

بحوث مقارنة

في الفقه الاسلامي واصولها

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

انتشار بالواه الطيف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الطبعة الثانية

١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م

ISBN:9953-32-359-3

حقوق الطبع محفوظة © ١٩٩٤ م لا يُسمح بإعادة نشر هذا الكتاب أو أي جزء منه بأي شكل من الأشكال أو حفظه ونسخه في أي نظام ميكانيكي أو إلكتروني يمكن من استخراج الكتاب أو أي جزء منه. ولا يُسمح باقتباس أي جزء من الكتاب أو ترجمته إلى أي لغة أخرى دون الحصول على إذن خطي مسبق من الناشر.

٤

مؤسسة الرسالة ناشرون



بيروت - سوريا

مرب : 30597

بيروت - لبنان

هاتف : ٥٤٦٧٣٠ - ٥٤٦٧٣١

فاكس : ٥٤٦٧٣٢ | (٩٦١)

مرب : ١١٧٤٦٠

Resalah
Publishers

Tel: 546720 - 546721

Fax: (961) 1 546722

P.O.Box: 117460

Beirut - Lebanon

E-mail:

resalah@resalah.com

Web site:

http://www.resalah.com

بحوث مقارنة

في الفقه الإسلامي وأصوله

تأليف
الدكتور فتحي الدزيني

الطبعة الجديدة

مؤسسة الرسالة



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة الطبعة الجديدة

الحمد لله رب العالمين، الذي أنزل كتابه المبين على رسوله الصادق الأمين، فشرح به صدور عباده المتقين، ونور به بصائر أوليائه العارفين، فاستنبطوا منه الأحكام، وميزوا به الحلال من الحرام، وبينوا الشرائع للعالمين، والصلاة والسلام على القائل: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين»^(١) وعلى آله الطيبين الطاهرين، وأصحابه وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فقد مرّ الفقه الإسلامي بمراحل نشأ فيها وتطور، فكثرت مسائله، وتشعبت فروعه، ودوّنت فيه الكتب العديدة التي هي نتائج لجهود علماء السلف، الذين استقصوا كل صغيرة وكبيرة في ميدان الفقه، ولم يتركوا زيادة لمستزيد.

ومدوناتهم هذه - رغم مرور قرون على تأليفها - ما تزال وستبقى مرجع المسلم في تفاصيل أحكام الشريعة الإسلامية، لكن الخوض فيها - وعلى أهميته - ليس بالأمر اليسير؛ وقد سلك الفقهاء في دراسة الفقه سُبلاً كان منها الدراسة المقارنة، وقد كان هذا المنهج مُتبعاً لدى الجامعات ومراكز العلم في عصرنا الحاضر، حيث اعتمد في ذلك الدراسة المقارنة للفقه الإسلامي، والغاية من ذلك الانتفاع بالثمرات المبتكرة للفكر الإنساني في الاجتهاد في التحليل والتعليل والتفريع والتأصيل؛ لذا كانت البحوث المقارنة مصدر إثراء للفقه الإسلامي، وذلك من ناحيتين:

الأولى: بما تستلزمه هذه الدراسة من استقصاء وتعمق وشمول، وما قد تنتجه من اجتهادات مبتكرة.

(١) أخرجه البخاري: ٧١، ومسلم: ٢٣٨٩، وأحمد: ١٦٨٤٩، من حديث معاوية بن أبي سفيان.

الثانية: بما تتيح للباحث من الوقوف على وجوه التطبيق العلمي للأصول النظرية، وكيفية تصرف المجتهد بتلك الأصول في مواجهة الوقائع المشخصة بظروفها الملازمة المتغيرة.

وإن هذا الكتاب قد بحث عدة قضايا فقهية وأصولية أيضاً بدراسة مقارنة سلك مصنفه فيه - كعادته في كتبه النافعة - أسلوب التأصيل العلمي والتفصيل في ذكر المسائل، وذلك بذكر الأدلة وأقوال العلماء واختلافاتهم مع ذكر الراجح من المرجوح من تلك الأقوال، كلُّ بدليله وقواعده، ضمن منهج مُرتَّب قويّ العرض دقيق النظر، مع التحقيق السليم والأسلوب السهل.

