٢٢/٤) رقم (٦٨٤٦).

إلا ما استثناه الدليل من ذلك وجب أن لا يكون عنده في البقر وقص، إذ لا دليل هنالك من إجماع ولا غيره^(١).

ومما سبق من الخلاف الوارد في المسألة يتضح أنه لم يتحقق الإجماع فيها، ولذلك جاءت ردود الأئمة على دعوى الإجماع، ومنها:

رد ابن حزم، حيث قال: الشافعي يقول في زكاة البقر: في الثلاثين تبيع، وفي الأربعين مسنة، لا أعلم فيه خلافاً. وإن الخلاف في ذلك عن جابر بن عبد الله، وسعيد ابن المسيب، وقتادة، وعمال ابن الزبير بالمدينة، ثم عن إبراهيم النخعي، وعن أبي حنيفة لأشهر من أن يجهله من يتعاطى العلم^(٢).

ثم نقل ابن حزم الإجماع على القول الرابع، فقال: وجدنا الإجماع المتيقن المقطوع به - الذي لا خلاف في أن كل مسلم قديماً وحديثاً قال به وحكم به من الصحابة فمن دونهم - قد صحَّ على أن في كل خمسين بقرة بقرة، فكان هذا حقاً مقطوعاً به على أنه من حكم الله تعالى وحكم رسوله صلى الله عليه وسلم، فوجب القول به، وكان ما دون ذلك مختلفاً فيه، ولا نصَّ في إيجابه، فلم يجز القول به^(٣).

وكذلك رد الزركشي أيضاً دعوى الإجماع، فقال: قال الشافعي رحمه الله تعالى في زكاة البقر: لا أعلم خلافاً في أنه ليس في أقل من ثلاثين منها تبيع. والخلاف في ذلك مشهور؛ فإن قوماً يرون الزكاة على الخمس كزكاة الإبل^(٤).

(١) بداية المجتهد (٤٥٨/٢).

(٢) الإحكام في أصول الأحكام (١٧٨/٤).

(٣) المحلى (١٦/٦).

(٤) البحر المحيط (٥١٨/٤).

الفرع السادس اشتراط الإهلال في نية الإحرام

الإهلال: هو رفع الصوت بالتلبية^(١).

قال القدوري: الإهلال يكون باللسان؛ لأنه مأخوذ من الظهور، ولذلك سمي الهلال هلالاً؛ لظهوره، وصرأخ المولود استهلالاً، والظهور إنما يكون بالتلبية^(٢).

أولاً: نكر من نفى الخلاف في المسألة:

قال الكاساني: الدليل على أن الإهلال شرط: ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لعائشة رضي الله عنها وقد رآها حزينة: «ما لك؟ فقالت: أنا قضيت عمرتي، وألفاني الحج عاركاً^(٣)، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ذاك شيء كتبه الله تعالى على بنات آدم، حجي وقولي مثل ما يقول الناس في حجهم»^(٤).

(١) ينظر: طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية (ص ١١٠).

(٢) ينظر: التجريد للقدوري (١٧٦٩/٤ و ١٧٧١).

(٣) العرك: الحيض، يقال: عركت المرأة تعرك فهي عارك إذا حاضت.

ينظر: غريب الحديث للخطابي (٥٧٦/٢)، والفائق في غريب الحديث (٤٢١/٢).

(٤) عن جابر رضي الله عنه، أنه قال: أقبلنا مهلين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحج مفرد، وأقبلت عائشة رضي الله عنها، بعمرة، حتى إذا كنا بسرف عركت، حتى إذا قدمنا طغنا بالكعبة والصفاء والمروة، فأمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحل منا من لم يكن معه هدي، قال: فقلنا: حل ماذا؟ قال: «الحل كله» فوافقنا النساء، وتطيبنا بالطيب، ولبسنا ثيابنا، وليس بيننا وبين عرفة إلا أربع ليال، ثم أهللنا يوم التروية، ثم دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على عائشة رضي الله عنها، فوجدها تبكي، فقال: «ما شأنك؟» قالت: شأنني أنني قد حضت، وقد حل الناس، ولم أحلل، ولم أطف بالبيت والناس يذهبون إلى الحج الآن، فقال: «إن هذا أمر كتبه الله على بنات آدم، فاعتسلي، ثم أهلي بالحج». أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحض، باب تقضي الحائض المناسك كلها إلا الطواف بالبيت (١١٥/١) رقم (٣٠٥)، ومسلم في صحيح، كتاب الحج، باب بيان وجوه الإحرام (٨٨١/٢) رقم (١٢١٣) واللفظ له.

فدل قوله: «قولي ما يقول الناس في حجهم» على لزوم التلبية؛ لأن الناس يقولونها. وفيه إشارة إلى أن إجماع المسلمين حجة يجب اتباعها، حيث أمرها باتباعهم بقوله: «قولي ما يقول الناس في حجهم».

ورويها عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: (لا يُحرم إلا من أهلٍ ولبيّ) (١) ولم يُروَ عن غيرها خلافه فيكون إجماعاً (٢).

ثانياً: التحقيق في وجود الإجماع في المسألة من عدمه:

بتحقيق المسألة نجد أن الفقهاء قد اتفقوا على أن الإحرام لا يكون إلا بنية، واختلفوا: هل تجزئ النية فيه من غير التلبية؟ وذلك على قولين:

القول الأول: إذا نوى عند الإحرام، ولم يذكر التلبية، لا يصير محرماً. فلا ينعقد الإحرام بمجرد النية حتى يضم إليه أحد شيئين: إما التلبية، أو سوق الهدى. وهو قول عبد الله بن مسعود، وابن عباس، وابن عمر، وعائشة (٣).

وبه قال الحنفية (٤)، وهو قول قديم للإمام الشافعي (٥)، ورواية عن الإمام أحمد (٦).

وصححه ابن تيمية، فقال: لا يكون الرجل محرماً بمجرد ما في قلبه من قصد الحج ونيته؛ فإن القصد ما زال في القلب منذ خرج من بلده، بل لا بد من قول أو عمل يصير به محرماً، هذا هو الصحيح من القولين (٧).

(١) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الحج، باب ما لا يوجب الإحرام من تقليد الهدى (٤٩٣/٢) رقم (١٢٣٠).

(٢) بدائع الصنائع (١٦٣/٢).

(٣) ينظر: التجريد للقدوري (١٧٦٩/٤).

(٤) ينظر: التجريد للقدوري (١٧٦٨/٤)، وتحفة الفقهاء (٤٠٠/١)، والهداية شرح بداية المبتدي (١٣٥/١)، والمحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤٢٠/٢)، والعناية شرح الهداية (٤٣٧/٢).

(٥) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٢٢٠/٤).

(٦) ينظر: الفروع لابن مفلح (٣٢٣/٥).

(٧) مجموع الفتاوى (١٠٨/٢٦).

القول الثاني: تجزئ النية من غير التلبية، فإذا نوى الحج أو العمرة صار محرماً، لبي أو لم يلب. وهو رواية عن أبي يوسف^(١)، وقول الأئمة: مالك^(٢)، والشافعي^(٣)، وأحمد^(٤).

ونقل النووي في المسألة أربعة أوجه للشافعية، فقال: لو نوى ولم يلب ففيه أربعة أوجه أو أقوال:

الصحيح المشهور من نصوص الشافعي وبه قطع جمهور أصحابنا المتقدمين والمتأخرين: ينعقد إحرامه.

والثاني: لا ينعقد، وهو قول أبي عبد الله الزبير، وأبي علي بن خيران، وأبي علي بن أبي هريرة، وأبي العباس بن القاص، وحكاه إمام الحرمين وغيره قولاً قديماً.

والثالث: حكاه الشيخ أبو محمد الجويني وغيره قولاً للشافعي: أنه لا ينعقد إلا بالتلبية أو سوق الهدى وتقليده والتوجه معه.

والرابع: حكاه الحناطي وغيره قولاً للشافعي: أن التلبية واجبة وليست بشرط للانعقاد، فإن نوى ولم يلب انعقد وأثم، ولزمه دم.

والمذهب: الأول، فعلى المذهب قال الشافعي والأصحاب: الاعتبار بالنية^(٥).

ومما سبق يتضح وجود الخلاف في المسألة، وهو ما يمنع أن يكون قد انعقد فيها إجماع.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (١٦٣/٢)، والبنية شرح الهداية (١٧٧/٤).

(٢) ينظر: المدونة (٤٢٢/١)، والإشراف على نكت مسائل الخلاف (٣٣٦/٢)، وبداية المجتهد (٥٨٧/٢).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٨١/٤)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (٢١٩/٤).

(٤) ينظر: المغني لابن قدامة (٩١/٥)، والفروع لابن مفلح (٣٢٣/٥).

(٥) ينظر: المجموع شرح المذهب (٢٣٦/٧).

والأثر الذي استند إليه الكاساني قد نقل الباجي سياقه كما في الموطأ، وهو أن مالكاً رواه عن يحيى بن سعيد أنه قال: سألتُ عمرة بنت عبد الرحمن عن الذي يبعث بهديه ويقيم، هل يحرم عليه شيء؟ فأخبرتني أنها سمعت عائشة تقول: لا يَحْرُمُ إِلَّا مَنْ أَهْلًا وَوَلِيًّا.

ثم قال الباجي: قولها: (لَا يَحْرُمُ إِلَّا مَنْ أَهْلًا وَوَلِيًّا) جوابٌ مقابل للفظ يحيى؛ لأن يحيى إنما سأل: هل يَحْرُمُ على مَنْ بعث بهديه شيء أم لا؟ فجوابه المقابل له لا أو نعم، فأجابته عمرة أنه لا يَحْرُمُ إِلَّا مَنْ أَهْلًا وَوَلِيًّا، وإنما صح ذلك لعلمها بأنه لا يَحْرُمُ شيء مما سألها عنه إِلَّا على مُحْرَمٍ، فإن لم يكن محرماً فلا يحرم شيء عليه^(١).

(١) ينظر: المنتقى شرح الموطأ (٢٢٣/٢).

الفرع السابع

بيع المُسَلَّم فيه قبل قبضه

السَّلْم لغة: السلف، يقال: أسلم، وأسلف في الشيء، بمعنى واحد، يقال أسلم وسلم، إذا أسلف، والاسم: السَّلْم، وهو أن تعطي ثمناً في سلعة معلومة، إلى أمد معلوم، فكأنك قد أسلمت الثمن إلى صاحب السلعة وسلمته إليه^(١).

واصطلاحاً: عقد على موصوف في ذمة، مؤجل بثمن مقبوض بمجلس العقد^(٢).

أولاً: نكر من نفي الخلاف في المسألة:

حكى ابن قدامة عدم العلم بالخلاف في تحريم بيع المُسَلَّم فيه قبل قبضه، فقال: أما بيع المُسَلَّم فيه قبل قبضه، فلا نعلم في تحريمه خلافاً^(٣).

وكذلك حكاه ابن مفلح فقال: لا يجوز بيع المُسَلَّم فيه قبل قبضه بغير خلاف نعلمه^(٤).

وحكى العيني الاتفاق، فقال: (لا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه، قبل القبض) هذا باتفاق الفقهاء^(٥).

ثانياً: التحقيق في وجود الإجماع في المسألة من عدمه:

بتحقيق المسألة نجد أن الفقهاء قد اختلفوا فيها على قولين:

القول الأول: لا يجوز بيع المُسَلَّم فيه قبل قبضه، سواء كان المُسَلَّم فيه

موجوداً أو معدوماً، وسواء باعه إلى بائعه أو غيره.

(١) ينظر: لسان العرب، مادة (سَلَم) (٢٠٨١/٣)، وتاج العروس من جواهر القاموس، فصل السين المهملة مع الفاء، مادة (س ل ف) (٤٥٤/٢٣).

(٢) ينظر: شرح منتهى الإرادات (٢٩٦/٣).

(٣) المغني لابن قدامة (٤١٥/٦).

(٤) المبدع في شرح المقنع (١٨٩/٤).

(٥) البناية في شرح الهداية (٣٥٦/٨).

وهو قول الإمام الشافعي^(١)، ورواية عن الإمام أحمد^(٢)، ومذهب الحنفية^(٣)،
والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

القول الثاني: يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه بشروط.

وهو قول ابن عباس^(٦)، ومالك^(٧)، ورواية عن أحمد^(٨)، وهو مذهب المالكية^(٩)،
وبه قال ابن تيمية^(١٠)، وابن القيم^(١١).

ومن الشروط التي اشترطها المالكية ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون المسلم فيه مما يجوز بيعه قبل قبضه؛ احترازاً من
طعام السلم، فلا يجوز بيعه؛ لأنه يؤدي إلى بيع الطعام قبل قبضه.

الشرط الثاني: أن يتعجل العوض، ويقبض في مجلس الاستبدال؛ لئسَلَم من
فسخ الدين بالدين.

(١) ينظر: الأم (٢٧٧/٤).

(٢) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٥٠٣/٢٩).

(٣) ينظر: المبسوط للرخسي (١٦٣/١٢)، وتحفة الفقهاء (١٧/٢)، وبدائع الصنائع في ترتيب
الشرائع (٢١٤/٥)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق (١٧٩/٦).

(٤) ينظر: المجموع للنووي (٣٣١/٩)، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج (٤٠٥/٤)، ومغني المحتاج
إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٤٦٤/٢)، وحاشيتنا قليوبي وعميرة (٢٦٥/٢).

(٥) ينظر: كشاف القناع عن متن الإقناع (١١٨/٨)، والممتع في شرح المقنع (٥٤١/٢)، وشرح منتهى
الإرادات (٣١٥/٣)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٠٨/٥).

(٦) ينظر: الاستذكار لابن عبد البر (١٥١/٢٠)، وتهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته
(٢٥٨/٩).

(٧) ينظر: المدونة (١٣٣/٣).

(٨) ينظر: المغني (٤١٦/٦)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٠٨/٥).

(٩) ينظر: التاج والإكليل (٥٢٣/٦)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٢٢٧/٥).

(١٠) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٥٠٦/٢٩).

(١١) ينظر: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته (٢٥٨/٩).

الشرط الثالث: أن يكون المأخوذ مما يباع بالمسلم فيه يداً بيد، كما لو أسلم دراهم في ثوب مثلاً، فأخذ عنه طست نحاس؛ إذ يجوز بيع الطست بالثوب يداً بيد. واحترزوا بذلك من أخذ اللحم عن الحيوان من جنسه، فإن ذلك لا يجوز؛ لامتناع بيعه يداً بيد.

الشرط الرابع: أن يكون المأخوذ مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال، كما لو أسلم دراهم في حيوان، فأخذ عن ذلك الحيوان ثوباً، فإن ذلك جائز؛ إذ يجوز أن يسلم الدراهم في الثوب، واحترزوا بذلك من أخذ الدراهم عن الذهب، وعكسه؛ إذ لا يجوز أن تسلم الدراهم في الدنانير، ولا عكسه؛ لأنه يؤدي إلى الصرف المستأخر.

الشرط الخامس: أن يبيعه بمثل ثمنه أو أقل، لا أكثر. وعللوا ذلك بأن بيع الدين على من هو عليه بزيادة يؤدي إلى سلف جر نفعاً، وهو ممنوع^(١).

ومما سبق من الخلاف في المسألة يتضح أنه لم يتحقق الإجماع فيها.

فالخلاف في المسألة محفوظ، والإجماع لم يثبت^(٢).

قال ابن عبد البر عن القول الثاني: وذلك معروفٌ محفوظ عن ابن عباس^(٣). ولذلك استتكر ابن القيم دعوى الإجماع في المسألة، فقال: كيف يصح دعوى الإجماع مع مخالفة حبر الأمة ابن عباس، وعالم المدينة مالك بن أنس؟ فثبت أنه لا نص في التحريم ولا إجماع^(٤).

(١) ينظر في هذه الشروط: بداية المجتهد (١١٨٣/٣)، وعقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٧٥٧/٢)، والتاج والإكليل (٥٢٣/٦)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٢٢٧/٥)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٢٠/٣)، والمسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة (٧٥٦/٢)، والمعاملات المالية أصالة ومعاصرة (٨٠/٣).

(٢) ينظر: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي (٦٤٨/٢)، والمعاملات المالية أصالة ومعاصرة (٨٣/٣).

(٣) ينظر: الاستتكار لابن عبد البر (١٥٢/٢٠).

(٤) تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته (٢٦٠/٩).

الفرع الثامن

عدة المطلقة التي ارتفع حيضها، ولا تعلم سبب رفعه، ولم تصل سنّ اليأس.

أولاً: نذكر من نفي الخلاف في المسألة:

قال ابن قدامة: إن حاضت حيضةً أو حيضتين، ثم ارتفع حيضها، لا تدري ما رفعه، لم تنقض عدتها إلا بعد سنة بعد انقطاع الحيض؛ وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين، فارتفع حيضها، لا تدري ما رفعه: تجلس تسعة أشهر، فإذا لم يستبين بها حمل تعتد بثلاثة أشهر، فذلك سنة. ولا نعرف له مخالفاً.

قال ابن المنذر: قضى به عمر بين المهاجرين والأنصار، ولم ينكره منكر^(١).

وقال الإمام الشافعي: هذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار لا ينكره منهم

مُنكراً علمناه^(٢).

ثانياً: التحقيق في وجود الإجماع في المسألة من عدمه:

بتحقيق المسألة نجد أن الإجماع لم يتحقق فيها، وأنها محل خلاف بين

الفقهاء، فقد وقع الخلاف فيها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنها تمكث إلى أن تياس من المحيض، ثم تعتد عدة الآيسة.

بمعنى أن عدتها ثلاث حيض وإن مكثت فترة طويلة إلى أن تبلغ سن اليأس

فتكون عدتها بعده ثلاثة أشهر.

(١) المغني لابن قدامة (٢١٧/١١).

(٢) ينظر: تكملة المجموع (٤١٢/١٩).

وهو قول علي بن أبي طالب، وعثمان بن عفان، وزيد بن ثابت^(١)، وعبد الله بن مسعود^(٢)، والنخعي، والليث بن سعد، والثوري^(٣)، وأبي حنيفة، ومحمد بن الحسن^(٤)، والشافعي في الجديد^(٥).

وهو مذهب الحنفية^(٦)، والأصح عند الشافعية^(٧)، وحكاه ابن رشد عن الجمهور^(٨).

القول الثاني: أنها تمكث تسعة أشهر (غالب مدة الحمل لتعلم براءة رحمها) فإن لم تحض فيها اعتدت بثلاثة أشهر بعدها، وبذلك تكون عدتها سنة قمرية. وهو الذي ذكره ابن قدامة في قوله السابق.

وهو قول عمر بن الخطاب^(٩)، وابن عباس^(١٠)، والحسن^(١١)، ومالك^(١٢)، والشافعي في القديم^(١٣)، ورواية عن الإمام أحمد^(١٤).

-
- (١) ينظر: الاستنكار (٩٦/١٨)، وبدائع الصنائع (١٩٥/٣)، وتكملة المجموع (٤١٢/١٩).
 - (٢) ينظر: الآثار للإمام محمد بن الحسن (٤٣٦/٢)، ومعرفة السنن والآثار للبيهقي (١٩١/١١).
 - (٣) ينظر: اللباب في علوم الكتاب (١٦٤/١٩)، والاستنكار (٩٥/١٨).
 - (٤) ينظر: الآثار للإمام محمد بن الحسن (٤٣٧/٢).
 - (٥) ينظر: حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٢٢/٧)، وأحكام النساء لابن العطار (١٣٧٠/٣)، وتكملة المجموع (٤١٢/١٩).
 - (٦) ينظر: الآثار للإمام محمد بن الحسن (٤٣٧/٢)، وبدائع الصنائع (١٩٥/٣)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق (١٥٠/٤).
 - (٧) ينظر: الحاوي الكبير (١٨٨/١١)، وروضة الطالبين (٣٧١/٨).
 - (٨) ينظر: بداية المجتهد (٩٨٦/٣).
 - (٩) ينظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٦٥/١٨)، والموطأ (٨٣٩/٤) رقم (٢١٦٢).
 - (١٠) ينظر: الاستنكار (٩٦/١٨)، وبدائع الصنائع (١٩٥/٣).
 - (١١) ينظر: الاستنكار (٩٧/١٨)، وتكملة المجموع (٤١٢/١٩).
 - (١٢) ينظر: الموطأ (٨٤٠/٤) رقم (٢١٦٥)، والمدونة (١٠/٢).
 - (١٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٨٨/١١)، وروضة الطالبين (٣٧١/٨)، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٢٢/٧).
 - (١٤) ينظر: مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهوية (١٧٠٣/٤).

وبه قال بعض الحنفية^(١)، وهو مذهب المالكية^(٢)، والحنابلة^(٣).

القول الثالث: أنها تمكث أربع سنين (أكثر مدة الحمل) ثم تعدد بثلاثة أشهر

بعدها.

وهو قول قديم للشافعي^(٤)، ووجه عند الحنابلة^(٥).

وبتحقيق الخلاف في هذه المسألة يُعلم أنه لم يتحقق وجود الإجماع فيها،
وغاية ما فيها عدم العلم بالمخالف.

الفرع التاسع

رد اليمين على المدعي إذا نكل المدعى عليه عن اليمين

أولاً: نكر من نفى الخلاف في المسألة:

ذهب الإمام مالك إلى رد اليمين على المدعي إذا نكل المدعى عليه، ثم ذكر
أنه لا اختلاف في ذلك عن أحد من الناس في أي بلد من البلدان.

فقال: من الناس من يقول: لا يكون اليمين مع الشاهد الواحد. ويحتج بقول الله
تبارك وتعالى وقوله الحق: {فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ
الشُّهَدَاءِ} ^(٦) يقول: فإن لم يأت برجل وامرأتين فلا شيء له. ولا يحلف مع شاهده.

قال: فمن الحجة على من قال ذلك القول أن يقال له: أرايت لو أن رجلاً ادعى

(١) ينظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (١٤٦/٢).

(٢) ينظر: القوانين الفقهية (ص ١٩٠)، وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤٧٠/٢).

(٣) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٢٨٥/٩)، والفروع (٢٤٥/٩).

(٤) ينظر: محاسن الشريعة (ص ٣٣٥)، والحاوي الكبير (١٨٨/١١)، وتكملة المجموع (٤١٢/١٩)،
وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٢٣/٧).

(٥) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٢٨٥/٩).

(٦) جزء من الآية رقم (٢٨٢) من سورة البقرة.

على رجل مالاً، أليس يحلف المطلوب ما ذلك الحق عليه. فإن حلف بطل ذلك عنه، وإن نكل عن اليمين حلف صاحب الحق إن حَقَّهُ لَحَقُّ. وثبت حَقُّه على صاحبه.

فهذا ما لا اختلاف فيه عند أحد من الناس، ولا ببلد من البلدان^(١).

ثانياً: التحقيق في وجود الإجماع في المسألة من عدمه:

بتحقيق المسألة نجد أنه قد وقع الخلاف فيها على قولين مشهورين:

القول الأول: إن من ادعى حقاً على آخر ولا بينة له، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، فإن حلف برئ، وإن لم يحلف رُدت اليمين على المدعي، فإن حلف استحق وإلا فلا شيء له.

وهو قول عمر وعلي، وشريح والشعبي والنخعي^(٢)، وبه قال الإمام مالك^(٣)، والشافعي^(٤)، ورواية عن الإمام أحمد^(٥)، وهو مذهب فقهاء أهل الحجاز^(٦)، والمالكية^(٧)، والشافعية^(٨).

القول الثاني: لا تُرد اليمين على صاحب الحق، ولكن يقضى بالنكول على

-
- (١) الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء باليمين مع الشاهد (١٠٤٩/٤) رقم (٢٦٨٢).
 - (٢) ينظر: التوضيح لشرح الجامع الصحيح (٤٢٧/٣١)، والمغني (٢٣٣/١٤).
 - (٣) ينظر: الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء باليمين مع الشاهد (١٠٤٩/٤) رقم (٢٦٨٢)، والمدونة (٧/٤)، والمعونة على مذهب عالم المدينة (١٥٤٩/٣).
 - (٤) ينظر: الأم للشافعي (٩٣/٨).
 - (٥) ينظر: الهداية على مذهب الإمام أحمد (ص ٥٧١).
 - (٦) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (١٦٥٩/٤).
 - (٧) ينظر: الاستكثار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار (٥٧/٢٢)، والنوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات (١٦٢/٨)، وعقد الجواهر الثمينة (٢١٤/٣).
 - (٨) ينظر: نهاية المطالب (٦٦٠/١٨)، وبحر المذهب (١٧٩/١٤)، والوسيط في المذهب (٤٢٤/٧)، والنكت في المختلف في الخلاف بين الشافعية والحنفية (٥٩٠/٢).

المدعى عليه للمدعى، فالمدعى عليه إن لم يحلف لزمه الحق، ولا ترد اليمين على المدعى. وهو قول الإمام أبي حنيفة^(١)، ورواية عن أحمد^(٢).

وهو مذهب الحنفية^(٣)، والحنابلة^(٤)، وجمهور الكوفيين^(٥).

قال ابن حزم: القائلون بالمنع من رد اليمين أكثر من القائلين بردها^(٦).

ومما سبق من الخلاف في المسألة يتضح أن الإجماع لم يتحقق فيها؛ لثبوت الخلاف، حتى قال ابن العربي: هذه مسألة لم يختلف الناس في شيء أكثر من اختلافهم فيها^(٧).

والظاهر أنه لم يخفَ خلافُ الحنفية على الإمام مالك رضي الله عنه، فقد حكى الخلاف في كتاب السرقة من (المدونة) فقال: ليس كل الناس يعرف أن اليمين تُرد على المدعى^(٨).

وأما قوله في (الموطأ) بنفي الخلاف فقد قال عنه الباغي: قوله بعد ذلك: (فإن نكل المدعى عليه حلف صاحب الحق) ليس مما لا اختلاف فيه؛ فإن أبا حنيفة وأكثر الكوفيين لا يرون رد اليمين على المدعى بنكول المدعى عليه، ولا يثبت عندهم في جنبه مدعي المال، فيحتمل أن يريد بقوله: (إنه مما لا خلاف فيه في بلد من البلدان ولا بين أحد من الناس): إيجاب اليمين على المنكر دون رد اليمين على المدعى بنكول المنكر^(٩).

(١) ينظر: تحفة الفقهاء (١٨٣/٣).

(٢) ينظر: الهداية على مذهب الإمام أحمد (ص ٥٧١)، والمغني (٢٣٣/١٤).

(٣) ينظر: الأصل للإمام محمد بن الحسن (٥٧٦/٧)، وشرح مختصر الطحاوي للجصاص (١٠٧/٨)، والمبسوط (٣٤/١٧)، وبدائع الصنائع (٢٣٠/٦).

(٤) ينظر: الفروع (١٩٣/١١)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٢٥٤/١١).

(٥) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (١٦٥٩/٤).

(٦) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١٧٨/٤).

(٧) القيس في شرح موطأ مالك بن أنس (ص ٧٩٥).

(٨) ينظر: المدونة (٥٤١/٤).

(٩) المنتقى شرح الموطأ (٢٢١/٥).

وقال الزركشي: قال مالك في موطنه - وقد ذكر الحكم برد اليمين -: (وهذا مما لا خلاف فيه بين أحد من الناس، ولا ببلد من البلدان) والخلاف فيه شهير، وكان عثمان رضي الله عنه لا يرى رد اليمين ويقضي بالنكول، وكذلك ابن عباس، ومن التابعين: الحَكَم^(١) وغيره، وابن أبي ليلى، وأبو حنيفة وأصحابه. وهم كانوا القضاة في ذلك الوقت.

فإذا كان مثل من ذكرنا يخفى عليه الخلاف، فما ظنك بغيره؟^(٢)

(١) هو أبو عيسى، الحكم بن أبان العدني، روى عن طاوس وعكرمة، وروى عنه ابنه إبراهيم، وابن جريج، وسفيان بن عيينة، وقال عنه يحيى بن معين: الحكم بن أبان ثقة. توفي سنة (١٥٤هـ) وقيل سنة (١٥٥هـ).

ينظر: التاريخ الكبير للبخاري (٣٣٦/٢)، والجرح والتعديل (١١٣/٣).
(٢) البحر المحيط (٥١٨/٤)، وبمثله قال الشوكاني في إرشاد الفحول (٣٤٤/١).

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين في البَدْأ والختام، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير الأنام، وبعد ،،

فمن خلال هذه الدراسة لمسألة نفي العلم بالخلاف وأثره في ثبوت الإجماع توصلت إلى عدة نتائج، من أهمها ما يلي:

- ١- أن الإجماع لا ينعقد إلا باتفاق جميع المجتهدين.
 - ٢- اشتراط العلم بمواقع الإجماع بالنسبة للمجتهد حتى لا يفتي بخلاف الإجماع.
 - ٣- أن العلم باختلاف الفقهاء له أهمية كبرى في الاجتهاد والترجيح بين الأقوال المختلفة في المسائل الفقهية.
 - ٤- ليس كل خلاف يعتد به بين الفقهاء، وإنما يشترط للاعتداد به شروط، وقد سبق بيانها في المبحث الأول.
 - ٥- أن المراد بنفي العلم بالخلاف: أن يستقرئ الفقيه أقوال العلماء فلا يجد فيها خلافاً، أو يشتهر القول ولا يعلم أحداً أنكره.
 - ٦- أن الراجح في صيغة نفي العلم بالخلاف أنها لا تُعد إجماعاً، ولا يثبت بها الإجماع.
 - ٧- أن ما ورد في كتب الفقهاء من قولهم: (لا أعلم فيه خلافاً) ونحوه فمرده إلى عدم علم الناقل بوجود الخلاف في المسألة.
- ويوصي الباحث بالتوسع في دراسة المسائل الفقهية التي استُدل فيها بنفي

العلم بالخلاف، والتحقق من توافر شروط الخلاف فيها من عدمه؛ لإثبات انعقاد الإجماع فيها أو عدم انعقاده.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، والحمد لله رب العالمين.

مراجع البحث

أولاً: كتب التفسير:

- (1) أحكام القرآن، لأبي بكر، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، تحقيق الشيخ/ محمد الصادق قمحوي، ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، سنة (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م).
- (2) تفسير الطبري، المسمى جامع البيان عن تأويل آي القرآن، لأبي جعفر، محمد بن جرير الطبري، تحقيق الشيخ/ أحمد شاكر، والشيخ محمود شاكر، ط. مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الثانية، بدون تاريخ طبع.
- (3) تفسير الفخر الرازي، المسمى مفاتيح الغيب، لأبي عبد الله، محمد بن عمر بن الحسن التيمي الرازي، ط. دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٠١هـ - ١٩٨١م).
- (4) تفسير القرطبي، المسمى الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، لأبي عبد الله، محمد بن أبي بكر القرطبي، تحقيق الدكتور/ عبد الله التركي، وآخرين، ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م).
- (5) اللباب في علوم الكتاب، لأبي حفص سراج الدين عمر بن علي بن عادل الدمشقي، تحقيق/ عادل أحمد عبد الموجود، وآخرين، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٩هـ - ١٩٩٨م).

ثانياً: كتب الحديث وعلومه:

- (6) الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، ط. دار قتيبية، دمشق، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م).
- (7) تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني ط. مؤسسة قرطبة، مصر، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م).
- (8) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لأبي عمر يوسف بن عبد البر الأندلسي،

ط. مؤسسة قرطبة، الرباط، سنة (١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م).

(9) تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، لابن قيم الجوزية، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة (١٤١٥هـ).

(10) التوضيح لشرح الجامع الصحيح، لابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي، ط. دار النوادر، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م).

(11) جامع بيان العلم وفضله ليويسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، ط. دار ابن الجوزي، الرياض، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م).

(12) سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط. دار إحياء الكتاب العربي (البابي الحلبي)، مصر، سنة (١٣٧٣هـ - ١٩٥٤م).

(13) سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، ط. دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م).

(14) سنن الترمذي المسمى (الجامع الصحيح) لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر، ط. مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الثانية، سنة (١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م).

(15) سنن الدارقطني، لعلي بن عمر الدارقطني، تحقيق/ شعيب الأرنؤوط، وآخرين، ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م).

(16) سنن الدارمي، لأبي محمد عبد الله الدارمي، تحقيق/ حسين سليم أسد الداراني، ط.

- دار المغني للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م).
- (17) السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، سنة (١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م).
- (18) السنن الكبرى لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م).
- (19) صحيح البخاري للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، ط. المكتبة السلفية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (١٤٠٠ هـ).
- (20) صحيح مسلم للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة (١٣٧٤ هـ - ١٩٥٤ م).
- (21) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، ط. دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة (١٣٧٩ هـ).
- (22) القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، لأبي بكر بن العربي المعافري، ط. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٩٩٢ م).
- (23) المستدرك على الصحيحين، لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري، وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي، الناشر: دار المعرفة، بيروت، لبنان، وهي مصورة عن الطبعة الهندية.
- (24) مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق/ شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م).

- (25) مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق/ محمد عوامة، ط. شركة دار القبلة بالسعودية، ومؤسسة علوم القرآن بسوريا، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م).
- (26) مصنف عبدالرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق/ حبيب الرحمن الأعظمي، ط. المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م).
- (27) المعجم الأوسط، للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق/ طارق بن عوض الله بن محمد، وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، ط. دار الحرمين، القاهرة، سنة (١٤١٥هـ - ١٩٩٥م).
- (28) معرفة السنن والآثار لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق الدكتور/ عبدالمعطي أمين قلعي، الناشر: جامعة الدراسات الإسلامية بكراتشي، باكستان، ودار الوعي، حلب، سورية، ودار الوفاء بالمنصورة، مصر، الطبعة الأولى، سنة (١٤١١هـ - ١٩٩١م).
- (29) المنتقى شرح موطأ مالك، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، ط. مطبعة السعادة، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (١٣٣٢هـ).
- (30) الموطأ للإمام مالك بن أنس، ط. مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، أبو ظبي، الإمارات، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).
- (31) نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، لمحمد بن علي الشوكاني، ط. دار ابن الجوزي، الرياض، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٧هـ).

ثالثاً: كتب أصول الفقه:

- (32) الإبهاج في شرح المنهاج، لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، تحقيق الدكتور/ أحمد جمال الزمزمي، والدكتور/ نور الدين عبد الجبار صغيري، ط. دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دولة الإمارات العربية

- المتحدة، دبي، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م).
- (33) أثر الخلاف الفقهي في القواعد المختلف فيها ومدى تطبيقها في الفروع المعاصرة، د/ محمود إسماعيل محمد مشعل، ط. دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م).
- (34) إجماعات ابن عبد البر في العبادات جمعاً ودراسة، لعبد الله بن مبارك بن عبد الله البوصي، ط. دار طيبة، الرياض، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م).
- (35) إحكام الفصول في أحكام الأصول لأبي الوليد الباجي، تحقيق الدكتور/ عبد المجيد تركي، ط. دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، سنة (١٤١٥هـ - ١٩٩٥م).
- (36) الإحكام في أصول الأحكام، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، ط. دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، بدون تاريخ طبع.
- (37) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي، ط. دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م).
- (38) الآراء الشاذة في أصول الفقه، د/ عبد العزيز بن عبد الله بن علي النملة، ط. دار التدمرية، الرياض، الطبعة الأولى، سنة (١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م).
- (39) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي الشوكاني، تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل، ط. دار الكتبي، القاهرة، سنة (١٩٩٢م).
- (40) الأساس في أصول الفقه، أ.د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم، ط. دار اليسر، الطبعة الأولى، سنة (١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م).
- (41) أسباب اختلاف الأصوليين دراسة نظرية تطبيقية، للدكتور/ ناصر بن عبد الله الودعاني، ط. مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، سنة (١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م).
- (42) الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، ط. المكتبة المكية، مكة المكرمة، ودار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٦هـ - ١٩٩٦م).
- (43) أصول السرخسي، لأبي بكر محمد السرخسي، تحقيق/ أبي الوفا الأفغاني، ط. لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد الدكن، الهند. (بدون تاريخ طبع).
- (44) أصول الشاشي لنظام الدين أبي علي أحمد بن محمد الشاشي، ط. دار ابن كثير، دمشق بيروت، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م).

- (45) أصول فقه الإمام مالك، لعبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، ط. جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٢م).
- (46) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية، تحقيق/ مشهور بن حسن آل سلمان، ط. دار ابن الجوزي، السعودية، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٣هـ).
- (47) البحر المحيط في أصول الفقه، لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، ط. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الطبعة الثانية، سنة (١٤١٣هـ - ١٩٩٢م).
- (48) بذل النظر في الأصول، لمحمد بن عبد الحميد الأسمندي، تحقيق الدكتور/ محمد زكي عبد البر، ط. مكتبة دار التراث، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م).
- (49) البرهان في أصول الفقه، لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، تحقيق الدكتور/ عبد العظيم الديب، ط. الشيخ خليفة بن حمد آل ثاني، الطبعة الأولى، سنة (١٣٩٩هـ).
- (50) التبصرة في أصول الفقه، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، تحقيق الدكتور/ محمد حسن هيتو، ط. دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، سنة (١٤٠٣هـ).
- (51) التحقيق والبيان في شرح البرهان في أصول الفقه، لعلي بن إسماعيل الأبياري، تحقيق الدكتور/ علي بن عبد الرحمن بسام الجزائري، ط. دار الضياء، الكويت، الطبعة الأولى، سنة (١٤٣٢هـ - ٢٠١١م).
- (52) التقريب والإرشاد للقاضي، أبي بكر محمد بن الطيب الباقلاني، تحقيق الدكتور/ عبد الحميد بن علي أبو زنيد، ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م).
- (53) التلخيص في أصول الفقه، لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، تحقيق الدكتور/ عبد الله جولم النيبالي، وشبير أحمد العمري، ط. دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م).
- (54) التمهيد في أصول الفقه، لمحفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني، ط. مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بكلية الشريعة بمكة المكرمة، الطبعة الأولى، سنة (١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م).
- (55) الجدل على طريقة الفقهاء؛ لأبي الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل الحنبلي، ط. مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، بدون تاريخ طبع.
- (56) حجية الإجماع وموقف العلماء منها، أ.د/ محمد محمود فرغلي، ط. دار الكتاب

- الجامعي، القاهرة، سنة (١٣٩١هـ - ١٩٧١م).
- (57) روضة الناظر وجنة المناظر، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، ط. مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة السابعة، سنة (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).
- (58) شرح العمدة، لأبي الحسين، محمد بن علي البصري، تحقيق الدكتور/ عبد الحميد أبو زنيد، ط. المطبعة السلفية، القاهرة، سنة (١٤١٠هـ).
- (59) شرح المعالم لابن التلمساني، عبد الله بن محمد بن علي شرف الدين، تحقيق/ عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، ط. عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م).
- (60) شرح تنقيح الفصول، لشهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، ط. المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (١٤٣٢هـ - ٢٠١١م).
- (61) شرح مختصر الروضة، لنجم الدين سليمان بن عبد القوي الطوفي، تحقيق الدكتور/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م).
- (62) العقل الفقهي معالم وضوابط، د/ أبو أمامة نوار الشبلي، ط. دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م).
- (63) الفروق الأصولية في الإجماع والقياس جمعاً وتوثيقاً ودراسة، لثوف بنت ماجد بن عبد الله الفرغ، أطروحة ماجستير بقسم أصول الفقه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، سنة (١٤٢٦هـ).
- (64) الفروق، لشهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي، تحقيق: أ.د/ علي جمعة محمد، وأ.د/ محمد أحمد سراج، ط. دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢١هـ - ٢٠٠١م).
- (65) الفصول في الأصول، للإمام أحمد بن علي الرازي الجصاص، ط. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، الطبعة الأولى، سنة (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م).
- (66) الفوائد السنوية في شرح الألفية، لشمس الدين محمد بن عبد الدائم البرماوي، ط. مكتبة التوعية الإسلامية، الجيزة، مصر، الطبعة الأولى، سنة (١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م).
- (67) قواعد الاستدلال بالإجماع، د/ سعد بن ناصر الشثري، ط. دار كنوز إشبيليا، السعودية، الرياض، الطبعة الثانية، سنة (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).
- (68) قواطع الأدلة، لأبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، تحقيق

- الدكتور/ عبد الله بن حافظ بن أحمد الحكمي، ط. مكتبة التوبة، السعودية، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٩هـ - ١٩٩٨م).
- (69) قواعد أصول الفقه وتطبيقاتها، د/ صفوان بن عدنان داوودي، ط. دار العاصمة، الرياض، الطبعة الأولى، سنة (١٤٣١هـ - ٢٠١٠م).
- (70) المحصول في أصول الفقه، للقاضي أبي بكر بن العربي المالكي، ط. دار البيارق، الأردن، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م).
- (71) المحصول في علم أصول الفقه لفخر الدين محمد بن عمر الرازي، تحقيق الدكتور/ طه جابر العلواني، ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة (١٤١٣هـ - ١٩٩٢م).
- (72) مراتب الإجماع، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، ويلييه نقد مراتب الإجماع لابن تيمية، تحقيق حسن أحمد إسبر، ط. دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٩هـ - ١٩٩٨م).
- (73) المستصفي من علم الأصول، لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، تحقيق الدكتور/ محمد سليمان الأشقر، ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٧هـ - ١٩٩٧م).
- (74) المسودة، لأبي البركات عبد السلام بن تيمية، وولده عبد الحلیم بن عبد السلام، وحفيده أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام، تحقيق الدكتور/ أحمد بن إبراهيم الذروي، ط. دار الفضيلة، الرياض، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م).
- (75) مقدمة في أصول الفقه للقاضي أبي الحسن بن القصار المالكي، ط. دار المعلمة، الرياض، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م).
- (76) الموافقات، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، تحقيق/ مشهور بن حسن آل سلمان، ط. دار ابن عفان، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م).
- (77) موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، إعداد مجموعة من العلماء، ط. دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة (١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م).
- (78) نزهة خاطر العاطر شرح روضة الناظر وجنة المناظر، للشيخ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بدران، ط. دار الحديث، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٢هـ - ١٩٩١م).
- (79) نظرية التعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، د/ محمد الروكي، ط. مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م).

- (80) نفائس الأصول في شرح المحصول، تأليف شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المشهور بالقرافي، تحقيق/ عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، ط. مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م).
- (81) نهاية الوصول في دراية الأصول، لصفي الدين، محمد بن عبد الرحيم الأرموي الهندي، ط. المكتبة التجارية، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م).
- (82) الواضح في أصول الفقه، لأبي الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن بن عقيل، تحقيق الدكتور/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م).
- (83) الوصول إلى الأصول، لأحمد بن علي بن برهان البغدادي، تحقيق الدكتور/ عبد الحميد علي أبو زنيد، ط. مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الأولى، سنة (١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م).

رابعاً: كتب الفقه:

الفقه الحنفي:

- (84) الآثار للإمام محمد بن الحسن الشيباني، ط. دار النوادر، سوريا، دمشق، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م).
- (85) الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصل الحنفي، ط. مطبعة الحلبي، القاهرة، سنة (١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م).
- (86) الأصل، للإمام محمد بن الحسن الشيباني، تحقيق الدكتور/ محمد بونوكالان، ط. دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م).
- (87) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين ابن نجيم الحنفي، ومعه منحة الخالق لابن عابدين، ط. دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- (88) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة (١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م).
- (89) البناية شرح الهداية، لبدر الدين، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد العيني، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م).
- (90) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، وبهامشه حاشية أحمد الشلبي، ط. المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، الطبعة الأولى، سنة

(١٣١٣هـ).

91) التجريد، لأبي الحسين، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري، تحقيق: أ.د/ علي جمعة محمد، وأ.د/ محمد أحمد سراج، ط. دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م).

92) تحفة الفقهاء، لعلاء الدين محمد السمرقندي، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م)، والطبعة الثانية، سنة (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م).

93) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، لأبي بكر علي بن محمد الحداد اليمني، ط. مكتبة حقانية، باكستان، بدون تاريخ طبع.

94) رد المحتار على الدر المختار المشهور بـ (حاشية ابن عابدين) لمحمد بن أمين الشهير بابن عابدين، تحقيق: عادل عبد الموجود، وعلي معوض، ط. دار عالم الكتب بالرياض، سنة (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م). (مطبوع معه تكملته لنجل المؤلف وتقريرات الرافي). .

95) شرح مختصر الطحاوي، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي، ط. دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، سنة (١٤٣١هـ - ٢٠١٠م).

96) طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف، لمحمد بن عبد الحميد الأسمندي، ط. مكتبة دار التراث، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م).

97) العناية شرح الهداية، لأكمل الدين، محمد بن محمد بن محمود البابرقي، ط. دار الفكر، بدون تاريخ طبع.

98) الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، لسراج الدين عمر بن إسحق بن أحمد الهندي الغزنوي الحنفي، ط. مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى، سنة (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م).

99) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، لجمال الدين أبي محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري، ط. دار القلم، سوريا، دمشق، الطبعة الثانية، سنة (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م).

100) المبسوط، لشمس الدين السرخسي، ط. دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م).

101) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان، المعروف بشيخي زاده، ومعه الدر المنتقى في شرح الملتقى، لمحمد بن علي بن محمد الحصري، المعروف بالحصكفي، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م).

- ١٩٩٨ م).

102) المحيط البرهاني في الفقه النعماني، لبرهان الدين، محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن مازة البخاري الحنفي، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م).

103) النهر الفائق شرح كنز الدقائق، لسراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م).

104) الهداية شرح بداية المبتدي، للإمام برهان الدين، علي بن أبي بكر المرغيناني، ط. دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

الفقه المالكي:

105) الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان، ط. دار ابن عفان، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م).

106) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد، أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، تحقيق ماجد الحموي، ط. دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م).

107) التاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الغرناطي، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٦ هـ - ١٩٩٤ م).

108) التبصرة، لعلي بن محمد الربيعي، المعروف بالرخمي، تحقيق الدكتور/ أحمد عبد الكريم نجيب، ط. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، سنة (١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م).