وقد أحببت المؤسسة أن تقدّم هذا الكتاب إلى القراء في شكلٍ ومضمون جيّدين بإذن الله، ساعيةً إلى هدفٍ هامٍّ وهو إيصال الكتاب المفيد الهادف إلى القارئ الذي يطلبه ويحتاجه، في دقة وإتقان ومنهجية، لذلك قامت إتماماً لفائدة هذا الكتاب بتخريج أحاديثه سالكةً في ذلك المنهج التالي:

١ - إذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما، اكتفينا بالتخريج منهما، مضافاً إليهما «مسند الإمام أحمد» [ط. الرسالة]، وإنما أضفناه لمن أراد الاستزادة والتوسع في التخريج.

٢ - إذا لم يكن الحديث في الصحيحين أو أحدهما، أخرجناه من السنن الأربعة مضافاً إليها «مسند الإمام أحمد» لاستفيد حكم الحديث من الطبعة المشار إليها، فإن لم يكن الحديث في «المسند» فنستفيد حكمه من «صحيح ابن حبان» [ط. الرسالة] إن وُجد فيه.

٣ - فإن لم يكن الحديث موجوداً في الكتب الستة و«المسند»، قمنا بتخريجه من بقية كتب السنة.

هذا، ونسأل الله العون واليسير، والحفظ من الخطأ والزلل، وأن يجعل عملنا هذا خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفع به واضعه وقارئه وكل من كانت له يدٌ في إخراجه، والحمد لله رب العالمين.

ترجمة موجزة للمؤلف

هو الأستاذ الدكتور: محمد فتحي الدريني، فلسطيني الأصل، ساكن بدمشق. أحد أعلام علماء هذا العصر، المغمور لدى العامة، المعروف قدره لدى الخاصة، لُقّب بشاطبيّ العصر؛ لإحيائه الاجتهاد المقاصدي والتنويه بجمالية الفقه الإسلامي، ومزيبته على القانون الوضعي.

له من المؤهلات العلمية:

- ١ - دكتوراه في الفقه الإسلامي وأصوله - درجة الامتياز بمرتبة الشرف الأولى من كلية القانون والشريعة - جامعة الأزهر ١٩٦٥ .
 - ٢ - دبلوم العلوم السياسية - دراسات عليا - قسم الدكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة (ستتان دراسة عليا متخصصة) ١٩٥٤ .
 - ٣ - دبلوم في العلوم القانونية (ستتان دراسة عليا متخصصة) من معهد البحوث والدراسات القانونية التابع لجامعة الدول العربية - القاهرة ١٩٦٣ .
 - ٤ - العالمية مع إجازة في تخصص القضاء الشرعي - كلية القانون والشريعة - جامعة الأزهر (ستتان دراسة عليا متخصصة في الأحوال الشخصية) ١٩٥١ .
 - ٥ - العالمية مع الإجازة في التدريس - من كلية اللغة العربية - جامعة الأزهر (ستتان دراسة عليا متخصصة في التربية وعلم النفس) ١٩٥٢ .
 - ٦ - دبلوم في التربية وعلم النفس (ستتان دراسة عليا متخصصة) من كلية التربية - جامعة عين شمس - ١٩٥٢ القاهرة .
 - ٧ - ليسانس في الآداب (قسم اللغة العربية) - بتفوق - من كلية الآداب - جامعة القاهرة ١٩٥٠ .
 - ٨ - ليسانس في الشريعة - كلية القانون والشريعة - جامعة الأزهر ١٩٤٧ .
- وقد درّس لعقود طويلة في مصر والجزائر ودمشق لمدة طويلة، ثم آخر مستقره في الجامعة الأردنية.