109) التفرغ في فقه الإمام مالك بن أنس، لعبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجلاب المالكي، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م).

110) التنبهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، لأبي الفضل، عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن يحيى، تحقيق الدكتور/ محمد الوثيق، والدكتور/ عبد النعيم حميتي، ط. دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م).

111) الجامع لمسائل المدونة، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن يونس الصقلي، ط. معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، الطبعة الأولى، سنة (١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م).

- 112 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين الدسوقي، وبهامشها الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، ط. دار إحياء الكتب العربية بمصر (البابي الحلبي) (بدون تاريخ طبع).
- 113 الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق الدكتور / محمد حجي، ط. دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٩٩٤م).
- 114 شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، ط. دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ طبع.
- 115 عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لجلال الدين، عبد الله بن شاس، تحقيق / محمد أبو الأجنان، وعبد الحفيظ منصور، ط. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٥ هـ - ١٩٩٥م).
- 116 عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار، لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي المالكي المعروف بابن القصار، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، سنة (١٤٢٦هـ - ٢٠٠٦م).
- 117 القوانين الفقهية، لابن جزى، ط. دار الحديث، القاهرة، سنة (١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥م).
- 118 الكافي في فقه أهل المدينة، لأبي عمر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، ط. مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، الطبعة الثانية، سنة (١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠م).
- 119 المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٥ هـ - ١٩٩٤م).
- 120 المسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة توثيقاً ودراسة، د/ محمد المدني بوساق، ط. دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات، دبي، الطبعة الثانية، سنة (١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢م).
- 121 المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي أبي محمد، عبد الوهاب المالكي، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة: (١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م).
- 122 المقدمات الممهديات، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ط. دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة (١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨م).
- 123 مواهب الجليل شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله، محمد بن محمد المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني، ط. دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، سنة (١٤١٢ هـ - ١٩٩٢م).

124) النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي زيد القيرواني، ط. دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (١٩٩٩م).

الفقه الشافعي:

125) أحكام النساء، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن إبراهيم بن العطار، تحقيق الدكتورة/ إيمان بنت محمد علي عزّام، ط. دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م).

126) أدب القاضي، لأبي الحسن، علي بن محمد بن حبيب الماوردي، ط. مطبعة الإرشاد بغداد، سنة (١٣٩١هـ - ١٩٧١م).

127) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لأبي يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، ط. دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ طبع.

128) الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، ط. دار الوفاء بالمنصورة، مصر، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م).

129) بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي، لأبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (٢٠٠٩م).

130) البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحيى العمراني، ط. دار المنهاج، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م).

131) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، ط. المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، سنة (١٣٥٧هـ - ١٩٨٣م).

132) التعليقة على مختصر المزني، للقاضي أبي محمد الحسين بن محمد بن أحمد المرزوقي، ط. مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة.

133) التهذيب في فقه الإمام الشافعي، لأبي محمد، الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م).

134) حاشيتنا قلبوبي وعميرة، لأحمد سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة، ط. دار الفكر، بيروت، سنة (١٤١٥هـ - ١٩٩٥م).

135) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، تحقيق/ علي معوض، وعادل عبد الموجود، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م).

- 136) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، لسيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي الففال، ط. مكتبة الرسالة الحديثة، المملكة الأردنية، عمان، الطبعة الأولى، سنة (١٩٨٨م).
- 137) روضة الطالبين لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، تحقيق/ عادل عبد الموجود وعلي معوض، ط. دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، طبعة خاصة، سنة (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م).
- 138) الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، لأبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، ط. المطبعة الميمنية، بدون تاريخ طبع.
- 139) فتح العزيز بشرح الوجيز، عبد الكريم بن محمد الرافي القزويني، ط. دار الفكر، بدون تاريخ طبع.
- 140) كفاية النبيه في شرح التتبيه في فقه الإمام الشافعي، لنجم الدين أحمد بن محمد ابن الرفعة، تحقيق الدكتور/ مجدي محمد سرور باسلوم، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (٢٠٠٩م).
- 141) المجموع شرح المذهب للشيرازي، تأليف أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، تحقيق/ محمد نجيب المطيعي، ط. مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، سنة (١٩٨٠م).
- 142) محاسن الشريعة للإمام محمد بن علي بن إسماعيل الشاشي، تحقيق: علي إبراهيم مصطفى، ط. الفاروق الحديثة، القاهرة. الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م).
- 143) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد بن الخطيب الشربيني، تحقيق/ محمد عيتاني، ط. دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م).
- 144) المذهب في فقه الإمام الشافعي، لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، ط. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م).
- 145) النجم الوهاج في شرح المنهاج، لأبي البقاء، محمد بن موسى الدميري، ط. دار المنهاج، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).
- 146) النكت في المختلف في الخلاف بين الشافعية والحنفية، لأبي القاسم أحمد بن منصور بن عبد الجبار السمعاني، تحقيق الدكتور/ حسن بن عون العرياني، ط. مكتبة الإمام الذهبي، الكويت، الطبعة الأولى، سنة (١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م).
- 147) نهاية المطلب في دراية المذهب، لإمام الحرمين عبد الملك الجويني، تحقيق الدكتور/ عبد العظيم الديب، ط. دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م).

148) الهداية إلى أوام الكفاية، لجمال الدين عبد الرحيم الإسنوي، مطبوع مع كفاية النبيه في شرح التنبيه في فقه الإمام الشافعي، لنجم الدين أحمد بن محمد ابن الرفعة، تحقيق الدكتور/ مجدي محمد سرور باسلوم، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (٢٠٠٩م).

149) الوسيط في المذهب، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، ط. دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٧هـ).

الفقه الحنبلي:

150) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، تحقيق الشيخ محمد حامد الفقي، ط. مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م).

151) شرح الزركشي على مختصر الخرقى، لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، ط. مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٣هـ - ١٩٩٣م).

152) شرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، تحقيق الدكتور/ عبد الله التركي، ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢١هـ - ٢٠٠١م).

153) العدة شرح العمدة، بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد المقدسي، ط. دار الحديث، القاهرة، سنة (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م).

154) عمدة الحازم في الزوائد على مختصر أبي القاسم، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ط. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م).

155) الفروع، لشمس الدين، محمد بن مفلح المقدسي، ومعه تصحيح الفروع للمرادوي، وحاشية ابن قندس لتقي الدين البعلي، تحقيق الدكتور/ عبد الله التركي، ط. مؤسسة الرسالة، ودار المؤيد، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م).

156) الكافي في فقه الإمام أحمد، لموفق الدين ابن قدامة، تحقيق الدكتور/ عبد الله التركي ط. هجر للطباعة والنشر، مصر، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٧هـ - ١٩٩٧م).

157) كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور البهوتي، تحقيق/ محمد أمين الصناوي، ط. عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٧هـ - ١٩٩٧م).

158) المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن مفلح، تحقيق/ محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٨هـ).

- (١٩٩٧م).

159) مسائل الإمام أحمد بن حنبل برواية ابنه عبد الله، ط. المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (١٤٠١هـ - ١٩٨١م).

160) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه برواية إسحاق بن منصور المروزي، تحقيق عدد من الباحثين، ط. الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، السعودية، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).

161) المسائل الفقهية من كتاب الروائين والوجهين، للقاضي أبي يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف، تحقيق الدكتور/ عبد الكريم بن محمد اللاحم، ط. مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الأولى، سنة (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م).

162) المغني، لموفق الدين، أبي محمد، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق الدكتور/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، ط. دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة، سنة (١٤١٧هـ - ١٩٩٧م).

163) الممتع في شرح المقنع، لزين الدين المنجى بن عثمان التنوخي الحنبلي، ط. مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، الطبعة الثالثة، سنة (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م).

164) الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، لأبي الخطاب، محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوزاني، تحقيق: عبد اللطيف هميم، وماهر ياسين الفحل، ط. مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).

الفقه العام:

165) الإجماع، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ط. دار الآثار للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).

166) الإقناع في مسائل الإجماع، لأبي الحسن علي بن القطان الفاسي، تحقيق الدكتور/ فاروق حمادة، ط. دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، سنة (١٤٣٢هـ - ٢٠١١م).

167) الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، ط. دار طيبة، الرياض، الطبعة الأولى، سنة (١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م).

168) مجموع الفتاوى، لنقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، ط. مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، السعودية، سنة (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م).

169) المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، تحقيق/ الشيخ أحمد

- محمد شاكر، ط. إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (١٣٤٧هـ).
- (170) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، تأليف ديبان بن محمد الديان، ط. مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، الطبعة الثانية، سنة (١٤٣٢هـ).
- (171) الموسوعة الفقهية الكويتية، إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الطبعة من (١٤٠٤ - ١٤٢٧هـ).
- (172) موقف الأمة من اختلاف الأئمة، للشيخ عطية محمد سالم، ط. دار الجوهرة، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، سنة (١٤٢٦هـ).

خامساً: كتب اللغة والمصطلحات:

- (173) تاج العروس من جواهر القاموس، لأبي الفيض، محمد الحسيني الزبيدي، تحقيق: علي هلال، ط. حكومة الكويت، الطبعة الثانية سنة (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م).
- (174) التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، ط. دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م).
- (175) التوقيف على مهمات التعاريف، لعبد الرؤوف بن المناوي، ط. عالم الكتب، القاهرة الطبعة الأولى، سنة: (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م).
- (176) الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري، تحقيق/ أحمد عبد الغفور عطار، ط. دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة (١٩٧٩م).
- (177) طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، لنجم الدين أبي حفص عمر بن محمد النسفي، تحقيق الشيخ خالد عبد الرحمن العك، ط. دار النفائس، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م).
- (178) غريب الحديث لأبي سليمان الخطابي، تحقيق: عبد الكريم العزباوي، ط. مركز إحياء التراث الإسلامي بمعهد البحوث العلمية بجامعة أم القرى بمكة المكرمة - الطبعة الثانية (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م).
- (179) الفائق في غريب الحديث والأثر، لأبي القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري، ط. دار المعرفة، لبنان، الطبعة الثانية، بدون تاريخ طبع.
- (180) الكليات، لأبي البقاء، أيوب بن موسى الكفوي، ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة (١٤١٩هـ - ١٩٩٨م).
- (181) لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور، ط. دار المعارف، مصر. (بدون تاريخ طبع).

- 182) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تأليف: أحمد بن محمد المقري الفيومي، ط. المطبعة الأميرية، القاهرة، الطبعة الخامسة، سنة (١٩٢٢م).
- 183) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، أ.د/ محمود عبد الرحمن عبدالمنعم، ط. دار الفضيلة، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م).
- 184) معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام هارون، ط. دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة (١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م).
- 185) المفردات في غريب القرآن، لأبي القاسم الحسين بن محمد، المعروف بالراغب الأصفهاني، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، ط. دار القلم، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٢هـ).

سادساً: كتب التراجم:

- 186) الأعلام، لخير الدين بن محمود بن محمد الزركلي الدمشقي، ط. دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة عشرة، سنة (٢٠٠٢م).
- 187) التاريخ الكبير، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، ط. دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الدكن.
- 188) تذكرة الحفاظ (طبقات الحفاظ) لشمس الدين الذهبي، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، مصورة عن طبعة دائرة المعارف العثمانية، الهند، الطبعة الثالثة، سنة (١٣٧٧هـ).
- 189) ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي عياض بن موسى السبتي، تحقيق/ محمد بن تاويت الطبخي، ط. مكتبة فضالة بالمحمدية، المغرب، الطبعة الثانية، سنة (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م).
- 190) تقريب التهذيب، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد ابن حجر العسقلاني، ط. دار الرشيد، سوريا، الطبعة الأولى، سنة (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م).
- 191) الجرح والتعديل، لأبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم الرازي، ط. مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد الدكن، الهند، الطبعة الأولى، سنة (١٢٧١هـ - ١٩٥٢م).
- 192) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون، ط. دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، سنة (١٩٧٢م).
- 193) سير أعلام النبلاء، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق/ شعيب الأرنؤوط، وآخرون، ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، سنة (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م).

- 194) شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، للشيخ محمد بن محمد مخلوف، ط. المكتبة السلفية، القاهرة، سنة (١٣٤٩هـ).
- 195) طبقات الحنابلة، للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى، تحقيق/ عبد الرحمن العثيمين، الناشر: الأمانة العامة للاحتفال بمرور مئة عام على تأسيس المملكة العربية السعودية، سنة (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م).
- 196) طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين أبي نصر عبد الوهاب السبكي، تحقيق/ محمود محمد الطناحي، وعبد الفتاح الحلو، ط. دار إحياء الكتب العربية، مصر، بدون تاريخ طبع.
- 197) طبقات الفقهاء، لأبي إسحاق الشيرازي، ط. دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، طبعة سنة: (١٩٧٠م).
- 198) طبقات النحويين واللغويين، لأبي بكر، محمد بن الحسن الزبيدي، ط. دار المعارف، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة (١٩٨٤م).
- 199) الكامل في ضعفاء الرجال، لأبي أحمد بن عدي الجرجاني، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م).

تقنية بلوك تشين

«Blockchain»

وأثرها في أحكام العقود الذكية

دراسة فقهية مقارنة

دكتور/ أحمد عيد عبد الحميد إبراهيم

أستاذ الفقه المقارن المساعد

بجامعة الأزهر

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، وأشهد أن لا إله إلا الله ولي الصالحين، وأشهد أن سيدنا محمداً رسول الله ﷺ.

أما بعد، فإن العالم الآن يشهد تقدماً تقنياً في كثير من المجالات ويتحول إلى عالم رقمي، وذلك بدخوله في الثورة الصناعية الرابعة والتي تتجه إلى الثورة الرقمية.

ومن المسائل شديدة الأهمية تقنية سلسلة الكتل المعروفة بمصطلح «بلوك تشين» والتي تهدف إلى توثيق كل الخطوات وتشفيرها وحفظها في أكثر من مكان، والتي تختصر الكثير من الخطوات وتؤكد على العولمة في التصرفات المالية، ومن المؤكد أن هذه التقنية ستكون في المستقبل القريب هي البوابة لكثير من التعاملات الالكترونية وربما تؤثر على كثير من القطاعات التي لا تتطور وتكيف أعمالها مع ما يستجد من تقنيات، وقد شهد مجال التجارة الالكترونية المزيد من التقدم والتطور والإقبال الكبير، وظهر في عالمنا ما يعرف بالعقود الذكية أو العقود آلية التنفيذ التي تختصر الكثير من طرق التعاقد التقليدي، بل وتؤدي إلى إكمال التعاقد بصورة آلية، وتنقل التعاقد من الثقة بالأفراد إلى الثقة بالخوارزميات والبرمجيات المحوسبة.

وهذا المجال يحتاج إلى مزيد من البيان والتوضيح لبعض أحكامه، كما أنه قد يشهد العديد من المنازعات التي تحتاج إلى فصل في إثبات الحقوق لأصحابها، وقد يكون ذلك صعباً عسيراً في بعض الأحوال؛ نظراً لأن بعض البرامج التي يقوم عليها تعتمد لغة التشفير بغرض الحماية، وهذا التشفير قد لا يكون معروفاً

لبعض المتعاملين أو لبعض القضاة الذين يتصدون للفصل في القضايا، كما أن التشريعات القانونية لا تتناول هذه التقنية بصورة مباشرة، وهذا يسبب متاعب كثيرة أمام القضاة والمحامين، ويلقي بالمسؤولية على المشتغلين بالعلم الشرعي في أن يبحثوا عن حل لهذه الإشكالات.

ولما كان الفقه الإسلامي لا بد وأن يساير الواقع ويضع له الحلول فضلا عن ضرورة استشراف المستقبل كانت فكرة هذا الموضوع ليجيب عن بعض الإشكالات المتعلقة بهذه التقنية المعاصرة «تقنية البلوك تشين وأثرها في أحكام العقود الذكية»

مشكلة الدراسة:

- ما هي تقنية بلوك تشين وما مميزاتها؟
 - ما هي العقود الذكية وما أهم أحكام التعامل بها؟
 - أثر تقنية البلوك تشين على العقود الذكية من حيث انعقادها أو إثباتها.
- المنهج المتبع:** المنهج الوصفي الذي يقوم على جمع البيانات والمعلومات لوصف المفردات الواردة المتعلقة بموضوع البحث وتحليلها، كما أني سأستخدم المنهج المقارن بين المذاهب الفقهية الذي يصف الحالة، ويبرز أوجه الاتفاق والاختلاف بينها، وأهم أدلتها التي تعتمد عليها.

الدراسات السابقة في الموضوع:

لم أعر على دراسة متكاملة بهذا العنوان -فيما اطلعت عليه من دراسات- ، ولكن توجد بعض البحوث تناولت مسائل أشرت إليها في بحثي هذا، وقد تنوعت

هذه الدراسات فركز بعضها على الجانب التقني، وتناول أكثرها بعض المسائل الشرعية التي أشرت إليها في بحثي، ومن هذه الدراسات ما يلي:

أ- دراسات تناولت الجانب التقني ومنها:

١- أبرز المجالات والصناعات التي يمكنها أن تستفيد من تقنية بلوك تشين، وهو مقال منشور على موقع عملات بتاريخ ٢٦/٤/٢٠١٨ ويهتم المقال ببيان أبرز المجالات التي يمكن أن يستفاد بتقنية البلوك تشين فيها، وقد استندت منه في معرفة مجالات تسهم تقنية البلوك تشين في تطويرها.

٢- استخدام تقنيات البلوك تشين لتطوير الأصول الوقفية نموذجاً نشرت في المؤتمر العالمي حول الدين والثقافة والحوكمة في العالم المعاصر ICRCG ٣-٤ أكتوبر ٢٠١٨ كوالالمبور _ ماليزيا وتهتم الدراسة ببيان كيفية تفعيل تقنية البلوك تشين في حفظ وتنمية وتطوير الأموال الموقوفة.

٣- استكشاف تقنية البلوك تشين وتطبيقاتها في المالية الإسلامية، إعداد: د. زاهرة بني عامر، أ. آلاء تحسين وركزت الدراسة على تقنية البلوك تشين وتناولتها من النواحي الفنية، واستعرضت أهم التحديات التي تواجهها.

٤- سلسلة الكتل والعقود الذكية، إعداد: قمر الزمان حافظ - أسماء هوارى - أمانة سمره - نادر برويز، وهي دراسة تهتم ببيان التقنية وما يتعلق بها، وبيان بعض منتجاتها كالعملات الرقمية والعقود الذكية وأهم مميزاتا وعيوبها، ولم تتعرض للجوانب الشرعية أو الأحكام الفقهية.

ب- دراسات تناولت الجانب الشرعي وهي متنوعة وتناولت بعض جزئيات هذه الدراسة ومنها:

١- دورة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة والعشرون التي عقدت في دبي ٢٠١٩ بالتعاون مع دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، وتناولت بحوثها مسائل العقود الذكية، وبعض الأحكام الشرعية الخاصة بها.

٢- بحثان منشوران في ندوة البركة التاسعة والثلاثون للاقتصاد الإسلامي والتي عقدت في جدة ٨-٩ رمضان ١٤٤٠ هـ الموافق ١٣-١٤ مايو ٢٠١٩ م، الأول منهما عنوانه: «مقدمة عن العقود الذكية د. أحمد خالد البلوشي، واهتم ببيان العقود الذكية وتقنية البلوك تشين من الناحية الفنية وكيفية الاستفادة بها في المصرفية الإسلامية، والبحث الثاني عنوانه: «العقود الذكية والبنوك الرقمية والبلوك تشين»، د/ عبد الستار أبو غدة واهتم ببيان مفهوم العقود الذكية واستعرض بعض مزاياها وعيوبها وحكمها وتخريجاتها الشرعية، ولكن بصورة مختصرة جداً.

٣- العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير للباحث/ ميكائيل رشيد علي الزبياري بالجامعة العراقية، وهي دراسة اهتمت بالتعاقد الإلكتروني على شبكة الإنترنت بصورة عامة من حيث طبيعة التعاقد، ومجلس العقد وأحكام التعاقد ومشروعية الخيار فيه وإثبات العقود الإلكترونية، وهي دراسة وافية استندت منها لكنها لم تتعرض للتقنية محل دراستي حيث إن هذه الدراسة تناولت العقود الإلكترونية بصورة عامة كما أنها ركزت على الموقف القانوني كما أن دراستي اقتصرت على أثر التقنية في انعقاد العقود الذكية، وليس كل العقود الإلكترونية، حيث إنَّ العقود الذكية أخص من العقود الإلكترونية.

٤- بعض البحوث التي تناولت بعض المسائل التفصيلية، كمسائل الإثبات الإلكتروني وغيرها؛ وهذه الدراسات أشرت إليها في موضعها من البحث وذكرتها في قائمة المراجع.

التكامل بين هذه الدراسة وما سبق من الدراسات:

لا شك أنني استفدت من جميع الدراسات السابقة، وقد فتحت لي هذه الدراسات الكثير من الآفاق ووسعت لي المدارك، وأمل أن تأتي دراستي لتكون حلقة في سلسلة الدراسات الخاصة بهذه القضية لتجمع شتات بعض المسائل التي ذكرت منثورة أو لم يتم تفصيلها في كثير من الدراسات السابقة، ولقد حرصت على أن تكون دراستي مركزة على الربط بين تقنية البلوك تشين، وكيف تؤثر في تكييف الحكم الفقهي على العقود الذكية، وكيف تساهم هذه التقنية في مسائل الإثبات للعقود الذكية، وكيف يمكن تفعيلها لتوثيق العقود وإثباتها بوجه عام.

خطة البحث: يشتمل هذا البحث على مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة:

أما المقدمة: فتتناول أهمية الموضوع والتعريف به، ومنهج البحث وخطته، وأما المباحث الثلاثة فجاءت كما يلي:

المبحث الأول: التعريف بتقنية البلوك تشين، والعقود الذكية، وفيه مطالب:

المطلب الأول: تقنية البلوك تشين المفهوم، والخصائص والمجالات.

المطلب الثاني: العقود الذكية مفهومها، وتكوينها ومجالاتها .

المطلب الثالث: بعض أحكام العقود الذكية.

المبحث الثاني: دور تقنية البلوك تشين في التغلب على الإشكالات الفقهية

المتعلقة بتكوين العقود الذكية وفيه مطالب:

المطلب الأول: أهلية المتعاقد وكيفية التحقق منها في العقود الذكية:

المطلب الثاني: مدى تحقق الإيجاب والقبول في العقود الذكية:

المطلب الثالث: الإيجاب الإلكتروني والقبول:

المطلب الثالث: اتحاد مجلس العقد، ومدى توافره في العقود الذكية:

المطلب الرابع: لزوم العقود الذكية، وعدم إمكانية التراجع عنها:

المبحث الثالث: دور تقنية البلوك تشين في التغلب على مشكلات إثبات العقود الذكية.

المطلب الأول: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي بين الإطلاق والتقييد:

المطلب الثاني: تأصيل مدى تحقق وسائل الإثبات في تقنية البلوك تشين.

المطلب الثالث: دليل الكتابة، ومدى توافره في تقنية البلوك تشين

المطلب الرابع: التوقيع الإلكتروني، ومدى توافره في تقنية البلوك تشين.

المطلب الخامس: دليل الشهادة ومدى توافرها في تقنية البلوك تشين:

المطلب السادس: الإثبات بالاستفاضة، ومدى توافرها في البلوك تشين.

المطلب السابع: الإثبات بناء على شهادة الخبراء، ومدى انطباقها على تقنية البلوك تشين.

الخاتمة: وتتضمن أهم نتائج البحث وتوصياته.

المطلب الأول: التعريف بتقنية البلوك تشين وعناصرها الأساسية، وفيه فروع:

الفرع الأول: التعريف بالبلوك تشين:

أصل كلمة «بلوك تشين» هي كلمة غير عربية، وهي ترجمة حرفية من اللغة الإنجليزية لكلمة Blockchain؛ وتعني حماية البيانات والمعلومات، والبعض يستخدمها كما هي (البلوك تشين)، كما هو الحال عند استخدام لفظ «كمبيوتر» تليفون»، والبعض يطلق عليها باللغة العربية (سلسلة الكتل) أو (سلاسل الكتل)، ونظراً لجدّة هذا المصطلح فإن التعريفات لم تستقر على تعريف واحد محدد لهذه التقنية، وإنما تعددت التعريفات لبيان ماهيتها وحقيقتها، وأختار منها ما يلي:

١. هي أشبه بقاعدة بيانات ضخمة تسجل حركة المعاملات المالية على شبكة من أجهزة الكمبيوتر، ويتم تحديث نسخ هذه القاعدة باستمرار وتلقائياً، ويشترك جميع المتعاملين في نفس قاعدة البيانات الموزعة بينهم والغير قابلة للتغيير أو التعديل أو حتى الاختراق.

٢. هي عبارة عن قاعدة بيانات تستخدم آلية التشفير لبناء سجل من البيانات، دفترى، إلكتروني لامركزي، مترابط، تاريخي، غير قابل للتعديل أو التلاعب، ويمتاز بالشفافية والسرعة والسهولة في إجراء العمليات المعنية به في بناءه، والتأكد من صحته والحفاظ عليه بحسب الأنظمة والتعليمات ذاتية التشغيل المقننة للاستخدام.

٣. البلوك تشين: عبارة عن تقنية لتخزين وإضافة والتحقق من صحة بيانات المعاملات في شبكة كمبيوتر مفتوحة عن طريق تقنيات التشفير بطريقة تضمن

صحة البيانات وثباتها وسلامتها من خلال آلية إجماعية غير مركزية مكونة من جميع المشاركين في شبكة البلوك تشين، وأجهزة الكمبيوتر المرتبطة بالشبكة، تسمى العقد لأن لديهم نسخاً متطابقة من قاعدة البيانات، وتسمى هذه التقنية أيضاً باسم تكنولوجيا دفتر الحسابات الموزع (غير مركزي).^(١)

تعقيب على التعريفات: الناظر في التعريفات السابقة وغيرها يجدها تحاول شرح حقيقة هذه التقنية، ولهذا رأينا بعضها يتسم بالطول ويحاول إبراز كيف تتم هذه التقنية وكيف تعمل وكيف اكتسبت ثقة الأفراد.

وأرى أن التعريف الأولى من وجهة نظري هو أنها: تقنية تسعى لتوثيق كل الخطوات الإلكترونية والتحقق من البيانات والتعاملات والمصادقة عليها، وحفظها بطريقة مشفرة على شبكات خاصة، وتعتمد مبدأ التعامل المباشر بين الأطراف دون حاجة إلى تدخل طرف ثالث.

فهذا التعريف -وإن كان لم يف بالغرض المطلوب من بيان هذه التقنية- أراه أولى من غيره من التعريفات، حيث إنه مختصر، وأبرز بعض خصائص هذه التقنية وسماتها المميزة لها، والتي من أهمها خاصية التوثيق والتأكد من صحة البيانات، والرقابة على تنفيذها، وحفظها في أكثر من مكان حتى يعطيها مصداقية في التعامل، كما أنه أشار إلى أن هذا السجل لا يخضع لإشراف رسمي

(١) مستقبل سلسلة الكتل على الصيرفة الإسلامية ص ٧، استكشاف تقنية البلوك تشين في المالية الإسلامية ص ٣، العقود الذكية د منذر قحف ، ود محمد شريف العمري ص ١٤ منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين ، البلوك تشين: الثورة التكنولوجية القادمة في عالم المال والإدارة ص ٣ إيهاب خليفة نشر بمجلة المستقبل العدد ٣ ، ٢٠٠٢ مارس ٢٠١٨ ، تقنية BLOCKCHAIN والعملات الإلكترونية إعداد الدكتور/ عدنان مصطفى البار، تقنية سلسلة الثقة (الكتل) وتأثيراتها على قطاع التمويل الإسلامي ص ٦ د/ منير ماهر أحمد ، العقود الذكية عمر الجميلي ص ٧٣ ، ٧٤ منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين، بلوك تشين». نحو آفاق جديدة للحكومة مصطفى النمر نشر في تقارير المعهد المصري للدراسات السياسية والاستراتيجية بتاريخ ١٥/ نوفمبر ٢٠١٧ م.

ولا حكومي، بل يعتمد ما يطلق عليه مصطلح الند للند «Peer to Peer» وهو التعامل المباشر البعيد عن رقابة السلطات والقوانين.

الفرع الثاني: مميزات تقنية البلوك تشين وعيوبها، وفيه غصنان:

الغصن الأول: أهم المميزات: لا شك أنّ تقنية البلوك تشين لها العديد من المميزات التي ستسهم بصورة كبيرة في حركة التجارة وانتقال الأموال، وتوثيق المعاملات وتيسيرها، ولعل من أهم المميزات المترتبة على التوسع في هذه التقنية ما يلي:

أولاً: التخلص من دور الوساطة المالية والتجارية: فهي تسمح للمستخدمين لها بالاطلاع على البيانات ومشاركتها مع أطراف أخرى وحمايتها، فلا حاجة للوسطاء الذين يهتمون بتخليص المعاملة أو توثيقها أو الشهادة عليها، فيستغني العميل بذلك عن المصارف وعن مكاتب الوساطة التجارية وغيرها من المؤسسات التي كانت تكلفه الكثير.

ثانياً: شفافية المعاملات وأمانها الكبير: تتمتع تقنية البلوك تشين بقدر كبير جداً من الشفافية والأمان، ولعل السبب في ذلك يعود إلى ما يلي:

أ- توزيع البيانات وحفظها على العديد من الأجهزة: حيث إن بيانات التعامل لا يحتكرها جهاز واحد ولا شخص واحد، بل تنسخ هذه البيانات على العديد من الأجهزة وتنتشر حول العالم، وهذا يقلل من احتمال ضياعها أو فقدها، حيث إنها لم توثق في دفتر واحد، بل في آلاف بل ملايين الدفاتر.

ب- أن البيانات المخزنة لا يمكن لشخص واحد أن يقوم بتغييرها أو تعديلها: لأن أي إجراء لا بد وأن يوافق عليه جميع المشتركين عبر الأجهزة، وفي حال

وجود أي شبهة لن تتم الموافقة تلقائياً، بل ستقوم الشبكة برفض المعاملة، فأى بيانات عليها تتمتع بالحماية وصعوبة التلاعب بها أو الاختراق لها.

ج- دقة التوثيق: فكل معاملة مالية في تقنية البلوك تشين سواء أكانت صغيرة أم كبيرة يتم تسجيلها في «بلوك» وكل بلوك يحتوي على طابع زمني خاص به ويرتبط بالبلوك السابق، وتقوم أجهزة الحاسب الآلي بفحص كل معاملة مقارنة بالمعاملات السابقة، والتحقق منها وإضافتها إلى بلوك جديد في السلسلة أو ملف جديد على دفتر الحسابات، ولذلك فمن المستحيل لأي شخص أن يخدع تقنية البلوك تشين عن طريق محاولة إنفاق نفس الأموال مرتين، أو العبث بأي بيانات مسجلة عليها.

د- بسبب توزيع المخاطر فيصعب فقد هذه البيانات أو اختراقها أو التعديل عليها جميعاً، بل أي تعديل أو تلاعب سيوضح ويظهر للجميع، ولذلك ينص خبراء التقنية أنه لم تثبت حالة اختراق واحدة لهذه التقنية منذ تفعيلها عام (٢٠٠٨ م مع أنها ما زالت في بداياتها وفي مرحلة التطوير، وهو ما يعتبر إنجازاً كبيراً في قطاع أمن المعلومات. (١)

هـ- أنها لا يمكن التراجع عنها أو إنكار التعاملات التي تتم عن طريقها، فلا تسمح التقنية بتغيير البيانات أو العبث بها بل تضعها داخل كتلة، وكل كتلة تكون عليها حماية خاصة لها، فلا يمكن للمرسل أن يدعي إرساله الأموال للمستقبل وأنها ضاعت أثناء التحويل، ولا يمكن للمستقبل أن ينكر أنه استقبل أموالاً لأن كل المعاملات مرئية للجميع، وكل طرف له صلة سيكون قادراً على رؤية ملف المعاملة المالي على البلوك تشين.

(١) العقود الذكية د/ منذر قحف، ود/ محمد شريف العمري ص١٥ ، ١٦ ، البلوك تشين: الثورة التكنولوجية القادمة في عالم المال والإدارة أ. إيهاب خليفة ص ٥ ، الثورة الصناعية الرابعة بين البلوك تشين والعملات المشفرة لمجموعة من الكتاب ص ٦٦ ، ٦٧ ط: قنديل للطباعة والنشر الإمارات الطبعة الأولى.

ثالثاً: أنها برمجية مفتوحة المصدر: ويمكن للأشخاص استخدام هذه التقنية في أي تطبيق يريدونه، وهذا ساعد على دخول هذه التقنية إلى مجالات كثيرة وبأسعار منخفضة، ويساعد هذا على إلغاء احتكار بعض الشركات المهيمنة في الأسواق.

رابعاً: سهولة تتبع مختلف المعاملات: حيث إنها تعتمد على توثيق كافة المعاملات والإجراءات وتحدد الزمن والخطوات التي تمت فيه، وأي الخطوات جاءت أولاً، وكيف انتقلت المعاملات من حاسب إلى حاسب ومن حساب إلى حساب، وكيف انتقل من يد إلى يد مع السرعة في التداول والتعامل؛ لأنها تعتمد على الحواسيب ذات الإمكانيات العالية من السرعة والدقة.

خامساً: أنها تقنية لامركزية توزيعية: حيث إنها لا تعتمد على جهة مركزية في حفظ البيانات وتدقيقها ومعالجتها ونقلها، بل تعتمد اللامركزية في تعاملاتها؛ فهي تقوم على إنشاء دفتر حسابات موزع، ويقصد به تخزين البيانات (الملفات) في كثير من الأماكن المختلفة حول العالم تلقائياً مرتبطة بآلاف من الأجهزة الحاسوبية، ولا يعرف المركز أو المتحكم في هذه الأجهزة، اللامركزية، وهذا يجعل التعامل يتم بسهولة ويسر وسلاسة.

سادساً أنها تتمتع بالاستقلالية، وهذا يعني: أن كل نقطة من نقاط الشبكة مستقلة عن الأخرى وغير متأثرة بها، ولهذا يمكن وصف البلوك تشين بأنه «دفتر أستاذ» عالي الشفافية والمضمون، ويعتبر مخزناً لمعاملات يمكن أن تخضع للمراجعة بشكل مستقل، كما يسمح باسترجاع معلومات الملفات بطريقة آمنة وسريعة، ويصبح دفتر الأستاذ اللامركزي سجلاً متبعاً لتسجيل وإدارة حقوق الملكية. (١)

(١) مستقبل سلسلة الكتل على الصيرفة الإسلامية ص ١٢، ١٣، ماهية العقود الذكية ص ٢٥ د هناء الحنيطي منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين ، البلوك تشين: الثورة التكنولوجية القادمة في عالم المال والإدارة أ. إيهاب خليفة ص ٦ ، ٧.

الفصل الثاني: أهم السليبات المرتبطة بالبلوك تشين:

هناك العديد من المخاطر والسليبات التي تؤثر في هذه التقنية، والتي حاول العلماء أن يضعوا الآليات التي تهدف إلى التغلب عليها أو تفادي وقوعها، ومن أهم تلك السليبات ما يلي:

١- **فقدان السيطرة عليها**، وصعوبة التحكم فيها من قبل الحكومات والإدارات المركزية؛ لأنها تتمتع باللامركزية، ولا تستطيع حكومة أو جهة أن تتحكم فيها، وهذا وإن كان ميزة في بعض الأحوال لكنه قد يكون عيباً في أحوال أخرى.

٢- **صعوبة حذف البيانات**، وهذا وإن كان ميزة لكنه أيضاً يمثل خطورة كبيرة في حال أراد صاحب البيانات ذلك.

٣- **عدم القدرة على إخفاء المعلومات عن الآخرين في حال اتسامها بالخصوصية**: فمن سليات هذا التقنية كشف المعلومات لجميع المشتركين على الشبكة وعدم وجود خصوصية للحسابات المصرفية أو المالية، وهذا قد يؤدي إلى ارتكاب بعض الجرائم كالسرقة أو السطو أو الابتزاز، مع العلم بأن جميع التعاملات التي يقوم بها المستخدم تتم تحت عنوان واسم يختاره المستخدم يخفي هويته الحقيقية ويستطيع تغييره عند حدوث أي تسريب للمعلومات، ولكن حجم المعاملات والتحويلات وميزانية كل مستخدم تبقى متاحة للجميع ويمكن لجميع من في الشبكة الاطلاع عليها؛ وقد أظهرت بعض الدراسات أنه يمكن التوصل لصاحب الحساب الحقيقي عن طريق الربط ما بين الحساب ومعلومات الجهاز المستخدم عن طريق رقم ال IP الخاص بكل جهاز، وهناك العديد من الطرق للتوصل إلى صاحب الحساب الحقيقي، وهذا قد يمثل خطورة كبيرة على حفظ الأموال وصيانتها.

٤- ضياع المفاتيح الخاصة وكلمة المرور، فلو فقد أحد الناس كلمة المرور الخاصة به فإنه لا يمكنه الدخول إلى الشبكة وتضيع عليه أمواله التي يملكها ولا سند له على ملكيتها إلا تقنية البلوك تشين، ويظهر هذا بصورة أكبر في العملات الافتراضية، مثل: البيتكوين وغيرها التي تعتمد على النقل من حساب البائع إلى حساب المشتري ولا تظهر إلا في منصة البلوك تشين.

٥- تواجدها العديد من التحديات ومن أهمها:

- أ- **تحديات قانونية:** حيث لم يوجد اعتراف دولي رسمي بها، ولم تصدر قوانين تنص على التعامل بها أو الاعتراف بآثارها ونتائجها؟؟
- ب- **تحديات اقتصادية:** وتتمثل في الكلفة العالية للتحويل إليها واعتمادها والعمل بها، فهي تحتاج إلى كلفة عالية جداً لأنها تتطلب مواصفات عالية من الأجهزة والتقنية والطاقة الكهربائية الكبيرة .
- ج- **تحديات شرعية:** وتتمثل في عدم قدرة أطراف العقد أو وكلائهم على فهم عملية التشفير في العقد الذكي، وكلاهما يعتمد على تفسير المبرمجين، وفي الشريعة لا بد من معرفة أطراف العقد لكل بنود التعاقد وطبيعته حتى يكون صحيحاً.

واقترح بعض الباحثين حلاً لهذه المشكلة: أن يكون لكل طرف من أطراف العقد برنامجاً يعمل كترجم تقني يوضح شروط وعناصر العقد، كحل مؤقت حتى تستقر هذه التقنية وتصبح واضحة للجميع.

د- تحديات تقنية وتتمثل في:

١- **سعة التخزين:** لأنها تتطلب حفظ جميع البيانات للتحقق من صحة المعاملات، ومع زيادة المعاملات تزداد الحاجة إلى مساحات أكبر للتخزين، وعلى سبيل المثال: ففي الوقت الحالي تجاوزت بلوكتشين البيتكوين ١٠٠ جيجا بايت، وهذه مساحة كبيرة جداً وتسبب إشكالية، إذ أصبح دفتر الأستاذ كبير جداً بحيث لا يمكن للأفراد تنزيله وتخزينه، ويلزم إعادة تنزيل كامل حجم البيتكوين ١٠٠ جيجا بايت لإضافة معاملة جديدة لبلوك تشين البيتكوين.

٢- **بطء معالجة العمليات:** بسبب السعة التخزينية الكبيرة فإن بلوك تشين البيتكوين يمكنها فقط معالجة ما يقرب من ٧ معاملات في الثانية، وبالتالي لا تتم تلبية متطلبات معالجة ملايين المعاملات فوراً في الوقت نفسه حيث إن قدرات الكتل صغيرة جداً. (١)

الفرع الرابع: كيفية الانضمام لشبكة البلوك تشين ومجالات الاستفادة بها، وفيه غصنان:

الغصن الأول: كيفية الانضمام: عندما يريد المشترك أن ينضم إلى شبكة البلوك تشين؛ فإن هذا سيتم عبر آليات معينة منها:

1- في حال الرغبة في الدخول للشبكات العامة فيمكن للشخص استخدام تطبيقات البلوك تشين مثل تنزيل المحفظة (Wallet) الخاصة بإرسال واستقبال العملات الرقمية، ومن الأمثلة على ذلك: إنشاء محفظة على موقع (Blockchain) لإرسال واستقبال العملات الرقمية مثل البيتكوين، فيصبح

(١) البلوك تشين: الثورة التكنولوجية القادمة في عالم المال والإدارة أ. إيهاب خليفة ص ٦،٧ ، استكشاف تقنية البلوكتشين وتطبيقاتها في المالية الإسلامية ص ١٢ وما بعدها ،إعداد: د.زاهرة بني عامر، أ. آلاء تحسين.

المشترك من ضمن الأجهزة التي تقوم بعملية التحقق من عمليات الإرسال والاستقبال.^(١)

2- في حال الرغبة في الدخول للشبكات الخاصة، فإنها تتطلب دعوة من طرف إلى آخر تعرض على المشاركين الحاليين ولهم أن يوافقوا على انضمام عضو جديد أو يرفضوا، ويمكن للجهة التنظيمية أن تصدر تراخيص للمشاركة يجب التصديق على صحتها من جانب مصمم الشبكة، أو تضع مجموعة من القواعد وتفرض قيوداً على من سيسمح له بالمشاركة، وتحدد المعاملات التي يسمح له بالمشاركة فيها.^(٢)

ومن خلال تجربة الباحث في الدخول إلى شبكة البلوك تشين العامة يمكن ملاحظة وتسجيل ما يلي:

- أن الراغب في الانضمام للشبكة يقوم أولاً بتسجيل بياناته وبريده الإلكتروني، ويعطي كافة البيانات المطلوبة عنه، ويقوم بوضع كلمة للمرور، ولا يسمح له بالدخول إلى شبكة البلوك تشين إلا بإرسال رسالة إلى بريده الإلكتروني تفيد بأن هناك محاولة للدخول إلى حساب البلوك تشين الخاص به، وتحدد له نوع الجهاز الذي تمت المحاولة منه، ويتم سؤاله عبر البريد الإلكتروني عن مدى موافقته على الدخول عن طريق هذا الجهاز فإن أبدى موافقته تم دخوله وإلا فإنه لا يسمح له بالدخول.

- وبعد الدخول يجد قائمة العملات الموجودة؛ فيختار رابطها، فإن كان يريد الشراء كلمة طلب ثم يحدد القيمة ويحدد المحفظة التي يريد أن ينقل إليها، وفي الغالب هنا هي محفظته التي يريد إدخال النقود إليها.

(١) ما هي تقنية البلوك تشين وكيف تعمل مقال منشور على الشبكة الدولية <https://itcommunity.com/post/com-blockchain-86%D9%8A%D8%B4%D9%83%D8%AA%88%D9%84%D9%D8%A8%D9-%88%87%D9%D9-85%D8%A7%D9/>

(٢) الثورة الصناعية الرابعة بين البلوكتشين والعملات المشفرة لمجموعة من الكتاب ص ٦٦، ٦٧ ط: قنديل للطباعة والنشر الإمارات الطبعة الأولى.

- أما إن كان يريد البيع أو التحويل فإنه يختار العنوان الذي يرسل إليه، ولا بد وأن يكون لديه رصيد حتى يسمح له بالنقل، وإن كان ليس لديه رصيد فإن الخيار الذي يقتضي إكمال المعاملة لا يستجيب بأي حال من الأحوال، وهناك خيار خاص بالبيع والشراء وخيار آخر للمبادلات، وغير ذلك من الخيارات التي يحتاج إليها المتعامل بالشبكة.^(١)

العنصر الثاني: مجالات الاستفادة بتقنية البلوك تشين:

تقنية البلوك تشين على الرغم من حداثتها؛ إلا أنها أصبحت تلعب دوراً أساسياً في التكنولوجيا المعاصرة وتسهم في الاقتصاد بدور كبير، والمجالات التي تسهم فيها هذه التقنية كثيرة ومتعددة، ويمكن في الإجمال تقسيمها إلى مجالات رئيسة منها ما يلي:

١- **مجال القطاع المالي والمصرفي:** وهذا المجال في مقدمة المجالات المستفيدة من هذه التقنية حيث يمكن للمصارف الاستفادة بها في العديد من تعاملاتها مثل تطبيقات العقود الذكية، والرهنانات والضمان، والتجارة الإلكترونية، والإقراض المباشر من شخص لشخص، وكذلك تطبيقات العملات الرقمية، مثل: البيتكوين وغيرها من العملات كالرپيل والإثيريوم وغيرها، والتي يمكن التعامل بها في كثير من القطاعات التي تحتاج إلى البنوك.^(٢)

٢- **قطاع الاستيراد والتصدير:** تساعد تقنية البلوك تشين على حفظ سجلات التبادل التجاري، وتسهيل الدفع العالمي.^(٣)

(١) تحليل لتجربة الباحث بالدخول للموقع العام لشبكة البلوك تشين وإنشاء حساب عليه بتاريخ ايناير ٢٠٢٠م. <https://www.blockchain.com/>

(٢) استخدام تقنية البلوك تشين في تطوير الأصول الوقفية.

(٣) بحوث ندوة البركة مقدمة عن العقود الذكية تحليل للشكل رقم ٣ ص ١٧٣، أبرز المجالات والصناعات التي يمكنها أن تستفيد من تقنية بلوك تشين مقال منشور على الشبكة العالمية بتاريخ ٢٦/٤/٢٠١٨ م ، استكشاف تقنية البلوك تشين ص ٨ ، الكتل والعقود الذكية ص ١٤ .

٣- قطاع العقارات ونقل الملكية العقارية:

٤- حفظ السجلات وإثبات الملكية:

٥- مجال التصويت والانتخابات: حيث يمكن استخدام التقنية في تسجيل الناخبين والتحقق من هوياتهم، وحصر الأصوات الإلكترونية لضمان عدد الأصوات.