من آثاره:

- ١- المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، طبع مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨.
- ٢- أصول التشريع الإسلامي، طبع جامعة دمشق، ١٩٧٦. (مقرر على الصف الرابع من كلية الحقوق).
- ٣- أصول المعاملات في الفقه الإسلامي، طبع كلية الحقوق، جامعة الجزائر، مؤسسة الأمالي، ١٩٧٢.
- ٤- نظام الإسلام، طبع جامعة دمشق، ١٩٦٧، مؤسسة الأمالي.
- ٥- أصول الفقه الإسلامي، طبع مؤسسة الأمالي في جامعة دمشق، ١٩٧٢. (مقرر الصف الثاني من كلية الشريعة).
- ٦- أصول الفقه الإسلامي، طبع مؤسسة الأمالي، جامعة دمشق، ١٩٦٧. (مقرر الصف الثالث من كلية الشريعة).
- ٧- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، طبع جامعة دمشق، ١٩٦٧ (رسالة دكتوراه نالت درجة الامتياز بدرجة الشرف الأولى).
- ٨- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، طبع مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨.
- ٩- خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، طبع مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨.
- ١٠- بحوث ودراسات في الفكر الإسلامي المعاصر، ثلاثة أجزاء، طبع دار قتيبية، بيروت، ١٩٨٨.
- ١١- نظرية التعسف في استعمال الحق، طبع مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨.
- ١٢- الفقه المقارن مع المذاهب، طبع جامعة دمشق ١٩٨٠.
- ١٣- النظريات الفقهية العامة، طبع جامعة دمشق، ١٩٨١.
- ١٤- خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، طبع مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨.
- ١٥- حق الابتكار في الفقه الإسلامي، طبع مؤسسة الرسالة - ١٩٧٩.

من البحوث المقارنة للمؤلف

- أُلقيت في الدراسات العليا في الجامعات العربية والمؤتمرات الدولية:
- ١ - مبادئ الحكم الإسلامي - (بحث مقارن بالفقه الوضعي) أُلقي محاضرات في كلية الآداب - جامعة الجزائر، ١٩٧١ - ١٩٧٤، وفي قسم الدراسات العليا - قسم القانون العام - في كلية الحقوق - جامعة دمشق، ١٩٧٩ - ١٩٨٠.
 - ٢ - أثر نظرية التعسف في التقنين المدني الجزائري الجديد مقارناً بالقوانين المدنية في البلاد العربية - (بحث أُلقي محاضرات في كلية الحقوق والعلوم السياسية - قسم الدراسات العليا - في جامعة الجزائر، ١٩٨٠ و١٩٨١).
 - ٣ - بحث «الحضارة الإنسانية في الإسلام» مقدم إلى المؤتمر الإسلامي المنعقد في الخرطوم - ١٩٦٨ - طبع جامعة أم درمان الإسلامية - بمناسبة مرور أربعة عشر قرناً على نزول القرآن الكريم.
 - ٤ - مقومات الحضارة الإسلامية - (بحوث أُلقيت محاضرات في كلية الآداب) جامعة الجزائر، ١٩٧١ - ١٩٧٤.
 - ٥ - التكافل الاجتماعي في الإسلام - (بحث مقدّم إلى أسبوع الفقه الإسلامي المنعقد في القاهرة - ١٩٦٧ - طبع المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بالقاهرة).
 - ٦ - نظرية العقد في الفقه الإسلامي - (بحث مقارن) أُلقي محاضرات في الدراسات العليا في كلية العلوم الاجتماعية في جامعة أم درمان الإسلامية، في جمهورية السودان، ١٩٨٠.
 - ٧ - التشريع السياسي الإسلامي وعناصر العلاقة التي أقامها بينه وبين فطرة التكوين الإنساني - (بحث أُلقي في المؤتمر العالمي للحضارة العربية والإسلامية المنعقد في جامعة دمشق، تحت رعاية وزارة التعليم العالي، في ٢٥ نيسان (إبريل) ١٩٨١).



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة المؤلف

يتجه البحث العلمي الجاد في الجامعات، وبخاصة، ومراكز العلم في العالم المتحضر من حولنا، بعامة، ولاسيما في العلوم النظرية - ومنها التشريع الذي يعتبر بحق أعظم سمة من سمات الحضارة^(١) - إلى الدراسة المقارنة، انتفاعاً بالثمرات المبتكرة للفكر الإنساني في الاجتهاد في التحليل، والتعليل، والتفريع، والتأصيل، متأثراً بالتقدم العلمي والحضاري في جميع نواحي الثقافة والفكر.

والحق، أن للفقهاء المقارن مفهوماً عالمياً تُعقد من أجله المؤتمرات الدولية^(٢) بين الآونة والأخرى في عصرنا هذا، قوام البحث فيه، النظريات العامة، والأصول الكبرى، باعتبارها مباني العدل وموجهاته في كل تشريع.

غير أن البحث المقارن في المسائل والفروع - على الرغم من فوائده الجمة - لا يرتقي - فيما نرى - إلى هذا المستوى، إذ لا يُتوخى منه تحديد معالم الحق ومباني العدل في التشريع كلاً.

فالجِدوى من المقارنة التي تُثري الفكر الإنساني، إنما تُجتنى من تلك التي تُعقد بين النظريات العامة لمفهوم الحق بوجه عام مثلاً، أو بين الأصول الكبرى التي تعكس لنا مباني العدل في التشريع.

وهذا هو مدار الصراع بين التشريعات بل بين السياسات في العالم كلاً في عصرنا الحاضر، لما تتباين هذه التشريعات فيه تبايناً شاسعاً.

(١) بالنظر لكونه سبباً رئيساً من أسباب تقدمها وارتقائها وازدهارها، أو سبباً من أسباب تأخرها، وشيوع الفوضى والظلم فيها.

(٢) على نحو ما عقد في لاهاي سنة ١٩٣٦، وباريس سنة ١٩٥٠.

وفي يقيني، أن ما ينطوي على التشريع الإسلامي من خصائص ومميزات، وأصول ومعايير للحق، ومقاصد تشريعية عامة مرسومة تتجه إليها أحكامه جملته، أصولاً وفروعاً، لا يُتاح لها الظهور على وجه علمي محرر، وعلى الصعيد العالمي، إلا بهذا النوع من البحث الجاد المتعمق والمقارن بما عند أعظم الأمم حضارةً من تشريعات، مما يقيم الدليل العلمي البين على سماوية هذا التشريع الخالد.

وهذا - فيما نرى - أنجع سبيل لأداء الرسالة، والدعوة إلى تشريع الله، بالعلم والحكمة.

نعم! طبيعة البحث المقارن في الفروع تقتضي ردّ كل فرع إلى دليله وأصله، وذلك عند التعليل، والتوجيه والمناقشة، ثم الموازنة والترجيح، لكن ذلك يقصد تبعاً لا أصالة، وفي حدود هذه المسائل المقررة، أو المعروضة.

على أن الضرورة قائمة للبحث في الفقه الإسلامي بجميع اتجاهاته بحثاً مقارناً. ومما يؤكد هذه الضرورة، أن الشريعة الإسلامية - كتاباً وسنة - نصوص مقدسة، لا يسعُ اتجاهاً معيناً من الاجتهاد في فهمها وفقهاها، أن يجلي كل ما انطوت عليه من حقائق، ومعانٍ، وأحكام، أو أن يزعم لنفسه أن مُجتهدَه فيها هو الذي يمثل هذه الشريعة الغراء، أو أن ما أتى به هو الحق، كل الحق، لا يعدوه، فما رأينا إماماً من أئمة المذاهب الكبرى في الفقه الإسلامي يدعي لنفسه ذلك، بل رأينا منهم ما ينقضه، من مثل صنيع الإمام مالك رضي الله عنه إذ عرض عليه أحدُ خلفاء الدولة العباسية اعتبار كتابه «الموطأ» مرجعاً وحيداً للعمل به في أقطارها، فرفض ذلك، اعترافاً منه بأن «الحق» قد يكون مع غيره، لأن هذا مجرد اجتهاد.