٦- مجال الرعاية الصحية:

٧- مجال العمل الخيري والوقف والتبرعات: حتى يضمن المتبرع وصول أمواله إلى المستحقين ومن أراد أن تصل إليهم.^(١)

المطلب الثاني: العقود الذكية مفهومها وتكوينها ومجالاتها

من التطبيقات المرتبطة بتقنية البلوك تشين ما يعرف بالعقود الذكية التي أصبحت تتطور بشكل متسارع حتى تكاد أن تحل محل العقود التقليدية، وحتى نعرف ماهية هذه العقود وطبيعتها لا بد من التعريف أولاً بالعقود بصورة مختصرة ثم نعرض على العقود الذكية بعد ذلك، ومما لا شك فيه أن الفقه الإسلامي تناول العقود وبين أحكامها، وجاءت آيات القرآن الكريم أمرة بالوفاء بها فقال تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٢) وبين الفقهاء أحكام التعاقد، وعرفوا العقود بأنها كل ما يدل على التقاء الإرادتين ويربط بينهما، وأبين فيما يلي تعريف العقود الذكية، ثم أنتقل إلى مجالات الاستفادة بها وأهم مميزاتها وعيوبها، وذلك في الفروع التالية :

(1) مقال على الشبكة العنكبوتية بعنوان ١٩ مجالات سيزعجها البلوك تشين سليمان بن حمد البطحي، استخدام تطبيقات البلوك تشين لتطوير الأصول الوقفية بحث منشور في المؤتمر العالمي حول الدين والثقافة والحكومة في العالم المعاصر ٣-٤ أكتوبر ٢٠١٨ كوالالمبور _ ماليزيا.

(2) من الآية ١ من سورة المائدة.

الفرع الأول: تعريف العقود الذكية: تعددت التعريفات في بيان ماهية العقود الذكية وتصويرها، وقد تحدث العالم الأمريكي (نيك سزابو) Nick Szabo مكتشف العقود الذكية عام ١٩٩٤م، وعرفها بأنها: «بروتوكولات المعاملات المحوسبة التي تنفذ شروط العقد». (١)

ومن أهم تعريفاتها ما يلي:

١- هي: برامج وتطبيقات برمجية قائمة بذاتها تنفذ تلقائياً أحكام وشروط العقد، دون الحاجة إلى التدخل البشري، ويمكن أن تتضمن العقود الذكية جميع المعلومات حول شروط العقد وواجباته وحقوق الأطراف والرسوم، وكافة العناصر التي ينبغي وجودها في العقد بحيث يتم تنفيذ جميع الإجراءات تلقائياً دون اللجوء لخدمات الوسطاء. (٢)

٢- هي: عقود آلية تبنى من خلال لغات البرمجة وتعمل في إطار تقنية سلسلة الكتل. (٣)

٣- عقد يعتمد على تكنولوجيا البلوك تشين ويجمع طرفين أو أكثر، يمكن برمجته إلكترونياً، ثم تنفيذ بنوده بشكل تلقائي بمجرد تحقق أحداث معينة أو شروط محددة مسبقاً. (٤)

فيتضح من التعريفات السابقة أن العقود الذكية هي عقود عادية من حيث أصلها، لكنها تتحول من الصورة العادية إلى الصورة الآلية في التنفيذ، وذلك

(١) العقود الذكية في ضوء الأصول والمقاصد والمآلات د قطب مصطفى سانو ص ١٠ منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين .

(٢) استخدامات تقنية البلوك تشين في المالية الإسلامية ص ٩ .

(٣) مقال منشور على شبكة الانترنت. بعنوان ما هو العقد الذكي. <https://ar.cryptonews.com/guides/what-is-a-smart-contract.htm>

(٤) بحوث ندوة البركة ص ١٧٣، العملات الرقمية وعلاقتها بالعقود الذكية ص ١٠ د/ غسان الطالب منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين ، ماهية العقود الذكية د هناء محمد الحنيطي ص ١٩ .

عن طريق برمجيات معينة وآليات وطرق، حيث يتم الإشراف على تنفيذ العقد عن طريق البرمجيات، كما يتم تنفيذ اللوائح والقوانين عن طريقها كذلك.

ومن الممكن وصف العقود الذكية بأنها مقارنة التكنولوجيا مع آلية البيع، وهي تتيح إجراء معاملات وتنفيذ التزامات، مع استخدام العملات الرقمية عن طريق الكمبيوتر المبرمج، ويشبهها بعض الباحثين ب (إذا... فإن) أي: الشرط والجزاء بالتعبير النحوي، والفكرة الكامنة في العقود الذكية أن البرامج تستطيع إتمام عمليات التعاقد دون تدخل طرف ثالث.^(١)

الفرع الثاني: كيف تعمل العقود الذكية ومكوناتها، وفيه غصنان:

الغصن الأول: خطوات عمل العقود الذكية:

تتميز العقود الذكية عن العقود التقليدية بأنها يتم إنشاؤها بواسطة تقنيات الاتصال الحديثة، وبالتالي فهي في الواقع رمز أو شيفرة تذكر التزامات الأطراف الذين يتعاقدون عبرها، ويلتزمون باتفاق رقمي ملزم، وهذا العقد لا يعمل ما لم يتم استيفاء متطلبات التنفيذ.^(٢) وتتسم إجراءات العقود الذكية بنوع من التعقيد، لكن يمكن تلخيصها وبيانها بشكل مبسط في صورة عقد بيع كما يلي:

الخطوة الأولى: يقوم الطرف الأول (البائع) بإنشاء عقد ذكي محديداً فيه النوع والشروط التي بمجرد تحققها يتم تنفيذ العقد، ويتم تسجيل شروط العقد التي يرتضيها الطرفان على شبكة البلوك تشين، ويتم ربط العقد بمختلف الأنظمة الداخلية أو الخارجية حسب طبيعة وشروط العقد.

(١) بحوث ندوة البركة ص العقود الذكية والبنوك الرقمية والبلوك تشين د/ عبد الستار أبو غدة ص ٢١٤.

(٢) الرؤية المقاصدية للعقود الذكية ص ١٧ منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين .

الخطوة الثانية: يتم تحديد الأصل أو السلعة محل العقد؛ وبيان مختلف خصائصه كالسعر، العملة.

الخطوة الثالثة: تحديد مختلف الأطراف المعنية بالعقد، وهما البائع والمشتري، بالإضافة إلى المؤسسات المصرفية الخاصة بكل واحد منهما والجهات الحكومية ذات الصلة، وبمجرد ربط العقد الذكي بمختلف الأنظمة ذات الصلة، تقوم خوارزميات خاصة بتقييم بنود أو شروط العقد بشكل مستمر، وذلك في انتظار تحقق أي منها، ويرسل العقد الذكي تقارير دورية إلى كل من المنظمين والمدققين بهدف التحقق من مصداقية البيانات.

الخطوة الرابعة: يقوم البرنامج بالتحقق من الشروط ومراجعتها، فبمجرد ما أن يحقق الطرف الثاني (المشتري) لشروط العقد، فإن العقد وبصورة آلية يقوم بتنفيذ عملية التبادل.^(١) وفي الغالب يتم التأكد من تحقق ثلاثة شروط هي:

١- تطابق اسم البائع مع المالك الأصلي للسلعة حسب ما تم التصريح به في المرحلة الثالثة من العقد.

٢- احتواء الرصيد المصرفي للمشتري على مبلغ أكبر أو يساوي سعر السلعة محل العقد.

٣- نجاح تحويل المبلغ المالي المتفق عليه بين الطرفين، فإذا تم التأكد من تحقق هذه الشروط نفذ العقد تلقائياً دون الحاجة إلى تدخل وسيط، وفي حال عدم تحقق أي شرط ينتهي العقد ولا ينفذ.

الخطوة الخامسة: أخيراً: يقوم العقد بقيود العملية وإضافتها إلى سجلات البلوك تشين، وبالتالي تصبح معلومات العملية عامة ومتاحة بصورة دائمة.

(١) العقود الذكية ص ١٨ د العياشي الصادق منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين.

وكل ذلك يتم آلياً دون الحاجة إلى تدخل بشري وبدون الحاجة أيضاً إلى وجود جهات وسيطة تضمن تنفيذ شروط العقد ويتم بسرعة وسلاسة كبيرة.^(١)

- مثال على تطبيقات العقود الذكية:

لو أراد (أ) أن يستأجر شقة من (ب) فيمكنه من خلال البلوك تشين أن يقوم بدفع الأجرة وسيحصل على إيصال يحتفظ به في عقده الافتراضي، ثم يحصل على مفتاح رقمي يعمل في تاريخ محدد ، وإذا لم يعمل في هذا التاريخ فإن البلوك تشين تعيد المبلغ المدفوع لحساب صاحبه، وإذا قام البائع بإرسال المفتاح قبل بدء تاريخ الاستئجار فستقوم بلوك تشين بإيقاف العملية، وبتسليم كلاً من الإيجار والمفتاح على التوازي في نفس الوقت عند وصول الموعد، وتشهد على هذا التبادل آلاف الأجهزة عبر سلسلة الكتل، ويتم إلغاء المستند تلقائياً حال عدم الالتزام، ولا يمكن التدخل في الشفرة من قبل أي من الطرفين دون معرفة الآخر نظراً لثبته جميع المشاركين بالعقد في نفس الوقت.^(٢)

العصن الثاني: مكونات العقد الذكي: يتكون العقد الذكي مما يلي:

- ١- **أطراف العقد:** وهم الراغبون في تنفيذ العقد لتحقيق آثاره وجني ثماره وفق شروط معينة، وهم مجهولو الهوية غالباً في حال كانت سلسلة الكتل من النوع المفتوح، ولا يمكن العلم بهويتهم الحقيقية إلا عن طريق التعقب والتتبع.
- ٢- **محل العقد أو موضوع العقد:** وهو ما يقوم به البرنامج بحيث يتمكن من تقييد كافة الأمور المتعلقة بالمحل للتعامل معها تقنياً.
- ٣- **التوقيعات الرقمية «الإلكترونية»:** بحيث تتيح لكافة المشاركين الدخول في الاتفاق عن طريق توقيع العقد عبر المفاتيح الخاصة لكل طرف.

(١) مقدمة عن العقود الذكية ص ١٧٤، ١٧٥، منشور بندوة البركة ، العقود الذكية ماهيتها واستخداماتها وكيفية عملها. مقال منشور على شبكة المعلومات الدولية <https://sa.investing.com> .
(٢) سلسلة الكتل والعقود الذكية ص ١١ .

٤- **شروط العقد:** وتمثل سلسلة دقيقة من العمليات، التي يجب على جميع المشاركين التوقيع عليها لإبداء الرضا والموافقة عليها.

٥- **(منصة) وهي النظام التقني الذي يقوم على اللامركزية:** ويتم نشر العقد الذكي في شبكة البلوك تشين وإتاحته بين جميع المشاركين.^(١)

الفرع الثالث: العلاقة بين العقود الذكية والبلوك تشين والتعاقد الإلكتروني:

لا شك أن: العقود الذكية ترتبط بتقنية البلوك تشين وترتبط بالتعاقد الإلكتروني وأبين هذه العلاقات في الأغصان التالية:

الغصن الأول: العلاقة بين البلوك تشين والعقود الذكية:

تُعدّ العقود الذكية والبلوك تشين تقنيتين مترابطتين، بحيث تشكّل البلوك تشين منصةً تطبيقية للعقود الذكية، أو بمعنى آخر فإنّ العقود الذكية يتم تطبيقها على البلوك تشين ولا يمكن تطبيقها بعيداً عن هذه التقنية.

الغصن الثاني: العلاقة بين العقود الذكية والتعاقد الإلكتروني:

قد تشتهب العقود الذكية بالتعاقد الإلكتروني، ولذلك فمن المهم بيان المراد بالعقود الإلكترونية ثم بيان الفرق بينها وبين العقود الذكية:

أولاً: تعريف التعاقد الإلكتروني:

١- **التعاقد الإلكتروني، هو:** اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عن بعد عبر الانترنت أو بوسائل الاتصالات المختلفة.

٢- **العقود الإلكترونية، هي:** العقود التي تتم عبر الأجهزة الإلكترونية الحديثة مثل الجوالات والألواح الإلكترونية والحواسيب وغيرها من خلال الشبكة

(١) العقود الذكية ص ١٧ د الصادق العياشي فداد.

العنكبوتية (الإنترنت) بوسائل التواصل المختلفة بالصورة أو الصوت أو المخاطبة الإلكترونية (الرسائل) عبر البريد الإلكتروني. (١)

والعقود الإلكترونية هي بهذا أشمل نطاقاً من العقود الذكية التي ينبغي أن تتوافر فيها إجراءات وشروط معينة. (٢)

فيتضح لنا: من تعريفات العقود الإلكترونية، أنها عقود الأصل فيها أن تتم بصورة عادية، ولكن نظراً لبعد ما بين العاقدين فأنها تتم عن طريق الشبكة العنكبوتية، ويتضح لنا أيضاً أن الجديد فيها هو استخدام تكنولوجيا الاتصالات في توثيق إرادة الطرفين والتعبير عنها من خلال هذه التقنيات.

فالعقود الذكية، وإن كانت تتفق مع العقود الإلكترونية في وجوه، فأنها تختلف عنها في كثير من الأمور الأخرى التي سأبينها فيما يلي.

ثانياً: وجوه الشبه والاختلاف بين العقود الذكية والتعاقد الإلكتروني:

أ- **وجوه الاتفاق:** تتفق العقود الذكية مع التعاقد الإلكتروني في كثير من الصور من أهمها ما يلي:

١- كلاهما يتم بصورة إلكترونية رقمية، ولا يحتاج إلى تعامل تقليدي مباشر، بل يتم في الغالب عن بعد، ويتم عن طريق الوسائل التكنولوجية المعاصرة.

٢- لا بد من توافر عنصرى الإيجاب والقبول في كل منهما، وأن يكونا واضحين تامين محددتين، واكتملت فيهما كافة الشروط الأخرى.

٣- لا بد من توافر كافة البيانات والمعلومات عن المعاملة وعن طرفيها في كل منهما.

(١) العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون ص ٤٦ رسالة ماجستير مقدمة من الباحث: ميكائيل رشيد علي إشراف الأستاذين: عبدة عامر توفيق ، عيسى خليل خير الله.
(٢) العقود الذكية د الصادق عياشي فداد ص ١٠ ، ١١ .

٤- يتفقان في أن مجلس العقد ليس مجلساً مباشراً، بل يتم عن طريق استخدام التقنيات الحديثة، فهو مجلس عقد حكومي افتراضي حيث يتبادل الطرفان الإيجاب والقبول إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت. (١)

ب- **وجوه الاختلاف بين العقود الذكية والتعاقد الإلكتروني:** وتظهر أهم وجوه الاختلاف بينهما فيما يلي:

١. العقود الذكية يتم تنفيذها بصورة آلية، ولا تحتاج إلى متابعة من الطرفين، ويقتصر دور الطرفين فقط على بيان الشروط والمواصفات المطلوبة، وبعد ذلك تتولى التقنية تنفيذ العقود.

٢. العقود الذكية تغني عن الوسطاء والوكلاء، فهي تقوم بالتوثيق ونقل الملكية وفحص شروط المشتري وبيان مدى مطابقتها للمواصفات المدونة من قبل البائع، وهذا يقلل من التكلفة ويزيد من سرعة التعاقد.

٣. في التعاقد الإلكتروني يظهر وجود مجلس العقد وهو مجلس الإيجاب والقبول وإن لم يكونا متزامنين، أما في العقود الذكية فلا يظهر وجود مجلس العقد، حيث إن كل طرف يبدي رغبته في البيع والشراء وتتولى العقود الذكية التنفيذ.

الفرع الرابع: مميزات العقود الذكية وعيوبها ومجالات تطبيقها:

بعد النظر في تعريفات العقود الذكية وبيان ماهيتها نجد أن العقود الذكية تتمتع بالعديد من المميزات، وفي المقابل نجد لها العديد من السلبيات التي تحيط بها.

وأستعرض فيما يلي أهم المميزات المقترنة بها، كما أبين العيوب المحيطة بها،

ومجالات تطبيقها، وذلك في الأغصان التالية:

(١) العقود الذكية ص ١٥ د عمر الجميلي منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين.

الغصن الأول: مميزات العقود الذكية:

العقود الذكية تتمتع بالعديد من المميزات، ومن أهمها تلك المميزات التي توفرها تقنية البلوك تشين -التي سبقت الإشارة إلى بعضها- فهي موجودة في العقود الذكية، مثل خاصية الأمان والثقة، فالعقد الذكي يكون مشفراً ومحموفاً لدى شبكة من المستخدمين، ويتمتع بالاستقلالية فلا حاجة لوجود خبراء ووسطاء، وبالتالي يوفر الوقت والمال^(١)، ومن الممكن تلخيص أهم فوائد ومميزات العقود الذكية فيما يلي :

- ١- أنها عقود آلية تبنى من خلال لغات البرمجة وتعمل في إطار تقنية سلسلة الكتل، وهذا يزيد في السرعة ويساعد على تبسيط العمليات المعقدة مع الدقة في التنفيذ.
- ٢- نقل معلومات دقيقة: حيث لن تتم الموافقة على المعاملة إلا إذا تم استيفاء جميع المعلومات المكتوبة للشيفرة، كما أن هذه الشروط مرئية لجميع المتعاملين والأطراف، ولذلك فإن حدوث الخطأ يكون احتمالاً ضعيفاً.
- ٣- الشفافية المطلقة في تنفيذ العقد الذكي؛ إذ يتم وضع الشروط والأحكام المتفق عليها من قبل الأطراف التعاقدية بدقة وتطبيقها بالتفصيل.
- ٤- الأمان والثقة: وذلك لأن العقد مشفر ومحموفاً بعدة نسخ لدى شبكة موزعة بين المستخدمين، ولا تتيح هذه العقود إمكانية التراجع عن تنفيذها.
- ٥- تقليل أو إزالة الحاجة إلى طرف ثالث للتوسط في المعاملة، حيث يمكن أن يؤدي ذلك إلى تخفيف العديد من العوامل التي تُعقد المعاملات المالية، مثل: (الحاجة إلى ضمان، والحاجة إلى وسطاء كالمحامين، أو الشهود، أو البنوك أو غير ذلك).

(١) استكشاف تقنية البلوك تشين ص ٩.

٦- عقود ذاتية التنفيذ وذاتية الرقابة: فلا تحتاج إلى تدخل البشر لتنفيذها، كما أنها أيضاً عقود ذاتية الرقابة.

٧- تُلزم الطرفين الامتثال للقواعد والمعايير الواردة في بنود العقد: من حيث جودة البضاعة مثلاً والشروط التي يستوجبها عقد التنفيذ، وعند مخالفة الشروط يتم تنفيذ الالتزام بدفع غرامات مالية أو استرجاع قيمة العقد حسب الاتفاق.

٨- تجنب المستندات الكثيرة وتكاليف المراسلات والاتصالات والكفاءة في استخدام الوقت ولا إلى مساحة تخزين في المكاتب.^(١)

الغصن الثاني: سلبيات العقود الذكية ومناقشتها:

هناك العديد من الإشكالات في تقنية العقود الذكية تتمثل في إشكالات اقتصادية وتقنية وقانونية وشرعية، ويمكن إجمال هذه الإشكالات فيما يلي:

أولاً: التحديات الاقتصادية وتتمثل فيما يلي:

١- فقدان كثير من الموارد التي كانت تأتي لخزينة الدول من الرسوم والضرائب، والتي تمثل مصدراً أساسياً تعتمد عليه أغلب الدول وتتفق منه على مصالحها العامة.

٢- من المحتمل أن تسبب خسائر فادحة لأحد الطرفين إذا وقع في خطأ بسبب جهله بهذه التقنية المتطورة، التي تتم بلغة البرمجة، والتي لا يعرفها كثير من المتعاقدين وتحتاج إلى خبراء وفنيين تقنيين لتوضيحها للمتعاملين بها.^(٢)

(١) العملات الرقمية وعلاقتها بالعقود الذكية ص ٣٩ د غسان الطالب ، ماهية العقود الذكية د هناء الحنيطي ص ٢٠، ٣٦ ، العقود الذكية مفهومها ومميزاتها وأركانها ص ٢٠ د إنصاف أيوب المومني ، تقنية البلوك تشين ودورها في المالية الإسلامية ص ٩، مقدمة عن العقود الذكية ندوة البركة ص ١٧٦ ، العقود الذكية ماهيتها واستخداماتها وكيفية عملها . مقال منشور على شبكة المعلومات الدولية [/https://sa.investing.com](https://sa.investing.com)

(٢) الرؤية المقاصدية للعقود الذكية ص ٣٥ ، ٣٦ ، ٣٧ ، العقود الذكية مفهومها ومميزاتها وأركانها ص ٢٥، ماهية العقود الذكية د هناء الحنيطي. مجلة مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين.

٣- أن فك شفرات العقد الذكي يحتاج إلى طاقة حوسبة عالية جداً، وهذا من شأنه أن يزيد في تكاليف الاستهلاك بما يطلبه من أجهزة ذات مواصفات خاصة وطاقة كهربائية كبيرة، وتدريب على استخدام هذه الأجهزة. (١)

مناقشة القول بهذه السلبيات من وجهة نظر الباحث:

ومن الممكن مناقشة ما يقال من تحديات اقتصادية، بأنه عند التحقيق لا تعتبر هذه من السلبيات ولا من الإشكالات، بل إن بعضها -عند التدقيق- ينبغي أن يذكر في معرض الإيجابيات، وبيان ذلك فيما يلي:

- القول بأن الدول تفقد بعض المصادر التي كانت تعتمد عليها، يمكن الإجابة عنه: بأن هذه العقود في المقابل توفر للأفراد الكثير من الأموال التي كانت ترهق كاهلهم وتتقص من أرباحهم، ويمكن للدول أن تفكر في وسائل بديلة تحصل بها على الأموال غير مورد الضرائب، كما أنها يمكن لها أن تتبنى هذه التقنيات وتشرف عليها وتتقاضى بعض الرسوم.

- وما قيل من أنها قد تسبب خسائر فادحة لأحد الطرفين إذا وقع في خطأ بسبب جهله بهذه التقنية، نقول: إن هذا لا يُعدُّ عيباً مرتبطاً بهذه التقنية؛ لأن المتعامل عن طريق التقنيات المعاصرة عليه أن يكون واعياً دقيقاً في تعاملاته حذراً من أي خطأ، كما أن هذا لا يرتبط بتقنية العقود الذكية فقط، بل هو مرتبط بأغلب التعاملات الإلكترونية.

- كما أن ما قيل من أن فك شفرات العقد الذكي يحتاج إلى طاقة حوسبة عالية جداً، نقول: إن هذا لا ينبغي النظر إليه؛ لأن التقنية وإن كانت تكلف

(١) تقنية البلوك تشين ودورها في المالية الإسلامية ص ١٠، مقدمة عن العقود الذكية د/ عبد الستار أبو غدة ص ٢١٦، الكتل والعقود الذكية ص ١٢.

بعض الأموال التي تذهب للكهرباء والأجهزة المتطورة فإنها توفر الوقت وتسهل المعاملات، وتساعد على إنجاز العديد منها في أوقات قصيرة وقياسية جداً، ولو قارنا بين ما تستهلكه وما تعود به على التعاملات من دقة وإنجاز وما تحققه من طفرة اقتصادية لوجدنا الفارق كبيراً والربح كثيراً.

ثانياً: التحديات التقنية ومن أهمها ما يلي:

١. عدم سلامتها من المخترقين لشبكات الانترنت والذين يقومون بالاستيلاء على الممتلكات أو المعلومات الشخصية والأموال (النقود الرقمية) التي تشمل عليها العقود الذكية، فيمكن اختراق النظام الإلكتروني، أو الرقمي -رغم صعوبته- وهذا قد يجعل هذه العقود غير آمنة من مخاطر الاحتيال من تقليد البرنامج، أو تزوير المعلومات، أو سرقتها، أو التحكم بها لصالح آخرين، أو نحو ذلك.

٢. أن البيانات التي يتم توفيرها للعقود الذكية لا تزال خاضعة لسيطرة أطراف خارجية، ولا يمكن الوثوق بها تماماً. (١)

مناقشة القول بالمشكلات التقنية: وما ذكر من مشكلات تقنية ليس بصحيح؛

لأن هذه العقود محمية عبر تقنية البلوك تشين، وهي تتخذ العديد من الآليات التي تحمي التعاملات التي تبرم عن طريقها، ومنها: ما تم ذكره سابقاً من أنها تحفظ نسخاً من كل معاملة على آلاف بل ملايين الأجهزة، وهذا الإجراء يجعل التعاملات موثوق بها تماماً، ولم يتم تسجيل حالة اختراق واحدة لشبكة البلوك تشين على مدار عشر سنوات وأكثر كما سبق بيان ذلك. (٢)

(١) العقود الذكية د منذر قحف، ود محمد شريف العمري. منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين ص ٢٧.

(٢) البلوك تشين: الثورة التكنولوجية القادمة في عالم المال والإدارة أ. إيهاب خليفة ص ٥، الثورة الصناعية الرابعة بين البلوك تشين والعملات المشفرة لمجموعة من الكتاب ص ٦٧، ٦٦ ط: قنديل للطباعة والنشر الإمارات الطبعة الأولى.

ثالثاً: مشكلات شرعية، وأبرزها ما يلي:

١. عدم قدرة أطراف العقد، أو وكلاؤهم، على فهم التفسير في العقد الذكي، واحتياجهم إلى تفسير المبرمجين، وهذا قد يجعل العقد فيه بعض الجهالة، وهذا لا يجوز في الشريعة الإسلامية، إذ لا بد من أن يعرف طرفي العقد بطبيعته وبكل شروطه وتفصيلاته.

٢. عدم مرونتها وعدم إمكانية التراجع عنها أو تعديلها، وهذا قد يمثل عائقاً كبيراً أمام المتعاملين، وقد ينتج عنه خلافات ونزاعات حقيقية، حيث إن العقود ينبغي أن يكون لها شيء من المرونة، ولذلك شرع الخيار وشرعت الإقالة، وهذا ما تميزت به العقود التقليدية التي يمكن تعديلها أو إنهاؤها بناء على اتفاق بين الطرفين، ولكن لا يمكن ذلك في العقود الذكية، لأن برامج الكمبيوتر ليس لديها مثل هذه الآلية.

٣. عدم إمكانية الربط بين الأطراف المتعاقدة، وذلك بسبب استخدام الاسم المستعار في العقد الذكي. (١)

وما قيل من مشكلات شرعية، سنتناول الإجابة عليه تفصيلاً في بيان حكم هذه العقود، ونؤكد أن هذه لا تعتبر إشكالات، وأن الجهالة بين طرفي العقد لا تضر، والأصل هو توافر الأهلية.

رابعاً: تحديات قانونية: وتتمثل فيما يلي:

١. العقود الذكية تعمل عبر البرامج الموزعة في جميع أنحاء العالم، ولذلك فمن الصعب تحديد القانون الواجب تطبيقه، وهذا يزيد من خطر النزاعات القضائية.

(١) ماهية العقود الذكية ص ٣٩، د هناء الحنيطي منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين.

٢. عدم اعتراف السلطات بقانونية العقود الذكية المالية، فلا توجد تشريعات وأنظمة تحكمه وتحسم قضاياها؛ إذ لم تحظ هذه العقود بعد بالاعتراف وبحق التقاضي لدى غالبية الدول، وبسبب طبيعة تعقيدات البلوك تشين والعقود الذكية يجد المحامون والقانونيون متاعب كثيرة في فهمها؛ مما يجعل من الصعب الحصول على موافقة الحكومات لاعتمادها.

٣. غياب سلطة الجهات الرقابية والحكومية والتنظيمية؛ لأن إبرام هذه العقود يتم وفقاً بصورة مباشرة بين الطرفين دون تدخل وسيط، وهذا يجعلها بعيدة عن الجهات الحكومية والتنظيمية والرقابية.^(١)

وممن الممكن مناقشة ذلك: بأن ما قيل من سلبيات قانونية لا يعد من السلبيات؛ لأن الغرض من هذه التقنية أن تكون بعيدة عن السيطرة، فلا تتحكم بها دولة ولا يستبد بها قانون، كما أن القول بأنها تتنازعها القوانين غير صحيح؛ لأن هذه التقنية لها قانونها الخاص الذي يتمثل في شروط المتعاقدين والمنظمين والمراجعين، فلن تكون هناك إشكالات قانونية أو نزاع قانوني؛ لأن هذه العقود لها عرفها وقانونها الخاص بها.

الفصل الثالث: مجالات تطبيق العقود الذكية، وأمثلتها:

هنالك أعداد هائلة من التطبيقات والمجالات التي من الممكن أن تستفيد من تقنية العقود الذكية، ومنها: كل المجالات التي سبقت الإشارة عليها في تقنية البلوك تشين وأخص منها بالذكر:

١- **مجال التصويت والانتخاب:** فمن الممكن أن يقوم الناخب بوضع مواصفات للمرشح الذي يختاره ويقوم المرشح بوضع برنامجه الانتخابي الحقيقي

(١) الرؤية المقاصدية للعقود الذكية ص ٣٤ ، ٣٥ د. /أحمد حسن الربابعة منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين.

عبر عقد ذكي، وإذا توافق البرنامج مع شروط الناخب تقوم التقنية بالتصويت له، ويستفيد هذا القطاع أيضاً برفع نسبة الإقبال على التصويت، حيث إنها توفر التردد على اللجان والوقوف في طوابير وإظهار الهوية والتأكد منها، واستكمال نماذج التصويت والفرز، وغير ذلك من الإجراءات التي تختصرها العقود الذكية في ثوان معدودة.^(١)

٢- **مجال الإدارة:** قد تساهم العقود الذكية، في زيادة كفاءة إدارة الشركات وحفظ المستندات، داخل الشركات، وذلك عن طريق وضع مجموعة من الضوابط والبروتوكولات، التي تضمن خروج المستندات، بشكل معين، ولو تم تطبيق هذا فلن تحتاج الشركات إلى عدد كبير من المدققين للتأكد من صحة تعاملاتها ومدى التزامها، باللوائح الداخلية للشركة.^(٢)

٣- **سائر عقود المعاوضات:** يمكن اللجوء إلى العقود الذكية من أجل إنجاز سائر أنواع عقود المعاوضات كالبيع والكرأ والإيجار والمضاربة والقرض، كما يمكن اللجوء إليها لإتمام عقود التبرعات كالهبة والصدقة والوكالة والضمان والعارية وغيرها، كما أنها يمكن الاعتماد عليها كذلك في تسليم التعويضات والغرامات.^(٣)

(١) الكتل والعقود الذكية ص ١٣.

(٢) الرؤية المقاصدية للعقود الذكية ص ٢٤ منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين .

(٣) العقود الذكية : ماهيتها , استخداماتها وكيفية عملها مقال منشور على شبكة المعلومات الدولية
[/https://sa.investing.com](https://sa.investing.com)

المطلب الثالث: بعض أحكام العقود الذكية:

لا شك أن العقود الذكية تحتاج إلى بيان أهم الأحكام الشرعية المترتبة عليها من حيث بيان طبيعتها وأركانها وتوافر العناصر الأساسية فيها وهذا ما سأتناوله في الفروع التالية:

الفرع الأول: طبيعة العقد الذكي وموقعه بين العقود: وفيه غصنان:

الغصن الأول: طبيعة العقد الذكي:

بالتأمل في شروط العقد الذكي ومواصفاته، نجد أنه يتردد بين كونه عقداً حقيقياً متكاملًا وبين كونه مجرد شروط داخل عقد، ولم تكتمل فيه أركان العقد، ولذلك اختلف فيه العلماء المعاصرون، وكان الخلاف على قولين:

القول الأول: العقود الذكية هي عقود حقيقية، وذلك لأنها تتوافر فيها أركان التعاقد كاملة، ولكنها تظهر بشكل ذكي غير تلقائي، وقال بهذا كثير من الفقهاء الذين كتبوا عنها وتناولوها بالدراسة والشرح والبيان كما يظهر هذا من كتاباتهم عنها، وسأذكر بعضاً من القائلين بذلك عند تناول أركان التعاقد.

الاتجاه الثاني: العقود الذكية لا تعتبر عقوداً بالمعنى الحقيقي، بل هي مجرد شروط تتسم بالشفافية والوضوح والسهولة والتيسير والتبسيط، وهذا يجعلها قابلة للتطبيق على كافة العقود والمعاملات والبيوع، فضلاً عن أنها تحمي العقود والمعاملات من التلاعب والتزوير والغش والأخطاء الصغيرة والكبيرة سواء في البيانات أو المستندات التي ينبغي توافرها لإتمام عقد أو إنجاز معاملة،^(١) ومن أبرز من يرى ذلك الدكتور قطب مصطفى سانو.

(١) العقود الذكية في ضوء الأصول والمقاصد والمآلات د قطب مصطفى سانو ص ١٦ منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين.

وبناء على هذا: فإن العقود الذكية ليست في حقيقتها عقوداً بالمعنى المعهود للعقد، ولكنها شروط جديدة تتضمن اتفاقاً بين الأطراف المتعاقدة على الالتزام بها من أجل تسهيل وتبسيط تنفيذ وإتمام العقود والمعاملات التي يقدمون عليها. والدليل على كونها ليست عقوداً، هو: الاتفاق على أنها عبارة عن بروتوكولات أي اتفاقيات بين الأطراف المتعاقدة من أجل تسهيل تنفيذ وإتمام عقد من العقود، مما يعني أنها نفسها ليست عقوداً إلا بالمعنى العام للعقد، وقد عبر عن هذا الأمر وأكده بعض المهتمين بدراسة هذه العقود وقضاياها، وهذا أكده «أم جي نيس موير» في مقال له بعنوان: هل العقود الذكية ملزمة قانوناً؟ ما هو العقد الذكي؟ حيث قال: «على الرغم من وجود «عقد» في اسمه فإن العقد الذكي ليس عقداً مجرداً، ولكنه في الواقع شكل من الوعد أحادي الجانب يتم تنفيذه بمجرد تلقي برنامج كمبيوتر لتعليمات معينة، ويحتوي العقد الذكي على شروط تعاقدية مشفرة في لغة كمبيوتر بدلاً من اللغة القانونية التي توجد في عقد تقليدي يتم بموجبه فرض الشروط تلقائياً بواسطة بروتوكول موضوع في الشبكة -سلسلة الكتل- لهذا؛ فإن الميزة الأساسية للعقد الذكي هي في الأداء الآلي.^(١)

الراجع:

وأميل إلى اختيار ما ذهب إليه أصحاب القول الأول: حيث إن هذه العقود هي صورة مستقلة عن العقود التقليدية يتم التنفيذ فيها تلقائياً بمراقبة التقنية المعاصرة وتكون ملزمة للطرفين، وتوافرت فيها كافة الشروط والاعتبارات لاعتبارها عقوداً، كما أن اعتبارها عقوداً يعطيها رחاباً أوسع ويجعل مجال التعاقد يتطور وفقاً للمستجدات الحديثة التي تظهر لنا كل حين.

(١) العقود الذكية في ضوء الأصول والمقاصد والمآلات د قطب مصطفى سانو ص ١٧ نقلاً عن www.legalvision.com.au

الغصن الثاني: موقع العقود الذكّية بين العقود:

تنقسم العقود بحسب قدرة المتعاقد على صياغة الشروط أو اختيارها أو تعديلها إلى عقود إذعان وعقود مساومات أو رضائية، فعقود الإذعان هي التي يتولى فيها الطرف الموجب وضع شروط محددة غير قابلة للمساومة أو التعديل أو الاعتراض عليها، ويعرض بمقتضاها سلعة أو خدمة ضرورية، ويقتصر دور القابل على الموافقة على العقد» (١)

وسميت إذعائاً، لأن القابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة مع الموجب كما يحصل عادة في العقود الأخرى، بل هو في موقفه من الموجب لا يستطيع إلا أن يأخذ أو يدع. (٢)

ومن أمثلة: هذه العقود التعاقد مع شركات الكهرباء والمياه والغاز والهاتف وغيرها من الشركات التي تضع شروطها وتصوغها، ويقتصر دور المتعاقد فقط على إبداء رغبته في التعاقد أو عدم التعاقد ولا يملك تعديل هذه الشروط. (٣)

أما القسم الثاني فهو عقود المساومات: وهي العقود التي تسبقها مفاوضات، ويقف أحد الطرفين على قدم المساواة مع الطرف الآخر. (٤)

والناظر لشكل العقد الذكّي قد يجده من عقود الإذعان التي يتولى أحد الأطراف فيها صياغة الشروط ويمليها على الطرف الآخر.

(١) عقود الإذعان أ.د./ محمود أحمد أبو ليل منشور في (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٤) الجزء (٣)) ج-١ ص ٢٧٦-٢٧٨.

(٢) عقود الإذعان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي الأستاذ الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرغور منشور في (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٤) الجزء (٣)) ج-١ ص ١٩٨-١٩٩.

(٣) عقود الإذعان في الفقه الإسلامي د رفيفي يونس المصري (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٤) الجزء (٣)) ج-١ ص ٣٦٠.

(٤) عقود الإذعان أ.د./ محمود أحمد أبو ليل (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٤) الجزء (٣)) ج-١ ص ٢٧٣-٢٧٤.

لكن النظرة الفاحصة لهذه العقود تخرجها عن طبيعة عقود الإذعان وتجعلها في مصاف عقود المساومات، لأن كل طرف يصوغ الشروط التي يريدها ويضع المواصفات التي يحتاج إليها، فالطرفان فيها متساويان من حيث وضع الشروط والمواصفات التي يريدها كل طرف.^(١)

الفرع الثاني: حكم التعاقد عند طريق العقود الذكوية:

بعد التأمل في طبيعة العقود الذكوية آلية التنفيذ يمكننا القول بأن هذه العقود مشروعة، ويجوز التعامل بها بضوابط وشروط، والدليل على جواز التعامل بها ما يلي:

١- القواعد والأصول العامة التي تبيح العقود، وتفيد بأن الأصل فيها الإباحة والحل، وتأمراً بالوفاء بالشروط فيها مثل قوله تعالى: «يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٢)، وقوله تعالى «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا»^(٣)، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم والصلح جائز بين المسلمين»^(٤)

٢- أن هذه العقود والشروط تحقق مقاصد الشريعة الإسلامية في المعاملات، مثل: مقصد الثبات ومقصد الوضوح ومقصد النماء، فضلاً عن أنها وسائل تحول دون الغش والتزوير والتفريق وإضاعة المال، بل إنها تعمل على توفير المال وتخفيف الأعباء والتكاليف، وتحقيق الإنجاز السريع والتنفيذ المنضبط، وهذا كله من مقاصد الشريعة التي تسعى لكل ما فيه مصلحة للمكلف.

(١) العقود الذكوية واقعها وعلاقتها بالعملات الافتراضية ص ١٤ د عمر الجميلي منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين .

(٢) من الآية ١ من سورة المائدة.

(٣) من الآية ٣٤ من سورة الإسراء.

(٤) المستدرك على الصحيحين ٢/ ٥٧، سنن أبي داود ٣/ ٣٠٤.

٣- العقود الذكية تحقق مقصد حفظ المال عن طريق ترشيد الإنفاق العام، من خلال سرعة الإجراءات الإدارية، واختصارها وتبسيطها، وتوفير الوقت والجهد.

٤- العقود الذكية تخدم التواصل الحضاري والمعرفي، والتلاقح المعلوماتي، لتسهيل عملية الانخراط، في عالم رقمي واحد، لتعزيز فكرة التعايش، والاقتصاد الكلي الواحد. (١)

٥- أنها عقود تسعى للحفاظ على الشفافية وكسر الاحتكار، وهذا مما جاءت به الشريعة الإسلامية.

٦- تسعى للاستفادة من التجارة الدولية والانفتاح الاقتصادي، وتبادل الخبرات التي تعزز من النماء البشري والرفاهية المنشودة. (٢)

٧- أن أركان العقد وشروطه التي يشترطها الفقهاء متوافرة فيها، فالعاقدان والمعقود عليه والصيغة كلها متوافرة في هذه العقود لكنها لا تظهر بصورة تقليدية.

٨- أن العقد الذكي يعتبر عقداً كاملاً وشاملاً لكل شيء، حيث يتم تنفيذ كل شيء مدون وبكل دقة، ولا يتم التفاوضي عن أي جزئية من الشروط، وذلك بعكس العقود التقليدية التي يمكن تنفيذ بعض بنودها والإخلال بالبعض الآخر، كما أن هذه العقود الذكية لا توجد طريقة للتراجع عنها أو تعديلها؛ ولذلك فهي بديل أكثر دقة من العقود التقليدية. (٣)

(١) العقود الذكية في ضوء الأصول والمقاصد والمآلات د قطب مصطفى سانو ص ٣٦ وما بعدها، الرؤية المقاصدية للعقود الذكية ص ٢٩ منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي.

(٢) الرؤية المقاصدية للعقود الذكية ص ٣٠.

(٣) ماهية العقود الذكية ماهية العقود الذكية د هناء الحنيطي. منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين ص ٣٠.

الفرع الثالث: مدى توافر أركان العقد في العقود الذكية:

العقود الذكية حتى تتم وتكتمل لا بد وأن يتوافر فيها مجموعة من الأسس والشروط التي لا بد منها في كل عقد من العقود، وهذه الأسس هي التي تمثل أركان التعاقد في مجال التعامل الإلكتروني عموماً والعقود الذكية على وجه الخصوص؛ إذ لا يشترط أن يتم التعاقد بين شخصين بل قد يتعاقد الإنسان مع آلة، أو يتم التعاقد بين آلتين وهو ما يعبر عنه بالتعاقد عبر الوكيل الإلكتروني، وهذا هو ما يظهر جلياً في العقود الذكية، فهل توافرت أركان العقد في هذه العقود؟

وللإجابة على هذا التساؤل أقول: إن المتأمل لما عليه حال العقود الذكية يجد أنها تتوافر فيها أركان التعاقد من عاقدين ومعقود عليه وصيغة، وبيان ذلك كما يلي:

١- **أولاً: العاقدان:** والمراد بهم الأطراف التي تستخدم العقد الذكي، فإن كان العقد بيعاً كان العاقدان هما صاحب السلعة والمشتري، لكنهما لا يجمعهما مكان واحد وقد لا يلتقيان أبداً.

٢- **ثانياً: المعقود عليه:** ويتمثل في المحل أو موضوع الاتفاق، وهو السلعة التي تم الإعلان عنها أو الصفقة التي يراد إتمامها.

٣- **ثالثاً: الصيغة:** وهي (الإيجاب والقبول) المتوافرة بالشروط التي يرتضيها كل طرف، وتعرف بالبروتوكول: الذي يتضمن شروطاً وبنوداً محددة بأوصافها من خلال برمجتها بواسطة رموز رياضية.^(١)

وهذه الصيغة مخزنة سلفاً من خلال لغة البرمجة ومبنية على أساس (الند للند) أي إذا تحققت وتطابقت الشروط في عقد من العقود ينفذ تلقائياً وتترتب عليه

(١) العقود الذكية ص ٢١ د العياشي فداد منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين.

آثاره وفق ما هو مدون في الشروط الموقع عليها من الجميع، وتتمثل في العرض والإيجاب المفتوح الذي قام به صاحب السلعة ووضع الشروط التي يتم بها العقد، والقبول يأتي من الطرف الثاني الذي أبدى رغبته في تملك محل الصفقة، ووضع شروطه هو أيضاً، وتقوم التقنية بالتنسيق بين الرغبتين ومطابقة الشروط وإتمام الصفقة بصورة آلية بناء على المعطيات التي أباها كل طرف من الأطراف.^(١)

(١) المرجع السابق ص ٣٢.

المبحث الثاني: دور تقنية البلوك تشين في التغلب على الإشكالات الفقهية المتعلقة بتكوين العقود الذكية

يثير التعاقد عن طريق العقود الذكية العديد من التساؤلات والإشكاليات التي هي بحاجة إلى تفصيل وبيان، وتساعد تقنية البلوك تشين في التغلب على هذه الإشكالات، وسأبين أهم هذه الإشكالات الفقهية وكيف ساعدت تقنية البلوك تشين في التغلب عليها، وذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: إشكالية عدم التحقق من أهلية المتعاقدين:

المطلب الثاني: مدى تحقق الإيجاب والقبول في العقود الذكية:

المطلب الثالث: الإيجاب الإلكتروني والقبول ومدى توافره في العقود الذكية:

المطلب الثالث: إشكالية عدم اتحاد مجلس العقد.

المطلب الرابع: إشكالية لزوم العقود الذكية وعدم إمكانية التراجع عنها:

المطلب الأول: إشكالية عدم التحقق من أهلية المتعاقدين:

من الإشكالات التي تواجه التجارة الإلكترونية عموماً والعقود الذكية على وجه الخصوص معرفة طرفي العقد للتأكد من أهليتهما للتعاقد، لأن العقود لا تصح ولا تترتب عليها آثارها إلا إذا توافرت الأهلية بين أطراف التعامل فيها.

وقد وضع الفقهاء معايير من خلالها يمكن الجزم بأهلية المتعاقدين، منها: البلوغ والعقل والرشد وعدم الحجر على أحد منهما، وغير ذلك من الشروط التي إذا توافرت في المتعاقد صح عقده وترتب عليه أثره.

وهذه الشروط تظهر بوضوح في العقود التقليدية التي تكون مرئية وملموسة للطرفين، أما العقود الذكية والتجارة الإلكترونية فإن هذه المسألة تمثل عقبة كبيرة، خاصة وأن هذه المواقع مفتوحة للجميع ولا يشترط للدخول فيها ما وضعه الفقهاء من شروط لكمال الأهلية، وقد يدخل إلى المواقع بعض الأطفال وناقصي الأهلية بل وفاقديها، وربما يجرون بعض التعاملات عن طريق هذه الشبكات.