بل كل مجتهدو الصحابة من قبلهم رضي الله عنهم أجمعين لا يزيد أحدهم على أن يقول - وهو بصدد إبداء رأيه الاجتهادي في مسألة معروضة عليه - «إن كان صواباً فمن الله، وإن كان خطأً فمن نفسي أو من الشيطان».

وأيضاً، التشريع الإسلامي، إلهي المصدر، فكان - لذلك - خالداً، ومعيناً ثراً لا ينضب، يغترف منه كل مجتهد ما يسعه اغترافه منه، تبعاً لمدى قوة ما أوتي من ملكة،

وما تزوّد به من ثقافة يحدّدها مستوى عصره، وبيئته، وما يترأى له باجتهاده أنه الحق في كل مسألة تعرض بظروفها وملابساتها.

ولا جرم أنّ العقول والملكات متباينة، فما ينجم عنها من ثمرات الاجتهاد متباين بالضرورة، ومن ثمّ لا تتحدّد الشريعة الإسلامية بمجتهدات عصر معين، أو مذهب فقهي واحد، أو ثقافة محدودة في بيئة ما، لأنها أبعدُ غوراً، وأوسع مدى، من حيث مبادئها الكبرى، وأصولها العامة، ومقاصدها التشريعية، إذ هي تنزيل من حكيم حميد، ودين الله إلى يوم القيامة، يؤكد هذا قوله ﷺ: «رُبَّ حَامِلٍ فِقْهٍ، إِلَى مَنْ هُوَ أَفْقَهُ مِنْهُ»^(١).

من هنا، كانت دراسة جميع الاتجاهات، دراسةً مقارنةً واجبةً.

على أن الاجتزاء بمذهب اجتهادي معيّن يتنافى وطبيعة الاجتهاد نفسه، من حيث إنه تصرفٌ عقليّ في مقرّرات الوحي، وكل اتجاه من الاتجاهات الفقهية يمثل وجهة نظر معينة في هذه المقرّرات فهماً أو تطبيقاً، ولكنه لا يمثل فقه الشريعة كاملة من حيث هي.

ولا مراء أن الاجتهاد بالرأي، تفهّماً واستنباطاً أو تطبيقاً، يحتمل الخطأ والصواب، بل الشرع الحنيف هو الذي قرّر هذه المقولة على لسان رسوله الأمين ﷺ بما يدلُّ دلالةً بيّنة على عجز الطاقة البشرية عن النفاذ إلى تبيين ما هو «الحق» عند الله تعالى، إذ يقول: «من أصاب فله أجران، ومن أخطأ فله أجر»^(٢).

إذن من نافلة القول أن نقرر أن الخطأ محتملُ الوقوع في الاجتهاد، ولا سيما في المسائل التي لم يردّ فيها نصٌّ، ومن هنا اتفق الأصوليون والفقهاء على أن لغلبة الظنّ في المعاملات، حكمُ اليقين، إذ لا تكليف بالمحال.

فاتّضح بجلاء أن الاجتزاء بمذهب فقهي معيّن في فهم الشريعة فهماً كاملاً

(١) أخرجه أبو داود: ٣٦٦٠، والترمذي: ٢٦٥٦، وابن ماجه: ٢٣٠، وأحمد: ٢١٥٩٠، من حديث زيد بن ثابت، وإسناده صحيح.

(٢) أخرجه بنحوه البخاري: ٧٣٥٢، ومسلم: ٤٤٨٧، وأحمد: ١٧٧٧٤، من حديث عمرو بن العاص.

متعمقاً، لا يتفق وما تقضي به طبيعة الاجتهاد نفسه، لأن احتمال الخطأ في التزام اتجاه معين في البحث، أكد من احتمالته في البحث المقارن.

وذلك لأن قوام المقارنة نظر علمي شاملٌ مستقصٍ، من شأنه أن يدني من الحق والعدل على نحوٍ لا يقوى عليه الاجتزاء في حكم المسألة بما يقضي به اتجاه فقهي واحد غالباً، بالبداية.

وآية ذلك، أن الاجتهاد نفسه هو وسيلة هذا التفقه، وسبب وجوده، والاجتهاد بطبيعته يحتمل الخطأ، فثمرته هو الفقه كذلك، كما أشرنا، بل الاجتهاد بالرأي هو صلبُ التفقه في التشريع، ويدهي أن الوسيلة إذا كانت مظنونة، فالثمرة لا تكون يقينية، لأن الظنَّ لا يُنتج اليقين.

وتأسيساً على هذا، فإن تجلية وجه الحق بحثاً وتمحيصاً، لا يمكن أن يتمَّ إلا عن طريق البحث المقارن.

على أن الباحث في الفقه المقارن، بما يتصدى لمجتهدات الأئمة من الفقهاء، وطرائق استدلالهم، وتكييفهم للوقائع، قد ينقدح في ذهنه رأي جديد نتيجة لهذا الجهد العلمي المستقصي، وهو ضرب من الاجتهاد الخاص لا المطلق.

لذا، كانت البحوث المقارنة مصدر إثراء للفقه الإسلامي نفسه من ناحيتين:

أولاهما: بما تستلزمه هذه الدراسة المقارنة من استقصاء وتعمُّق، وشمول، وما قد تنتجه من اجتهادات مبتكرة، فكانت هذه الدراسة - لذلك - مجالاً للاجتهاد الخاص المتعلق بالمسألة موضوع البحث، ومن شأنها أن تعين عليه.

الثانية: بما تتيح للباحث من الوقوف على وجوه التطبيق العلمي للأصول النظرية، وكيفية تصرف المجتهد بتلك الأصول في مواجهة الوقائع المشخصة بظروفها الملازمة المتغيرة - كما يقول الإمام المحقق الشاطبي - وتكييفه لهذه الوقائع في ظلها، وهذا من شأنه أن يمكِّن الباحث من استخلاص «المخطط التشريعية» التي سلكها المجتهدون إبان استثمارهم عملاً لتلك الأصول النظرية، مما يقتضي أحياناً استثناء تلك الوقائع الماثلة، من العمومات أو الإطلاقات التي تتناولها بحكمها في الأصل، لتطبَّق عليها

أحكام دلائل تكليفية أخرى من التشريع نفسه، نشأت عن تلك الظروف والأحوال، إذ ما تحققت مناطاتها الخاصة فيها، بما يقتضيه العدل والإنصاف في كل منها على استقلال.

ولهذا، لا يتصور انقطاع الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي أبد الدهر^(١)، لصلته الوثقى بمعاني العدل والإنصاف في الفروع، كل وظروفه، على استقلال، كما أشرنا.

- فإذا انقطع الاجتهاد، فقد العدل ما به يعرف، وما به يتحقق.

- وهذا مجال خصب للاجتهاد، والاختلاف، في تبين وجه الحق، فكيف يتأتى هذا مع الاقتصار في البحث على مذهب معين!

لا سبيل للوقوف على ثمرات هذا الاجتهاد على نحو شامل مُستَقْصٍ، لتبين وجه الحق والعدل، على نحو أكمل، إلا بالبحث المقارن.

ويتضح من ذلك أيضاً، واقعية التشريع الإسلامي، لما قدّمنا، من أن المجتهد لا يقتصر إبان الاجتهاد استنباطاً أو تطبيقاً على الأصول النظرية الذهنية المجردة، بل ينزل بها من أفقها التجريدي المحض إلى عالم الوقائع المشخصة بظروفها وأحوالها^(١)، ويبحث ويمحص ذلك كله، ثم يطبق على كل حالة ما يناسبها مما يقتضيه العدل والإنصاف، والمصلحة المعتبرة شرعاً، كما أسلفنا.