ولذلك فمن الممكن: أن يبرم العقد الذكي شخص لم تكتمل أهليته، وقد يترتب على هذا التعاقد الكثير من الآثار التي قد تكون ضارة بأحد طرفي العقد، فما أثر الجهل بأهلية المتعاقد على العقود الذكية؟

وقبل الإجابة على هذا التساؤل أود أن أشير إلى أن هذه الإشكالية ليست قاصرة على العقود الذكية وحدها وإنما هي موجودة في كل التعاقدات التي تتم عن بعد وتستخدم فيها شبكة الحاسوب.

ومن الممكن التأكد من أهلية المتعاقدين في العقود الإلكترونية عن طريق الوسائل التالية التي اقترحها بعض خبراء التقنية ومنها:

١- التحقق من أهلية المتعاقد عن طريق البطاقات الإلكترونية، وهي بطاقات ذكية مزودة بشريحة تحمل بيانات المتعامل بها.^(١) فهذه البطاقة في الأصل لا تمنح إلا لمن كان مؤهلاً لحملها، فإذا تم استخدام بطاقة إلكترونية في التعامل فإن ركن الأهلية يكون متحققاً؛ لأن البطاقة لا تمنح إلا لمن كان مؤهلاً وتوافرت فيه شروط تضعها البنوك المانحة للبطاقات .

٢- ومن الوسائل أيضاً: الاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني والرجوع إلى شهادتها: وهي بمثابة طرف ثالث محايد تسند إليه مهمة تنظيم العلاقة بين طرفي العقد الإلكتروني ودوره الرئيس هو التحقق من هوية الأطراف المتعاقدة

(١) عقود التجارة الإلكترونية عبر الانترنت ص ١٨٢، ١٨٣.

وأهليتهم القانونية وإصدار شهادة مصادقة تتعلق بأطراف التعاقد^(١)، وتسعى إلى تحقيق الأهداف التالية:

أولاً: تحديد هوية أطراف المعاملة سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين، وتحديد أهليتهم للتعامل. وذلك عن طريق الربط ما بين المفتاح العام الذي استُخدم في فك التشفير والشخص الذي قام باستخدامه، فيتحول المرسل من شخص افتراضي إلى شخص محدد الهوية.

ثانياً: ضمان سلامة محتوى البيانات المتداولة عبر الشبكة، وهو ما يسمح بالتحقق من أن مضمون الرسالة (الإيجاب أو القبول)، لم يتغير في الفترة ما بين إرسال الرسالة وتسلمها بل واثناء فترة حفظها والتأكد من أن التوقيع قد استوفى كافة الشروط والضوابط المطلوبة فيه كدليل اثبات عند النزاع.^(٢)

ثالثاً: ضمان السرية الكاملة للبيانات المتداولة بين البائع والمشتري.

رابعاً: ضمان عدم إنكار رسالة البيانات الصادرة من قبل أي من الطرفين.^(٣) والآلية الأساسية التي تتبعها جهات التوثيق الإلكتروني في عملها تتمثل -حتى الآن- في آلية التشفير باستخدام الترميز، وهو فرع الرياضيات التطبيقية الذي يعنى بتحويل الرسائل إلى أشكال تبدو غير مفهومة ثم إعادتها إلى أشكالها الأصلية.^(٤)

(١) العقود الالكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون ص ٢٥٣ رسالة دكتوراة في الجامعة العراقية عام ٢٠١٢م للباحث/ ميكائيل رشيد علي الزبياري.

(٢) خدمات التوثيق الإلكتروني د مصطفى أبو مندور ص ٣٥، الإثبات في قانون المعاملات الالكترونية وقانون المعاملات المدنية والتجارية بسلطنة عمان ص ٢٢، ٢٣. المستشار/ عاصم عبدالجبار سعد نائب رئيس محكمة النقض المصرية قاضي بالمحكمة العليا - سلطنة عمان.

(٣) خدمات التوثيق الإلكتروني تدعيم للثقة وتأمين للتعامل عبر الإنترنت دراسة مقارنة/ مصطفى أبو مندور موسى ص ١٩ وما بعدها بحث منشور في ندوة الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية- مسقط- ٢٣/١١/٢٠٠٨م.

(٤) قانون التجارة الالكترونية والتوقيع الالكتروني وقانون الملكية الفكرية والأدبية د/ إبراهيم سيد احمد ص ٢٨٧، ٢٨٨، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني ص ١٨ وما بعدها.

فيمكن التأكد من أهلية المتعاقدين عن طريق الوسائل السابقة، وبذلك لا ينشأ أي إشكال من جهالة حال أحد أطراف العقد.

كما أنه يمكن أيضاً التأكد من الأهلية بسؤال المتعاقدين عند فتح الحساب وبدء العلاقة التعاقدية، ووضع الآليات المعينة التي تؤكد أن التعاقد تم عن طريق متعاقد حقيقي وليس وهمياً أو برنامجاً مخترقاً.^(١)

غير أن هذه الآليات غير كافية في التعرف على طرفي العقد في العقود الذكية، حيث إنها قد تتم بدون استخدام البطاقات الذكية، وقد لا تخضع لجهات التصديق الإلكتروني لأنها - كما سبقت الإشارة - عقود تسعى للتخلص من الوساطات أيا كان نوعها، ولذلك أقول:

لا ينبغي اشتراط العلم بالأهلية في العقود الذكية أو علم أحد الطرفين بحال الآخر، والجهالة بين طرفي العقد لا تضر، والأصل أن الأهلية موجودة، ومن يدعي من أطراف العقد عدم وجودها فعليه الإثبات بالدليل، وذلك للمبررات التالية:

١- هذا الجهالة لا تؤدي إلى نزاع ولا إلى غبن، والفقهاء اشتروا العلم بحال الطرفين بهدف الحماية من الغرر ومن الغبن ومن الخداع، أما عندما يؤمن ذلك فأنهم يتغاضون عن مثل هذا الشرط، ولذلك أجاز أكثرهم عقود الصبي المميز المأذون له بالتجارة، واعتبروا أن إذن الولي كافياً لعدم الغرر أو الغبن، وممن أجاز ذلك الثوري وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق، وقالوا: يصح بيعه وشراؤه بإذن وليه، بل وردت رواية عن الإمام أبي حنيفة بجواز عقوده بغير إذن وليه، وتكون العقود موقوفة على إجازة الولي، وأجاز الإمام أحمد وإسحاق بيعه وشراؤه في الشيء اليسير بلا إذن^(٢)

(١) العقود الذكية د منذر قحف، د محمد الشريف العمري ص ١١.
(٢) شرح مجلة الأحكام (دار الجيل-الطبعة الأولى-١٤١١هـ-١٩٩١م) ج ١ ص ٣٨٤-٣٨٥، المجموع (مكتبة الإرشاد-السعودية- ومكتبة المطيعي-ط.د.ت) ج ٩ ص ١٨١، المبدع (دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان-الطبعة الأولى-١٤١٨هـ-١٩٩٧م) ج ٤ ص ٣١٩-٣٢٥.

فتبين أن العقد قد أجزى مع أنه قد صدر من غير مكلف؛ لأن التمييز دليل على غلبة الظن بانتفاء الغرر أو الغبن أو الخداع.

٢- أن بنود العقد واضحة ومحددة، وعند صياغة المتعاقد للعقد وموافقته على الشروط وتمكنه من التعامل مع هذه التقنية يصعب أن يكون المتعامل فاقداً للأهلية، وإذا كان طفلاً ناقصاً للأهلية فيمكن إلحاقه بالطفل المأذون له بالتعامل عند الفقهاء، حيث إن تركه يتعامل مع هذه التقنيات يعد قرينة على الإذن له في إجراء العقود.

٣- بالقياس على عقود المعاوضة التي أجازها جمهور الفقهاء، وبخاصة في تطبيقها المعاصر الذي يتم مع آلة على الطريق، حيث يقوم المشتري بإدخال الثمن في مكان محدد ويضغط الزر المناسب ليشتري السلعة المطلوبة، ولا يعلم المشتري مالك هذه الآلة، ولا تضر جهالته ولا تؤثر على صحة العقد.^(١)

وجمهور الفقهاء يرون: صحة البيع بكل ما يدل على الرضا، وممن قال بمشروعية بيع المعاوضة الأحناف ما عدا الكرخي، والإمام أحمد، وبه قال بعض أئمة الشافعية وهو المختار عند النووي والمتولي والبغوي^(٢)،

فيتبين لنا من مشروعية البيع بالمعاوضة أن الغرض الأصلي هو التعبير عن الرضا والتأكد من علم كل طرف من أطراف العقد بما هو مقدم عليه وبطبيعة التعاقد، وهذا ما جرى عليه عرف الناس.

وبتطبيق ذلك على العقود الذكية نجد أن الإيجاب والقبول قد يكون عن طريق اللفظ وذلك عن طريق العبارات والشروط التي دونها كل طرف من الأطراف،

(١) العقود الذكية د منذر قحف ود محمد شريف العمري ص ٣٣.
(٢) بدائع الصنائع (دار الكتب العلمية- الطبعة الثانية- ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م) ج ٥ ص ١٣٤، المجموع (مكتبة الإرشاد- السعودية- ومكتبة المطيعي- ط. د. ت) ج ٩ ص ١٨٦-١٩٩، المغني (مكتبة القاهرة- ط. ١٣٨٨هـ ١٩٦٨م) ج ٣ ص ٤٨٠-٤٨٢، إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (٦) الجزء (٢) ج-١ ص ٨٤٨-٨٤٩).

أو عن طريق الموافقة على المواصفات والشروط والتساؤلات التي سأله الموقع الإلكتروني عنها وقام المتعاقد بالإجابة عليها.

وعلى أضعف الاحتمالات سيكون التعاقد الذكي أعلى مرتبة من البيع بالمعاطاة الذي أجازته جمهور الفقهاء اعتماداً على أن لسان الحال أنطق من لسان المقال وأصدق منه، فأقيمت الدلالة الحالية مقام الدلالة المقالية.^(١)

٤- أنه يمكن الاعتماد على نظرية الوضع الظاهر لحماية المتعامل حسن النية، فيجوز للعاقدة الآخر أو مقدم الخدمة أن يتمسك بأن القاصر توافر به مظهر الشخص الراشد، فيتحمل القاصر أو وليه المسؤولية القانونية عن التصرف.^(٢) وهذه النظرية تهدف إلى حماية المتعامل حسن النية، ولا تصطدم مع الفقه الإسلامي، بل اعتمدها الشريعة الإسلامية ومن الأدلة التي يمكن تأصيل هذه النظرية من خلالها ما يلي:

أ- عَنْ عَمْرٍو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَنِ النَّبِيِّ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- قَالَ: «مَنْ تَطَبَّبَ وَلَمْ يُعْلَمْ مِنْهُ طِبُّ فَهُوَ ضَامِنٌ»^(٣).

قال المناوي: أي من تعاطى الطب ولم يسبق له تجربة، ولفظ التفعّل يدل على تكلف الشيء والدخول فيه بكلفة، ككونه ليس من أهله (فهو ضامن) لمن طبه بالدية إن مات بسببه؛ لتهوره بإقدامه على ما يقتل.^(٤) والهدف من ضمانه هنا حماية المتعامل حسن النية.

ب- وكذلك ما قاله فقهاء الحنفية في فروعهم عندما قالوا: فيمن قال لغيره اسلك هذا الطريق فإنه آمن فإن أصابك ضرر فأنا ضامن فأسلكه فأخذ ماله فإنه

(١) العقود الذكية ص ٢٩ د عمر الجميلي.

(٢) العقود الذكية واقعها وعلاقتها بالعملات الافتراضية ص ٢٢ د عمر الجميلي.

(٣) رواه أبو داود ٦/٦٤٣، والنسائي ٨/٥٢ وابن ماجه ٢/١١٤٨ باب مَنْ تَطَبَّبَ، وَلَمْ يُعْلَمْ مِنْهُ

طِبُّ، نيل الأوطار ٥/٣٥٢.

(٤) فيض القدير ٦/١٠٦.

يضمن. (١) وسبب ضمان القائل هنا هو حماية المتعامل حسن النية، لأنه سلك الطريق بناء على قوله، والأصل أن المغرور يرجع على الغار إذا حصل الغرور في نفس العقد أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصاً. (٢)

فالقاصر إذا تعامل بهذه العقود الذكوية، فيجب أن نحمي وضع من تعامل معه، وهو حسن النية فيعتبر عقده صحيحاً وتترتب عليه آثاره ما لم تقم أدلة أو قرائن على غير ذلك.

٥- أن جهالة الأطراف في هذه العقود تعتبر عرضية؛ لأنه بالتتابع التقني المستفيض يمكن معرفة الأطراف، ثم إن شهرة العقد بين المستخدمين وإشهاد كثير من الأجهزة عليه يحقق استفاضة العقد بجميع مكوناته، وهذا من شأنه أن يحمي العقود والتزامات كل الأطراف من آثار عدم معرفة حال الأطراف التفصيلية، ويجعل العقود مستقرة ولا يمكن التبديل والتعديل والتغيير فيها.

٦- أن هذا التخوف وهذه الإشكاليات ليست في كل العقود الذكوية أو كل تعاملات البلوك تشين، فهناك أنواع من المنصات الرقمية تكون هويات المستخدمين فيها معلومة، فلا يعد العلم بالأطراف الموقعة أمراً مشكلاً في هذه المنصات، ويمكن من خلال البيانات المسجلة التحقق من أهلية أطراف التعامل، ومن الأمثلة على ذلك: المنصات التي تعتمد على تقنية سلسلة الكتل الخاصة بعدد محدود من المستخدمين وفق شروط ومواصفات محددة، كالمنصات الرقمية للمؤسسات المالية والشركات وشركات التأمين وغيرها. (٣)

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام (دار إحياء الكتب العربية-د.ط-د.ت) ج ٢ ص ٢٩٩-٣٠٠.
(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام (دار إحياء الكتب العربية-د.ط-د.ت) ج ٢ ص ٣٠٥، مجمع الضمانات (دار الكتاب الإسلامي-د.ط-د.ت) ج ١ ص ١٥٦.
(٣) العقود الذكوية ص ٢٩ د عمر الجميلي، العقود الذكوية د منذر قحف، د محمد الشريف العمري ص ١١.

ففي العقود الذكية التي تنفذ على هذه المنصات تكون كل الأطراف معلومة الهوية والأهلية، وكل ما يتعلق بها من بيانات ومعلومات، وكذلك المنصات المقيدة بشروط وقيود مفروضة من الدولة، مثل بعض الدول التي تشترط تسجيل هويات مستخدمي المنصات الرقمية، وكذلك تسجيل هوية كل من يريد فتح محافظ لتداول العملات المشفرة أو العقود الذكية وكل ما يبين حالة المتعامل، وهذا يجعل المعاملات تتم بين أطراف معلومة وليست مجهولة. (١)

المطلب الثاني: الإيجاب والقبول في العقود الذكية:

العقود حتى تتم وتكتمل، لا بد من وجود ركني الإيجاب والقبول، والمتأمل للعقود الذكية يجد أنها تتم دون ظهور هذين الركنين بصورة مباشرة، فهل هما متوافران! أم أن العقد خلا منهما وبالتالي يكون قد فقد أهم أركانه؟

وللجواب عن ذلك: لا بد من بيان ماهية الإيجاب والقبول اللذين يعتد بهما في العقود وصور التعبير عنهما وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: المراد بالإيجاب والقبول في اصطلاح الفقهاء يطلق على اللفظ الذي يصدر عن أحد العاقدين بصيغة صالحة لإفادة العقد، وقد اختلف الفقهاء في حقيقته، فقال الحنفية: **الإيجاب**: هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين بصيغة صالحة لإفادة العقد، **والقبول**: ما صدر ثانياً من أي جانب كان.

وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: أول كلام يصدر من أحد العاقدين لإنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف. (٢)

ويرى غير الحنفية أن الإيجاب: ما صدر ممن يكون منه التمليك كالبائع، والمؤجر، والزوجة، أو وليها، على اختلاف بين المذاهب، سواء صدر أولاً أو

(١) العقود الذكية ص ٣٣.

(٢) الاختيار لتعليل المختار طدار الكتب العلمية ٢/٤، شرح فتح القدير على الهداية ٢/ ٣٤٤ ط بولاق

آخراً؛ لأنهم هم الذين سيملكون المشتري السلعة المبيعة، ويملكون المستأجر منفعة العين، والزوج العصمة، وهكذا. (١)

فيتضح لنا الإيجاب هو: أي صيغة معبرة عن الرغبة في التعاقد وتوافرت فيها الشروط المعتبرة، أما القبول فهو: تعبير عن إرادة الطرف الآخر الذي تلقي الإيجاب يطلقه نحو الموجب ليعلمه بموافقته على الإيجاب. (٢)

وأميل إلى اختيار قول الحنفية لسهولة في التمييز بين الإيجاب والقبول، وعدم اللبس بينهما، وعلى هذا فلا إشكال أن يسبق البائع في صياغة العقد الذكي أو يسبق المشتري في صياغة طلبه للشراء فما صدر أولاً نعتبه إيجاباً وما وافقه بعد ذلك فهو القبول سواء صدر من البائع أم من المشتري.

وقد استنبط بعض الباحثين (٣) ضابطاً مفاده: أن كل حالة يمكن القول فيها بأن صاحب الاقتراح قال كلمته الأخيرة معيناً ومبيناً جميع العناصر اللازمة لإنشاء العقد، وكذلك يمكن التأكد من أنه أراد أن يلتزم باقتراحه هذا إذا صدر قبول يوافقه، فالتعبير فيها يعد إيجاباً. (٤)

الفرع الثاني: صور التعبير عن الإيجاب والقبول في العقود الذكية:

الإيجاب في العقود التقليدية قد يكون باللفظ-وهو الأصل ولا يجوز اللجوء لغيره مع القدرة عليه-، وقد يكون بالإشارة المفهمة من الأبكم ونحوه عند عجزه عن النطق أو الكتابة، وقد يكون الإيجاب بالفعل كما في بيع المعاطاة، وقد

(١) منح الجليل ٤٦٢/٢، مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين ٢/ ٥ ط دار الفكر ، شرح منتهى الإيرادات للبهوتي ٢ / ١٤٠ ط دار الفكر ، المغني لابن قدامة ٣/ ٤٨١ ، الموسوعة الفقهية (وزارة الأوقاف الكويتية- صدرت في سنوات متعددة) ج٧ ص ٢٠٢-٢٠٣.

(٢) عقود التجارة الإلكترونية عبر الانترنت ص ١٠٢.

(٣) الدكتور إبراهيم كافي دونمز.

(٤) حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة في الفقه الإسلامي موازنا بالفقه الوضعي (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (٦) الجزء (٢)) ج-١ ص ٩٨٠-٩٨١.

يكون بالكتابة عند العجز عن الكلام ويكون الإيجاب بالرسالة أو الرسول، ويكون مجلس تبليغ الرسالة أو الرسول، وعلمه بما فيها، هو مجلس الإيجاب. (١)

فصور التعبير عن الإيجاب والقبول متعددة، والمهم هو التأكد من رغبة العاقد في إتمام الصفقة وإرادتها، حماية من الغش والتغريب والتدليس.

فالإيجاب والقبول اسم لكل تعاقد بين طرفين، إثباته يسمى إيجاباً، والتزامه يسمى قبولاً، فكل ما يدل على إرادة المتعاقدين في إبرام العقد هو الإيجاب والقبول، وهذا التوسع في مفهوم الإيجاب والقبول لا يعارض نصاً شرعياً، ولا يصطدم مع قواعد اللغة، كما أنه يحقق مبدأ الرضا في العقود ويساعد على إبرام المزيد منها. (٢)

المطلب الثالث: الإيجاب الإلكتروني والقبول ومدى توافره في العقود الذكية:

ما سبق ذكره من طرق التعبير عن الإيجاب والقبول هو ما يتم التعامل به في العقود التي تتم عن قرب، أو تتم بواسطة متعاقدين حاضرين في مجلس واحد ولا توجد بينهما فواصل زمنية، ولكن تقنية العقود الذكية لا تتم عبر الإيجاب والقبول العاديين وإنما تتم عبر الوسائل الإلكترونية، فالإيجاب والقبول فيها له مظاهر أخرى يظهر بها، وهو ما يتم تناوله تحت مصطلح الإيجاب والقبول الإلكتروني، ومن المهم التعرض للإيجاب والقبول الإلكترونيان وبيان ماهيتهما وضوابطهما وذلك في الفروع التالية:

(١) الهداية شرح البداية ٣ / ٢١، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ١ / ٣٤٨ ط دار الفكر ، حاشيتنا قليوبي وعميرة على شرح المحلي ٢ / ١٥٣ ط عيسى الحلبي ، الموسوعة الفقهية (وزارة الأوقاف الكويتية- صدرت في سنوات متعددة) ج ٧ ص ٢٠٣.

(٢) التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت أحكامها وأثارها في الفقه الإسلامي والنظام السعودي ص ٢١ د/ علي بن عبدالله الشهري.

الفرع الأول: مفهوم الإيجاب والقبول الإلكتروني:

أولاً: الإيجاب الإلكتروني:

تعددت تعريفات الإيجاب الإلكتروني، ومنها: هو رغبة في التعاقد تتم بين طرفين أو أكثر عبر الانترنت بهدف تحقيق مصلحة شخصية، بحيث ينعقد العقد بتلاقي القبول، ويكون مشتملاً على كافة الشروط الرئيسة للعقد المبرم، أو هو عرض يعبر به شخص عن رغبته الجازمة في إبرام عقد محدد، بحيث ينعقد العقد بمجرد أن يقترن به قبول مطابق.^(١)

فالإيجاب الإلكتروني ربما لا يختلف عن الإيجاب بصورة عادية إلا في أنه ينعقد عبر وسيلة إلكترونية.

ثانياً: القبول الإلكتروني:

هو تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بُعد بواسطة شبكة دولية للاتصالات يتضمن توافقاً وتطابقاً تاماً مع العناصر التي تضمنها الإيجاب الصادر عبر الإنترنت، بحيث ينعقد العقد عند حصول هذا التطابق.^(٢)

والتعبير عن القبول والرغبة في إتمام التعاقد قد يكون باللفظ، أو بالإشارة، أو بالفعل، أو بالسكوت، أو بالكتابة، وفي العقود الذكية يعتبر إبرام العقد الذكي موافقة صريحة عليه.

وقد ورد النص في المعايير الشرعية في المؤشر رقم ٤/٥ على ما يلي: «يعتبر الضغط على أيقونة القبول عند إبرام العقد عبر الموقع على الشبكة قبولاً صحيحاً شرعاً إذا كان نظام الموقع لا يشترط تأكيد القبول، فإن كان يشترط التأكيد بأي طريقة يحددها الموقع فإن القبول لا يقع إلا بصور ذلك التأكيد.»^(٣)

(١) إشكالية تكون العقود التي تتدخل وسائط إلكترونية في إبرامها ص ١٢ د/سليمان محمد إبراهيم.

(٢) التجارة الإلكترونية عبر الانترنت ص ٢٢، عقود التجارة الإلكترونية عبر الانترنت ص ١٠٢.

(٣) المعايير الشرعية ص ٩٦٤.

الفرع الثاني: كيفية تحقق الإيجاب والقبول في العقود الذكية:

خلصنا فيما سبق إلى أن المراد بالإيجاب والقبول هو كل ما يدل على إرادة الأطراف ورغبتهم في تنفيذ العقد، وهذا هو ما يحدث في العقود الذكية حيث يتم تخزين إرادة العاقدين في بروتوكول بواسطة برمجيات خاصة، ويتم صياغتها في شكل الند للند، أي إذا تطابقت الشروط والأحداث وتوافقت فإن البرنامج يجعل تنفيذ العقد وحدث آثاره ذاتياً.

ففي عقد البيع تخزن إرادة البائع بنقل المبيع وفق شروط محددة، كما تخزن إرادة المشتري بالتملك وفق شروط محددة، وإذا تطابقت الشروط فإن العقد ينفذ تلقائياً ثم يرسل لعدد ليس محدوداً من المستخدمين، فيشهد على ذلك عدد من الأجهزة عبر النظام.

فهنا قد حصل تراضي وتلاقي إرادتين على إنشاء عقد وترتيب أثر قانوني عليه^(١) وتم تخزين هاتين الإرادتين في برمجيات خاصة تشرف عليها تقنية البلوك تشين، وتوزع على عدد من الأجهزة المشتركة لتقوم بتوثيق المعاملة وتصحيحها ومتابعة تنفيذها؛ وقد توافرت الشروط الأساسية التي وضعها الفقهاء لصحة الإيجاب والقبول والتي منها :

١ - أن يكون الإيجاب واضح الدلالة على مراد المتعاقد ومحددًا، ومتضمنًا كافة العناصر الأساسية لقيام التعاقد المراد إبرامه، من حيث وصف المعقود عليه من سلعة وثمان وصفاً دقيقاً وبيّن طريقة السداد، وكيفية تسليم المبيع.

٢ - أن يكون الإيجاب جازماً، لا تردد في صيغته وصدر ممن هو أهل له.^(٢)

(١) إشكالية تكون العقود التي تتدخل وسائط إلكترونية في إبرامها ص ١٢ د/سليمان محمد إبراهيم.
(٢) فتح العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ٤/ ١٣ للإمام الرافعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣هـ) الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان - الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٥٦/٩ وما بعدها، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ص ٢١.

وتطبيق هذين الشرطين وغيرهما على العقود الذكية نجد أنهما متوافرين فيما يقوم به كل طرف على شبكة البلوك تشين، فيكون الإيجاب والقبول قد تحققا بصورة أساسية.

كما أن الفقهاء قد أجازوا أن يكون الإيجاب خاصاً موجهاً لفرد أو لجماعة محددة، وأجازوا أيضاً أن يكون إيجاباً عاماً ممتداً ومفتوحاً للجميع.

والإيجاب والقبول المخزانان في كود (بروتوكول) من خلال تقنية البلوك تشين من نوع الإيجاب الممتد المفتوح الذي ينتهي بتطابق الشروط وينفذ العقد تلقائياً.^(١) والمراد بالإيجاب الممتد: كما عرفه مؤتمر شورى الفقهي: هو الإيجاب الذي يستمر مدة محددة ولا تقتصر صلاحيته على مجلس العقد وينتهي بالقبول أو بانتهاء المدة المحددة.^(٢)

وقد نص بعض الفقهاء على صورة الإيجاب العام المفتوح قال الدسوقي: وأما لو عرض رجل سلعته للبيع وقال: من أتاني بعشرة فهي له فأتاه رجل بذلك إن سمع كلامه أو بلغه فالبيع لازم وليس للبائع منعه، وإن لم يسمعه ولا بلغه فلا شيء له^(٣) فهذا النص يدل على أن الإيجاب ليس بالضرورة أن يكون موجهاً لشخص بعينه بل يكفي الإيجاب العام ويتم البيع به وينعقد ويكون لازماً.^(٤)

وهذا هو ما يتم في العقود الذكية حيث إن أكثرها من نوع الإيجاب الممتد المفتوح لكل المشتركين على الشبكة ومن توافقت شروطه مع شروط القابل تم له العقد.

(١) العقود الذكية ص ٢٥، ٢٦.

(٢) العقود الذكية ص ٢٨، الإيجاب الممتد وإمكانية استخدامه بديلاً عن الوعد في التمويلات المصرفية الإسلامية د موسى آدم عيسى <https://www.aliqtisadalislami.net/%D8%A7%D8%A9-%86%D9%7%D9>

(٣) حاشية الدسوقي (دار الفكر-ط.د.ت) ج ٣ ص ٤.

(٤) إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة د علي محي الدين القره داغي (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (٦) الجزء (٢)) ج-١ ص ٩٤٠-٩٤١، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ص ٢٢.

وبتطبيق ما قاله الفقهاء عن مجلس العقد وعن التعاقد بين غائبين نرى أنه في العقود الذكية لا ضرر من تأخر القبول عن الإيجاب، بل ولا ضرر من حدوث الفاصل الزمني الكبير لما يلي:

أولاً: أن الموجب لم يتراجع عن إيجابه، بل ظل متمسكاً به حتى صدر القبول من الطرف الثاني، فتلاقت الإرادتان وحصل التوافق.

ثانياً: أن أحد الطرفين لا يمكنه التراجع عن إرادته في إبرام العقد، حيث إن تقنية البلوك تشين تقوم بتشفير هذه الإجراءات وحمايتها ولا تسمح لأحد الطرفين بتغييرها أو العبث بها.

ثالثاً: أن كل الإجراءات التمهيدية موثقة وشهدت عليها كل الأجهزة على الشبكة وأقرتها وصحتها وأكدت عليها.

رابعاً: أشار كثير من الفقهاء إلى أن الإيجاب ما دام موجهاً إلى الغائب فلا ينتهي فوراً، بل يستمر بحيث لو أوصله شخص إلى الآخر وقبله تم العقد،^(١) ومن دلائل ذلك :

- قال الإمام الرافعي الشافعي: وألفوا في مسودات بعض أئمة طبرستان تفريراً على انعقاد البيع بالكتابة: أنه لو قال: بعث من فلان، وهو غائب فلما بلغه الخبر قال: قبلت ينعقد البيع، لأن النطق أقوى من الكتابة.^(٢)

- وقال البهوتي الحنبلي: (وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي غَائِبًا عَنِ الْمَجْلِسِ فَكَاتَبَهُ) الْبَائِعُ (أَوْ رَاسَلَهُ: إِنِّي بَعْتُكَ) دَارِي بِكَذَا (أَوْ) إِنِّي (بِعْتُ فَلَانًا) وَنَسَبَهُ بِمَا يُمَيِّرُهُ (دَارِي بِكَذَا فَلَمَّا بَلَغَهُ) أَي: الْمُشْتَرِي (الْخَبْرُ) قَبْلَ الْبَيْعِ (صَحَّ) الْعَقْدُ؛ لِأَنَّ التَّرَاخِي

(١) إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة د/ علي محي الدين القرة داغي (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (٦) الجزء (٢)) ج-١ ص ٩٤٠-٩٤١.
(٢) فتح العزيز ١٣/٤.

مَعَ غَيْبَةِ الْمُشْتَرِي لَا يَدُلُّ عَلَى إِعْرَاضِهِ عَنِ الْإِجَابِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَ حَاضِرًا^(١) وفي هذه النصوص وغيرها: دلالة على انعقاد العقد بعد بلوغ الخبر للغائب، وهذا يعني استمرار الإيجاب وامتداده حتى ولو كان بينه وبين القبول مدة زمنية كبيرة، فلا ضرر في العقود الذكية بين أن يقع الإيجاب في وقت والقبول في وقت آخر، ويستمر الإيجاب سارياً إلى أن يتوافق مع القبول وفق التقنية المحددة.

الفرع الثالث: هل ما يتم في العقود الذكية إيجاب أم إعلان عن التعاقد؟

تقوم التجارة الإلكترونية على أن يقوم صاحب السلعة بوضع إعلان يوضح رغبته في التعاقد فيراه الطرف الآخر فيقبل التعاقد بناء على هذا الإعلان، فهل يعتبر هذا الإعلان إيجاباً! وهل هذا هو نفس ما يتم في العقود الذكية؟

وللإجابة عن ذلك؛ لا بد من تناول المسألة من زاويتين الأولى: هل الإعلان الإلكتروني إيجاب؟ والمسألة الثانية مدى اعتبار ما يتم في العقود الذكية إيجاباً.

أولاً: هل يعتبر الإعلان الإلكتروني إيجاباً مفتوحاً؟

تعددت الآراء في مدى اعتبار الإعلان الإلكتروني إيجاباً ومن الممكن عرض الخلاف في قولين:

القول الأول: الإعلان لا يعتبر إيجاباً وإنما هو مجرد دعوة للتعاقد، ولا يترتب على هذه الدعوة أثر في العقد، ولا يعد إيجاباً إلا إذا قامت دلائل تفيد قطعاً أن المراد به الإيجاب^(٢)، ومن الدلائل التي تحدد كونه إيجاباً جازماً ما يرد في العرض من العبارات التي تدل على لزومه، مثل النص على: أن هذا العرض

(١) كشف القناع ١٤٨/٣.

(٢) التعاقد الإلكتروني في ميزان الشرع الإسلامي د. محمد بن جبر الألفي ص ٤.

غير قابل للإلغاء، أو أن الموقع على استعداد لإرسال السلعة إليكم في حال إبدائكم قبولاً لهذا العرض، أو النص على تحديد مدة يجوز فيها قبوله، فمثل هذه العبارات في صيغة العرض تدل على أن صاحبها جازم في العرض ومستعد للالتزام به^(١)، واستدلوا على هذا بالعديد من الأدلة ومنها:

1. أن الشخص المقصود بالإيجاب لم يتم تعيينه بعد، والإيجاب لا بد وأن يتجه لشخص معين حتى تترتب عليه آثاره.
2. أن هذه الإعلانات الهدف منها دعوة المستهلك للتفاوض وليس للتعاقد، بدليل أن كثيراً منها يركز بصورة كبيرة على عملية إغراء المستهلك بالشراء.
3. أن الإيجاب هو التعبيرُ الباتُّ الصادرُ من أحد المتعاقدين، والموجَّهُ إلى المتعاقد الآخر بقصد إنشاء التصرف، وحيث إن هذه الإعلانات لا يتوافر فيها ذلك فلا تتوافر فيها مواصفات الإيجاب.^(٢)

القول الثاني: الإعلان الموجه للجمهور عبر الانترنت يعتبر إيجاباً موجهاً للجمهور، ويدل على ذلك ما يلي:

- ١- أنه قد تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، فلا يختلف عن الإيجاب العادي في العقود التقليدية.^(٣)
- ٢- أنه تتوافر فيه شروط المحرر الإلكتروني، فهو مقروء، ومستمر، وغير قابل للتعديل إلا بإتلافه أو ترك أثر مادي عليه، وهو أيضاً مشتمل على توقيع من صدر عنه أو على بصمته أو خاتمه ويمكن الإشهاد عليه أو إثباته، ومادامت توافرت فيه هذه الشروط فلماذا لا يعتبر إيجاباً؟

(١) التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ص ٢٢.

(٢) عقود التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ص ٩٢.

(٣) المرجع السابق نفس الموضوع.

٣- أن الإعلان قد خلا من كل تحفظ مؤثر في لزوم العقد مثل النص على أنه غير لازم، أو أن صاحب العرض من حقه أن يختار التعاقد معه، أو أن من حقه تعديل العرض، ومادام قد خلا من ذلك فهو إيجاب بات لازم ينبغي أن يلتزم به من أعلنه. (١)

القول المختار: أميل إلى اختيار القول الثاني وهو أن الإعلان الإلكتروني يعتبر إيجاباً موجهاً إلى الجمهور، وذلك لأن الذي وضع إعلاناً وأتاحه للجميع ينبغي أن يلتزم بما أعلن عنه، خاصة أن من رأى الإعلان يكون قد استعد له وبذل ما في وسعه ليظفر به.

المسألة الثانية: مدى انطباق مواصفات الإيجاب على ما يحدث في العقود الذكية:

وبعيداً عن الخلاف السابق في كون الإعلان إيجاباً أم لا فإننا نرى أن ما يتم في العقود الذكية ليس إعلاناً، بل هو إيجاب تتوافر فيه كل مواصفات الإيجاب وشروطه، وقد يكون من نوع الإيجاب المفتوح - كما سبق بيانه - وقد يكون إيجاباً مقيداً مقصوداً به المشتركين على هذه الشبكة تحديداً، ويقوم الراغب في السلعة أيضاً بوضع مواصفات وشروطه للتعاقد، ثم تتولى التقنية تقييم الشروط ثم يتم التعاقد.

وقد نصت المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية على أن الرسالة الإلكترونية تعد إيجاباً بشروط معينة، حيث جاء فيها: «٢/٥: إذا وجهت الرسالة الإلكترونية عبر الموقع على الشبكة أو عبر البريد الإلكتروني والمتعلقة بالعقد المزمع إبرامه بحيث تتضمن جميع الحقوق

(١) التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ص ٢٢.

والالتزامات، ودون أن يكون لمرسلها الحق في رفض التعاقد في حال قبول الطرف الآخر فإن هذه الرسالة تعد إيجاباً. (١)

ويتطبيق هذا المؤشر على تقنية العقود الذكية نرى: أن ما يقوم به كل من الطرفين هو الإيجاب والقبول حيث إنه يبين في عرضه كل المواصفات والشروط والمعايير المطلوبة وتتولى التقنية تقييمها.

وهذا ما أخذت به كثير من القوانين المعاصرة، فقد نصت المادة (١٤) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، حيث جاء فيها: «يُعتَبَرُ إيجاباً أيُّ عرضٍ لإبرامِ عقدٍ إذا كان موجَّهًا إلى شخص أو عدة أشخاص معيَّنين، وكان محددًا بشكل كافٍ، وتبيَّن منه اتجاهُ قصدِ الموجبِ إلى الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محددًا بشكل كافٍ إذا عيَّن البضائع، وتضمَّن صراحةً أو ضمناً تحديداً للكمية والثن، أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما، ولا يُعتَبَرُ العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوةً إلى الإيجاب، ما لم يكن الشخصُ الذي صدر منه العرضُ قد أبان بوضوح خلاف ذلك. (٢)

المطلب الرابع: اتحاد مجلس العقد ومدى توافره في العقود الذكية:

من الشروط التي اشترطها الفقهاء حتى تصح صيغة العقد: اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، واتصال الإيجاب بالقبول والتنجز وعدم التعليق، وبقاء الموجب على إيجابه حتى يصدر القبول من الطرف الآخر، وهذا إذا كان التعاقد بين حاضرين (٣)، أما إذا كان التعاقد بين غائبين عن طريق الرسالة أو الكتابة فلا بد من توافر مجلس العقد أيضاً لكن شكله يختلف عن المجلس بين حاضرين،

(١) المعايير الشرعية ص ٩٦٣.

(٢) التعاقد الإلكتروني في ميزان الشرع الإسلامي د. محمد بن جبر الألفي ص ٦.

(٣) بدائع الصنائع ٢/ ٢٣٢ ط المكتبة العلمية . بيروت ،الشرح الصغير ٢/ ٣٥٠ ، مطالب أولي النهى ٣/ ٦.

فمجلس الإيجاب بين الغائبين هو مجلس كتابة الرسالة أما مجلس القبول فهو مجلس قبول الرسالة. (١)

والمتأمل للعقود الذكية قد يجد فاصلاً بين الإيجاب والقبول؛ لأن الإيجاب قد يتم في مجلس والقبول يتم في مجلس آخر أو في زمن آخر، وهذا قد يترتب عليه أن مجلس العقد ليس متحداً؛ لوجود الفاصل الزمني أو المكاني بين الإيجاب والقبول.

ويرى جمهور الفقهاء أن: مجلس العقد بين الغائبين هو مجلس القبول، فالمعتبر في اتصال القبول بالإيجاب هو هذا المجلس، فإذا وصل الإيجاب إلى المخاطب، فكأن الموجب حضر بنفسه وأوجب العقد، فإذا قبله المخاطب في مجلسه دون إعراض انعقد العقد، وإذا انفض المجلس أو صدر ممن وجه له الإيجاب ما يدل على إعراضه عن القبول عرفاً لا ينعقد. (٢)

ونقول إن: مجلس العقد في العقود الذكية هو الحالة التي يكون فيها كلا الطرفين مشغولين بالتعاقد، وهو الزمن الذي تقوم فيه تقنية البلوك تشين بالتوفيق بين إرادتي الطرفين وتسجيل العقد على شبكة البلوك تشين.

وقد اعتبر جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة (٣) الوحدة المكانية للمتعاقدين، وهي متوافرة في العقود الذكية، ولكن من الممكن أن يتغير مفهوم المكان، فبدلاً من أن يراد به المكان الذي يجمع المتعاقدين بأبدانهما يدخل معه المكان الذي تلتقي فيه إرادتهما، وهو شبكة البلوك تشين التي تضم كلا المتعاقدين، والتي تظهر عليها كل التعاملات وتكون مرئية لكل المشتركين فيها.

(١) شرح فتح القدير على الهداية ٥ / ٧٩ ط الأُميرية - بولاق.
(٢) بدائع الصنائع ٥ / ١٣٨ ط المكتبة العلمية . بيروت ، شرح فتح القدير على الهداية ٥ / ٧٩ ط الأُميرية - بولاق ، نهاية المحتاج ط مصطفى الحلبي ١٣٥٧هـ، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٠ / ٢١٧.
(٣) بدائع الصنائع ٥ / ١٣٦ ، ١٣٨ ط المكتبة العلمية . بيروت ، شرح فتح القدير على الهداية ٥ / ٧٩ ط الأُميرية - بولاق ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٤ / ٢٤٠ ط دار الفكر ، الشرح الصغير ٢ / ٣٥٠ ومطالب أولي النهى ٣ / ٦.

يقول الدكتور محمد مصطفى شلبي: (وليس المراد باتحاد المجلس كون المتعاقدين في مكان واحد لأنه قد يكون أحدهما في مكان غير مكان الآخر، كالتعاقدين بواسطة المسرة-الهاتف-أو بالمراسلة- وإنما المراد به الوقت الذي يكون فيه المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد ما لم يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل أجنبي يعتبر إبطالا للإيجاب، كرجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول، أو إعراض القابل عن هذا الإيجاب باشتغاله بشيء آخر غير العقد، فإذا لم يوجد شيء من ذلك صح القبول الصادر منه مهما طال الوقت وانعقد العقد. (١)

وشبكة البلوك تشين مكان تتلاقى فيه إرادة كل الأطراف بالشروط المدونة في العقد، ويتصل الإيجاب بالقبول، ويطابق القبول الإيجاب، ولا يتم التنفيذ إلا إذا توافقت إرادة الأطراف على الشروط والمتطلبات المدونة في العقد الذكي من خلال التوافق التلقائي بما يؤدي إلى التنفيذ الذاتي للعقد. (٢)

فتكون الشبكة مكاناً يصلح أن نطلق عليه مجلس العقد لتوافر الشروط والمواصفات التي وضعت لمجلس العقد في هذه الشبكة، وقد سبق أن رجحنا أن الإيجاب ما صدر أولاً، والقبول ما صدر ثانياً، ولا يضر تقدم ما صدر عن البائع أو المشتري حيث إن كلاهما يصلح أن يكون موجباً أو قابلاً.

بل ربما نستطيع القول بأن التعاقد في العقود الذكية يتم بين متعاقدين حاضرين وليس غائبين، حيث إن كلاهما قد وكل الوسيط الإلكتروني بالتعاقد بدلاً منه، والوسيط الإلكتروني يعمل مثل الوكيل الحقيقي وتنتطبق عليه أحكام الوكالة؛ لأنه يبرم العقود بناء على تعليمات المستخدم له (٣) وتصرف الوكيل كتصرف (١) إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (٦) الجزء (٢) ج-١ ص ٨٦٥.

(٢) العقود الذكية ص ٣٢ د العياشي فداد.

(٣) التعاقد عن طريق الوكيل الذكي في التجارة الإلكترونية والإشكالات الناشئة عنه ص ٤٥ وما بعدها رسالة ماجستير للباحثة نبيلة كردي إشراف د/ فراس الكساسبة ، الوسائط الإلكترونية الذكية من منظور الفقه الإسلامي ص ٥٤ د/ محمد محمود الجمال بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي.

الأصيل^(١) فما تقوم به الشبكة من تعاقد لا يخرج عن كونه تصرفاً من الأصيل الذي وكلها بالتعاقد نيابة عنه.

المطلب الخامس: لزوم العقود الذكية وعدم إمكانية التراجع عنها:

العقود الذكية تكون لازمة منذ انعقادها، ولا يملك أحد الطرفين التراجع عن المعاملة التي أبرمها؛ وذلك لاعتمادها على تقنية البلوك تشين التي تقوم بتشفير البيانات وحفظها داخل كتل.

وهذا قد يثير إشكالية، وهي أن العقد يكون لازماً من أول إنشائه، ولا خيار لأحد الطرفين فيه، فهل عدم وجود حق الخيار مؤثر في صحة العقد، وهل يجوز جعل الإيجاب ملزماً أم أن للموجب الحق في الرجوع عنه؟

وستكون الإجابة عن ذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: حق الخيار هل هو حق أصلي أم طارئ على العقد؟

الأصل في العقود هو اللزوم وحق الخيار حق طارئ عليها، وذلك لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتيب المسببات على أسبابها، فالعقد المقترن بخيار هو قيد أو استثناء على ذلك المبدأ.^(٢)

وعلى هذا نقول: إن جعل العقد الذكي ملزماً من أول خطواته لا إشكال فيه ويكون العقد صحيحاً ولم يشتمل على مبطل له، لأن هذا يتفق مع طبيعة

(١) فتح العلي المالك (دار المعرفة-د.ط-د.ت) ج ١ ص ١٦٥.
(٢) المبسوط (دار المعرفة-بيروت-د.ط-د.ت-هـ ١٤١٤م-١٩٩٣م) ج ١٨ ص ١٢٣-١٢٤، بدائع الصنائع (دار الكتب العلمية-الطبعة الثانية-١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) ج ٦ ص ١٢٧-١٢٨، أنوار البروق في أنواء الفروق (عالم الكتب-د.ط-د.ت) ج ٣ ص ٢٦٩-٢٨٨، تحفة المحتاج (دار إحياء التراث العربي-د.ط-د.ت) ج ٤ ص ٣٣٢-٣٣٥، المبدع (دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان-الطبعة الأولى-١٤١٨ هـ- ١٩٩٧ م) ج ٤ ص ٣٩٠-٣٩٤، الموسوعة الفقهية (وزارة الأوقاف الكويتية- صدرت في سنوات متعددة) ج ٢٠ ص ٤٧-٤٨.

العقود في الشريعة التي أمر الله تعالى بالوفاء بها فقال «يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١)

وقد ثبت أن حق الخيار حق طارئ على العقد وليس حقاً أصلياً، وعلى هذا فالدخول في العقود من أول الأمر مع العلم بعدم إمكانية التراجع عنها يجعل كل طرف يحتاط في اشتراط المواصفات التي تؤمن له رغباته، وتكفل له عدم الحاجة إلى المطالبة بالخيار أو فسخ العقد.

الفرع الثاني: حكم الرجوع عن الإيجاب:

اختلف الفقهاء في مدى أحقية الموجب في الرجوع عن الإيجاب بعد صدوره منه، وكان الخلاف على قولين:

القول الأول: للموجب الحق في أن يرجع عن إيجابه، وإليه ذهب جمهور الفقهاء، بشرط أن يرجع قبل أن يصدر القبول من الطرف الثاني، وهو قول الحنفية، وقال الشافعية والحنابلة له أن يرجع ولو بعد صدور القبول ما دام في مجلس العقد، فالحاصل من القولين أن الإيجاب ليس ملزماً للموجب بل له حق الرجوع عنه بضوابط وشروط.

ويستدل لهم على ذلك بما يلي:

١- ما رواه حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»^(٢)

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أثبت خيار الرجوع لكلا الطرفين قبل التفريق، قال الإمام الشافعي في الأم: «وكل متبايعين في سلف إلى أجل أو دين أو عين أو صرف أو غيره تبايعا وتراضيا ولم يتفرقا عن مقامهما أو مجلسهما الذي تبايعا فيه فلكل واحد منهما فسخ البيع»^(٣)

(١) سورة المائدة من الآية ١.

(٢) صحيح ابن حبان ٢٦٨/١١، سنن الترمذي ٥٤٠/٣ وقال: صحيح.

(٣) الأم (دار الفكر - بيروت - ط- ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م) ج ٣ ص ٤-٥.

فإذا ثبت جواز الرجوع في عقد قد انعقد وتم وانتهى الطرفان منه، فينبغي أن يجوز الرجوع قبل تمام العقد من باب أولى.

٢- أن الرجوع عن الإيجاب هنا لا يترتب عليه إبطال حق الطرف الآخر، لأن مجرد الإيجاب لا يترتب حقاً للطرف الآخر، فيجوز للموجب الرجوع عن إيجابه. (١)

القول الثاني: الإيجاب ملزم وليس للموجب أن يرجع عنه قبل أن يترك فرصة لصاحبه ليقبل أو يرفض، وإليه ذهب المالكية، وهذه المدة يقرر العرف مداها، وقيد فقهاء المالكية هذا بأن يكون الإيجاب قد صدر بصيغة الماضي، أما إذا صدر بصيغة المضارع والأمر فيجوز له الرجوع عن إيجابه قبل قبول البائع مطلقاً. (٢)

واستدلوا على ذلك بما يلي:

- ١- أن الموجب بإيجابه بصيغة الماضي ألزم نفسه بالدخول في العقد فيجب عليه الوفاء بالعقد لقوله تعالى « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ » (٣)
- ٢- أن صيغة الماضي صيغة جازمة في الدلالة على إرادة البيع ولا تحتمل غيره، أما الإيجاب بصيغة المضارع فيحتمل معان أخرى غير البيع البات مثل الوعد أو طلب البيع أو نحو ذلك.
- ٣- أن الموجب بإيجابه قد التزم أمراً وبذله اختياراً وألزم نفسه به وتعلق

(١) الفتاوى الهندية ٨/٣، بدائع الصنائع للكاساني ١٣٨/٥، مغني المحتاج (دار الكتب العلمية- الطبعة الأولى- ١٤١٥هـ- ١٩٩٤م) ج ٢ ص ٣٢٩-٣٣١.
(٢) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣/٤، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٤/ ٢٤٠ ط دار الفكر، تفسير القرطبي ٣/٣٥٧، الإيجاب الممتد ص ٢٥٣، ٢٥٤.
(٣) سورة المائدة من الآية ١.

به حق الطرف الآخر، ما دام مجلس العقد قائماً، وعلى ذلك يتم العقد إذا قبل
المخاطب في المجلس، وإن كان قد رجع الموجب عن إيجابه. (١)

القول المختار: أميل إلى اختيار ما قاله فقهاء المالكية من جعل الإيجاب

ملزماً إذا كان مقيداً بمدة، حيث إن هذا القول يحمي العديد من العقود من
الإشكالات التي تحدث والنزاعات التي تقوم.

أيضاً فأدلة الجمهور يمكن مناقشتها بما يلي:

١. حديث «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» مختلف في تفسيره وبيان المراد به،
هل هو التفرق بالأبدان أم بالأقوال، وهناك رواية أخرى لهذا الحديث فيها زيادة
«أو يقول أحدهما للآخر اختر» ولذلك نص الفقهاء على أن خيار المجلس ينتهي
بقول أحدهما للآخر: اختر، فإذا قال أحدهما للآخر: اختر، وقال له الآخر:
اخترت، تمّ العقد، وانتهى الخيار الذي كان لهما في المجلس.

قال ابن حزم وهو من أشد المدافعين عن خيار المجلس: « وكل متبايعين
صرفاً أو غيره فلا يصح البيع بينهما أبداً - وإن تقابضا السلعة والثمن - ما لم
يتفرقا بأبدانهما من المكان الذي تعاقدوا فيه البيع، ولكل واحد منهما إبطال ذلك
العقد، أحب الآخر أم كره - ولو بقيا كذلك دهرهما - إلا أن يقول أحدهما للآخر - لا
تبال أيهما كان القائل بعد تمام التعاقد - : اختر أن تمضي البيع، أو أن تبطله؟
فإن قال: قد أمضيته فقد تم البيع بينهما - تفرقا أو لم يتفرقا - وليس لهما ولا
لأحدهما فسخه إلا بعبء، ومتى ما لم يتفرقا بأبدانهما ولا خيّر أحدهما الآخر،
فالمبيع باق على ملك البائع كما كان، والثمن باق على ملك المشتري كما كان،
ينفذ في كل واحد منهما حكم الذي هو على ملكه لا حكم الآخر » (٢)

(١) المراجع السابقة للمالكية.

(٢) المحلى (دار الكتب العلمية-بيروت-ط.د.ت) ج ٧ ص ٢٣٣-٢٤٣، شرح معاني الآثار (دار
الكتب العلمية-الطبعة الأولى-١٣٩٩هـ-١٩٧٩م) ج ٤ ص ١٢-١٧.

ف عند إسقاط حق الرجوع يكون قد صدر من أحد العاقدين ما يدل على أنه قد اختار أنه لا خيار له، وهذا لا يتنافى مع حرية المتعاقدين ولا مع طبيعة العقود.

٢. أيضاً، فإن الهدف من الخيار هو دفع الغرر والغبن عن لحقه، والعقود التي يتقرر فيها أنه لا تراجع فيها شروطها واضحة ومحددة، ولا غش فيها ولا غبن ولا تغرير، كما أن معرفة كل طرف من الأطراف بعدم إمكانية التراجع يجعله يحتاط ويفكر قبل الإقدام على أي عقد.

و بتطبيق ما سبق على تقنية البلوك تشين والعقود الذكية نرى: أن كل طرف يسقط حقه في التراجع بناء على رغبته؛ لأنه من أول الأمر يعلم أنه لا يمكنه التعديل أو التغيير.

كما أن المالكية نصوا على أنه: إذا اشترط الموجب لزوم إيجابه إلى أجل محدد أو كان العرف يقضي باللزوم لأجل محدد بعد الانتهاء، فلا يجوز له الرجوع عن إيجابه.^(١)

وهذا القول هو الذي أخذ به: المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية حيث جاء في معيار التعاملات المالية بالإنترنت ما نصه:

٢/٢/٣ إذا حدد الموجب زمناً لصلاحيته إيجابه، فإن الإيجاب يستمر إلى انتهاء المدة المحددة، ولا يحق للموجب الرجوع عن إيجابه خلال تلك المدة.

٣/٤ في حال إبرام عقد المزايدة بالإنترنت، لا يحق لمن زاد في ثمن السلعة الرجوع عن إيجابه حتى ينتهي مجلس المزايدة، كما أنه ليس له الرجوع عن إيجابه بعد انتهاء المجلس إذا كان البائع قد اشترط لزومه إلى أجل محدد أو كان العرف يقضي باللزوم لأجل محدد بعد الانتهاء.^(٢)

(١) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣/ ٤، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٤/ ٢٤٠ ط دار الفكر، إجراء العقود (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (٦) الجزء (٢)) ج-١ ص ٩٨٣-٩٨٥.
(٢) المعايير الشرعية معيار التعاملات المالية بالإنترنت ص ٩٦٣.

كما أن هذا القول قد صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي الذي نص على أنه: إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجاباً محدد المدة يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة وليس له الرجوع عنه. (١)

الفرع الثالث: العقود الذكوية والإقالة:

من خصائص عقود المعاوضات المالية صلاحيتها للإقالة، وهي رفع العقد وإلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين (٢) وهي مشروعة ومندوب إليها إذا ندم أحد الطرفين، لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ، أَقَالَ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»، وفي لفظ: «من أقال مسلماً بيعته أقال الله عثرته» (٣) وقد دل الحديث على مشروعية الإقالة، وعلى أنها مندوب إليها، لوعده المقيلين بالثواب يوم القيامة، ويدور حكمها بين الوجوب والندب بحسب حالة العقد.

وإذا نظرنا إلى العقود الذكوية سنجد أنها لا تصلح للإقالة، وهذا يفوت فرصة العودة أو فسخ العقد أمام النادم فيه، ويمنع من حق مشروع من حقوق المتعاقدين، فهل تصلح العقود الذكوية مع هذا؟

وللجواب عن ذلك نقول:

أولاً: إن الإقالة حكمها في الأصل الجواز والندب (٤) عند ندم أحد الطرفين، ولا تجب إلا إذا كان العقد فاسداً أو مكروهاً، وليست الإقالة حقاً لازماً لكل العقود، بل الأصل في العقود هو اللزوم والاستمرار والاستقرار وعدم فسخها، فالاتفاق

(١) مجمع الفقه الإسلامي القرار رقم ٥٢ (٦/٣).

(٢) حاشية ابن عابدين (دار الفكر-بيروت-الطبعة الثانية-١٤١٢هـ-١٩٩٢م) ج ٥ ص ١١٩-١٢١، المغني (مكتبة القاهرة-د.ط-١٣٨٨هـ/١٩٦٨م) ج ٤ ص ٩٢-٩٣، الموسوعة الفقهية (وزارة الأوقاف الكويتية- صدرت في سنوات متعددة) ج ٥ ص ٣٢٤-٣٢٥.

(٣) صحيح ابن حبان ٤٠٤/١١، المستدرک للحاکم ٥٢/٢، سبل السلام ٤٤/٢.

(٤) شرح العناية على الهداية للبايرتي ٤٨٦/٦، البحر الرائق (دار الكتاب الإسلامي-الطبعة الثانية-د.ت) ج ٦ ص ١١٠، حاشية الجمل (دار الفكر-د.ط-د.ت) ج ٣ ص ١٢٣-١٢٤.

على جعل العقد لازماً ولا يقبل الفسخ ولا الإقالة أمر جائز شرعاً؛ لأنه ينسجم مع طبيعة العقود في الفقه الإسلامي.

والإقالة لا تزيد عن كونها حقاً للطرفين، وحكمها الندب والاستحباب في الأصل -عند ندم أحد الطرفين- لأن العقد حق للطرفين فيملاك رفع ما وقع بينهما دفعاً لمشقة قد تترتب على بقاءه لأن كل من كان له حق يملك رفعه. (١)

ثانياً: أن الإقالة ترددت فيها أقوال الفقهاء بين كونها فسخاً للبيع أو بيعاً جديداً على قولين:

القول الأول: يرى الإمام أبو حنيفة والشافعي والرواية الصحيحة عن أحمد أنها فسخ للبيع.

القول الثاني: أنها بيع جديد وقال بذلك الإمام مالك وأبو يوسف من الحنفية والرواية الثانية عن أحمد؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ عَادَ إِلَى الْبَائِعِ عَلَى الْجِهَةِ الَّتِي خَرَجَ عَلَيْهِ مِنْهُ، فَلَمَّا كَانَ الْأَوَّلُ بَيْعًا كَانَ الثَّانِي كَذَلِكَ، وَلِأَنَّهُ نُقِلَ الْمَلِكُ بِعَوَضٍ، عَلَى وَجْهِ التَّرَاضِي، فَكَانَ بَيْعًا كَالْأَوَّلِ. (٢)

وتفريعاً على ذلك نقول: إن اعتبرنا الإقالة فسخاً للبيع فهي غير ممكنة في العقود الذكوية، وهي أيضاً ليست بواجبة بل هي مندوب إليها، والعقود صحيحة ولازمة دونها.

وإن قلنا بأن الإقالة عقد جديد أو بيع جديد فيمكن تطبيقها في تقنية العقود الذكوية بأن يقوم من اشترى سلعة ببيعها بنفس ثمنها إلى بائعها الأول، والتقنية

(١) البناية (دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان-الطبعة الأولى-١٤٢٠ هـ- ٢٠٠٠ م) ج ٨ ص ٢٢٤-٢٢٩.

(٢) البدائع ٧ / ٣٣٩٤، شرح مختصر خليل للخرشي ٥ / ١٦٦ ط دار صادر، حاشية الجمل (دار الفكر-ط.د.ت) ج ٣ ص ١٥٢-١٥٧، المغني ٤ / ١٣٥.

تسمح بذلك ولا إشكال فيها، ويعتبر هذا إقالة على رأي القائلين بأن الإقالة هي عقد جديد. (١)

المبحث الثالث: دور تقنية البلوك تشين في التغلب على مشكلات إثبات العقود الذكية

تمهيد: من المشكلات التي قد تواجه العقود الذكية كيفية إثباتها، وذلك لكونها عقوداً لا تعتمد على وسائط مادية ملموسة وإنما تعتمد على برمجيات وخوارزميات، وعندما ينشأ نزاع نحتاج إلى إثبات التعامل لترتيب بعض الآثار عليه، وهذه الإشكالية تغلبت عليها العقود التقليدية عن طريق الشهادة والكتابة وغيرها من وسائل الإثبات، لكن العقود الذكية لا يمكن إثباتها بهذه الوسائل التقليدية، لكونها ليست عقوداً تقليدية، فكيف يتم إثباتها؟ وما دور تقنية البلوك تشين في الإثبات! وهل يجوز للقضاة الاعتماد على هذه التقنية كوسيلة من وسائل الإثبات المعاصرة؟

وأستعرض مدى توافر عناصر الإثبات في هذه التقنية، وموقعها بين أدلة الإثبات الأخرى، ومدى قوتها في الإثبات، وذلك في المطالب التالية:

(١) العقود الذكية ص ٣٦ د منذر قحف، د محمد العمري.

المطلب الأول: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي بين الإطلاق والتقييد:

المتأمل لوسائل الإثبات يجد فيها نظريات متعددة لعلماء الشريعة والقانون، ويجد اختلافاً في التضييق والتوسعة فيها، ومن الممكن أن نستعرض أهم النظريات في الإثبات حتى نعرف أين موضع تقنية البلوك تشين، وهل تصلح للإثبات أم لا؟ وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: نظرية الإثبات المطلق:

ومعناها أن القاضي لا يتقيد بطرق معينة في الإثبات، وله الحرية الكاملة في اختيار الدليل الذي يعتمد عليه ويطمئن إليه، فكل أمر يترجح عند القاضي أنه دليل على إثبات الحق هو طريق من طرق الحكم، وعلى القاضي أن يحكم به، فله أن يستكمل النقص في الأدلة التي عجز عنها الخصم، وله أن يحكم بعلمه الشخصي، وله أن يقضي بالفراسة، وبالقرائن، كما أن له استدراج الخصوم ومباغنتهم لانتزاع الحقيقة من أقوالهم، وللقاضي أن يحكم بأي دليل حتى ولو كان الدليل غير مباشر، وخارجاً عن موضوع النزاع لكن فيه خيطاً يوصل القاضي إلى الحكم الذي يقتنع به.

وفي هذا النظام أيضاً يتحرر الخصوم من كل القيود التي تحدد طريقهم في الإثبات، فيكون لهم حق الالتجاء إلى أي دليل يتمكنون به من إثبات دعواهم.

وممن يرى ذلك من الفقهاء الإمام: ابن حزم الظاهري، حيث يجيز للقاضي أن يقضي بعلمه، وله أيضاً قبول الشهادة على الشهادة، وكذلك الإمام ابن تيمية، وابن قيم الجوزية، فيريان ضرورة إعطاء القاضي الحرية المطلقة في تكوين عقيدته من أي دليل يعرض عليه ولا يتقيد القاضي بطريق إثبات معين.

يقول ابن القيم: وَالْمَقْصُودُ أَنَّ «الْبَيِّنَةَ» فِي الشَّرْعِ: اسْمٌ لِمَا يُبَيِّنُ الْحَقَّ وَيُظْهِرُهُ، وَهِيَ تَارَةٌ تَكُونُ أَرْبَعَةَ شُهُودٍ، وَتَارَةٌ ثَلَاثَةٌ بِالنَّصِّ فِي بَيِّنَةِ الْمُفْلِسِ، وَتَارَةٌ شَاهِدَيْنِ، وَشَاهِدًا وَاحِدًا، وَامْرَأَةً وَاحِدَةً، وَتَكُونُ نُكُولًا وَيَمِينًا، أَوْ حَمْسِينَ يَمِينًا، أَوْ أَرْبَعَةَ أَيْمَانٍ، وَتَكُونُ شَاهِدَ الْحَالِ فِي الصُّورِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا وَعَیْرِهَا، فَقَوْلُهُ ﷺ {الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي} أَي عَلَيْهِ أَنْ يُظْهِرَ مَا يُبَيِّنُ صِحَّةَ دَعْوَاهُ، فَإِذَا ظَهَرَ صِدْقُهُ بِطَرِيقٍ مِنَ الطَّرِيقِ حَكِمَ لَهُ. (١)

واستدل أصحاب هذا الاتجاه على إطلاق الإثبات بما يأتي:

أولاً: عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ فِي خُطْبَتِهِ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» (٢)

والمراد بالبينة: كل ما يبين الحق ويظهره، سواء كان ذلك هو شهادة الشهود أو القرائن أو غيرها، ومن قصر البينة على شهادة الشهود فقط فإنه لم يوف مسماتها حقه، فلم يختص لفظ البينة بالشاهدين. (٣)

ثانياً: أن البينة لم تأت قط في القرآن مراداً بها الشاهدان، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان، وكل ما يظهر الحق ويقويه، ووردت لفظة مفردة ووردت مجموعة، ومن الأدلة على ذلك قوله تعالى: {لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ} (٤)، وقوله تعالى: {وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ} (٥) (٤٣) بِالْبَيِّنَاتِ وَالزُّبُرِ} (٥)

(١) المحلى (دار الكتب العلمية-بيروت-ط.د-ت) ج ٨ ص ٥٢٣-٥٢٧، ج ٨ ص ٥٤٠-٥٤٢ تبصرة الحكام لابن فرحون ٢ / ١١١ ط دار الكتب العلمية، الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٤ ط دار البيان، القرائن في الفقه الإسلامي (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٢) الجزء (٣)) ج ١- ص ٤٩-٥٧، طرق الإثبات للأستاذ أحمد إبراهيم بك ص ٣٧-٣٩.

(٢) سنن الترمذي ٣ / ٦١٨ وعنون به البخاري في صحيحه ٣ / ١٦٧.

(٣) إعلام الموقعين (دار الكتب العلمية-الطبعة الأولى-١٤١١هـ-١٩٩١م) ج ١ ص ٧١-٧٢.

(٤) سورة الحديد من الآية ٢٥.

(٥) سورة النحل من الآية ٤٣، ٤٤.

وورد لفظ البينة مفرداً في قوله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَةُ﴾^(١) وغيرها من الآيات الكثيرة التي ورد فيها لفظ البينة مفرداً وجمعاً، وكلها تدل على الحجة والبرهان والدليل.

وكذلك قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البينة على المدعي» المراد منه أن على المدعي أن يأتي بالأدلة التي تصح دعواه وأن يظهر الحق بما يستطيع إظهاره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له.

ثالثاً : أن الشارع باشتراطه للشاهدين لا يقصدهما لذاتهما، وإنما يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له، ولا يردُّ الشرع حقاً قد ظهر بدليله أبداً، حتى لا تضيع حقوق الله وحقوق العباد، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين، فإذا ظهر بأي طريق تعين الحكم به، فقد تكون بعض الأدلة المهملة عند الفقهاء أقوى من كثير من الأدلة التي اعتبروها، ومثال ذلك: «دلالة الحال» فهي دلالة مهملة عند الفقهاء وفي بعض الأحوال قد تكون أقوى من دليل اليد الذي قدمه الفقهاء، ومن صورها التي تظهر قوتها: من وجدنا على رأسه عمامة وبيده عمامة، وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو إثره، وليس من عادته أن يمشي مكشوف الرأس، فبينة الحال ودلالته هنا تفيد من ظهور صدق المدعي أضعاف ما يفيد مجرد اليد؛ فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة، ويضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره وحجته، والشاهدان من البينة ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منهما، مثل دلالة الحال على صدق المدعي، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهدين.^(٢)

(١) سورة البينة الآية ٤.

(٢) إعلام الموقعين (دار الكتب العلمية- الطبعة الأولى- ١٤١١هـ- ١٩٩١م) ج ١ ص ٧١-٧٢ (بتصرف).

رابعاً: أنه يجوز للقاضي أن يتوصل للحق بأي طريق حتى ولو كان هذا عن طريق التحايل على الخصوم، والدليل على ذلك ما كان يفعله إياس بن معاوية وشريح، والوقائع التي تثبت ذلك كثيرة منها ما يلي:

١- قال المَدَائِنِيُّ عَنْ رَوْحٍ: اسْتَوَدَعَ رَجُلٌ رَجُلًا مِنْ أُمَّاءِ النَّاسِ مَالًا ثُمَّ رَجَعَ فَطَلَبَهُ فَجَحَدَهُ، فَأَتَى إِيَّاسًا فَأَخْبَرَهُ فَقَالَ لَهُ إِيَّاسٌ: انصَرِفْ وَانكُتْمُ أَمْرِكَ، وَلَا تُعْلِمُهُ أَنَّكَ أَتَيْتَنِي ثُمَّ عُدْ إِلَيَّ بَعْدَ يَوْمَيْنِ، فَدَعَا إِيَّاسُ الْمُودَعَ فَقَالَ: قَدْ حَصَرَ مَالٌ كَثِيرٌ، وَأُرِيدُ أَنْ أَسْلِمَهُ إِلَيْكَ، أَفَحَصِينُ مَنْزِلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَأَعَدَّ لَهُ مَوْضِعًا وَحَمَّالِينَ، وَعَادَ الرَّجُلُ إِلَى إِيَّاسٍ، فَقَالَ: انْطَلِقْ إِلَى صَاحِبِكَ فَاطْلُبْ الْمَالَ فَإِنْ أَعْطَاكَ فَذَلِكَ، وَإِنْ جَحَدَكَ فَقُلْ لَهُ: إِنِّي أَخْبِرُ الْقَاضِيَّ، فَأَتَى الرَّجُلُ صَاحِبَهُ فَقَالَ: مَالِي، وَإِلَّا أَتَيْتُ الْقَاضِيَّ، وَشَكَوْتُ إِلَيْهِ، وَأَخْبَرْتَهُ بِأَمْرِي، فَدَفَعَ إِلَيْهِ مَالَهُ، فَرَجَعَ الرَّجُلُ إِلَى إِيَّاسٍ، فَقَالَ: قَدْ أَعْطَانِي الْمَالَ وَجَاءَ الْأَمِينُ إِلَى إِيَّاسٍ لِمَوْعِدِهِ، فَزَجَرَهُ وَأَنْتَهَرَهُ، وَقَالَ لَا تَقْرُبْنِي يَا حَائِنٌ (١).

فهذا القاضي شريح قد احتال على المدعى عليه بحيلة وقضى بناء عليها، وهذا دليل على أن للقاضي أن يسلك كل السبل للتوصل إلى الحق ويقضي بما شاء من الأدلة.

٢- وكذلك روي عن القاضي إياس أيضاً: أن رجلاً استودع آخر مالا، فجحده، فرفعه إلى إياس، فسأله فأنكر؟ فقال للمدعي: أين دفعت إليه؟ فقال: في مكان في البرية، فقال: وما كان هناك، قال: شجرة، قال: اذهب إليها فلعلك دفنت المال عندها ونسيت، فتذكر إذا رأيت الشجرة؛ فمضى، وقال للخصم: اجلس حتى يرجع صاحبك، وإياس يقضي وينظر إليه ساعة بعد ساعة. ثم قال له: يا هذا،

(١) الطرق الحكيمة (مكتبة دار البيان-د.ط-د.ت) ج ١ ص ٢٤-٣٠.

أترى صاحبك قد بلغ مكان الشجرة؟ قال: لا، قال: يا عدو الله، إنك خائن، قال: أقلني، قال: لا أقالك الله، وأمر أن يحتفظ به حتى جاء الرجل، فقال له إياس: اذهب معه فخذ حقك.^(١)

ويناقش هذا: بأن هذا ليس من باب القضاء بالحيلة، بل هو من باب استعمال الفراسة والحيلة للتوصل إلى الإقرار، فهو قد أوهم المدعى عليه أنه قد صدقه في إنكاره، ثم سأله سؤالاً ولم يشعر المسؤول بمضمونه حتى أقر بما كان يكتمه، وهذا من واجب القاضي أن يطمئن إلى صحة الدعوى وأن يطمئن ويتأكد من شهادة الشهود.

خامساً: أنه يجوز للقاضي أن يقضي بالفراسة مع أن خطوات الاستنتاج فيها خفية ولا تكون واضحة، والدليل المأخوذ منها غير معروف إلا للقاضي، وبهذا قال ابن القيم، وعمل بها قاضي القضاة الشامي المالكي ببغداد.^(٢)

سادساً: أن الشريعة هدفها العدل والقسط وعدم الجور والبعد عن الظلم، فكل طريق يوصل إلى ذلك فيجب الحكم به، «يقول ابن القيم: «فإذا ظهرت أمارات الحق، وقامت أدلة العقل وأسفر صبحه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه ورضاه وأمره، والله تعالى لم يحصر طرق العدل وأدلته وأمارته في نوع واحد وأبطل غيره، فأبي طريق استخراج بها الحق ومعرفة العدل وجب الحكم بموجبها ومقتضاها، والطرق أسباب ووسائل لا تتراد لذواتها، وإنما المراد غاياتها التي هي المقاصد»^(٣)

(١) المرجع السابق نفس الموضوع.
(٢) أحكام القرآن لابن العربي (دار الكتب العلمية-الطبعة الأولى-د.ت) ج ٣ ص ١٠٧، الطرق الحكمية (مكتبة دار البيان-د.ط-د.ت) ج ١ ص ٢٤-٣٠، معين الحكام ١٦٨ ط دار الفكر، تبصرة الحكام لابن فرحون ٢ / ١٣١ ط دار المعرفة، الموسوعة الفقهية (وزارة الأوقاف الكويتية- صدرت في سنوات متعددة) ج ٣٢ ص ٧٨-٧٩.
(٣) إعلام الموقعين (دار الكتب العلمية-الطبعة الأولى-١٤١١هـ-١٩٩١م) ج ٤ ص ٢٨٣-٢٨٨.

فأنت ترى صراحة نصه على عدم التقيد بطريق محدد للإثبات، فأبي سبيل يبين به وجه الحق يكون دليلاً معتبراً مادام قد كشف للقاضي وجه الدعوى.

مناقشة الاتجاه الأول: نوقش هذا الاتجاه بالعديد من المناقشات من أهمها

ما يلي:

١- أن هذا المذهب يمنح القاضي سلطة واسعة في تقدير الأدلة والاعتماد عليها وقبولها وردّها، بل قد يقبل ما لا يعتبره غيره دليلاً، وهذا قد يؤدي إلى اعتساف بعض القضاة وانحرافهم عن جادة الصواب.

٢- أن هذا القول قد يؤدي إلى اضطراب موازين القضاء والحكم، حيث إن معايير الأحكام قد لا تكون واضحة، وهذا يؤدي إلى فقدان الثقة بالقضاء.

٣- كما أنه قد يشجع الظالمين المماطلين على المنازعة في الحق الثابت، أملاً في الإفادة من اختلاف القضاة في التقدير.^(١)

ويجاب عن ذلك بما يلي:

أولاً: القول بأن «هذا يمنح القاضي سلطة واسعة في تقدير الأدلة» فهذا لا إشكال فيه ولا ضرر منه، أما القول بأنه قد يؤدي إلى اعتساف بعض القضاة وانحرافهم عن الصواب فهذا غير مسلم؛ لأن وظيفة القضاء في الإسلام لها معايير فيمن يتولاها، ومنها: أن يكون القاضي عدلاً ورعاً أميناً ثقة، فلا ولاية لفاسق ولا لجائر ولا لغير الورع فأن اختلت الشروط وغلب على الظن بأنه فاسق أو يقضي بالهوى أو يرد الحق ويقضي بالظلم فيجب عزله، ولا يستحق أن يتولى هذا المنصب.^(٢)

(١) نظام الإثبات في الفقه الإسلامي للدكتور عوض عبد الله أبو بكر ص ٥٨ نشر: مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

(٢) أحكام القرآن للجصاص (دار الفكر-د.ط-١٤١٤هـ-١٩٩٣م) ج ١ ص ٩٧-١٠٢، المبسوط (دار المعرفة-بيروت-د.ط-١٤١٤هـ-١٩٩٣م) ج ٩ ص ٨٠، معالم القرية (مكتبة المتنبى-القاهرة-د.ط-د.ت) ج ١ ص ٢٠٤-٢٠٩، تبصرة الحكام (مكتبة الكليات الأزهرية- الطبعة الأولى-١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) ج ١ ص ١٢-١٥.

ثانياً: أما القول بأن هذا قد يؤدي إلى اضطراب موازين القضاء فغير مسلم، لأن الميزان والمعيار هو العدل وتحقيقه، وهذا ميزان لا يختلف وإن اختلفت الطرق الموصلة إليه، فالخلاف في الطريق لن يؤدي إلى الفوضى والاضطراب وفقدان الثقة بالقضاء كما قيل.

ثالثاً: أما القول بأن هذا قد يشجع على المماطلة وأكل الحقوق استفادة من اختلاف القضاة فغير مسلم؛ لأن الطرق وإن اختلفت فلن تصل إلى تضييع الحق والعدل، لأن العدل واحد لا يختلف ولا يتعدد، والقضاة سيختلفون فقط في طريق الوصول إلى هذا الحق، ولن يفلت الظالمون من العقوبة، بل إن القول بغير هذا الاتجاه هو الذي يقيد القاضي ويجعله يقضي بغير الحق الذي تأكد منه عن طريق علمه أو خبرته أو معانيته للواقعة ورؤيتها، لأنه مقيد بشهادة الشهود وقد شهدوا بخلاف ما هو مستقر عنده، فهذا القول يجعل القاضي مقيداً بأن يقضي بالباطل مع تيقنه من أنها شهادة باطلة.

الاتجاه الثاني: نظرية الإثبات المقيد:

وفي مقابل الاتجاه السابق هناك اتجاه يرى الأخذ بنظام الإثبات المقيد الذي يُحدد فيه للقاضي الأدلة التي يجوز أن يستند إليها في حكمه، والشروط التي يجب أن يخضع لها كل دليل، ومرتبته في الدلالة ويجب على القاضي أن ينقيد به ويقضي بناء عليه.

فليس للقاضي السلطة المطلقة في تقدير الأدلة، كما أن الخصوم لا يستطيعون إثبات دعواهم إلا بطرق معينة تم تحديدها لهم، فلا يحكم القاضي بعلمه الشخصي، ولا بقرائن، ولا بدلالة حال ولا غير ذلك مما قال به أصحاب الاتجاه الأول. (١)

(١) القرائن في الفقه الإسلامي (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٢) الجزء (٣)) ج-١ ص ٤٩-٥٧، طرق الإثبات للشيخ /أحمد إبراهيم ص ٤١ وما بعدها.

ويرى جمهور الفقهاء أن: أدلة الإثبات محصورة في أدلة معينة، لكنهم اختلفوا فيما بينهم في اعتبار بعضها وعدم اعتبار البعض الآخر، وكان الاختلاف نتيجة اختلافهم في أمور من أهمها: المعيار الذي يحدد معنى الدليل كطريق يعتمد عليه في الحكم؛ ونتيجة لذلك حدث الخلاف في قبول بعض الأدلة كالقرائن أو الكتابة أو النكول عن اليمين أو القيافة أو القرعة أو غير ذلك من الأدلة التي تنوعت فيها الأقوال وتعددت فيها المآخذ.^(١)

واستدل أصحاب هذا الاتجاه بما يلي:

١- أن النصوص جاءت بالشهادة واليمين والإقرار فوجب الوقوف عند ما جاءت به النصوص وعدم الزيادة عليها، فتكون هي الأدلة دون غيرها، كما أن دلالتها على إثبات المدعى به ظاهرة وقوية فالإقرار إلزام المدعى عليه بما أُلزم نفسه به، ولذلك وردت الكثير من الأدلة في الدلالة على حجيتها، وكذلك الأدلة الأخرى المقبولة مثل القسامة والقيافة ووردت بها الأدلة، لقوتها في الدلالة على المدعى به، فيجب أن لا تقبل إلا ما جاءت به الأدلة وعدم الزيادة عليها.^(٢)

٢- أننا لو فتحنا هذا الباب ولم ننتقد بطريق معين للبيانات سنفتح باباً كبيراً أمام بعض القضاة للحكم بالهوى وردّ الأدلة الصحيحة، أو تقديم الضعيف على الصحيح، وفي هذا فتح لباب من الشر عظيم، فيجب الوقوف عند تقييد الأدلة سداً لذريعة الفساد.^(٣)

٣- أن النبي ﷺ قال: البينة على المدعي، والبينة إذا أطلقت انصرفت إلى الشهادة وحدها، والدليل على ذلك أن التطبيقات التي وردت في السنة قد

(١) طرق الإثبات للشيخ أحمد إبراهيم ص ٤٢، القرائن في الفقه الإسلامي (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٢) الجزء (٣) ج-١ ص ٤٩-٥٧.

(٢) طرق الإثبات لأحمد إبراهيم بك ص ٤١ بتصرف.

(٣) المرجع السابق نفس الموضوع.

فسرت البينة بأنها الشهادة، وقد انعقد الإجماع على ذلك فلا نتركها إلى غيرها من الأدلة.^(١)

٤- كذلك فهذا الرأي هو الذي يحفظ للقضاء هيئته واستقلاله، ويضمن استقرار أحكامه وعدم الاضطراب فيها، كما أنه يضمن عدم قدرة الخصوم على التهرب أو الإتيان بأدلة غير مكتملة.

ويناقش هذا القول بما يلي:

١- القول بأن النصوص جاءت بالبينة وهي الشهادة وغيرها من الوسائل المذكورة قول غير مسلم؛ لأن النصوص جاءت بضرورة الاعتماد على ما يبين الحق ويظهره، وذكر الشهادة أو غيرها كان على سبيل التمثيل وليس الحصر، وذلك على اعتبار أن الشهادة كانت هي الوسيلة الأدق والأيسر لتوثيق الحقوق، فإذا وجدت وسيلة إثبات أخرى أضبط وأيسر منها فيجب الاعتماد عليها.

٢- أن هذا القول يجعل دور القاضي سلبياً ووظيفته آلية، مما يؤدي إلى أن يصدر القاضي حكماً بغير ما ارتاح له ضميره إذا علم أن الحقيقة ظاهرة بدليل من غير الطرق التي حددها القانون.^(٢)

القول المختار: أميل إلى اختيار ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من القول بإطلاق أدلة الإثبات، وترك الحرية للقاضي في تقديرها، وذلك لأدلة كثيرة تقوي هذا الاختيار ومنها:

(١) الاختيار (دار الكتب العلمية-ط-د.ت) ج ٢ ص ١٣٩-١٤٣، شرح مجلة الأحكام (دار الجيل- الطبعة الأولى-١٤١١هـ-١٩٩١م) ج ٤ ص ٣٢٣-٣٣٠.
(٢) القرائن في الفقه الإسلامي (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٢) الجزء (٣)) ج-١ ص ٤٩-٥٧.

١- أن الشريعة الإسلامية تمنع القاضي أن يأخذ باعتراف قام الدليل على كذبه، أو أن يأخذ بأقوال شهود تبين له بطريق آخر أن ما شهدوا عليه لم يقع، فللقاضي عند جمهور الفقهاء أن يقضي بغير ما أجمع عليه الشهود إذا ظهر الحق من طريق غيرهم، كما تمنعه من أن يرفض الحكم على مقتضى ما قطعت به الأدلة العقلية أو الحسية، ومن ذلك قال جمهور الفقهاء: لو شهد أربعة من الرجال على امرأة بالزنا ثم تأكد الحاكم من بكارتها فأنها لا حد عليها لأن بقاء البكارة دليل على وجود شبهة في الشهادة. (١)

٢- أن الشريعة لا تمنع القاضي من أن يعتمد على دليل لا يصطدم بنص ثابت، ولا يصادم دليلاً أقوى منه، ولا يعارض ما حرصت عليه هذه الشريعة الغراء من تضيق في إثبات الجرائم، وما احتاطت بشأنه من درء للحدود بالشبهات.

٣- لا بد من التحقق من صحة ما شهد به الشهود في الدعوى أو نفي ما قالوه.

قال الإمام ابن حزم: أجمعوا على أن الحاكم إن علم بجرحة الشهود - ولم يعلم ذلك غيره، أو علم كذب المجرحين لهم - فإنه يحكم في كل ذلك بعلمه. (٢)

٤- أن الشريعة مبناها على التيسير على الناس في إثبات حقوقهم، وفي هذا القول تيسير على القضاة وعلى المتقاضين.

٥- أن أقوى الأدلة كالإقرار أو الشهادة قد يتطرق إليها الاحتمال والشك بأنها قد صدرت نتيجة تهديد أو خوفٍ من ضرر فحملت المقر على الاعتراف بحق لا يلزمه أو حملت الشهود على مجافاة الحقيقة بقصد أو بغير قصد.

(١) شرح فتح القدير ٦٥/٥ دار إحياء التراث العربي، حاشية الدسوقي (دار الفكر-د.ط-د.ت) ج ٤ ص ٣١٩، تحفة المحتاج (دار إحياء التراث العربي-د.ط-د.ت) ج ٩ ص ١١٤-١١٦، ومغني المحتاج ١٥١/٤ دار إحياء التراث العربي، كشف القناع ١٠١/٦ عالم الكتب ١٩٨٣، الموسوعة الفقهية (وزارة الأوقاف الكويتية- صدرت في سنوات متعددة) ج ٢٤ ص ٤٤-٤٥.
(٢) المحلى (دار الكتب العلمية-بيروت-د.ط-د.ت) ج ٨ ص ٥٢٣-٥٢٧.

6- أن الفقهاء من حرصهم على حقوق الناس أجاز بعضهم بناء القضاء على الحجة الظنية كشهادة الشهود المبنية على المعاينة والمشاهدة، وأجازوا ما هو أقل من ذلك مثل الشهادة بالتسامع والشهادة على الشهادة، وشهادة المرأة الواحدة في الحالات التي توجبها الضرورة أو تستلزمها الحاجة. (١)

المطلب الثاني: تأصيل مدى تحقق وسائل الإثبات في تقنية البلوك تشين: وفيه فرعان:

الفرع الأول: التأصيل بناء على نظرية الإثبات المطلق:

من أهداف الشريعة إثبات الحقوق لأصحابها وتحقيق العدل وعدم الظلم، وقد رأينا فيما سبق أن الفقهاء تعددت أقوالهم في إطلاق وسائل الإثبات أو تقييدها وبناء على ما سبق نقول:

إن تقنية البلوك تشين لا جدال في قبولها كدليل من أدلة الإثبات عند من يقول بحرية القاضي في الاعتماد على أي دليل يراه، وذلك للمبررات التالية:

1. أن النظام اللامركزي لسلاسل الكتل يقوم بالتأكد من وجود المالكين المتعاقد عليهما وجوداً حقيقياً يستدعي التنفيذ الفوري للعقد من خلال نظام البلوك تشين اللامركزي نفسه. (٢)

2. أن نظام العقود الذكية يقدم توصيفاً كاملاً لكل من المالكين المتبادلين في العقد بحيث لا يوجد أي مجال للشك في نوع المال وخصائصه وجميع أوصافه، فتتعدم أية جهالة فيما يتم التعاقد عليه من أموال. (٣)

(١) الفرائن في الفقه الإسلامي (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٢) الجزء (٣)) ج-١ ص ٤٩-٥٧، طرق الإثبات الشرعية ص ٢٧، ٢٨
(٢) العقود الذكية د منذر قحف د محمد شريف العمري ص ١٢
(٣) المرجع السابق.

3. أن الأدلة قد دلت على أن أي دليل يرى القاضي أنه موصل إلى الحق فعليه أن يقضي به، وتقنية البلوك تشين يجب أن يطمئن القاضي إليها لدقتها وضبطها وعدم إمكانية التلاعب فيها فعليه أن يعتمد عليها كدليل من أدلة الإثبات.

الفرع الثاني: التأصيل بناء على نظرية الإثبات المقيد:

عند من يرى أن الأدلة مقيدة، فيحتاج إلى أن نستعرض أهم أدلة الإثبات لنرى مدى توافرها في تقنية البلوك تشين والشكل الذي تظهر فيه.

ولا شك أن: الأدلة التي اعتمدها جمهور الفقهاء كثيرة منها الإقرار والشهادة والكتابة، والاستفاضة والخبرة، وهذا ما سأتناوله فيما يأتي من مطالب.

المطلب الثالث: دليل الكتابة ومدى توافره في تقنية البلوك تشين:

وفيه فرعان: الفرع الأول حجية الكتابة:

الكتابة من وسائل التوثيق التي أمرت بها الشريعة الإسلامية وقال تبارك وتعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ»^(١) وقد عمل بها النبي ﷺ وصحابته من بعده كدليل من أدلة الإثبات.

ومع أهمية الدليل الكتابي في التوثيق لكن الفقهاء لم يولوه اهتماماً كبيراً، بل نجد أنهم اختلفوا في حجية الكتابة كدليل من أدلة الإثبات، وكان الخلاف كما يلي:

القول الأول: الكتابة وحدها لا تعتبر دليلاً بمفردها ولا تقبل إلا إذا انضم إليها دليل آخر كالإقرار أو الشهادة عليها، وإليه ذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد في

رواية عنه وبعض الحنفية. (٢)

(١) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٢) رد المحتار على الدر المختار ٤/ ٣٥٢ ط إحياء التراث، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢١٧، المهذب ٣٠٥/٢.

واستدلوا بالعديد من الأدلة، ومن أهمها ما يلي:

١- أن الخطوط تتشابه والتزوير فيها ممكن، وقد تكتب للتجربة أو اللهو، ومع قيام هذه الاحتمالات والشبهات لا يبقى للخط مجرد حجية، ولا يصلح للاعتماد عليه وحده، أما إذا أشهد عليه فيعتبر وثيقة وحجة؛ لأن الشهادة ترفع الشك وتزيل الاحتمال.^(١)

٢- يحتمل أن كاتب الخط قد كتبه للتجربة أو كان يلهو ويلعب، أو كان يحرر صورة عقد أو صك تحريراً أولياً ثم يهذبه بعد ذلك، وقد يموت تاركاً هذه المسودة، فمع هذا الاحتمال كيف يحتج بالخط؟^(٢)

ويناقش هذا الاستدلال بما يلي:

أولاً: القول بأن الخطوط قد تتشابه وقد يحدث فيها التزوير هو قول مسلم، لكن التزوير والتشابه يمكن كشفه والتعرف عليه، والقاضي لا بد وأن يتأكد من صحة المکتوب ويستوثق منه.

ثانياً: القول بأنه يحتمل أنه كتب خطه للتجربة فهذه حجة واهية؛ لأنه يبعد أن يأتي العاقل البالغ ويكتب توقيعه أو إقراره على مستند يتضمن حقاً عليه على سبيل التجربة.

ثالثاً: قولهم بأن الخط تطرق إليه الاحتمال فيسقط به الاستدلال نرد عليه ونقول: بأنه ليس كل احتمال مسقط للاستدلال وإنما الاحتمال المسقط للاستدلال هو الاحتمال القوي المبني على أدلة، أما سقوط الاستدلال لأدنى احتمال فليس مقبولاً.

(١) رد المحتار على الدر المختار ٤/ ٣٥٢ ط إحياء التراث، المنتقى (دار الكتاب الإسلامي-القاهرة- الطبعة الثانية-د.ت) ج ٥ ص ٢٠٦، الحاوي الكبير (دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع-د.ط-١٤٢٤ هـ- ٢٠٠٣ م) ج ٢٠ ص ٢٧٩-٢٨٢، الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٧٣ وما بعدها ط دار البيان، الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٢١ ص ١٢٠-١٢٣، طرق الإثبات لأحمد إبراهيم ص ٨٩.

(٢) رد المحتار على الدر المختار ٤/ ٣٥٢ ط إحياء التراث، طرق الإثبات لأحمد إبراهيم ص ٨٩.