ويتفاوت في ذلك المجتهدون، فلا بدّ من الوقوف على اتجاهاتهم جميعاً، لتمحيص الحق، وتبين وجه العدل.

وأساس التشريع كله - كما يقول الإمام ابن رشد - المصلحة والعدل^(٢). وهما المقصد الكلّي للتشريع الإسلامي.

هذا، ومن خلال طرائق المجتهدين في معالجة الوقائع بظروفها، كُلاً على حدة، تبدو للباحث في الفقه المقارن القدرة العجيبة التي يملكها التشريع الإسلامي على مواجهة كل الظروف، مهما تغايرت، واختلفت فيها البيئات عبر العصور.

(١) المرجع السابق.

(٢) «بداية المجتهد»: (٢/١٥٤).

ولا يُدني من الوقوف على هذا الجانب الحيوي^(١) العملي للأصول النظرية في التشريع الإسلامي، على نحو أدق وأشمل، إلا البحث المقارن. وصدقُ قضية خلود الشريعة، وصلاحيتها لكل زمن ومكان، قد ثبتت بما هو واقع فعلاً من اجتهادات الأئمة عبر العصور، وفي مختلف البيئات والسلالات، وهذا التراث الفقهي الإسلامي كله - وهو لا يُدانيه أيُّ تراثٍ فقهي في العالم بأسره، غزارة وسعة - أكبر شاهد على ذلك.

فلا ينبغي الاجتزاء ببعضه دون بعض، تَحَقُّفاً أو تحيُّراً. ونحن إذ ننهض بهذه البحوث المقارنة، محاولةً منا لأداء رسالة الله في الأرض وتثقيف أجيالنا الخالفة، إنما نبتغي بذلك مرضاة الله تعالى، وما أعدّه بفضل منه سبحانه، على العلم النافع، من المثوبة والأجر المستمر الذي لا تقطعه واقعة الموت.