القول الثاني: الكتابة حجة في الإثبات ويعتمدها القاضي إذا تأكد من صحة نسبتها إلى كاتبها، وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة. (١)

واستدلوا بالقرآن والسنة والمعقول:

فمن القرآن الكريم استدلوا بآيات كثيرة، منها الآيات التي أمرت بكتابة الدين مثل قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مَّسْمًى فَاكْتُبُوهُ ﴾ إلى قوله: ﴿ وَلِيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ ﴾ [البقرة: ٢٨٢]

وجه الدلالة: أن الآيات قد أمرت صراحة بكتابة الدين، وأمرت المدين بأن يقوم بإملاء الكاتب، «وأكد الله تعالى الأمر بالكتابة في أكثر من موضع في هذه الآية، فقال تعالى «إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مَّسْمًى فَاكْتُبُوهُ» ثم قال ثانياً: وليكتب بينكم كاتب بالعدل، ثم قال ثالثاً: ولا يَأْب كاتب أن يكتب كما علمه الله؛ فكان هذا كالتكرار لقوله وليكتب بينكم كاتب بالعدل؛ لأن العدل هو ما علمه الله، ثم قال رابعاً: فليكتب وهذا إعادة الأمر الأول، ثم قال خامساً: وليمل الذي عليه الحق، وفي قوله «وليكُتَب بينكم كاتب بالعدل» كفاية عن قوله وليمل الذي عليه الحق لأن الكاتب بالعدل إنما يكتب ما يملى عليه، ثم قال سادساً: وليتق الله ربه وهذا تأكيد، ثم قال سابعاً: ولا يبخر منه شيئاً فهذا كالمستفاد من قوله وليتق الله ربه ثم قال ثامناً: ولا تسئموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله وهو أيضاً تأكيد لما مضى، ثم قال تاسعاً: ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا» وكل هذه مؤكدات تدل على أهمية الكتابة ولو لم تكن حجة ووسيلة لحفظ الحقوق لما أمر الله تعالى بها وحذر من تركها ولما احتاجت إلى كل هذه المؤكدات (٢)

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١٣٧/٤، تبصرة الحكام لابن فرحون (بهامش فتاوى عليش) ١/٣٦٣، كشاف القناع ٣٧٣/٤، الطرق الحكيمة ص ٢٠٥.

(٢) أحكام القرآن للشافعي (دار الكتب العلمية - ط- ١٤١٢هـ - ١٩٩١م) ج ١ ص ١٣٦-١٣٨، مفاتيح الغيب المعروف بالتفسير الكبير للإمام فخر الدين الرازي (المتوفى: ٦٠٦هـ) ٩٠/٧ ط: دار إحياء التراث العربي - بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤٢٠ هـ، تفسير القرطبي ٣/٣٨٥.

واستدلوا أيضاً بالسنة وساقوا أحاديث منها:

١- عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن الرسول ﷺ قال: « ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبةً عنده » (١)
وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أمر بكتابة الوصية وهذا دليل على أهمية الكتابة وحجبتها؛ إذ لو لم تكن حجة ما كانت لكتابتها فائدة. قال ابن القيم: «ولو لم يجز الاعتماد على الخط لم تكن لكتابة وصيته فائدة». (٢)

٢- أن النبي ﷺ كان يبعث الكتب والرسائل إلى الملوك والرؤساء، ويقدم الحجة عليهم بهذه الكتب. روى البخاري عن أنس بن مالك ﷺ قال: لَمَّا أَرَادَ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَكْتُبَ إِلَى الرُّومِ، قَالُوا: إِنَّهُمْ لَا يَقْرَءُونَ كِتَابًا إِلَّا مَخْتُومًا، فَاتَّخَذَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَاتَمًا مِنْ فِضَّةٍ، كَأَنِّي أَنْظُرُ إِلَى وَبِصِهِ، وَنُقْشُهُ: مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ» (٣)

واستدلوا بالإجماع فقالوا:

- إجماع أهل الحديث على جواز اعتماد الراوي على الخط المحفوظ عنده وجواز التحديث به.

- اعتماد فقهاء هذه الأمة وأئمتها على الكتابة في حفظ السنة والفقهاء. (٤)

(١) البخاري: الوصايا، باب: الوصايا... رقم: ٢٥٨٧. صحيح مسلم ٣/ ١٢٤٩ أول كتاب الوصية، رقم: ١٦٢٧
(٢) شرح النووي على صحيح مسلم ٧٤/١١ وما بعدها ، الطرق الحكيمة (مكتبة دار البيان-د.ط-د.ت) ج ١ ص ١٧٣-١٧٩ ، طرح التثريب ١٩١/٦ .
(٣) صحيح البخاري ٦٧/٩ .
(٤) الطرق الحكيمة (مكتبة دار البيان-د.ط-د.ت) ج ١ ص ١٧٣-١٧٩ .

واستدلوا بالمعقول فقالوا:

1. إن من مقاصد الشريعة إثبات الحقوق وتوثيقها، والكتابة وسيلة من وسائل التوثيق، بل هي من أهم وسائل التوثيق؛ لأن المكتوب يبقى فترات طويلة، والكتاب لا يطرأ عليه النسيان، بخلاف الشهداء الذين قد يعترهم العجز والنسيان، فالشريعة التي تقبل شهادة الشهود مع ما يعترها من عوارض تؤثر عليها يستحيل أن تهمل دليلاً أقوى من الشهادة وهو الكتابة وترده ولا تقبله، مع أنه وسيلة لإثبات الحق وتدعو إليه الحاجة والضرورة.

2. أنه لا فرق بين الكتابة والإقرار، ولذلك وضع الفقهاء قاعدة: (الكتاب كالخطاب)، وقالوا (الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان): لأن الكتابة طريقة أساسية في الإبانة والنطق، فالإقرار بالكتابة صحيح وملزم، مادامت قد توافرت فيه شروط الإقرار وتأكدنا من عدم تزوير المكتوب، وتكون حجة سواءً أشهد عليها أو لم يُشهد. (١)

3. وقالوا أيضاً: إن الحاجة تدعو إلى الأخذ بالكتابة لإثبات الحقوق، فهذا القول هو الأرفق بالناس في معاملاتهم وأقضيبتهم.

4. بالقياس على الإقرار باللفظ، حيث إن الكتابة مثل: الإقرار لفظاً بل هي أضبط منه، لأن الكاتب يتمعن ويفكر قبل كتابة إقراره، بخلاف اللفظ فإنه قد يصدر مزاحاً أو خطأً، ومع هذا فهو معتبر، فكان الإقرار بالكتابة أولى بالاعتبار.

(١) الهداية: ١٧٦/٣، الدرر الحكام: ٣٥٧/٢، بدائع الصنائع (دار الكتب العلمية-الطبعة الثانية-١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) ج ٢ ص ٢٣٠-٢٣١، النهاية: ٦٥/٥، ٧٦.

القول المختار:

وبعد عرض أدلة القولين أميل إلى اختيار القول الثاني القائل بأن الكتابة حجة في الإثبات، والإقرار بها أيضاً حجة كذلك، حيث إن هذا الرأي ينسجم مع مقاصد الشريعة التي تسعى إلى عدم اللبس والخلط بين حقوق الأطراف وتسعى إلى إعطاء كل ذي حق حقه، وتحرص على إثبات الحقوق وإسنادها إلى أصحابها.

كما أن الكتابة قد تطورت بشكل كبير في المجتمعات المعاصرة، وأصبح من الصعب قيام المخاوف التي تخوف منها أصحاب القول الأول؛ حيث إنه لا يمكن الكتابة والتوقيع على المحررات للتجربة أو للسهو أو للهو، كما أن هذا المكتوب هو الذي يبقى طويلاً لأن ذاكرة الإنسان يعتريها الضعف والنسيان كثيراً أما إذا كان الحق مكتوباً فإنه يكون مذكراً للناسي ودليلاً عليه.

الفرع الثاني: مدى توافر دليل الكتابة في تقنية البلوك تشين:

وبالرجوع إلى تقنية البلوك تشين نجد أنها توافرت فيها مواصفات الدليل

الكتابي الذي تبني عليه الحقوق وتقوم به الحجة، وذلك لما يلي:

1. أن الفضاء الإلكتروني مجال للتعبير عن الإرادة، وأطراف التعاقد يعملون على توثيق اتفاقهم على بنود العقد من خلال توقيعاتهم الرقمية، حيث يمكن لأطراف التعاقد التوقيع عبر مفاتيحهم الخاصة.^(١)

2. إذا كان الفقهاء قد قبلوا إشارة الأخرس المفهومة واعتبروها إقراراً منه بالحقوق^(٢) فنقول: إن كتابة العقد ووضع المواصفات والشروط على الشبكة

(١) ماهية العقود الذكية ص ٣٠ د هناء الحنيطي.

(٢) حاشية ابن عابدين ٢ / ٤٢٥، والقوانين الفقهية ص ١٦١، روضة الطالبين للنووي ٨ / ٣٩ ط المكتب الإسلامي، المغني لابن قدامة ٣ / ٤٨٥ ط مكتبة القاهرة، الموسوعة الفقهية (وزارة الأوقاف الكويتية- صدرت في سنوات متعددة) ج ٤ ص ٢٧٨-٢٧٩.

العنكبوتية ووضعها في منصات البلوك تشين أشد بياناً ووضوحاً من إشارة الأخرس التي بنى الفقهاء عليها بعض الأحكام.

3. وإذا كان الفقهاء قد قبلوا الإقرار اللفظي فهذا إقرار كتابي معتمد من صاحبه، ويستبعد أن يصدر عن غيره، حيث إن الشبكة محمية ولا يمكن لأحد الدخول على منصته إلا برضاه وإذنه.

4. وإذا كان بعض الفقهاء قبلوا الكتاب دون إشهاد عليه فمن باب أولى الكتاب الذي قد تم الإشهاد عليه، وتقنية البلوك تشين لم يشهد عليها شاهد واحد ولا شاهدان بل يشهد على المعاملة آلاف الأجهزة وقد تصل إلى الملايين ممن يتصلون بشبكة البلوك تشين.

5. وإذا قبل الفقهاء الكتاب الذي وجدت منه نسخة واحدة فكيف بالكتاب الذي وجدت منه آلاف النسخ وكلها قد تطابقت واتفقت على مضمون واحد!!

6. المخرجات الإلكترونية أياً كان نوعها تتمتع بحجية كاملة في الإثبات، شأنها في ذلك شأن المحررات التقليدية، لأنه متى اشتملت الوسائل الإلكترونية على آليات تمنع اختراقها أو إحداث عبث بها أو تغيير في مضمونها وكانت منسوبة لأطرافها نسبة صحيحة كان ذلك دلالة صحيحة على حجيتها. (١)

وما يتم إبرامه عبر تقنية البلوك تشين يشتمل على آليات تمنع اختراقه أو إحداث عبث فيه أو تغيير في مضمونه، ومنسوب إلى صاحبه نسبة صحيحة فيعتبر صادراً عنه ويكون حجة في الإثبات.

(١) الاثبات الإلكتروني في القضاء والتحكيم التجاري ص ١١٧ د صالح بن علي بن حمد الحارصي .

المطلب الرابع: التوقيع الإلكتروني ومدى توافره في تقنية البلوك تشين:

بينما أن الكتابة تعتبر دليلاً من أدلة الإثبات التي اعتمدها بعض الفقهاء -كما سبق- لكنها لا تعد دليلاً كاملاً في الإثبات إلا إذا كانت موقعة حتى يتم التأكد من أنها ليست منتهلة أو منسوبة زوراً إلى صاحبها.

والغرض من التوقيع على العقود هو: أن يكون التوقيع شاهداً على نية الموقع الالتزام بمضمون العقد الموقع عليه، وعلى نيته في الإقرار بتحريره النص، ويكون شاهداً على نية الشخص في تأييد مستند كتبه شخص آخر. (١) وتعتمد العقود الذكية بصفة أساسية على التوقيعات الإلكترونية التي تكلم عنها الفقهاء المعاصرون وبنوا حجيتها ودورها في الإثبات، وسأبين فيما يلي ماهية التوقيع الإلكتروني ومنزلته بين أدلة الإثبات، ووجه الشبه بينه وبين تقنية البوك تشين، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني:

تعددت التعريفات للدلالة على ماهية التوقيع الإلكتروني ومن هذه التعريفات:

- ١- التوقيع الإلكتروني: هو حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره. (٢)
- ٢- هو ملف رقمي صغير يصدر عن إحدى الهيئات المتخصصة والمستقلة، ومعترف بها من الحكومة، ويتم تخزين الاسم وبعض المعلومات الهامة مثل رقم التسلسل وتاريخ انتهاء الشهادة ومصدرها. (٣)

(١) قانون التجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وقانون الملكية الفكرية والأدبية د/ إبراهيم سيد أحمد ص ٢٨٤ .

(٢) مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري.

(٣) النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني ص ١٦ د/ عبد الفتاح بيومي حجازي ط» دار الكتب القانونية

٣- ونصت المادة الثانية من قانون الأونسترال النموذجي لعام ٢٠٠١ على تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه: «بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها ومرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات».

٤- ويتمثل الفرق بين التوقيع العادي والتوقيع الإلكتروني في أن التوقيع العادي عبارة عن رسم يقوم به الشخص بمعنى أنه فن وليس علماً، ومن هنا يسهل تزويره، أما التوقيع الإلكتروني فهو علم وليس فناً ويصعب تزويره. (١)

الفرع الثاني: أشكال التوقيع الإلكتروني: (٢) يتم التوقيع الإلكتروني بالعديد من الآليات والطرق ومنها:

١- **التوقيع بالقلم الإلكتروني:** وهو عبارة عن قلم من نوع خاص يُمكن حمله من الكتابة على شاشة الحاسب الآلي باستخدام برنامج معين، فيرى الموقع صورة العقد أمامه ويمسك بالقلم الإلكتروني ويوقع على شاشة موصلة بالشبكة الإلكترونية فيظهر توقيعه على العقد، فيقوم البرنامج بالنقاط التوقيع ثم مطابقته للتأكد من صحته، وهذا لا يختلف عن التوقيع العادي على المحرر الورقي إلا في شكله النهائي والمكان الذي يحفظ فيه.

٢- **التوقيع البيومتري:** وهو يعتمد على الخصائص الذاتية لشخص الموقع، والتي يتميز بها عن غيره، مثل بصمات الأصابع أو الصوت أو شبكة العين.

٣- **التوقيع الإلكتروني بواسطة الرمز السري ويعرف بالتوقيع الرقمي أو الكودي**

- مصر ، دار شتات للنشر والبرمجيات.

(١) http://www.q8control.com/___11.htm التوقيع الإلكتروني.

(٢) النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني ص ٢٣ وما بعدها.

Digital Signature: (١) ويتم هذا التوقيع عبر إدخال بطاقة ممغنطة في آلة مناسبة، ثم إدخال الرقم السري-وهو عبارة عن عدة أرقام يتم تركيبها لتكوّن في النهاية كوداً يتم التوقيع به-ثم الضغط على زر الموافقة لإتمام العملية المطلوبة، وهذا النوع من التوقيعات الالكترونية هو الشائع في أجهزة الصرف الآلي (ATM) لدى المصارف للحصول على كشف حساب أو سحب مبالغ نقدية أو تحويلات مالية إلى حساب آخر.

٥- التوقيع باختيار زر الموافقة أو إرسال أو استقبال: وذلك بعد أن يقوم الطرف الثاني بإرسال رسالة تفيد كافة الشروط والمواصفات، ويذيل هذه الرسالة بتخيير القارئ بين الموافقة أو الرفض، والموافقة تعني أنه قد قرأ كافة الشروط ووافق عليها وملتزم بتنفيذ مضمونها.

الفرع الثالث: شكل التوقيع في تقنية البلوك تشين:

لا يختلف التوقيع في تقنية العقود الذكية والبلوك تشين عن التوقيع الإلكتروني العادي، فبم ذلك عبر التوقيع الرقمي الذي يعتبر توثيقاً للملك، ويتكون هذا التوقيع من جزأين:

١- المفتاح العام: والمعروف بمصطلح PUBLIC KEY وهو التوقيع المعروف لدى جميع الموجودين على الشبكة، ويكون عادة معروفاً على نطاق أوسع، ويشبه هذا التوقيع عنوان البريد الإلكتروني الذي يقوم كل مشترك من خلاله بإرسال واستقبال الرسائل، ويكون هذا معروفاً لكل من أراد التعامل معه، ولا توجد أي خطورة في معرفة هذا العنوان، حيث إنه لا يمكن استخدامه إلا عن طريق المفتاح الخاص.

(١) النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية د/ خالد مصطفى فهمي ص ٦١-٦٣ ط: دار الجامعة الجديدة.

٢- المفتاح الخاص Private key : وهو التوقيع الرقمي الخاص بالشخص ولا يعرفه أحد سواه.^(١) وهذا المفتاح الخاص أشبه بكلمة المرور للبريد الإلكتروني أو بكلمة السر التي تتطلبها ماكينات الصراف الآلي، وهذا المفتاح لا يستخدمه إلا الموقع في إنشاء التوقيع الرقمي، ويجب على مستعمله أن يحافظ على سرية.^(٢)

الفرع الرابع: شروط قبول التوقيع الرقمي ومدى توافرها في البلوك تشين:

اشترط العلماء للوثائق الإلكترونية عموماً والتوقيع الرقمي خصوصاً عدداً من الشروط التي لا بد من توافرها حتى يتم قبولها كدليل من أدلة الإثبات، ومنها ما يلي: ^(٣)

- ١- أن يتم استخدام المفتاح الخاص للموقع لتوقيع الرسالة رقمياً.
- ٢- أن يكون مقتصرًا على الشخص الذي يستخدمه فقط وخاصاً به دون غيره.
- ٣- أن يخضع لسيطرة الشخص الذي يستخدمه فقط ولم يقم غيره بالتسلل إلى موقعه والتوقيع بدلاً عنه.^(٤)
- ٤- أن يكون قابلاً للإثبات، وذلك بالتأكد من وجود ارتباط بين التوقيع وبين المستند الإلكتروني الممهور عليه، على نحو يسمح بالكشف عن أي تعديل أو تبديل أو تحوير في بيانات المستند أو عناصر التوقيع.

(١) سلسلة الكتل والعقود الذكية إعداد : قمر الزمان حافظ - أسماء هوارى - آمنة سمرة - نادر برويز
(٢) قانون التجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وقانون الملكية الفكرية والأدبية د/ إبراهيم سيد احمد ص ٢٨٨، ٢٨٧، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني ص ١٨ وما بعدها.
(٣) وتعد ولاية كاليفورنيا هي أول من تبني الأخذ بالتوقيع الرقمي ونص القانون الداخلي بتاريخ ١٤ أكتوبر ١٩٩٥ على أنه له القوة إذا كان يتمتع ببعض الخصائص المذكورة في الشروط ، الاثبات الإلكتروني في القضاء والتحكيم التجاري ص ١١٨-١٢٠ د صالح بن علي بن حمد الحراسي.
(٤) عقد البيع عبر الانترنت ص ٢٦٠ د عمر خالد زريقات.

٥- ألا يطرأ على المحرر أي تغيير أو تعديل.^(١)

وبتطبيق هذه الشروط على تقنية البلوك تشين والعقود الذكية نجد أنها تتوافر فيها، بل إنها قد تظهر فيها بصفة أكبر، فينبغي أن تقبل من باب القياس الأولوي، وذلك لما يلي:

(١) أنها تتمتع بالخصوصية التامة، حيث إنها عبارة عن توقيع رقمي يعتمد آلية التشفير للبيانات.

(٢) أن إنشاؤها يتم بالوسائل الالكترونية التي لا يسيطر عليها إلا صاحبها فقط، ولا يمكن إنشاء التوقيع إلا عن طريقه.

(٣) أن تقنية البلوك تشين تسمح بالكشف عن أي تزوير أو تعديل أو تحوير في بيانات المستند، والتوقيع مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمستند الالكتروني الممهور عليه، وهذا يسمح بالكشف عن أي تزوير أو محاولة للتغيير، فضلاً عن أن هذه التقنية لا تسمح أصلاً بهذا التغيير أو التبديل.

(٤) أن التوقيع الرقمي أضبط وأدق من التوقيع اليدوي من حيث صحة الدلالة على نسبة مستند التصرف إلى الشخص الذي صدر عنه، ولذا يتم برمجة الحاسوب أن لا يصدر أوامره بفتح القفل أو الترميز إلا بعد مطابقة التوقيع على التوقيع المبرمج في ذاكرة الحاسوب، والخوف من التزوير لا يخل بمشروعية التوقيع الرقمي للإثبات؛ لأنه قرين لكل الوسائل الأخرى، فالقول برد كل ما تطرق إليه احتمال التزوير يفضي إلى إهدار كثير من أدلة الإثبات التي لا يجوز إهدارها، وحتى إن حدث تزوير فسرعان ما يتم كشفه من قبل الخبراء

(١) قانون التجارة الالكترونية والتوقيع الالكتروني وقانون الملكية الفكرية والأدبية د/ إبراهيم سيد احمد ص ٢٩٢ ، الاثبات الالكتروني في القضاء والتحكيم التجاري ص ١١٨-١٢٠ د صالح بن علي بن حمد الحراصي.

المتخصصين الذين يستعين بهم القضاة، ولذا فإن أي وسيلة تقنية تتيح تمييز الشخص وتحديد هويته تعتبر مستوفية لشروط الإثبات.^(١)

٥) وبالنظر إلى تقنية البلوك تشين نجدها تقوم بما تقوم به جهات التصديق الإلكتروني، حيث إنها تعنى بضبط محتوى البيانات وتحافظ على سريتها وعدم إنكارها، وتهتم بصحة التعاملات وتتخذ العديد من الآليات والطرق لتشفير البيانات وحفظها في سلاسل مترابطة.

٦) أن ما تقوم به تقنية البلوك تشين أفضل مما تقوم به جهات التصديق الإلكتروني-التي يعتمد عليها في التعاملات الإلكترونية-لأنها تلغي الوسطاء، وشهادتها شهادة جهات متعددة بدلاً من شهادة جهة واحدة، ولا يمكن التشكيك في نتائجها، فإذا قبل الفقهاء التعاملات الإلكترونية بناء على شهادة جهات التصديق الإلكتروني، فنقول: إن تقنية البلوك تشين ينبغي أن تقبل من باب أولى لكونها أضبط وأفضل.

المطلب الخامس: الشهادة ومدى توافرها في تقنية البلوك تشين:

الشهادة في اللغة: البيان والإظهار، مأخوذة من المشاهدة؛ وهي المعاينة والاطلاع على الأمر، كما تعني أيضاً العلم بالشيء علماً يقيناً لا شك فيه.

وشرعاً: إخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير في مجلس القضاء.^(٢)

وقد سماها أكثر الفقهاء بالبينة لأنها تبين الحق وتظهره، وهي حجة في إثبات الحقوق، والدليل على حجيتها قوله تعالى: «**وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ**،

(١) ندوة البركة ص ٢٤٠.

(٢) مختار الصحاح مادة «شهد»، الموسوعة الفقهية الكويتية ١/ ٢٣٥.

فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ، فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ»^(١) وقوله صلى الله عليه وسلم: «شاهداك أو يمينه»^(٢)

وقد بين الفقهاء شروط قبول الشهادة وقالوا إذا توافرت شروط معينة في الشاهد والمشهود عليه والمشهود به، حكم القاضي بناء على تلك الشهادة وقضي بها. ^(٣) ويتطبيق الإثبات بالشهادة على تقنية البلوك تشين: نجد أنها متوافرة وموجودة بصورة كبيرة، حيث إن المشتركين على شبكة البلوك تشين تظهر أمامهم جميع التعاملات التي تمت، ولا بد وأن يوافقوا عليها ويعتمدها وإلا فإن المعاملة لن تتم، وعليه فإن تقنية البلوك تشين توافرت فيها شروط الشهادة، فالاعتماد عليها في الإثبات اعتماد على شهادة توافرت أركانها وشروطها.

بل إن تقنية البلوك تشين أقوى من الشهادة العادية لأن الحقوق العادية تثبت بشاهدين أما هذه فهي آلاف الشهادات، حيث إن كل المعاملات ظاهرة أمام المشتركين وعابونها واطلعوا عليها ووافقوا عليها.

كما أن هذه أقوى من الشهادة العادية: لأن الشهادة العادية يمكن فيها الإنكار أو الطعن في الشهود أو التراجع عنها، فدالاتها ظنية ومع هذا قبلتها الشريعة واعتبرتها من أدلة الإثبات، فقبول تقنية البلوك تشين من باب أولى لأنها خلت من الاحتمالات الموجودة في الشهادة العادية.

(١) سورة القرة من الآية ٢٨٢.
(٢) جزء من حديث رواه الإمام البخاري في صحيحه ١٤٣/٣.
(٣) تراجع شروط قبول الشهادة في كتب الفروع الفقهية .

المطلب السادس: الإثبات بالاستفاضة أو التسماع ومدى توافرها في البلوك

تشين: وفيه فروع :

الفرع الأول: المراد بالاستفاضة أو التسماع:

من الأدلة التي قد يعتمد عليها في إثبات الأحكام الاستفاضة أو التسماع، والمراد بالاستفاضة: الذبوع والانتشار، ويطلق الفقهاء على هذا النوع من الشهادات « الشهادة بالسماع » أو بالتسماع، أو بالشهرة، أو بالاشتهار، وهم في كل ذلك يقصدون الشهادة بسماع ما شاع واشتهر بين الناس. (١)

ومن أمثلة القضايا والأحكام التي تثبت بالاستفاضة: عدالة الراوي وإثبات صحبته للنبي ﷺ حيث تعد الاستفاضة أحد طرق إثبات الصحبة أو العدالة وغيرها. ومن الأحكام التي تثبت بالاستفاضة أو الشهرة كذلك: قضايا النسب، فلو لم نعتبر الاستفاضة والتسماع في إثبات النسب لضاعت كثير من الأنساب.

الفرع الثاني: حجية دليل الاستفاضة:

يعتبر دليل الاستفاضة والشهرة من أدلة الإثبات التي اعتمد عليها المسلمون في قضائهم فأقاموها مقام المعاينة في أمور كثيرة، وثبتت العديد من المسائل بناء عليها، وتكون إذا اشتهر الأمر ولم يوجد له معارض، فأجازوا للقاضي أن يقضي بناء على التسماع على اعتبار أنه لا يوجد معارض للخبر، خاصة وأن هناك أموراً يصعب أن يراها الناس، وإنما عرفت عن طريق التواتر واشتهرت عند الناس، ولو لم تجز الشهادة بالاستفاضة لأدى ذلك إلى التضيق على الناس وإهدار الكثير من الحقوق، ولهذا فقد اعتمد ها كثير من الفقهاء كدليل من أدلة الإثبات.

قال ابن القيم: الاستفاضة من أظهر البيئات، فلا يتطرق إلى الحاكم تهمة

إذا استند إليها. (٢)

(١) الموسوعة الفقهية (وزارة الأوقاف الكويتية- صدرت في سنوات متعددة) ج ٤ ص ٤٥.

(٢) الطرق الحكيمة (مكتبة دار البيان-ط-د.ت) ج ١ ص ١٧٠.

وقيل للإمام أحمد: تشهد أنّ فلانة امرأة فلان؟ قال نعم إذا كان مستقيضاً،
أشهد أنّ فاطمة رضي الله عنها ابنة النبي ﷺ وخديجة زوجته، وكل أحد يشهد
بذلك من غير مشاهدة. (١)

وقال الشيخ عيش من المالكية: «وجازت» الشهادة (بسماع فشا) بفتح الفاء
والشين المعجمة أي شاع واشتهر وكثر (عن ثقات) بكسر المثناة، أي من يوثق
بكلامهم ويعتمد عليه (وغيرهم)، قال ابن عرفة: شهادة السماع لقب لما يصرح الشاهد
فيه بإسناد شهادته لسماع غير معين، فتخرج شهادة البت والنقل بأن يقول الشاهد لم
أزل أسمع من الثقات وغيرهم سماعاً فاشياً كذا، فإن لم يجمع بينهما لم تصح». (٢)

الفرع الثالث: مجال الإثبات - بشهادة السماع وشروط قبولها:

الشهادة بالاستقاضة مجالها كبير، واختلف الفقهاء في المسائل والمجالات
التي يقبل القاضي فيها الاستقاضة. (٣)

والشروط التي وضعها فقهاء كل مذهب لقبول الشهادة بالتسامع كثيرة ومتعددة،
وتختلف من مذهب إلى مذهب، لكن مجملها يدور حول ضرورة التأكد من صدقها
وانتفاء الريبة عنها، سواء أخبر بذلك عدلان أو جماعة يستحيل تواطؤهم على
الكذب، وسواء أكان المخبر مسلماً أم كافراً أم فاسقاً؛ لأن الخبر المتواتر يقطع
بصدقه والقطع بصدقه قد حصل بسبب استحالة تواطؤهم على الكذب وليس
بسبب عدالتهم. (٤)

(١) المغني (مكتبة القاهرة-د.ط- ١٣٨٨هـ ١٩٦٨م) ج ١٠ ص ١٤١-١٤٢
(٢) منح الجليل (دار الفكر-د.ط- ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م) ج ٨ ص ٤٧٤-٤٧٩
(٣) الفتاوى الهندية (دار الفكر-الطبعة الثانية ١٣١٠هـ) ج ٣ ص ٤٥٨، أنوار البروق في أنواع الفروق
(عالم الكتب-د.ط-د.ت) ج ٤ ص ٣-٧، المغني (مكتبة القاهرة-د.ط- ١٣٨٨هـ ١٩٦٨م) ج ١٠
ص ١٣٩-١٤١، الموسوعة الفقهية (وزارة الأوقاف الكويتية- صدرت في سنوات متعددة) ج ٤ ص ٤٥.
(٤) العقود الذكية د العياشي ص ٣٦، دعاوى والبيانات والإثبات ص ١٠١، ١٠٢ د البيغا.

الفرع الرابع: مدى توافر دليل الشهرة والاستفاضة في تقنية البلوك تشين:

وبتطبيق ما وضعه الفقهاء من شروط في قبول الشهادة بالاستفاضة نجد أن هذه الشروط تنطبق على تقنية البلوك تشين، بل أنها قد توافرت فيها بصورة أكبر وأظهر، فتقنية البلوك تشين أدق من الشهادة بالتسامع أو الشهرة لما يلي:

أولاً: أن كل الإجراءات من إثبات الملك والإيجاب والقبول وكل ما يتعلق بالعقد يكون مرئياً للجميع، ويطلعون عليه ويراجعونه ويحفظونه خطوة خطوة ويتم توثيق زمنه، فهذه التقنية أثبت وأدق من شهادة التسماع، فينبغي أن يعتمد القضاة كدليل من أدلة الإثبات.

ثانياً: أن تقنية البلوك تشين أولى؛ لأن الاستفاضة لا تبنى إلا على الدليل العقلي الذي معناه « استحالة تواطؤ الرواة على الكذب » فكيف بالاستفاضة المبينة على دليل علمي ثابت ومحفوظ على آلاف الأجهزة ولا يمكن العبث بها ولا تغييرها!!

المطلب السابع: الإثبات بناء على شهادة الخبراء ومدى انطباقها على تقنية البلوك تشين:

أمرنا الله تعالى بسؤال أهل الذكر إن كنا لا نعلم، فقال تعالى: «فَأَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ»^(١) والغرض من سؤالهم هو الاعتماد على قولهم، وإلا لما كان لسؤالهم فائدة.

ومن الوسائل التي تُعين على إظهار الحق وكشف وجه الدعوى قول الخبراء، وهم الذين لهم المعرفة والخبرة بالمسائل الفنية إذا كان موضوع النزاع فيه مسألة تخفى على القاضي^(٢) مثل معرفة سبب الوفاة، فعلى القاضي أن يلتجأ لقول

(١) سورة النحل من الآية ٤٣.

(٢) الموسوعة الفقهية (وزارة الأوقاف الكويتية- صدرت في سنوات متعددة) ج ١٩ ص ١٧-١٩.

الطبيب الشرعي في سبب الوفاة، وغير ذلك مما يختص بمعرفة الطبيب، وكذلك قول المهندسين والفاحصين والمختصين بمعرفة الخطوط والبصمات، كل فيما يتعلق ويتصل بمجال تخصصه، وكذلك قول البيطار في عيوب الحيوان ودائه.^(١) والشريعة الإسلامية اعتدت بقول أهل الخبرة، فقد قبل النبي صلى الله عليه وسلم قول الخبير بالقيافة، وسرّ عليه الصلاة والسلام حينما ثبت نسب أسامة- رضي الله عنه- من زيد- رضي الله عنه- بمقارنة الشبه في أقدامهما.^(٢) وبنى الفقهاء الكثير من أحكامهم على قول الخبير وتتنوع المسائل في العبادات والمعاملات والجنایات وغيرها.

ومن المسائل التي يعمل فيها بقول الخبراء: معرفة اتجاه القبلة بناء على معرفة الرياح والكواكب والشمس والقمر وموضعها.^(٣)

ومنها: الحكم على من قتل الصيد وهو محرم، قال تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ" ^(٤).

وكثير من أحكام الجنایات قال الفقهاء: تجب فيها حكومة عدل، ويحكم فيها الخبراء مما يدل على أن للخبرة دور في إثبات الأحكام.

والخلاصة: أن القاضي يعتمد على قول الخبراء في المسائل التي لا يوجد عنده دليل فيها ^(٥)

(١) المغني (مكتبة القاهرة-د.ط- ١٣٨٨هـ ١٩٦٨م) ج ١٠ ص ٢٤٠-٢٤١.

(٢) ينظر في ذلك: صحيح البخاري ٨/ ١٥٧، صحيح مسلم ٢/ ١٠٨٢.

(٣) الأم (دار الفكر -بيروت-د.ط- ١٤١٠هـ-١٩٩٠م) ج ١ ص ١١٤.

(٤) سورة المائدة من الآية ٩٥.

(٥) نظام الإثبات في الفقه الإسلامي المؤلف: عوض عبد الله أبو بكر الناشر: مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة

وإذا ثبت أن للقاضي أن يعتمد على قول الخبراء فيحكم بناء على تقريرهم فيجوز الاعتماد على تقنية البلوك تشين لأنها أيضاً تعتبر من قول الخبير في مجال التعاملات الإلكترونية، وشهادتها ليست شهادة مشكوك فيها بل موثقة بالأدلة والبراهين، ومضبوط زمن التعاملات التي تمت بناء عليها بين أي فردين في أي مجال بما يتيح اكتشاف الثغرات ومكافحة الفساد ومراقبة الجودة.

والخلاصة التي نخلص إليها بعد هذا العرض: أن تقنية البلوك تشين توافرت فيها كل مواصفات أدلة الإثبات، فيجوز الاعتماد عليها كدليل من أدلة الإثبات وعلى القضاة أن يقوموا بتوظيف التقنيات الحديثة للوصول إلى العدل وإحقاق الحق وإبطال الباطل

بل هي من أقوى أدلة إثبات المعاملات الإلكترونية وأدقها وأضبطها، ولكنها تحتاج إلى المزيد من التشريعات والقوانين الضابطة التي تعترف بها وتذكرها صراحة في أدلة الإثبات لا سيما في مجال التعاملات التجارية الإلكترونية.

الخاتمة

أحمد الله تعالى أن منّ عليّ بكتابة هذه الصفحات التي طفت فيها على تقنية البلوك تشين والعقود الذكية وتعرفت من خلالها على العديد من المسائل في مجال الإثبات الإلكتروني، وخلصت من خلال دراستي إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: أهمية دراسة المتغيرات التقنية الحديثة وتوظيفها في خدمة الفقه الإسلامي.
ثانياً: أهمية تقنية البلوك تشين وضرورة التوسع في دراستها وتفعيلها في المجالات التي يمكن توظيفها فيها.

ثالثاً: تعتبر العقود الذكية تطور تقني يوفر الوقت والجهد والنفقات فيجوز التعامل بها والتعاقد عن طريقها لكونها تحقق مقاصد الشريعة.

رابعاً: تقنية البلوك تشين دليل لا يتطرق إليه الشك فينبغي اعتمادها كدليل من أدلة الإثبات التي يعتمد عليها القضاة .

خامساً: أوصي بتوثيق الأموال التي تمتلكها المؤسسات الإسلامية ومؤسسات الأوقاف على شبكات البلوك تشين حتى يتم ضبط التعاملات، وتتم المحافظة على أموال الوقف وتتم مراقبة صرفه على أكمل وجه وعدم ضياعه أو اندثاره، حيث إن تقنية البلوك تشين ستكون في الوقت القريب هي المصدر الأوثق الذي يعتمد عليه في إثبات الملكية.

سادساً: أوصي بأن تقوم الجهات التشريعية بوضع تشريعات مباشرة لتقنية البلوك تشين والعقود الذكية.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

أهم المراجع والمصادر

أولاً: القرآن الكريم:

ثانياً: التفسير وعلوم القرآن:

- ١- أحكام القرآن للإمام: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: ٣٧٠هـ) (دار الفكر-د.ط-١٤١٤هـ-١٩٩٣م)
- ٢- أحكام القرآن للإمام: محمد بن عبد الله الأندلسي المعروف بأبي بكر ابن العربي المتوفى سنة ٥٤٣هـ (دار الكتب العلمية-الطبعة الأولى-د.ت) (دار الكتب العلمية-د.ط-١٤١٢هـ-١٩٩١م)
- ٣- أحكام القرآن للشافعي للإمام محمد بن إدريس الشافعي ط: (دار الكتب العلمية-د.ط-١٤١٢هـ-١٩٩١م)
- ٤- الجامع لأحكام القرآن الكريم المعروف ب تفسير القرطبي للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ) تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م
- ٥- مفاتيح الغيب المعروف بالتفسير الكبير للإمام فخر الدين الرازي (المتوفى: ٦٠٦هـ) ط: دار إحياء التراث العربي - بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤٢٠هـ.

ثالثاً: الحديث الشريف وعلومه:

- ١- الجامع الصحيح « للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، المتوفى سنة : ٢٥٦ هـ : نشر دار ابن كثير . اليمامة . سنة : ١٤٠٧ هـ الطبعة الثالثة . تحقيق د/ مصطفى ديب البغا . تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج ١، ٢) ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج ٣) وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (ج ٤، ٥) الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر الطبعة: الثانية، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م
- ٢- سبل السلام للإمام محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (المتوفى: ١١٨٢هـ) ط: دار الكتاب الإسلامي.

- ٣- سنن أبي داود « للإمام سليمان بن الأشعث أبي داود السجستاني الأزدي المتوفى سنة ٢٧٥ هـ : ط/ دار الفكر / تحقيق / محمد محيي الدين عبد الحميد .
- ٤- سنن الترمذي للإمام: محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)
- ٥- شرح النووي على صحيح مسلم للإمام : أبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة : ٦٧٦هـ ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت- الطبعة الثانية .
- ٦- شرح معاني الآثار للإمام: أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: ٣٢١هـ) (دار الكتب العلمية- الطبعة الأولى-١٣٩٩هـ-١٩٧٩م).
- ٧- صحيح الإمام مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، دار النشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي .
- ٨- فيض القدير شرح الجامع الصغير للإمام: زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: ١٠٣١هـ) الناشر: المكتبة التجارية الكبرى - مصر الطبعة: الأولى، ١٣٥٦
- ٩- المستدرك على الصحيحين : للإمام محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ، المتوفى سنة ٤٠٥ هـ : ط / دار الكتب العلمية . بيروت . تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا .
- ١٠- نيل الأوطار للإمام: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ) تحقيق: عصام الدين الصباطي الناشر: دار الحديث، مصر الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م.

رابعاً : الفقه :

(أ) الفقه الحنفي:

١. الاختيار لتعليل المختار للإمام: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: ٦٨٣هـ) ط دار الكتب العلمية .
٢. البحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ) ط(دار الكتاب الإسلامي-الطبعة الثانية-د.ت)
٣. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام : علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد

- الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ) الناشر: دار الكتب العلمية-الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م
٤. البناية شرح الهداية للإمام أبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: ٨٥٥هـ) (دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان- الطبعة الأولى-١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م)
٥. درر الحكام شرح غرر الأحكام للإمام: محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو (المتوفى: ٨٨٥هـ) (دار إحياء الكتب العربية-د.ط-د.ت)
٦. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام للإمام: علي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: ١٣٥٣هـ) ط (دار الجيل-الطبعة الأولى-١٤١١هـ-١٩٩١م)
٧. رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين للإمام محمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢هـ ط: دار الفكر بيروت - الطبعة الثانية - ١٤١٢هـ
٨. العناية شرح الهداية للإمام: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (المتوفى: ٧٨٦هـ) الناشر: دار الفكر.
٩. الفتاوى الهندية لجنة من علماء الهند ط(دار الفكر-الطبعة الثانية١٣١٠هـ)
١٠. فتح القدير شرح الهداية للإمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)الأميرية- بولاق.
١١. المبسوط لشمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (٤٨٣هـ- ١٠٩٠م) ط: دار المعرفة.
١٢. مجمع الضمانات للإمام أبي محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي (المتوفى: ١٠٣٠هـ)الناشر: دار الكتاب الإسلامي
١٣. الهداية في شرح بداية المبتدي للإمام: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ) المحقق: طلال يوسف الناشر: دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

(ب) الفقه المالكي:

- ١- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير « للإمام محمد بن عرفة الدسوقي ، المتوفى سنة ١٢٣٠هـ نشر : دار دار الفكر) - تحقيق الشيخ محمد عيش .
- ٢- الشرح الكبير لمختصر خليل « لسيدي أحمد الدردير أبو البركات ، المتوفى سنة ١٢٠١هـ نشر: دار إحياء الكتب العربية .
- ١- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل « للإمام محمد بن عبد الله الخرشي المتوفى سنة ١١٠١هـ : ط دار صادر
- ٢- فتح العلي المالك - للشيخ محمد بن أحمد بن محمد عيش - نشر دار المعرفة
- ٣- القوانين الفقهية «للإمام محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي ، المتوفى سنة ٧٤١هـ ط/دار الكتب العلمية . بيروت .
- ٣- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل « للإمام محمد بن عبد الرحمن المغربي أبي عبد الله ، المعروف بالحطاب ، المتوفى سنة ٩٥٤هـ نشر: دار الفكر . بيروت . سنة ١٣٩٨هـ الطبعة الثانية .

(ج) الفقه الشافعي:

- ١- الأم « للإمام محمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله »، المتوفى سنة ٢٠٤ هـ نشر دار المعرفة . بيروت . سنة ١٣٩٣هـ الطبعة الثانية .
- ٢- حاشية الجمل للإمام سليمان بن منصور العجيلي المصري المعروف بـ (الجمل) ط/ دار الفكر .
- ٣- حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج « تأليف المحققان المدققان / الشيخ : شهاب الدين القليوبي ، والشيخ : عميرة . ط/دار إحياء الكتب العربية .

- ٤- روضة الطالبين وعمدة المفتين، للإمام أبي يحيى زكريا بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ ، دار النشر: المكتب الإسلامي - بيروت - ١٤٠٥، الطبعة: الثانية
- ٥- فتح العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير للإمام الرافعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣هـ) الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان - الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م
- ٦- المجموع شرح المذهب للإمام أبي يحيى زكريا بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ ط (مكتبة الإرشاد-السعودية- ومكتبة المطيعي-د.ط-د.ت)
- ٧- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج « للإمام محمد الشربيني الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧هـ نشر : دار الكتب العلمية الطبعة الأولى-١٤١٥هـ-١٩٩٤م).

(د) الفقه الحنبلي:

- ١- إعلام الموقعين عن رب العالمين. لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة (٧٥١هـ-١٣٥٠م) ط : دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٤١١هـ ١٩٩١ م.
- ٢- كشف القناع عن متن الإقناع للإمام منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١ هـ ط (دارالفكر-وعالم الكتب-د.ط-١٤٠٢هـ-١٩٨٢ م .
- ٣- المبدع في شرح المقنع للإمام : إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبي إسحاق ، المتوفى سنة ٨٨٤هـ نشر : (دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان- الطبعة الأولى-١٤١٨هـ - ١٩٩٧ م)
- ٤- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات للإمام : منصور بن يونس البهوتي نشر عالم الكتب .
- ٥- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني « للإمام : عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي «أبي محمد» المتوفى سنة ٦٢٠ هـ نشر : دار إحياء التراث العربي سنة ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥ م .

(س) فقه الظاهرية :

- المحلى بالآثار للإمام: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري المتوفى سنة ٤٥٦هـ ، نشر: دار الآفاق الجديدة . بيروت . تحقيق : لجنة إحياء التراث العربي .

خامساً: السياسة الشرعية والآداب وأصول الفقه:

- ١- الأشباه والنظائر للإمام زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ) دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
- ٢- أنوار البروق في أنواع الفروق للإمام: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المشهور بالقرافي المتوفى سنة (٦٨٤هـ-١٢٨٥م) ط: عالم الكتب .
- ٣- تبصرة الحكام للإمام: إبراهيم بن علي بن فرحون اليعمري المالكي ط/ (مكتبة الكليات الأزهرية- الطبعة الأولى- ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م)
- ٤- الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة (٧٥١هـ-١٣٥٠م) (مكتبة دار البيان- د.ط- د.ت)
- ٥- معالم القربة للإمام محمد بن محمد القرشي المعروف بابن الأخوة (مكتبة المتبني- القاهرة- د.ط- د.ت)
- ٦- المنثور للإمام بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي المتوفى سنة ٧٩٤ هـ ١٣٩٢ م ط(وزارة الأوقاف الكويتية- الطبعة الثانية- ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م)

سادساً : الموسوعات الفقهية

- 1) الموسوعة الفقهية الكويتية إصدار وزارة الأوقاف الكويتية.
- 2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.

سابعاً : مراجع عامة ومتنوعة وحديثة :

- 1) الإثبات الالكتروني في القضاء والتحكيم التجاري د صالح بن علي بن حمد الحارصي.
- 2) الإثبات في قانون المعاملات الالكترونية وقانون المعاملات المدنية والتجارية بسلطنة عمان.المستشار/ عاصم عبد الجبار سعد نائب رئيس محكمة النقض المصرية قاضي بالمحكمة العليا - سلطنة عمان.
- 3) إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (٦) الجزء (٢) ج-١ ص ٨٤٨-٨٤٩.
- 4) إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة د علي محي الدين القرعة داغي منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي.

- (٥) استخدام تطبيقات البلوك تشين لتطوير الأصول الوقفية بحث منشور في المؤتمر العالمي حول الدين والثقافة والحوكمة في العالم المعاصر ٣-٤ أكتوبر ٢٠١٨ كوالالمبور _ ماليزيا.
- (٦) استكشاف تقنية البلوك تشين وتطبيقاتها في المالية الإسلامية. إعداد: د. زاهرة بني عامر، أ. آلاء تحسين.
- (٧) إشكالية تكون العقود التي تتدخل وسائط إلكترونية في إبرامها د/سليمان محمد إبراهيم.
- (٨) البلوك تشين الثورة التكنولوجية القادمة في عالم المال والإدارة أ. يهاب خليفة نشر بمجلة المستقبل العدد ٣، ٢٠٠٣ مارس ٢٠١٨
- (٩) التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت أحكامها وآثارها في الفقه الإسلامي والنظام السعودي د/ علي بن عبدالله الشهري.
- (١٠) التعاقد الإلكتروني في ميزان الشرع الإسلامي د. محمد بن جبر الألفي.
- (١١) التعاقد عن طريق الوكيل النكي في التجارة الإلكترونية والإشكالات الناشئة عنه. رسالة ماجستير للباحثة نبيلة كردي إشراف د/ فراس الكساسبة.
- (٢١) تقنية BLOCKCHAIN والعملات الإلكترونية إعداد الدكتور/ عدنان مصطفى البار
- (٣١) تقنية سلسلة الثقة (الكتل) وتأثيراتها على قطاع التمويل الإسلامي د/ منير ماهر أحمد.
- (٤١) الثورة الصناعية الرابعة بين البلوك تشين والعملات المشفرة لمجموعة من الكتاب ط: قنديل للطباعة والنشر الإمارات الطبعة الأولى.
- (١٥) حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة في الفقه الإسلامي موازنا بالفقه الوضعي (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (٦) الجزء (٢))
- (١٦) خدمات التوثيق الإلكتروني تدعيم للثقة وتأمين للتعامل عبر الإنترنت دراسة مقارنة/ مصطفى أبو مندور موسى وما بعدها بحث منشور في ندوة الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية- مسقط- ٢٣/١١/٢٠٠٨م.
- (١٧) سلسلة الكتل والعقود الذكية إعداد: قمر الزمان حافظ - أسماء هوارى - آمنة سمرة - نادر برويز
- (١٨) طرق الإثبات لأحمد إبراهيم بك ط: المكتبة الأزهرية للتراث.
- (١٩) عقود الإذعان في الفقه الإسلامي د رفيق يونس المصري (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٤) الجزء (٣))
- (٢٠) العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون رسالة دكتوراة في

- الجامعة العراقية عام ٢٠١٢م للباحث/ ميكائيل رشيد علي الزبياري.
- (٢١) العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون رسالة ماجستير مقدمة من الباحث: ميكائيل رشيد علي إشراف الأستاذين: عبدة عامر توفيق ، عيسى خليل خير الله.
- (٢٢) العقود الذكية د منذر قحف، ود محمد شريف العمري. منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين والتي عقدت في دبي ٢٠١٩م .
- (٣٢) العقود الذكية في ضوء الأصول والمقاصد والمآلات د قطب مصطفى سانو . منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين والتي عقدت في دبي ٢٠١٩م .
- (٤٢) العقود الذكية واقعها وعلاقتها بالعملة الافتراضية د عمر الجميلي. منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين والتي عقدت في دبي ٢٠١٩م .
- (٢٥) العقود الذكية والبنوك الرقمية والبلوك تشين د عبد الستار أبو غدة منشور في بحوث ندوة البركة.
- (٦٢) العملات الرقمية وعلاقتها بالعقود الذكية د غسان الطالب. منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين والتي عقدت في دبي ٢٠١٩م .
- (٢٧) قانون التجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وقانون الملكية الفكرية والأدبية د/ إبراهيم سيد احمد
- (٢٨) القرائن في الفقه الإسلامي (مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (١٢)
- (٢٩) ماهية العقود الذكية د هناء الحنيطي. منشور بمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة والعشرين والتي عقدت في دبي ٢٠١٩م .
- (٣٠) المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)
- (٣١) نظام الإثبات في الفقه الإسلامي للدكتور عوض عبد الله أبو بكر ص ٥٨ نشر: مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة
- (٣٢) النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني د/ عبد الفتاح بيومي حجازي ط» دار الكتب القانونية - مصر ، دار شتات للنشر والبرمجيات.
- (٣٣) النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية د/ خالد مصطفى فهمي ط: دار الجامعة الجديدة.
- (٣٤) الوسائط الإلكترونية الذكية من منظور الفقه الإسلامي د/ محمد محمود الجمال بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي.

مشابهة الإجماع
للسنة النبوية
فى المنظور الأصولى

إعداد

د/ أحمد على أحمد على

مدرس أصول الفقه بكلية الشريعة والقانون

بالقاهرة

جامعة الأزهر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الخلق أجمعين، سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه والتابعين.

وبعد، فهذا بحث أصولي، يعنى بإبراز وجوه مشابهة للإجماع للسنة النبوية، ومشاركته لها، وقد وقفت على فكرة البحث أثناء قراءتى ودراستى لبابى السنة والإجماع، فلقد وجدت العديد من وجوه المشابهة بل والمطابقة بين الدليلين، ولم أظفر بدراسة سابقة عنيت بإظهار هذا الجانب، ورأيت أن وضع دراسة تجمع هذه الوجوه وتحقق تلك المشابهة تكون إن شاء الله- كاشفة عن بعض وجوه الحكمة فى نصب الإجماع دليلاً شرعياً، وبيان أن الإجماع صنو السنة، وأنهما خرجا من مشكاة واحدة، وأنه لا يسع منصفاً يقبل السنة دليلاً شرعياً أن يرد الإجماع، وأن المتجربين على الطعن فى حجية الإجماع ما خرجوا فى تلك الدعوى إلا عن قصور نظر أو فساد طوية، وإلا فالإجماع كما يقول إمام الحرمين^(١): عصام الشريعة وعمادها وإليه استنادها. اه؛ وكما يقول البيهقي^(٢): من أنكر الإجماع فقد أبطل دينه كله، لأن مدار أصول الدين كلها ومرجعها إلى إجماع المسلمين. اه.

فكانت هذه الدراسة حاملة فى طياتها لواء الدفاع عن حجية الإجماع الذى هو مصدر من أهم مصادر الشريعة الإسلامية.

والله ولى التوفيق

(١) البرهان للجوينى فقرة (٦٢٧).

(٢) أصول البيهقي مع كشف الأسرار (٢٦٥/٣).

❁ خطة البحث:

يتضمن هذا البحث مقدمة، وخمسة مباحث، وخاتمة:

المبحث الأول: مشابهة الإجماع للسنة فى منشأ الحجية.

المبحث الثانى: مشابهة قطعى الإجماع لقطعى السنة، ويتضمن أربعة مطالب:

المطلب الأول: مشابهة قطعى الإجماع لقطعى السنة فى التقسيم باعتبار الصراحة والضمنية.

المطلب الثانى: مشابهة قطعى الإجماع لقطعى السنة فى التقسيم باعتبار الشيوع والاختصاص.

المطلب الثالث: مشابهة قطعى الإجماع لقطعى السنة فى مرجع القطعية.

المطلب الرابع: مشابهة قطعى الإجماع لقطعى السنة فى باب التعارض.

المبحث الثالث: مشابهة الإجماع السكوتى للتواتر السكوتى، ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مشابهة الإجماع السكوتى للتواتر السكوتى فى الصورة.

المطلب الثانى: مشابهة الإجماع السكوتى للتواتر السكوتى فى الاعتبار والحجية.

المطلب الثالث: مشابهة الإجماع السكوتى للتواتر السكوتى فى الاستدلالية.

المبحث الرابع: مشابهة الإجماع للسنة النبوية فيما يتعلق بطرق الرواية والنقل، ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مشابهة الإجماع للسنة النبوية في طرق النقل.

المطلب الثاني: مشابهة الإجماع لمتواتر السنة في الاكتفاء بنقلهما عن نقل أصلهما.

المطلب الثالث: مشابهة الإجماع للسنة في بعض ألفاظ الرواية.

المبحث الخامس: مشابهة الإجماع للسنة في الاحتجاج.

الخاتمة، وقد اشتملت على أهم النتائج والتوصيات.

وقد قمت بعزو الآيات القرآنية، وتخريج الأحاديث النبوية، فإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بذلك؛ وإلا خرّجته من الكتب الستة أو من غيرها، كما قمت بالترجمة لغير المشهور من الأعلام، ووضع فهرس للمصادر والمراجع وآخر للموضوعات.

وبعد فما يكون في هذا البحث من صواب فهو من الله، وما يكون فيه من خطأ فتبعته على، ومرده إلى، والله من وراء القصد، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

المبحث الأول

مشابهة الإجماع للسنة في منشأ الحجية

منشأ حجية السنة النبوية ومنشأ حجية الإجماع وجه عظيم من وجوه المشابهة بين الدليلين، ومنه تتفرع العديد من أوجه المشابهة، وذلك أن العصمة هي منشأ حجية كل منهما.

أما السنة فمنشأ حجيتها عصمة النبي (ﷺ)، وقد قرر المتكلمون والأصوليون أن الدليل العقلي - وهو المعجزة - دل على عصمة النبي (ﷺ) من كل ما يناقض مدلول المعجزة من جواز الكفر، والجهل بالله، وكتمان رسالته، والخطأ فيما يبلغ، والتقصير في التبليغ، والجهل بالشرع الذي أمر بالدعوة إليه^(١).

وأما ما يتعلق بالذنوب فالذي قرره جمهور أهل السنة والمعتزلة أنه (ﷺ) معصوم من ارتكاب الكبائر وصغائر الخسة كسرقة لقمة والتطيف بتمرة عمداً أو سهواً، وإن اختلف الفريقان في الدليل الذي أوجب ذلك، فذهب أهل السنة إلى أنه دليل الشرع، وذهب المعتزلة إلى أنه دليل العقل^(٢).

وأما ارتكاب الصغيرة على سبيل السهو ففيه اختلاف، فذهب الجمهور إلى جواز ذلك، ونقله ابن برهان عن اتفاق المحققين^(٣).

وذهب ابن السبكي تبعاً للأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني، والشهرستاني والقاضي عياض وتقى الدين السبكي إلى أنه (ﷺ) معصوم من ذلك، لكرامته على الله من أن يصدر عنه ذنب^(٤).

(١) انظر: تلخيص التقريب والإرشاد للجويني فقرة (٨٨٣، ٨٨٤)، والبرهان فقرة (٣٨٧)، والمستصفي للغزالي (٢/٢١٢).

(٢) انظر: الوصول لابن برهان (١/٣٥٥)، إضافة إلى ما سبق.

(٣) انظر: الوصول (١/٣٥٨).

(٤) انظر: جمع الجوامع مع التشنيف (٢/٨٩٩).

وأما السهو والنسيان في الأفعال فلا خلاف في جوازه عليه فيما يخصه من العبادات والطاعات، وأما ما يتعلق من الأفعال بتبليغ الشرع والرسالة فجزم الغزالي بعصمته عن السهو والنسيان في ذلك؛ لأن الناس كلفوا تصديقه جزماً، ولا يمكن الجزم مع تجويز الغلط^(١).

وذهب القاضي الباقلاني وإمام الحرمين إلى جواز وقوع السهو والنسيان في الأفعال البلاغية، لكنه ينبه عليه، وأما وقوعه من غير تنبيه فلا يقوله أحد^(٢).

وأما الإجماع فمنشأً حجيته عصمة الأمة بعد وفاة نبيها (ﷺ)، وقد استدل العلماء على ثبوت العصمة لها بما تواتر عن النبي (ﷺ) من معنى عصمة الأمة من الاجتماع على الضلالة والخطأ، فمن ذلك قوله (ﷺ): «إن الله أجاركم من ثلاث خلال، أن لا يدعو عليكم نبيكم فتهلكوا جميعاً، وأن لا يظهر أهل الباطل على أهل الحق، وأن لا تجتمعوا على ضلالة»^(٣).

وقوله (ﷺ): «إن أمتي لا تجتمع على ضلالة، فإذا رأيتم الاختلاف فعليكم بالسواد الأعظم»^(٤).

وقوله (ﷺ): «إن الله لا يجمع أمتي على ضلالة، ويد الله مع الجماعة ومن شذ شذ إلى النار»^(٥).

(١) انظر: المستصفى (٢/٢١٤).

(٢) انظر: البرهان فقرة (٣٩١، ٣٩٢)، وشرح العمدة لابن دقيق العيد (٢/٣٥٢).

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب الفتن، باب: في ذكر الفتن ودلائلها (ح ٤٢٥٥)، وسكت عنه أبو داود فهو عنده حجة. وقال الحافظ ابن كثير في إسناده نظر. وقال الحافظ ابن حجر في إسناده انقطاع.

انظر: تحفة الطالب لابن كثير ص ١٤٦، وموافقة الخبر لابن حجر ١/١٠٦.

(٤) أخرجه ابن ماجة في كتاب الفتن، باب: السواد الأعظم (ح ٤٠٨٥)، وضعف ابن حجر إسناده.

انظر: موافقة الخبر لابن حجر ١/١٠٦.

(٥) أخرجه الترمذي في كتاب الفتن، باب: ما جاء في لزوم الجماعة (ح ٢٣٢٠)، وقال ابن حجر:

رجاله رجال الصحيح إلا إبراهيم بن ميمون فإنهما لم يخرجاه له. انظر: موافقة الخبر لابن حجر ١/١١٤.

وقوله (ﷺ): «لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق، لا يضرهم من خذلهم حتى يأتي أمر الله وهم على ذلك»^(١).

وقوله (ﷺ): «من فارق الجماعة شبراً فمات، فميتة جاهلية»^(٢).

وقوله (ﷺ): «ثلاث لا يُغفل عليهن قلب مسلم: إخلاص العمل لله، والنصيحة للمسلمين، ولزوم جماعتهم فإن دعوتهم تحيط من ورائهم»^(٣).

وقوله (ﷺ): «من سره ببحوثة الجنة فليزِم الجماعة، فإن الشيطان مع الفذ، ومع الإثنين أبعد»^(٤).

قال القاضي عبد الوهاب^(٥): فلم بالتواتر أنه قد جاء عنه (ﷺ) كلام معناه أن الله عصم هذه الأمة من الخطأ إذا اجتمعت، فصار تواتر المعنى مأخوذاً من اختلاف الأخبار مع اتفاق معانيها، ألا ترى أننا نعلم ضرورة بسخاء حاتم وشجاعة علي، وحلم معاوية، بأخبار كل خبر منها بانفراده خبر واحد، ولكن مجموعها إذا اتفقت معانيها أوجبت العلم الضروري. اهـ.

ومثل هذا التقرير، للشيخ أبي إسحاق الشيرازي^(٦).

وهذه المشابهة بين السنة والإجماع في منشأ الحجية، تتأكد بأن الآيات القرآنية التي استدلت بها العلماء على حجية الإجماع، أو استأنسوا بها في ذلك،

(١) أخرجه مسلم في كتاب الإمارة، باب: لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق (ح ٥٠٥٩).
(٢) أخرجه مسلم في كتاب الإمارة، باب: الأمر بلزوم الجماعة (ح ٤٨٩٦).
(٣) أخرجه الشافعي في الرسالة (ص ٤٠٢)، وصححه الحاكم في المستدرک ١/٨٦ - ٨٨.
(٤) أخرجه الشافعي في الرسالة (ص ٤٧٤) وقال الشيخ أحمد شاکر في تعليقه عليها: حديث صحيح معروف عن عمر. اهـ، وأخرجه الترمذی في کتاب الفتن، باب: ما جاء في لزوم الجماعة (ح ٢٣١٨) وقال: حديث حسن غريب من هذا الوجه.
(٥) ملحقات مقدمة ابن القصار (ص ٢٧٦).
(٦) شرح اللمع للشيرازي (٢/٦٧٩).

جمعت بين الحجتين، وأشارت إلى العصمتين، فمن ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ ۖ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾ [النساء: ١١٥].

قال القاضي عبد الجبار^(١): ذكر تعالى مشاققة الرسول، وإنما يظهر ذلك بالخروج عن طريقته ومخالفته إلى طريق غيره؛ لأن من هذا حاله يكون مشاققاً له، ثم أتبعه بذكر سبيل المؤمنين، وتوعد على الخروج عن طريقته في الاتباع، وبيّن ذلك في أن كل واحد منهما حجة كصاحبه. اهـ.

ومن ذلك أيضاً قوله تعالى: ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا﴾ [البقرة: ١٤٣] فالوسط العدل، وما عدل الله الأمة ولا نصبها للشهادة إلا وقولها حق، كما أنه ما نصب نبيه (ﷺ) للشهادة إلا وقوله حق^(٢).

قلت من هذا الموضوع، وأمثاله تظهر كرامة هذه الأمة على الله، حتى إن الله تعالى أشركها في بعض المزايا والمناقب التي ثبتت لنبيه (ﷺ).

قال الشاطبي^(٣): ما من مزية أعطيها رسول الله (ﷺ) - سوى ما وقع استثناءه - إلا وقد أعطيت أمته أنموذجاً. اهـ.

وقد استدل الشاطبي على ذلك بالاستقراء، وذكر من وجوه تلك المشاركة ثلاثين وجهاً منها: الوراثة العامة في الاستخلاف على الأحكام المستتبطة، إذ

(١) المغنى لعبد الجبار (١٦٥/١٧).

(٢) انظر: المغنى لعبد الجبار (١٧١/١٧)، وشرح اللمع (٦٧٦/٢)، وملحقات مقدمة ابن القصار (ص ٢٨٤).

(٣) الموافقات (٢٤٩/٢).

يقول الله لنبيه: ﴿لِتَحْكَمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَبَكَ اللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٥]، ويقول في الأمة: ﴿لَعَلَّمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾ [النساء: ٨٣] ومنها: ما تقدم ذكره من أنه (ﷺ) جعل شاهداً على أمته، واختص بذلك دون سائر الأنبياء، وجعلت أمته شاهدة على الناس، واختصت بذلك دون سائر الأمم، وأن الله عصم نبيه (ﷺ) من الضلال والخطأ، وعصم أمته كذلك، فما ثبت للنبي (ﷺ) من أمر العصمة تفرق في علماء أمته وثبت لمجموعهم^(١).

ومن ثم يتبين: أن حجبية السنة وحجبية الإجماع خرجتا من مشكاة العصمة، وهذه الحقيقة تخرج منها عدة حقائق وهي:

١- الإجماع لا ينعقد في حياة النبي (ﷺ)، ويدل لذلك حديث معاذ: أن النبي لما بعثه إلى اليمن، قال: كيف تقضى إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضى بكتاب الله. قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله (ﷺ)، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله؟ قال: أجتهد رأيي ولا آلو. قال: فضرب رسول الله (ﷺ) في صدري، وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله (ﷺ)^(٢).

فإنه ما أسقط ذكر الإجماع إلا لأنه لا ينعقد في حياته (ﷺ)، وقد صوّبه النبي (ﷺ) في ذلك.

وأيضاً فإن النبي (ﷺ) لو وافق المجمعين على ما ذهبوا إليه فالحجة في قوله

(١) انظر: الموافقات (٢/٢٤٩) وما بعدها.

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية، باب: اجتهاد الرأي في القضاء (ح٣٥٩٤)، والترمذي في كتاب الأحكام، باب: ما جاء في القاضى كيف يقضى (ح١٣٧٧) وقال ليس إسناده عندي بمتصل. اه ومع تضعيف المحدثين للحديث من جهة الإسناد إلا إن الخطيب البغدادي صححه من جهة تلقى الأمة له بالقبول. انظر: الفقيه والمتفقه (١/١٨٩، ١٩٠).

ولا حاجة لموافقته، وإن خالف المجمعين فالحجة في قوله ولا عبرة بمخالفتهم^(١).
والمعنى في ذلك - والله أعلم - : أن عصمة النبي (ﷺ) عصمة أصلية،
وعصمة الأمة تابعة ثابتة لها بطريق الوراثة عن نبيها ولا حاجة للعصمة
التابعة في حال حياته للاستغناء عنها بالعصمة الأصلية؛ فذلك لا ينعقد الإجماع
في حياته.

وانبنى على ذلك أن الإجماع لا يُنسخ ولا يُنسخ به، لأن النسخ لا يكون إلا
في زمن النبي (ﷺ)، والإجماع لا ينعقد إلا بعده^(٢).

٢- إجماع الأمة المحمدية حجة دون غيرها من الأمم السالفة، وهو مذهب
الجمهور خلافاً للأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني^(٣).

ووجه ما قاله الجمهور: أن الشرع إنما ورد بعصمة هذه الأمة دون غيرها
من الأمم، فثبتت حجية إجماعها ولم تثبت حجية إجماع غيرها؛ وإنما كان ذلك
لحكمة بالغة، وهو أن الأمم السابقة لم تعصم من الانحراف عن الشرائع، فإذا
وقع ذلك ردوا إلى الصواب ببعثة الرسل والأنبياء، فأغنت عصمة الأنبياء عن
عصمتهم. بخلاف الأمة المحمدية لما كان نبيها (ﷺ) هو النبي الخاتم اقتضى
ذلك أن يوجد في الأمة ما يمنعها من الانحراف عن الشريعة، فثبتت عصمتها،
وجعلت عصمتها خلفاً لعصمة النبي (ﷺ).

قال ابن القصار^(٤): حاجة العصر الثالث إلى الثاني كحاجة الثاني إلى الأول
في العوض من إرسال الرسل عليهم السلام، إذ الرسل انقطعت بعد النبي (ﷺ)؛

(١) انظر: شرح المحلى على جمع الجوامع (١٨٠/٢).

(٢) انظر: شرح المحلى على جمع الجوامع (٧٧/٢).

(٣) انظر: شرح اللمع (٦٨١/٢).

(٤) مقدمة ابن القصار (ص ١٦٥).

لأنه جعل خاتم النبيين، وجعلت الأمة عوضاً عنها، فوجب حجة الأعصر متقدمهم على متأخرهم كوجوب حجة عصر الصحابة على من بعدهم، ولأن الحق لا يجوز أن يخرج عن كل عصر، فثبت أن إجماع كل عصر حجة. اهـ.

ونقل الزركشى، مثل هذا التقرير عن ابن فورك^(١)، كما قرره عبد العزيز البخاري^(٢).

٣- سنة النبي (ﷺ) لا تصدر إلا عن وحى كما قال تعالى: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۗ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾ [النجم: ٣، ٤] سواء كان ذلك عن وحى صريح، أم كان عن اجتهاد معصوم، وبهذا رد الجمهور على مويس بن عمران المعتزلى^(٣) فى قوله بالتفويض^(٤) جوازاً ووقوعاً، وأن النبى (ﷺ) كان فى بعض سنته موكولاً إلى رأيه واختياره، دون تقييد بوحي، أو رجوع إلى دليل.

وكذلك الإجماع لا يصدر إلا عن مستند من نصٍ أو اجتهادٍ محكوم بعصمته لإجماع الأمة على الأخذ به، ولا يتصور انعقاده من غير دليل، لأنه لا يجوز أن يحكم بإصابة المجمعين للحكم دون إصابتهم لدليله، وإلا كانت إصابتهم للحكم عن اتفاق ومصادفة، فلا تطمئن له النفس.

ولأن القول فى دين الله بلا دليل ضلالة، فلو جاز الإجماع لا عن دليل لأجمعت الأمة على الضلالة، وهو ممتنع.

(١) البحر المحيط للزركشى (٤/٤٤٣).

(٢) كشف الأسرار للبخارى (٣/٢٦١).

(٣) مويس بن عمران أبو عمران المعتزلى، كان واسع العلم بالاعتزال، لم تذكر سنة وفاته، لكن ذكره عبد الجبار فى الطبقة السابعة، ووفيات معظمها فى الربع الأول من القرن الثالث، نقل عنه الجاحظ، انظر: فضل الاعتزال وطبقات المعتزلة لعبد الجبار (ص١٧٦).

(٤) بأن يقول الله له احكم بما تشاء فإنك لا تحكم إلا بالصواب، وانظر المسألة فى المعتمد (٢/٨٨٩)، والمحصول للرازى (٢/٥٦٦)، والإحكام للأمدى (٤/٢٨٢).

ولأن الأمة ليست بآكد حالاً من النبي (ﷺ) ومعلوم أن النبي (ﷺ) لا يقول إلا عن وحي، فالأمة أولى أن لا تقول إلا عن دليل^(١).

قال القاضي عبد الجبار^(٢): فطريق الإجماع في هذا الباب كطريق السنة، يبين ذلك أن المجمعين في حكم من يؤدي عنه جل وعز، وكذلك الرسول، فكيف يصح تجويز الإضافة إليهم وما أصابوا دليله. اهـ.

وقال الغزالي^(٣): اجتهاد الأمة المعصومة لا يحتمل الخطأ كاجتهاد الرسول (ﷺ) وقياسه، فإنه لا يجوز خلفه لثبوت عصمته، فكذا عصمة الأمة من غير فرق. اهـ.

٤- السنة النبوية لما كانت منشأ حجيتها عصمة النبي (ﷺ) انقسمت باعتبار ذاتها إلى سنة قولية وسنة فعلية وسنة تقريرية، وكذلك الإجماع لما كان منشأ حجيته عصمة الأمة بعد نبينا- انقسم باعتبار ذاته إلى: إجماع قولى وإجماع فعلى. وإجماع تقريرى، بيان ذلك:

أولاً أن النبي (ﷺ) معصوم فى أقواله عن الكذب والخطأ؛ لأجل ذلك ثبتت حجية سنته القولية، وكذلك الأمة معصومة فيما تذهب إليه من قول فى المسألة الاجتهادية، ولأجل ذلك ثبتت حجية الإجماع القولى، وهو أحد نوعى الإجماع الصريح.

ويلاحظ هنا: أن معظم السنة من قبيل السنة القولية، وكذلك معظم الإجماع من قبيل الإجماع القولى.

ثانياً: النبي (ﷺ) معصوم فى أفعاله، فلا يجوز أن يقع منه فعل المحرم لعصمته، ولا يجوز أن يقع منه فعل المكروه لندرة وقوع المكروه من التقى من

(١) انظر: المعتمد لأبى الحسين البصرى (٢/٥٢٠).

(٢) المغني لعبد الجبار (١٧/٢٣٠).

(٣) المستصفى (١/١٩٨).

أمته، فكيف بسيد المتقين! فلذلك ثبتت حجية سنته الفعلية، وقرر الأصوليون أن فعله (ﷺ) الذي تقترن به قرينة الوجوب كأن يقع بياناً أو امتثالاً لواجب مجمل أو مبين، أنه يحمل على الوجوب، وأن فعله (ﷺ) الذي تقترن به قرينة ندب، كأن يظهر فيه مجرد قصد القرينة - أنه يحمل على الندب، وأن فعله (ﷺ) المجرد عن قرينة الوجوب والندب، كأفعاله الجبلية - أنه يستدل به على إباحة الفعل^(١).

وكذلك الأمة لما كانت معصومة من أن تجمع على فعل محرم أو مكروه كان إجماعها الفعلى حجة، وهو النوع الآخر: من الإجماع الصريح.

قال الشيرازي^(٢): وأما الإجماع بالفعل، فمثل أن يتفق الكل على فعل شيء واحد، مثل: اتفاقهم على فعل الصلوات الخمس، وعلى فعل البيع والإجارة والمضاربة، وما أشبه ذلك، فهو أيضاً حجة وإجماع قولاً واحداً. اهـ.

وقد قرر الأصوليون أن الإجماع على فعل شيء يدل على ارتفاع الحرج عنه كفعله (ﷺ)، وأنه يحمل على الإباحة إذا تجرد عن قرينة وجوب أو ندب، وإلا حمل على ما دلت عليه القرينة من الوجوب أو الندب^(٣).

ثالثاً: النبي (ﷺ) لما كان معصوماً من أن يقر أحداً على باطل قولاً كان أم فعلاً - ثبتت حجية سنته التقريرية، فكفه عن الإنكار دليل الجواز للفاعل ولغيره^(٤).

وكذلك الأمة لما كانت معصومة عن إقرار الباطل قولاً كان أم فعلاً ثبتت حجية الإجماع التقريرى، وهو ما يسمى بالإجماع السكوتى، وسيأتى لذلك مزيد تفصيل.

(١) انظر: مبحث الأفعال فى المستصفى (٢/٢١٤)، والمحصول للرازي (١/٥١٥)، والإحكام للآمدى (١/٣٦٥)، وتشنيف المسامع للزركشى (٢/٩٠٦).
(٢) شرح للمع (٢/٦٩٠).
(٣) انظر: قواطع الأدلة لابن السمعاني (٣/٢٩٦).
(٤) انظر: للمع للشيرازى (ص٣٨)، والإحكام للآمدى (١/٢٦٩)، وتشنيف المسامع (٢/٩٠٠).

المبحث الثانى

مشابهة قطعى الإجماع لقطعى السنة

المقصود بقطعى السنة: ما قطع بثبوته عن النبى (ﷺ)، وهو السنة المتواترة لفظاً أو معنىً.

والمقصود بقطعى الإجماع: ما اتفق الأصوليون فيه على كونه إجماعاً، وهو الإجماع الصريح، والإجماع الضمنى.

والمشابهة بين قطعى السنة وقطعى الإجماع متحققة من عدة وجوه، تستوفى فى المطالب الآتية:

• **المطلب الأول: مشابهة قطعى الإجماع لقطعى السنة فى التقسيم باعتبار الصراحة والضمنية.**

تنقسم السنة المتواترة باعتبار الصراحة والضمنية إلى قسمين:

القسم الأول: المتواتر الصريح، وهو ما ثبت من قول النبى (ﷺ) أو فعله بنقل جمع تحيل العادة تواطأهم على الكذب من أول السند إلى منتهاه؛ وهذا القسم ينتوع إلى نوعين:

النوع الأول: المتواتر القولى، وهو ما تواتر صراحة من قول النبى (ﷺ)، وذلك بأن يتفق الجمع المذكور فى حكاية قوله (ﷺ) من غير اختلاف فى اللفظ ولا فى المعنى. وذلك كقوله (ﷺ): «من كذب على متعمداً فليتبوأ مقعده من النار»^(١)، فإنه يروى عن أكثر من مائة من الصحابة، فيهم العشرة المبشرون بالجنة^(٢).

(١) أخرجه البخاري فى كتاب العلم، باب: إثم من كذب على النبى (ﷺ) (ح ١١٠)، ومسلم فى المقدمة باب: فى التحذير من الكذب على رسول الله (ﷺ) (ح ٤).

(٢) انظر: مقدمة ابن الصلاح (ص ٤٥٤)، وفتح المغيـث للسخاوى (١٥/٤).

النوع الثاني: ما تواتر صراحة من فعل النبي (ﷺ)، وذلك بأن يتفق الجمع المذكور في حكاية فعله (ﷺ) في الواقعة الواحدة بالشخص، كالخبر بخروج النبي (ﷺ) من مكة إلى المدينة ووفاتها بها، أو في الواقعة الواحدة بالنوع لا بالشخص كالخبر بعدد صلواته في اليوم واللييلة وعدد ركعاتها، فإن الواقع من النبي (ﷺ) في يوم غير ما يقع منه في يوم آخر شخصاً لا نوعاً^(١).

القسم الثاني: التواتر المعنوي الضمني، وهو قدر مشترك بين أخبار تروى عن النبي (ﷺ) مختلفة الوقائع بالنوع متعددة الرواة، غالباً ما تروى كل واقعة على حدة بطريق الأحاد، فلا يحصل القطع بصدقها، وإنما يحصل القطع بصدق القدر المشترك من تتابع الأخبار المتضمنة له وتعدد المخبرين، لإحالة العادة وقوع التواطؤ منهم على الكذب في الإخبار بالقدر المشترك^(٢)، وهذا القسم يتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: ما تواتر ضمناً فيما روى من حكاية أفعاله (ﷺ)، مثاله ما تواتر عنه (ﷺ) من معنى رفع اليدين في الدعاء.

قال السيوطي^(٣): ومنه - أي المتواتر - ما تواتر معناه كأحاديث رفع اليدين في الدعاء، فقد ورد عنه (ﷺ) نحو مائة حديث في رفع اليدين في الدعاء، ولكنها في قضايا مختلفة، فكل قضية منها لم تتواتر، والقدر المشترك فيها واحد، وهو الرفع عند الدعاء، تواتر باعتبار المجموع. اهـ.

أما الإجماع: فهو يتشابه مع السنة في هذا التقسيم، فهو ينقسم باعتبار الصراحة والضمنية إلى قسمين:

(١) انظر: الفقيه والمتفقه للخطيب البغدادي (٩٥/١).

(٢) انظر: الفقيه والمتفقه (٩٥/١).

(٣) تدريب الراوي للسيوطي (٢٦٠/٢).

القسم الأول: الإجماع الصريح، وهو ما اتفق عليه أهل الإجماع من قول أو فعل، وهذا القسم يتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: الإجماع القولي، وهو ما اتفق عليه أهل الإجماع صراحة من قول في مسألة اجتهادية، وذلك بأن يصرح كل واحد من المجتهدين بقوله في المسألة الاجتهادية فتتفق أقوالهم، كالإجماع على أن الماء القليل والكثير إذا وقعت فيه نجاسة، فغيرت الماء لوناً أو طعماً أو ريحاً، أنه ينجس ما دام كذلك^(١).

النوع الثاني: الإجماع الفعلي، وهو ما اتفق عليه أهل الإجماع صراحة من فعل، وذلك بأن يتفقوا على فعل واحد كأداء الصلوات الخمس في أوقاتها، وكالاتفاق على البيع والإجارة ونحوهما^(٢).

القسم الثاني: الإجماع الضمني، وهو نوع من الإجماع القطعي لم يصطلح الأصوليون على تسميته، ومن ثم لم يعتنوا بحدده، وإن وقعت الإشارة إليه في كلام بعضهم كإمام الحرمين وابن برهان^(٣).

والذي يظهر لي في حده: أنه اتفاق مجتهدي الأمة بعد وفاة نبيها (ﷺ) على ما تضمنه اختلافهم من قدر مشترك، وهذا القسم يتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: إجماع ضمني منتزع من اختلاف أقوال المجتهدين، وذلك كاختلاف الصحابة رضی الله عنهم في الأخ مع الجد على قولين:

ف قيل: يسقط بالجد، وقيل: يشاركه كأخ، فهذا الاختلاف يتضمن اتفاقاً على أن للجد نصيباً، فالقول بأن الجد يسقط بالأخ خارق لهذا الإجماع^(٤).

(١) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص ٣٣).

(٢) انظر: شرح اللع (٦٩٠/٢).

(٣) انظر: البرهان الفقرات (٦٥٦، ٦٥٨، ٦٥٩)، والأوسط لابن برهان (ص ٨٣).

(٤) انظر: غاية الوصول لذكريا الأنصاري (ص ١٠٩).

ومن ذلك أيضاً: اختلاف العلماء فى توريث العمة والخالة على قولين:

ف قيل: بتوريثهما، لأنهما من ذوى الأرحام، وقيل: بعدم توريثهما، وعلل أيضاً بأنهما من ذوى الأرحام.

فهذا الاختلاف تضمن اتفاقاً على أن حكمهما سواء فى الإرث أو فى عدمه. فالقول بتوريث إحداهما دون الأخرى خارق لهذا الإجماع^(١).

النوع الثانى: إجماع ضمنى منتزع من اختلاف أفعال المجتهدين، وذلك كافتراق علماء الأمة فى خبر: فقبله البعض وحمله على ظاهره، وقبله البعض الآخر وتأوله وحمله على خلاف ظاهره الدليل.

فهذا الاختلاف يتضمن إجماعاً على قبول الخبر من جهة الثبوت^(٢).

ولا تخفى مشابهة الإجماع الضمنى للمتواتر المعنوى، فإن قول بعض الأمة ليس حجة، فضلاً عن أن يكون حجة قطعية، ومع هذا فقد تضمن اختلافهم إجماعاً على قدر مشترك مقطوع بصحته.

وكذا المتواتر المعنوى لا يقطع بصدق خبر كل واقعة على حدة، ولكن بالنظر إلى مجموع الأخبار يقطع بثبوت القدر المشترك.

(١) انظر: غاية الوصول (ص ١٠٩).

(٢) انظر: شرح اللع (٥٧٩/٢)، والمحصول للرازى (١٤٥/٢).

• **المطلب الثانى: مشابهة قطعى الإجماع لقطعى السنة فى التقسيم باعتبار الشيوع والاختصاص.**

يتشابه قطعى السنة النبوية وقطعى الإجماع فى التقسيم باعتبار الشيوع والاختصاص؛ وذلك أن السنة المتواترة تنقسم بالاعتبار المذكور إلى قسمين:

القسم الأول: ما تواتر عن النبى (ﷺ) من قول أو فعل بنقل الكافة عن الكافة، بحيث لا يستقل أهل العلم بنقله، بل يشاركونهم فى ذلك العوام، وذلك كنقل صلاته (ﷺ) للصلوات فى اليوم واللييلة وأمره بإقامتها، وأخذة الزكاة وأمره بإيتائها، وصيامه رمضان وأمره بصيامه، وحجه مع أصحابه، وإقامته مناسكه وأمره بذلك.

القسم الثانى: ما تواتر عن النبى (ﷺ) من قول أو فعل واختص بنقله أهل العلم دون العوام، كبعض تفاصيل الحج، وزكاة الذهب والفضة، والتمر والشعير، والإبل والبقر والغنم، وبعض معجزاته وأعلام نبوته^(١).

والأصح عند الجمهور: اختصاص تكفير جاحد السنة المتواترة بالقسم الأول دون الثانى، لما فى جده مع ظهوره لكل أحد من تكذيب النبى (ﷺ) وإنكار معلوم من الدين ضرورة، وأما القسم الثانى: فالأصح عند الجمهور أنه لا يكفر جاحده، بل يخطأ ويضلل^(٢).

وكذلك الإجماع ينقسم باعتبار الشيوع والاختصاص إلى قسمين:

القسم الأول: إجماع يشترك فيه العلماء والعوام، وذلك كالإجماع على عدد الصلوات والركعات، وصوم رمضان وحج البيت، وتحريم الزنا وشرب الخمر، وتحريم نكاح الأمهات والأخوات.

(١) انظر: الفصل فى الملل والأهواء والنحل لابن حزم (٨١/٢).

(٢) انظر: أصول الجصاص (٤٨/٣)، وأصول البيهقي مع الكشف (٣٦٧/٢).

القسم الثانى: إجماع يختص به العلماء دون العوام مما لا يكتر بلوى العامة به، كالإجماع على أن لبنت الابن السدس مع البنت الصلبية حيث لا معصب لها، وفرائض الصدقات، وما يجب فى الزروع والثمار، وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها، والمرأة وخالتها، ونحو ذلك مما انعقد عليه إجماع أهل العلم واختصوا بمعرفته دون العوام^(١).

والأصح عند الجمهور: اختصاص تكفير جاحد المجمع عليه بالقسم الأول لما فى جده مع ظهوره لكل أحد من تكذيب النبى (ﷺ) وإنكار معلوم من الدين ضرورة. وأما القسم الثانى: فالأصح عند الجمهور: أنه لا يكفر جاحده، وإنما يخطأ ويضلل^(٢).

• المطب الثالث: مشابهة قطعى الإجماع لقطعى السنة فى مرجع القطعية.

تتشابه السنة المتواترة والإجماع القطعى فى رجوع قطعية كل منهما إلى أصل واحد.

فقد حقق إمام الحرمين: أن حصول العلم بصدق الخبر عند إخبار أهل التواتر - مرجعه إلى حكم العادات واطرادها؛ وذلك أن العادة مطردة بحصول العلم بصدق الخبر عند إخبار الكثرة مع انتفاء جامع يحملهم على الكذب من رغبة أو رهبة، وأن أحكام العادات مرتبة على قرائن الأحوال، وهى لا تتضبط بضابط ولا تُحدُّ بحدٍّ، ولا سبيل إلى جدها إذا وقعت، والكثرة من جملة القرائن فلا سبيل إلى حدها بحدٍّ، أو حصرها فى عدد، وإنما يُستدل بحصول العلم بالخبر على أن كثرة المخبرين بلغت حد التواتر^(٣).

(١) انظر: أصول الجصاص (٢٨٥/٣).

(٢) انظر: تشنيف المسامع (١٤٧/٣)، وغاية الوصول (ص ١١٠).

(٣) انظر: البرهان فقرات (٥٠٣، ٥٠٥، ٥١١، ٥١٢، ٥١٥).

قال إمام الحرمين^(١): «الكثرة من جملة القرائن التي تترتب عليها العلوم المجتناه من العادات، مع انضمام انتفاء الإيالات عنها، وكل قرينة تتعلق بالعادة يستحيل أن تحد بحدٍّ أو تضبط بعددٍ، وما عندي أن ذلك يخفى على المستطرفين في هذا الفن، فليت شعري كيف تشوفوا إلى ضبط ما يستحيل ضبطه، ثم اختلفوا وتقطعوا، وأنا أقول المحكم في ذلك العلم - حصوله، فإذا حصل استبان للعقل ترتيبه على القرائن، فإن العلم في العادة لا يحصل هزلاً، وقد يختلف ذلك باختلاف الوقائع وعظم أخطارها وأحوال المخبرين» اهـ.

وكذلك حقق إمام الحرمين: أن مرجع قطعية الحكم المجمع عليه إلى حكم العادات واطرادها؛ وذلك أن العادة اطردت بإحالة الاجتماع على حكم مظنون، إذ المظنون تضطرب فيه العقول، وتختلف فيه الأنظار، فلم يبق احتمال إلا أن إجماعهم صادر عن دليل شرعي معتبر حملهم على القول بمقتضاه، وإن لم يظهر لنا ذلك الدليل لجواز أن يستغنى عن نقله بنقل الإجماع^(٢).

قال إمام الحرمين^(٣): «إذا تقرر أن اطراد الاعتياد يحيل اجتماعهم عن فن من النظر، فإذا ألفتناهم قاطعين بالحكم لا يرجعون فيه رأياً، ولا يرددون قولاً، فنعلم قطعاً أنهم أسندوا الحكم إلى شيء سمعي قطعي عندهم، ولا يبعد سقوط النقل فيه» اهـ.

(١) البرهان فقرة (٥١١، ٥١٢).

(٢) انظر: البرهان فقرات (٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩).

(٣) البرهان فقرة (٦٢٧).

. **المطلب الرابع: مشابهة قطعي الإجماع لقطعي السنة في باب التعارض.**

قرّر الأصوليون أنه لا يقع التعارض بين دليلين قطعيين، وذلك لما يترتب على فرض وقوعه من المحال، وهو ثبوت مقتضى الدليلين، فيجتمع النقيضان كالحل وعدمه، أو يجتمع الضدان كالتحريم والوجوب^(١).

وبناء على ذلك: قرر جمهور الأصوليين، أنه لا تعارض في السنة النبوية بين متواترين، لأن كلاً منهما قطعيٌّ، والقطعيّات لا تتعارض.

ولأنه لا يمكن حصول العلم بصدق الخبرين، إذ لا يمكن حصول العلم بالشئ ونقيضه، لأنه إذا حصل العلم بصدق أحدهما حصل العلم بكذب الآخر، فيخرج ما قطع بكذبه عن كونه متواتراً، ويثبت المتواتر من غير معارضة^(٢).

وبناءً على ذلك: أيضاً قرر جمهور الأصوليين أن الإجماع لا يصاد إجماعاً، لأن كل واحد منهما قطعيٌّ، والقطعيّات لا تتعارض، فإذا انعقد الإجماع على حكم كان حجة قاطعة ماضية لا يطرد عليها ما يعارضها أو ما ينسخها^(٣).

وخالف في ذلك أبو عبد الله البصري: فذهب إلى جواز انعقاد الإجماع على خلاف إجماع سابق، وتبعه على ذلك البيهقي، ومال إليه الإمام الرازي.

ووجهه: أن الإجماع حجة قاطعة ماضية بشرط ألا ينعقد بعده إجماع على خلاف حكمه، فإن انعقد بعده إجماع على خلاف حكمه علم أن الإجماع الأول مغياً بالإجماع الثاني^(٤).

(١) انظر: المستصفي (٣٩٢/٢)، والإحكام للآمدى (٢٦٥/٤)، والعضد على ابن الحاجب (٣١٠/٢).

(٢) انظر: شرح اللمع (٥٧١/٢)، والإحكام للآمدى (٢٥/٢)، والعضد على ابن الحاجب (٥٢/٢)، وفواتح الرحموت لنظام الدين الأنصاري (١١٣/١).

(٣) انظر: تشنيف المسامع (١٤٤/٣).

(٤) انظر: المعتمد (٤٩٧/٢)، وأصول البيهقي مع كشف الأسرار (٢٦٢/٣)، والمحصول للرازي (٩٩/٢).

ويرد عليه: أن ذلك من قبيل النسخ بعد وفاة النبي (ﷺ)، وهو ممتنع. ولأن خلاف ما أجمع عليه أهل العصر الأول - ضلالة، فلو أجمع عليه أهل العصر الثاني لأجمعوا على الضلالة، وهو ممتنع^(١).

(١) انظر: المعتمد (٤٩٧/٢).

المبحث الثالث

مشابهة الإجماع السكوتى للمتواتر السكوتى

تتحقق المشابهة بين التواتر السكوتى والإجماع السكوتى فى عدة جوانب تستوفى فى المطالب الآتية:

• المطلب الأول: مشابهة الإجماع السكوتى للتواتر السكوتى فى الصورة.

يتشابه صورة التواتر السكوتى وصورة الإجماع السكوتى؛ فأما التواتر السكوتى، فصورته: أن يخبر واحد عن محسوس بحضرة عدد التواتر، وهو جمع تحيل العادة تواطنهم على السكوت عن تكذيب المخبر لو كان الخبر كذباً- لكثرتهم مع انتقاء حامل لهم على ذلك من رغبة أو رهبة، مع ادعاء المخبر علمهم بالمخبر به.

وقد اصطلح صاحب مسلم الثبوت على هذا المعنى بالتواتر السكوتى^(١) وأما الإجماع السكوتى، فصورته: أن يصدر عن بعض المجتهدين قولاً فى مسألة اجتهادية تكليفية، ويسكت الباقيون عن إنكاره بعد علمهم به، مع مضي مهلة النظر - سكوتاً مجرداً عن أمانة رضا أو سخط^(٢).

• المطلب الثانى: مشابهة الإجماع السكوتى للتواتر السكوتى فى الاعتبار

والحجية.

يتشابه التواتر السكوتى والإجماع السكوتى فى اختلاف العلماء فيهما من جهة الاعتبار والحجية والتحاق السكوتى منهما بصريحه؛ أما التواتر السكوتى،

(١) انظر: مسلم الثبوت لابن عبد الشكور مع شرحه (١٢٥/٢).

(٢) انظر: جمع الجوامع مع تشنيف المسامع (١٢٤/٣).

فقد اختلف الأصوليون فى إحقاقه بالتواتر الصريح فى إفادة القطع بصدق الخبر، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: التواتر السكوتى يلتحق بالتواتر الصريح فى إفادة القطع بصدق الخبر، وهو قول الجمهور.

ووجهه: أن العادة مطردة فى أن سكوت أهل التواتر عن التكذيب فى مثل ذلك لا يكون إلا عن تصديق، فينزل سكوتهم منزلة إخبارهم، فيحصل القطع بصدق الخبر^(١).

القول الثانى: التواتر السكوتى لا يلتحق بالتواتر الصريح فى إفادة القطع بصدق الخبر، وهو قول الرازى والآمدى.

ووجهه: أن سكوت أهل التواتر عن تكذيب المخبر يحتمل أن يكون لعدم اطلاعهم على المخبر به، وبتقدير اطلاع بعضهم عليه، فإن العادة لا تحيل امتناع ذلك البعض عن التكذيب، وبتقدير اطلاع جميعهم فإنهم قد يمتنعون عن التكذيب لحامل على ذلك من رغبة أو رهبة، وإثبات القطع مع قيام الاحتمال- محال^(٢).

وجوابه: أنه لا عبرة بهذه الاحتمالات، لأن المسألة مفروضة عند انتقائها.

القول الثالث: التواتر السكوتى يلتحق بالتواتر فى إفادة القطع بصدق الخبر إذا تمادى الزمان الطويل على السكوت عن التكذيب، وأما مع قصر الزمان، فإنه يفيد ظن صدق الخبر، ولا يفيد القطع بصدقه، وهو قول ابن السمعانى.

(١) انظر: المعتمد (٥٥٤/٢)، وشرح اللمع (٥٧٩/٢)، وتيسير التحرير لأمير بادشاه (٨٠/٣).

(٢) انظر: المحصول للرازى (١٤٤/٢)، والإحكام للآمدى (٦٢/٢).

ووجهه: أن السكوت عن التكذيب مع تطاول الزمان لا يكون إلا عن تصديق بحكم العادة، بخلافه مع قصر الزمان فقد يكون لحامل من رغبة أو رهبة، فلا يتعين كونه تصديقاً^(١).

والجواب: أنه لا عبرة بهذا الاحتمال مع قصر الزمان، لأن المسألة مفروضة عند انتفائه.

أما الإجماع السكوتي، فقد اختلف الأصوليون في إلحاقه بالإجماع الصريح على أقوال، تحققت المشابهة في ثلاثة منها:

القول الأول: الإجماع السكوتي يلتحق بالإجماع الصريح في كونه إجماعاً وفي كونه حجة، وإن كان حجة ظنية، وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٢).

ووجهه: أن العادة جارية مستمرة بامتناع سماع أهل الإجماع قولاً في مسألة اجتهادية يعتقدون خطأه وبطلانه، ثم يمسك جميعهم عن إنكاره، بل يتسارع أكثرهم - بحكم العادة - إلى إظهار خلافه، فإذا ظهر القول وانتشر، ولم يعلم له مخالف - علم أن ذلك السكوت إنما كان عن رضا وموافقة^(٣).

القول الثاني: الإجماع السكوتي لا يلتحق بالإجماع الصريح، فلا يعد إجماعاً ولا تثبت حجيته، وهو قول القاضى الباقلانى والغزالى والبرازى، وهو قول أبى الحسين البصرى من المعتزلة.

(١) انظر: قواطع الأدلة (٢/٢٥٦).

(٢) انظر: أصول الجصاص (٣/١٨٥)، وإحكام الفصول للباغى (ص٤٠٧)، وقواطع الأدلة (٣/٢٧١)، والمسودة لآل تيمية (ص٢٩٩).

(٣) انظر: إحكام الفصول للباغى (ص٤٠٨)، وقواطع الأدلة (٣/٢٧٨).

ووجهه: أن سكوت أهل الإجماع عن إنكار قول المجتهد في المسألة الاجتهادية- لا يتعين أن يكون عن رضا وموافقة، لاحتمال أن يكون لرغبة أو رهبة، أو لاحتمال توقف البعض في المسألة، أو لاعتقاد أن كل مجتهد في الفروع مصيب^(١).

القول الثالث: الإجماع السكوتي يلتحق بالإجماع الصريح في كونه حجة قطعية إذا تطاول عليه الزمان من غير نكير، وأما مع قصر الزمان فإنه يكون إجماعاً استدلالياً وحجة ظنية، وهو قول ابن السمعاني.

ووجهه: أن العادة جرت بأن السكوت عن الإنكار في مثل ذلك مع تطاول الزمان لا يكون إلا عن موافقة من غير احتمال لأمر آخر، فكان الإجماع السكوتي- والحالة هذه- حجة قطعية.

وكذلك جرت العادة بأن السكوت عن الإنكار في مثل ذلك مع قصر الزمان لا يكون إلا عن موافقة غالباً مع الاحتمال لأمر آخر، فكان الإجماع السكوتي- والحالة هذه- حجة ظنية^(٢).

• تنبيهان:

الأول: يظهر من عرض الخلاف في المسألتين فضلاً عن تحقق المشابهة في ذات الخلاف- أن المشابهة أيضاً تتحقق في مرجع الاعتبار والحجية، إذ اعتبار التواتر السكوتي طريقاً لإفادة صدق الخبر- مرجعه حكم العادة واطرادها أن السكوت في مثل ذلك لا يكون إلا عن تصديق.

(١) انظر: المعتمد (٥٣٩/٢)، وإحكام الفصول للباي (ص ٤٠٧)، والبرهان فقرة (٦٤٥)، والمستصفي (١٩١/١)، والمحصول للرازي (٧٤/٢).
(٢) انظر: قواطع الأدلة (٢٨٢/٣).

وكذلك اعتبار الإجماع السكوتى طريقاً لإفادة الحكم الشرعى - مرجعه حكم العادة واطرادها بأن السكوت فى مثل ذلك لا يكون إلا عن موافقة غالباً.

الثانى: الإجماع السكوتى فى حجيته أقوال أخرى غير ما ذكرته تختص به، ولا يتأتى نظيرها فى التواتر السكوتى، وذلك كالتفصيل فى المسألة الاجتهادية بين أن تكون فتياً أو حكماً، وكالتفصيل بين انقراض العصر وعدم انقراضه، وكالتفصيل فى الحكم بين ما يمكن تداركه كثبوت ملك وفسخ بيع، وبين ما لا يمكن تداركه كاستباحة فرج أو سفك دم.

. المطلب الثالث: مشابهة الإجماع السكوتى للتواتر السكوتى فى الاستدلالية.

التواتر السكوتى تواتر استدلالى؛ حيث يستدل بامتناع أهل التواتر عن تكذيب المخبر على تصديقهم له، فينزل سكوتهم عن إنكار الخبر منزلة الإخبار به، وذلك بعد النظر والتحقق من انتفاء الأسباب والدواعى الحاملة لهم على السكوت سوى التصديق، فيحصل التواتر بطريق الاستدلال، ويفيد علماً استدلالياً، وهو قول القاضى أبى يعلى، وحكاة المازرى عن الأئمة، ونقله الزركشى عن ابن الصباغ^(١)، بخلاف التواتر الصريح الحاصل من إخبار أهل التواتر، فإنه يفيد العلم الضرورى.

وكذلك الإجماع السكوتى إجماع استدلالى؛ حيث يستدل بسكوت أهل الإجماع عن إنكار قول المجتهد فى المسألة الاجتهادية على موافقتهم له، بعد النظر والتحقق من انتفاء الأسباب والدواعى الحاملة لهم على السكوت سوى

(١) انظر: العدة لأبى يعلى (٩٠١/٣)، وإيضاح المحصول للمازرى (ص ٤٣٣)، والبحر المحيط (٢٤٢/٤).

الموافقة، فينزل قول المجتهد وسكوت الباقيين منزلة تصريح جميعهم بهذا القول، ويحصل الإجماع بطريق الاستدلال، وينعقد حجة ظنية، وهذا القول قرره ابن السمعاني، وحكاه الزركشي في البحر عن ابن القطان^(١).

وهو في هذا يخالف الإجماع الصريح الحاصل بتصريح أهل الإجماع بالموافقة من غير احتياج إلى الاستدلال عليها ومن ثم كان الإجماع الصريح حجة قطعية.

(١) انظر: قواطع الأدلة (٢٨٢/٣)، والبحر المحيط (٤٩٦/٤). وابن القطان هو أبو الحسين أحمد بن محمد بن أحمد المعروف بابن القطان البغدادي، تفقه على ابن سريج وأبي إسحاق المروزي، توفي سنة ٣٥٩هـ. انظر: طبقات الشيرازي (ص ١٢١)، والفتح المبين (٢٠٩/٢).

المبحث الرابع

مشابهة الإجماع للسنة النبوية فيما يتعلق بطرق الرواية والنقل

تتشابه السنة والإجماع فيما يتعلق بطرق الرواية والنقل في عدة جوانب تستوفى في المطالب الآتية:

• المطلب الأول: مشابهة الإجماع للسنة النبوية في طرق النقل.

لا سبيل للعلم بالسنة لمن لم يشاهد النبي (ﷺ) ولم يسمع منه إلا بالنقل والرواية عن سمع وشاهد وكذلك الإجماع لا سبيل لأهل العصر الثاني بالعلم بإجماع أهل العصر الأول إلا بنقل إجماعهم، وقد اختلف العلماء في طرق نقل السنة والإجماع على طريقتين:

الطريقة الأولى: طريقة الجمهور.

تتحقق المشابهة بين السنة والإجماع في طرق الرواية والنقل عند الجمهور؛ وذلك لأن السنة تتنوع طرق نقلها عند الجمهور إلى طريقتين:

الطريق الأول: طريق النقل التواتري، وهو نقل ما ثبت عن رسول الله (ﷺ) من قول أو فعل أو تقرير من جهة جمع تحيل العادة تواطئهم على الكذب عن مثلهم من أول السند إلى منتهاه.

وهذا الطريق يفيد قطعية ثبوت الخبر عن النبي (ﷺ).

الطريق الثاني: طريق نقل الأحاد، وهو نقل ما ثبت عن رسول الله (ﷺ) من قول أو فعل أو تقرير من جهة آحاد لا تحيل العادة تواطئهم على الكذب، سواء وقع ذلك في طبقة واحدة من طبقات الإسناد، أم وقع ذلك في كل طبقاته.

وهذا الطريق يفيد غلبة الظن بثبوت الخبر عن النبي (ﷺ) متى تحققت فيه الشروط التي وضعها العلماء لقبول الخبر، وكذلك الإجماع تنتوع طرق نقله عند الجمهور إلى طريقين:

الطريق الأول: طريق النقل التواتري، ولا خلاف في الاعتداد بهذا الطريق في نقل الإجماع، كما أنه كثيراً ما تتوفر الدواعي لنقل الإجماع تواتراً، إذ الشأن فيما تجمع عليه الأمة أن يشيع ويشتهر، فتنقله الكافة عن الكافة، كما في نقل أعداد الصلوات والركعات، أو يتتابع أهل العلم على نقله، كنقلهم الإجماع على استحاق بنت الابن السدس مع البنت الصلبية، حيث لا معصب لها.

وهذا الطريق يفيد قطعية ثبوت الإجماع مع كون الإجماع قطعي المتن فيكون الإجماع حينئذ حجة قطعية.

الطريق الثاني: طريق نقل الأحاد.

نقل إجماع أهل العصر السابق بطريق الأحاد، وقع كثيراً، وقد مثله البيهقي والسرخسي والسمرقندي^(١) بما روى عن عبيدة السلماني أنه قال: (ما اجتمع أصحاب رسول الله (ﷺ) على شيء كاجتماعهم على المحافظة على الأربع قبل الظهر، وعلى الإسفار بالفجر، وعلى تحريم نكاح الأخت في عدة الأخت)^(٢).

(١) أصول البيهقي مع الكشف (٢٦٤/٣)، وأصول السرخسي (٣٠٢/١)، وميزان الأصول للسمرقندي (ص ٥٣٢).

(٢) قال ابن أمير الحاج في التقرير والتحرير (١١٥/٣): كذا توارده المشايخ - رحمهم الله - والله تعالى أعلم به، نعم أخرج ابن أبي شيبة عن عمرو بن ميمون قال: لم يكن أصحاب رسول الله (ﷺ) يتركون أربع ركعات قبل الظهر وركعتين قبل الفجر بحال. اهـ.

قلت: أخرج ابن أبي شيبة عن إبراهيم أنه قال: ما أجمع أصحاب محمد على شيء ما أجمعوا على التتوير بالفجر. مصنف ابن أبي شيبة (٣٢٢/١).

وقد اختلف العلماء فى اعتبار نقل الأحاد طريقاً لإثبات الإجماع على قولين:

القول الأول: نقل الأحاد يصلح طريقاً لإثبات الإجماع، إلا أن الإجماع الثابت بهذا الطريق ظنى الثبوت قطعى المتن، فلا يكون حجة قطعية تثبت علماً، وإنما يكون حجة ظنية تثبت عملاً، وهو قول أكثر الحنفية والشافعية والحنابلة، وهو قول القاضى عبد الجبار وأبى الحسين البصرى وأكثر شيوخ المعتزلة.

ووجهه: أن قول المجمعين حجة كما أن قول النبى (ﷺ) حجة، وإذا لزمنا العمل بقول النبى (ﷺ) المنقول بطريق الأحاد لزمنا العمل بقول المجمعين بطريق الأحاد من غير فرق^(١).

القول الثانى: نقل الأحاد لا يصلح طريقاً لإثبات الإجماع، فالمنقول بالأحاد لا نتحقق من وقوعه، فلا يكون حجة فى حق العلم ولا فى حق العمل، وهو قول أبى عبد الله البصرى والقاضى الباقلانى والغزالى وبعض الحنفية^(٢)، وتقريره من عدة أوجه:

الوجه الأول: الإجماع حجة قطعية كالقرآن، فكما أن القرآنية لا تثبت بنقل الأحاد فكذلك الإجماع^(٣).

وجوابه: أن التواتر إنما اعتبر فى نقل القرآن من جهة كونه معجزة ودليلاً على صدق النبى (ﷺ)، فلو نقل بطريق الأحاد لتطرق إليه الشك من جهة النقل، وليس كذلك الإجماع.

(١) انظر: المغنى لعبد الجبار (٢٤٥/١٧)، وشرح العمدة (٢٧٣/١)، والمعتمد (٥٣٤/٢)، وأصول السرخسى (٣٠٢/١)، والمحصول للرازى (٧٣/٢)، والإحكام للأمدى (٤٠٤/١)، والبحر المحيط (٤٤٤/٤)، والمسودة (ص٣٠٨).

(٢) انظر: شرح العمدة (٢٧٣/١)، وتلخيص التقريب والإرشاد فقرة (١٥٦١)، والمستصطفى (٣١٥/١)، وفواتح الرحموت (٢٤٢/٢).

(٣) انظر: المغنى لعبد الجبار (٢٤٥/١٧).

وأما قولهم: الإجماع حجة قطعية فلا يثبت بطريق مظنون - فممنوع فإن قول النبي (ﷺ) في ذاته حجة قطعية، ويثبت بطريق الأحاد، ويكون حجة موجبة للعمل دون العلم، فكذاك الإجماع.

ولأن قول المجمعين وإن كان حجة إلا أنه لا يكون أرفع قدرًا من قول النبي (ﷺ)، فكما ثبت قوله (ﷺ) بنقل الأحاد، فكذاك قول المجمعين.

ولأن المقصود في حق العمل حصول غلبة الظن بثبوت الدليل الذي لو ثبت في نفس الأمر - أفاد علمًا، وهذا المعنى يتحقق في الإجماع المنقول بطريق الأحاد كتحققه في السنة المنقولة بطريق الأحاد من غير فرق^(١).

الوجه الثاني: ما ينعقد عليه الإجماع لا يكون إلا ظاهرًا منتشرًا، والعادة قاضية في نقل مثله أن ينقل بطريق التواتر، ومن ثم يرتاب في حصوله إذا نقل بطريق الأحاد.

وجوابه: أن العادة ليست قاضية بذلك في كل إجماع، وإنما في إجماع الكافة الذي لا يختص به أهل العلم، بل يشاركونهم فيه العوام، أما ما يختص به أهل العلم فقد لا تتوفر الدواعي على نقله تواترًا، ويقبل فيه النقل، فيستفاد من طريق الأحاد^(٢).

الوجه الثالث: الإجماع المنقول بطريق الأحاد لا سبيل إلى اعتباره دليلاً موجباً للعلم، لأنه ثابت بطريق مظنون، ولا سبيل إلى اعتباره حجة ظنية موجبة للعمل لعدم قيام القاطع من النص أو الإجماع على اعتباره حجة في حق العمل.

(١) انظر: شرح الأبياري على البرهان (٢/٨٨٣)، إضافة إلى ما سبق.

(٢) انظر: المغنى لعبد الجبار (١٧/٢٤٥).

ولأن اعتباره كذلك إنما يكون بالقياس على السنة المنقولة بطريق الآحاد، والقياس الظنى لا تقوم به الحجة فى إثبات حجية الأدلة الشرعية^(١).

ويمكن أن يجاب عنه: بأن القياس المذكور مقطوع فيه بنفى اعتبار الفارق، فكان قطعياً، والقياس القطعى كسائر القواطع تقوم به الحجة فى إثبات حجية الأدلة الشرعية.

قلت: مع ظهور قول الجمهور بأن الإجماع المنقول بطريق الآحاد حجة فى حق العمل دون العلم، وأن طريق الآحاد طريق لإثباته- يتضح تحقق المشابهة بين السنة وانقسامها إلى سنة منقولة بطريق التواتر وسنة منقولة بطريق الآحاد؛ وكذلك الإجماع ينقسم إلى إجماع منقول بطريق التواتر وإجماع منقول بطريق الآحاد، ويظهر تحقق المشابهة بين الدليلين.

الطريقة الثانية: طريقة جمهور الحنفية.

السنة النبوية تنقسم عند الحنفية باعتبار طرق الرواية والنقل إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: السنة المتواترة، وهى ما ثبت عن النبى (ﷺ) بنقل جمع تحيل العادة تواطئهم على الكذب فى طبقة الصحابة والتابعين وتابعى التابعين.

القسم الثانى: السنة المشهورة، وهى ما ثبت عن النبى (ﷺ) بنقل آحاد الصحابة، ثم تواتر بعد ذلك بنقل التابعين وتابعى التابعين.

القسم الثالث: سنة الآحاد، وهى ما ثبت عن النبى (ﷺ) بنقل آحاد الصحابة، ثم بنقل آحاد التابعين، وإن تواتر بعد ذلك^(٢).

(١) انظر: المستصفى (١/٢١٥).

(٢) انظر: فواتح الرحموت (٢/١١١).

وكذلك ينقسم الإجماع عند الحنفية باعتبار طرق الرواية والنقل إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الإجماع المنقول بطريق التواتر، بأن ينقل الإجماع جمع تحيل العادة توأطنهم على الكذب، ويتحقق ذلك فى كل طبقات الإسناد.

القسم الثانى: الإجماع المنقول بطريق الشهرة، وهو ما نقل عن المجمعين بطريق الأحاد، ثم تواتر نقله بعد ذلك.

القسم الثالث: الإجماع المنقول بطريق الأحاد، وهو ما نقل عن المجمعين بطريق الأحاد، ثم نقل عن الناقلين عن المجمعين بطريق الأحاد، وإن تواتر نقله بعد ذلك.

قال السرخسى^(١): الإجماع الثابت بهذه الأسباب يثبت انتقاله إلينا بالطريق الذى يثبت به انتقال السنة المروية عن رسول الله (ﷺ)، وذلك تارة يكون بالتواتر، وتارة يكون بالاشتهار، وتارة بالأحاد. اهـ.

• **المطلب الثانى: مشابهة الإجماع لمتواتر السنة فى الاكتفاء بنقلهما عن نقل أصلهما.**

تتشابه السنة المتواترة والإجماع فى جواز الإكتفاء بنقلهما عن نقل أصلهما؛ وذلك أن ما تواتر عن النبى (ﷺ) عملاً يمكن أن يستغنى بتناقل العمل جيلاً بعد جيل عن نقل مستند ذلك العمل من حكاية قوله (ﷺ) أو حكاية فعله (ﷺ) بطريق الأسانيد المعروفة.

(١) أصول السرخسى (٣٠٢/١).

قال إمام الحرمين^(١): إن ما ثبت النقل فيه تواتراً عسر النقل فيه من طريق الأحاد، ومن أراد أن ينظم اسناداً عن الإثبات بالعننة أن رسول الله (ﷺ) كان يصلى الفجر ركعتين لم يتمكن منه، وهذا يناظر فى المعقولات محاولة إثبات الضروريات والمحسوسات بطريق المباحثات، فإنه معوز لا سبيل إليه. اهـ.

وذلك مثل ما تناقله أهل المدينة وأجمعوا على العمل به فيما طريقه النقل والتوقيف عن رسول الله (ﷺ) كإجماعهم على الأذان، وأنه كان يؤذن للصبح قبل الفجر، وعلى الصاع والمد، وإسقاط الزكاة فى الخضروات، وكمعاقلة المرأة الرجل إلى ثلث الدية، ودية الأسنان، وغير ذلك.

نقله ابن رشيقي القيروانى عن القاضى عبد الوهاب، ثم قال: وهذا مما لا يتوقف عن الاحتجاج به منصف، فإنه يفيد العلم الضرورى، كنقلهم مسجده ومنبره وقبره، وأنه تزوج عائشة وحفصة، وأن سرى سرايا، وغزا غزوات، وعاهد الكفار، إلى غير ذلك مما علم من جهة قولهم وإخبارهم، وإن لم ينقلوا مستنده بالعننة^(٢). اهـ.

وكذلك الإجماع يمكن: أن يستغنى بنقله عن النقل مستنده، فإما أن لا ينقل مستنده أصلاً، وفي هذا يقول إمام الحرمين^(٣): فإذا ألفيناهم قاطعين بالحكم لا يرجعون فيه رأياً، ولا يرددون قولاً، فنعلم قطعاً أنهم أسندوا الحكم إلى شىء سمعى قطعى عندهم، ولا يبعد سقوط النقل فيه. اهـ.

وأما أن ينقل مستنده من طرق لا تصح، مثال ذلك: قول ابن عبد البر^(٤): وقد روى عن جابر بن عبد الله بإسناد لا يصح أن النبى (ﷺ) قال الدينار أربعة

(١) البرهان فقرة (٧١٨).

(٢) انظر: لباب المحصول لابن رشيقي القيروانى (ص ٤٠٤، ٤٠٦).

(٣) البرهان فقرة (٦٢٧).

(٤) التمهيد لابن عبد البر (٢٤٨/٨).

وعشرون قيراطاً، وهذا الحديث وإن لم يصح إسناده، ففي قول جماعة العلماء وإجماع الناس على معناه ما يغنى عن الإسناد فيه. اهـ.

وأما أن ينقل مستنده من طريق يصح، ومع ذلك لا نجزم بأنه مستند الإجماع ما لم يصرح أهل الإجماع بالاستناد إليه، لجواز أن يكون مستند إجماعهم دليلاً آخر، واستغنى عن نقله بنقل الإجماع.

وانبنى على ذلك: أن الأصح عند الجمهور أن انعقاد الإجماع على حكم لا يكون قرينة لحمل خطاب الشارع على المجاز إذا أمكن بحمله على المجاز أن يكون مستنداً للإجماع، حتى وإن لم يكن للإجماع مستنداً غيره.

مثاله: الإجماع على وجوب التيمم على المجامع فاقد الماء، فإنه يمكن أن يكون مراداً من قوله تعالى: ﴿أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾ [النساء: ٤٣، والمائدة: ٦] على وجه المجاز فى الملامسة، لأنها حقيقة فى الجس باليد مجاز فى الجماع، فلا يقال: يتعين حمل الآية على المجاز لتكون مستند الإجماع، إذ لا مستند غيرها وإلا لذكر، وحينئذ لا تدل الآية على انتقاض الوضوء بالجس باليد.

لأننا نقول: لا يتعين حمل الآية على المجاز لجواز أن يكون مستند الإجماع غيرها واستغنى عن نقله بنقل الإجماع^(١).

(١) انظر: غاية الوصول (ص ٥٢).

• المطلب الثالث: مشابهة الإجماع للسنة في بعض ألفاظ الرواية.

تتحقق المشابهة بين السنة والإجماع في الاحتجاج ببعض ألفاظ الرواية.

بيان ذلك: أن جمهور الأصوليين والمحدثين على الاحتجاج بقول الصحابي: كان الناس يفعلون في عهده (ﷺ)، ونحو تلك الصيغة مما يدل على تكرر الفعل واستمراره، مع إضافته إلى زمن النبي (ﷺ)، ونزلوا ذلك منزلة المسند المرفوع.

ووجهه أن الصحابة إنما تضيف الفعل إلى عهد النبي (ﷺ) لفائدة، وهي بيان الشرع، وذلك لا يتحقق إلا باطلاع النبي (ﷺ) عليه وإقراره له، فكان ذلك في حكم المسند إليه (ﷺ).

يبينه: أن هذه الألفاظ دالة عرفاً على تكرر وقوع الفعل واستمراره، فمتى أضيف ذلك إلى زمن النبي (ﷺ) فالظاهر علم النبي (ﷺ) به، إذ يبعد مع ظهوره وتكرره - خفاؤه عليه، وإذا كان كذلك فالظاهر إقراره له، إذ يبعد أن ينقل الصحابي الفعل الذي ليس بحجة دون إنكار النبي (ﷺ) الذي هو حجة، فيكون ذلك إخباراً عن السنة ظناً لا قطعاً، والدليل الظني حجة في الفروع^(١).

وكذلك ذهب جمهور الأصوليين إلى الاحتجاج بقول الراوي: كان الناس يفعلون، ونحو تلك الصيغة مما يدل على إضافة الفعل إلى جميع الناس من غير إضافة إلى زمن النبي (ﷺ)، وعدوا ذلك من قبيل حكاية الإجماع.

ووجهه: أن الظاهر أن الراوي أورد ذلك في معرض الاحتجاج، وإنما يكون ذلك حجة لو كان مسنداً لفعل الجميع؛ لأن فعل البعض لا يكون حجة على البعض الآخر، فيكون ذلك من قبيل حكاية الإجماع ظناً لا قطعاً، ولذلك جازت مخالفته ومعارضته بما هو أرجح منه^(٢).

(١) انظر: قواطع الأدلة (٤٧٢/٢)، والكفاية للخطيب البغدادي (ص ١٤٩)، والمحصول للرازي

(٢٢١/٢)، والإحكام للأمدى (١٤٠/٢)، وفتح المغيبي للسخاوي (١٤٩/١).

(٢) انظر: الإحكام للأمدى (١٤٠/٢)، وتشنيف المسامح (١٠٦٠/٢).

المبحث الخامس

مشابهة الإجماع للسنة فى الاحتجاج

تتشابه السنة والإجماع فى مجال الاحتجاج؛ فكل مجال يحتج فيه بالسنة يحتج فيه بالإجماع؛ وبيان ذلك: أن السنة المتواترة يحتج بها فى إثبات العقليات التى لا يتوقف ثبوت حجية السنة عليها كحدوث العالم ووحدة الصانع وثبوت رؤية الله فى الآخرة، ولا يحتج بها فى العقليات التى يتوقف حجيتها عليها كثبوت البارى وثبوت النبوة، إذ حجية السنة فرع لثبوت النبوة، وثبوت النبوة فرع لثبوت البارى جل وعلا، فلو توقف ثبوت البارى وثبوت النبوة على ثبوت حجية السنة، لزم الدور.

وكذلك الإجماع يحتج به فى إثبات العقليات التى لا يتوقف ثبوت حجية الإجماع عليها، ولا يحتج به فى إثبات العقليات التى يتوقف ثبوت حجيتها عليها، وإلا لزم الدور^(١).

وكذلك السنة الثابتة من متواتر وأحاد حجة فى الأمور الدينية كالصلاة والزكاة والدينية كتدبير الجيش وأمور الرعية^(٢)، وكذلك الإجماع حجة فى الأمور الدينية والدينية^(٣).

(١) انظر: اللمع (ص ٤٩)، وشرح تنقيح الفصول للقرافى (ص ٣٤٣)، وغاية الوصول (ص ١٠٨)، وتيسير التحرير (٢٦٢/٣).

(٢) انظر: المعتمد (٥٧٣/٢)، وأصول السرخسى (٣٢١/١)، وقواطع الأدلة (٢٦٤/٢).

(٣) انظر: أصول البرذوى مع الكشف (٢٥١/٣)، والمحصل للرازى (٤/٢)، والإحكام للامدى (٤٠٧/١).

أهم النتائج والتوصيات

فى الختام ينبغى لى أن أسجل أهم النتائج والتوصيات التى يسر الله الوقوف عليها من خلال البحث وهى:

١- العصمة منشأ حجىة كل من السنة والإجماع، وتبعًا لتعدد مجالات العصمة تعددت أقسام السنة، وتعددت كذلك أقسام الإجماع، وتبعًا لذلك أيضًا تحققت المشابهة بين الدليلين فى الأقسام والأنواع والمباحث وطرق النقل ومجال الاحتجاج، مما يؤكد على حجىة الإجماع، وأنه صنو السنة.

٢- طريق النقل التواترى هو: الأصل فى نقل الإجماع مع كون الإجماع قطعى المتن، ومن ثم فأكثر الاجماعات قطعية الثبوت قطعية الدلالة، ومن هنا تظهر أهمية الإجماع فى صيانة الشريعة والمحافظة على ثوابتها من التحريف والتغيير .

٣- الإجماع المنقول بطريق الأحاد مما حوته كتب السنن والآثار تخضع دراسة إسناده للقواعد التى وضعها المحدثون، ومن ثم يحكم عليه من جهة الثبوت بالصحة أو الضعف، شأنه فى ذلك كشأن السنة المنقولة بطريق الأحاد، وهذا النوع من الإجماع لم يعتن بجمعه حق العناية، ومن ثم أقترح توجيه نظر الباحثين إلى إنشاء دراسات تعنى باستقصاء جمعه والحكم على أسانيده.

٤- أقترح توجيه نظر الباحثين إلى الدراسات الأصولية التى تعنى بإظهار جوانب التكامل بين الأدلة الشرعية.

وهذا آخر ما تيسر لى جمعه والوقوف عليه من هذه الدراسة، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلّى اللهم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

فهرس المراجع والمصادر

- الإبهاج في شرح المنهاج لتقى الدين السبكي وولده تاج الدين، تحقيق د/ أحمد الزمزمى، ود/ نور الدين صغيري، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.
- الإجماع لابن المنذر، تحقيق/ فؤاد عبد المنعم- دار الدعوة- ١٤٠١هـ.
- الإجماع فى الشريعة الإسلامية، لعلى عبد الرزاق- دار الفكر العربى- ١٩٤٧هـ.
- إحكام الأحكام لابن دقيق العيد، مع حاشية الصنعانى، تحقيق د/ قلجى، دار الاقصى، ١٤١٠هـ
- إحكام الفصول لأبى الوليد الباجى، تحقيق د/ عبد الله الجبورى، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٩م.
- الإحكام فى أصول الأحكام لأبى محمد بن حزم، حققه الشيخ أحمد محمد شاكور، وقدم له د/ إحسان عباس، دار الآفاق الجديدة، الطبعة الثانية ١٩٨٣م.
- الإحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين الآمدى، طبعة دار الحديث.
- أحكام القرآن لابن العربى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الفكر.
- أصول الجصاص «الفصول فى الأصول»، تحقيق د/ عاجل جاسم، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ.
- أصول السرخسى تحقيق أبى الوفا الأفغانى، دار المعرفة بيروت.
- أصول الفقه لابن مفلح، تحقيق د/ فهد السدحان، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٩م.

- الأم للإمام الشافعي، دار الشعب.
- الأوسط لابن برهان، (قطعة منه) تحقيق/ عدنان بن فهد العبيّات، دار أسفار - الطبعة الأولى - ٢٠١٩م.
- إيضاح المحصول من برهان الأصول للمازري، تحقيق د/ عمار الطالبى، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى ٢٠٠١م.
- البحر المحيط للزركشى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الطبعة الثانية سنة ١٩٩٢م.
- البرهان فى أصول الفقه، لإمام الحرمين، تحقيق د/ عبد العظيم الديب، دار الوفاء، الطبعة الثانية سنة ١٩٩٧م.
- التبصرة فى أصول الفقه لأبى إسحاق الشيرازى، تحقيق د/ محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية سنة ١٩٨٣م.
- تحفة الطالب لابن كثير، تحقيق/ عبد الغنى الكبيسى، دار حراء، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ
- تحفة المسؤول فى شرح مختصر منتهى السؤل للرهونى، تحقيق د/ يوسف الأخضر، دار البحوث، دبی، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٢م.
- التحقيق والبيان شرح البرهان للآبيارى، تحقيق د/ على الجزائرى، دار الضياء، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.
- تدريب الراوى شرح مختصر النواوى للسيوطى، تحقيق د/ عزت عطية وموسى على، دار الكتب الإسلامية.
- تشنيف المسامع بجمع الجوامع للزركشى، تحقيق د/ عبد الله ربيع، د/ سيد عبد العزيز، مؤسسة قرطبة، الطبعة الأولى.

- تفسير الرازي دار الفكر، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٥م.
- التقريب والإرشاد للباقلاني، تحقيق د/ عبد الحميد أبو زيد، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية سنة ١٩٩٨م.
- تقريب الوصول لابن جزى، تحقيق: محمد المختار الشنقيطى، طبعة المدينة المنورة، الطبعة الثانية سنة ٢٠٠٢م.
- التقرير والتحرير على التحرير لابن أمير الحاج، دار الكتب العلمية، مصورة عن مطبوعة بولاق.
- تقويم الأدلة للدبوسى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠١م.
- التلخيص لإمام الحرمين، تحقيق د/ عبد الله جولم وشبير العمرى، دار الباز، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦م.
- التلويح على التوضيح لمتن التنقيح للتفتازانى، دار الكتب العلمية، مصورة عن مطبوعة صبيح.
- التمهيد فى أصول الفقه لأبى الخطاب الكلوزانى، تحقيق د/ مفيد أبو عمشة ود/ محمد على إبراهيم، مؤسسة الريان بيروت، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٠م.
- التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول لجمال الدين الإسنوى، تحقيق د/ محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٠م.
- تيسير التحرير لأمير باد شاه الحنفى، مطبعة مصطفى البابى الحلبي، الطبعة الأولى سنة ١٣٥١هـ.
- حاشية البنانى على شرح المحلى على جمع الجوامع، دار الفكر، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٥م.
- حجية الإجماع، د/ محمد محمود فرغلى، دار الكتاب الجامعى، ١٩٧١م.

- رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تحقيق على معوض وعادل عبد الموجود، الطبعة الأولى، عالم الكتب سنة ١٩٩٩م.
- سلم الوصول لشرح نهاية السؤل للشيخ محمد بخيت المطيعي، المطبعة السلفية ومكاتبها، سنة ١٣٤٣هـ.
- سنن الترمذى، طبعة جمعية المكنز الإسلامى، طبعة سنة ١٤٢١هـ.
- سنن أبى داود، طبعة جمعية المكنز الإسلامى، طبعة ١٤٢١هـ.
- سنن ابن ماجه، طبعة جمعية المكنز الإسلامى، طبعة ١٤٢١هـ.
- سنن البيهقى الكبرى، دار الفكر بيروت، مصورة عن الطبعة - سنن الدارمى، تحقيق فواز زملى وخالد العلمى، دار الريان ١٩٨٧م.
- سنن النسائى، طبعة جمعية المكنز الإسلامى، طبعة ١٤٢١هـ.
- شرح الإمام فى أحاديث الأحكام لابن دقيق العيد، تحقيق محمد خلوف العبد الله، دار النوادر ٢٠١٢م.
- شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول للقرافى، نشره طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية.
- شرح العضد على مختصر المنتهى الطبعة الثانية سنة ١٩٨٣م، دار الكتب العلمية، مصورة عن مطبوعة بولاق سنة ١٣١٦هـ.
- شرح الكوكب المنير لابن النجار، تحقيق د/ محمد الزحيلي، ود/ نزيه حماد، مكتبة العبيكان سنة ١٩٩٣م.
- شرح اللمع فى أصول الفقه لأبى إسحاق الشيرازى، تحقيق د/ عبد المجيد التركى، دار الغرب الإسلامى سنة ١٩٨٨م.
- شرح المحلى على منهاج الطالبين، طبعة مصطفى الحلبي.

- شرح مختصر الروضة للطوفى، تحقيق د/ عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٠م.
- شرح معانى الآثار للطحاوى، تحقيق محمد زهرى النجار، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة ١٩٩٦م.
- شرح المنار وحواشيه من علم الأصول لابن ملك وحاشية الرهاوى وعزمى زاده وابن الحلبي، دار سعادة ١٣١٥هـ.
- الصحاح للجوهري، تحقيق أحمد العطار، بيروت ١٩٥٦م.
- صحيح مسلم بشرح النووي دار الريان، مصورة عن مطبوعة الشعب.
- صحيح مسلم، طبعة جمعية المكنز الإسلامى ١٤٢١هـ.
- الضياء اللامع شرح جمع الجوامع للشيخ حلولو، تحقيق نادى العطار، طبعة مركز ابن العطار للتراث سنة ٢٠٠٤م.
- طبقات الفقهاء لأبى إسحاق الشيرازى، تصحيح ومراجعة خليل الميس، دار القلم بيروت.
- العدة فى أصول الفقه لأبى يعلى الفراء، تحقيق د/ أحمد بن على سير المباركى، دار طيبة، الطبعة الثالثة ١٩٩٣م.
- العقد المنظوم فى الخصوص والعموم لشهاب الدين القرافى، تحقيق د/ أحمد الختم عبد الله، دار الكتبي، الطبعة الأولى ١٩٩٩م.
- غاية الوصول شرح لب الأصول للشيخ زكريا الأنصارى، الطبعة الأخيرة، مطبعة مصطفى البابى الحلبي.
- الفائق فى أصول الفقه لصفى الدين الهندي، تحقيق د/ على العميرينى، دار الاتحاد بالقاهرة، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٤م.

- فتح المغيث بشرح ألفية الحديث للسخاوى، تحقيق/ على حسين على، مكتبة السنة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
- الفقيه والمتفقه الخطيب البغدادي، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٩٨٠م.
- الفصل فى الملل والأهواء والنحل لابن حزم، وبهامشه كتاب الملل والنحل للشهرستانى، الطبعة القديمة.
- الفوائد السنية شرح النبذة الألفية للبرماوى، تحقيق عبد الله موسى، مكتبة التوعية الإسلامية، الطبعة الأولى ٢٠١٥م.
- فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، لعبد العلى الأنصارى على هامش المستصفى، مؤسسة التاريخ العربى، مصورة عن طبعة بولاق ١٣٢٤هـ.
- القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام، نشره أيمن صالح شعبان، دار الحديث سنة ١٩٩٤م.
- قواطع الأدلة فى الأصول لابن السمعانى، د/ عبد الله بن حافظ بن أحمد الحكمى ود/ على بن عثمان الحكمى، مكتبة التوبة، الطبعة الأولى سنة ١٤١٩هـ.
- كشف الأسرار عن أصول البزدوى لعبد العزيز البخارى، دار الكتاب الإسلامى بالقاهرة.
- الكفاية فى علم الرواية الخطيب البغدادي، تحقيق د/ أحمد عمر هاشم، دار الكتاب العربى، الطبعة الثانية، ١٩٨٦م.
- لباب المحصول فى علم الأصول ابن رشيقي القيروانى، تحقيق/ محمد غزالى، دار البحوث والدراسات الإسلامية، دبی، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
- لسان العرب لابن منظور، دار المعارف، مصر، طبعة سنة ١٩٧٩م.

- **اللمع فى أصول الفقه لأبى إسحاق الشيرازى، مطبعة مصطفى البابى الحلبي، الطبعة الثالثة ١٩٥٧م.**
- **المبسوط للسرخسى، دار المعرفة بيروت ١٤٠٦هـ.**
- **المحصول فى علم الأصول للإمام الرازى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م.**
- **مجموع الفتاوى لأبى العباس بن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن النجدى وابنه محمد، دار الرحمة.**
- **مختصر المنتهى لابن الحاجب، مطبعة كردستان العلمية سنة ١٣٢٩هـ.**
- **المدونة للإمام مالك، دار الفكر بيروت.**
- **المستصطفى من علم الأصول لأبى حامد الغزالى، مؤسسة التاريخ العربى، مصورة عن طبعة بولاق ١٣٢٤هـ.**
- **المسودة فى أصول الفقه لآل تيمية، تحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد، مطبعة المدنى ١٩٨٣م.**
- **المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير لأحمد بن محمد الفيومى، دار الكتب العلمية مصورة عن طبعة دار المعارف.**
- **مصنف ابن أبى شيبة، تحقيق/ عبد الخالق الأفغانى، ط إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، ١٩٨٧م.**
- **المعتمد فى أصول الفقه لأبى حسين البصرى، تحقيق محمد حميد الله، المعهد العلمى الفرنسى، دمشق ١٩٦٤م.**
- **معالم السنن للخطابى، منشورات المكتبة العلمية بيروت، الطبعة الثانية ١٩٨١م.**

- المغنى فى أبواب العدل والتوحيد (قسم الشرعيات) للقاضى عبد الجبار، تحقيق أمين الخولى، دار الترجمة والتأليف والنشر، الطبعة الأولى ١٩٦٣م.
- المقدمة فى الأصول لابن القصار، تحقيق/ محمد السليمانى، دار الغرب الإسلامى، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م.
- مقدمة ابن الصلاح، تحقيق د/ عائشة عبد الرحمن، دار المعارف، ١٩٨٩م.
- منتهى السؤل والأمل فى علم الأصول والجدل لابن الحاجب، طبعة مصطفى الحلبى.
- موسوعة شروح الموطأ وتشتمل على التمهيد والاستذكار كلاهما لابن عبد البر والقبس لابن العربى المالكى، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركى، دار هجر ٢٠٠٥م.
- الموافقات فى أصول الشريعة للإمام الشاطبى، تحقيق الشيخ عبد الله دراز، دار المعرفة بيروت مصورة عن طبعة المكتبة - موطأ مالك طبعة جمعية المكنز الإسلامى سنة ١٤٢١هـ.
- موافقة الخبر الخبر فى تخريج أحاديث المختصر للحافظ ابن حجر، حققه حمدى عبد المجيد وصبحى السامرائى، مكتبة الرشد، ١٤١٤هـ.
- ميزان الأصول للسمرقندى، تحقيق د/ محمد زكى عبد البر، مكتبة، دار التراث بالقاهرة، الطبعة الثانية سنة ١٩٩٧م.
- نفائس الأصول فى شرح المحصول لشهاب الدين القرافى، تحقيق عادل عبدالموجود وعلى معوض، المكتبة العصرية، الطبعة الثانية سنة ٢٠٠٠م.
- نهاية السؤل شرح منهاج الوصول لجمال الدين الإسئوى مع شرحه سلم الوصول، المكتبة السلفية سنة ١٣٤٣هـ.

- نهاية الوصول في دراية الأصول لصفى الدين الهندي، تحقيق د/ صالح اليوسف ود/ سعد السويح، مكتبة الباز، الطبعة الثانية سنة ١٩٩٩م.
- الواضح في أصول الفقه لابن عقيل، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ١٩٩٩م.
- الوصول إلى الأصول لابن برهان، تحقيق د/ عبد الحميد أبو الزنيد، مكتبة المعارف بالرياض، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٣م.



ملخص بحث

مشابهة الإجماع للسنة النبوية فى المنظور الأصولى

الباحث: أحمد على أحمد على- قسم أصول الفقه- كلية الشريعة والقانون-
القاهرة- جمهورية مصر العربية

إيميل الباحث: ali ahmed @gmail.com

إيميل الجامعة: emeil: info @azhar egypt .edy.eg

موضوع البحث: جوانب المشابهة بين الإجماع والسنة النبوية، عند الأصوليين.
الهدف من البحث: إثبات تحقق المشابهة بين الإجماع والسنة النبوية وبهذا تتأكد
حجية الإجماع.

المنهج المتبع: المنهج المقارن.

النتائج: تحقق المشابهة بين الإجماع والسنة فى منشأ الحجية، وفى الأقسام
والأنواع وطرق الرواية ومجال الاحتجاج.

التوصيات: توجيه النظر للعناية بالإجماع المنقول بطريق الأحاد والدراسات
الأصولية التى تعنى بإظهار جوانب التكامل بين الأدلة الشرعية.

مشابهة- الإجماع - السنة - التواتر



Research summary

Similar Consensus Of The Sunnah Of The Prophet In The
Fundamental Perspective

Researcher Ahmed Ali Ahmed Ali-Department of
Fundamentals of Jurisprudence-

-EgyptCollege of Sharia and Law Cairo

Email of Researcher

@gmail.comahmedAli

Email of university

Email:info@azhar.egypt.edu.eg

Research topic

Similarities between the consensus and the Sunnah of the
Prophet fundamentalists

The aim of the research

Evidence of similarity between consensus and Sunnah to
confirm authentic consensus

The approach

The comparative approach

Results

Similarity is achieved between unanimity and prophetic Sunnah in the origin of authenticity, in sections and genres, methods of narration and field of protest

Recommendations

Focusing attention on caring for unified transmitted consensus and showing aspects of complementarity between legal evidence

Similar -consensus- Sunnah- frequency