والله ولي التوفيق

دمشق الجديدة - ١٢ شعبان ١٣٩٩هـ

الموافق ٧ تموز ١٩٧٩م

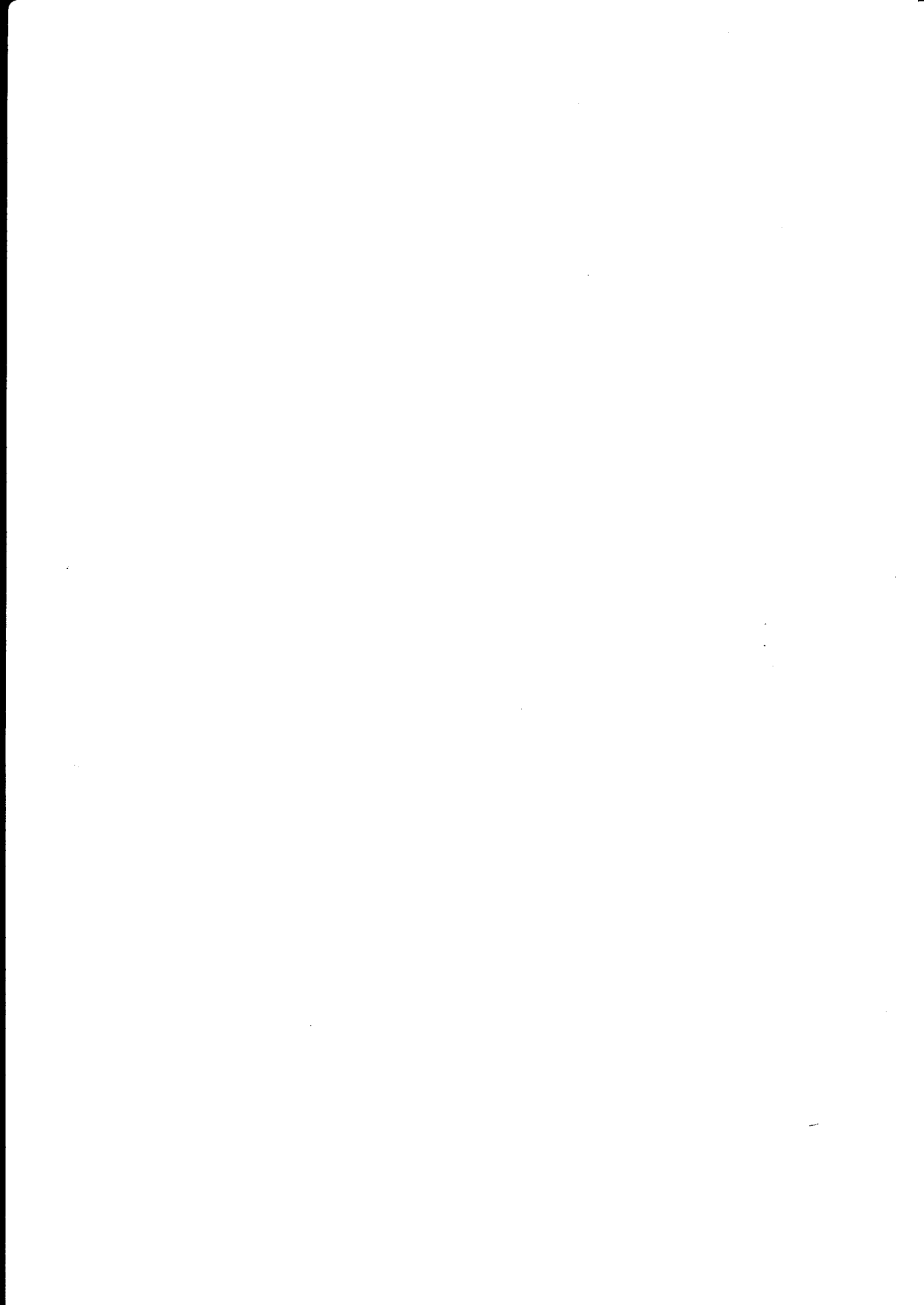
الدكتور محمد فتحي الدريني



(١) سيأتي بحث الفائدة من الفقه المقارن وغايته.

مباحث الكتاب

- التعريف بالفقه المقارن، وفائدته، وغايته. : المقدمة
- مناهج الاجتهاد والتجديد في الفكر الإسلامي. : المبحث الأول
- الجمود الفقهي والتعصب المذهبي. : المبحث الثاني
- أسباب اختلاف الفقهاء. : المبحث الثالث
- نظرية البطلان والفساد في أصول الفقه المقارن في التصرفات الشرعية. : المبحث الرابع
- نظرية الاستصحاب في أصول الفقه الإسلامي المقارن. : المبحث الخامس
- التحليل على إبطال مقاصد الشريعة وحكمها. : المبحث السادس
- نظرية الاحتكار في الفقه الإسلامي. : المبحث السابع
- التسعير الجبري. : المبحث الثامن
- حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن. : المبحث التاسع
- عقوبة التفرغ بالمال في الفقه الإسلامي المقارن. : المبحث العاشر
- لزوم الوقف في الفقه الإسلامي المقارن. : المبحث الحادي عشر
- منهج البحث في الصيد. : المبحث الثاني عشر
- حكم اللحوم المستوردة من البلاد الأجنبية. : المبحث الثالث عشر
- اختلاف المطالع وأثره في ثبوت الأهلة في الفقه الإسلامي المقارن. : المبحث الرابع عشر
- الشروط المقترنة بالعقد تقييداً في الفقه الإسلامي المقارن. : المبحث الخامس عشر
- انتفاع المرتهن بالعين المرهونة في الفقه الإسلامي المقارن. : المبحث السادس عشر
- الخطبة في عقد الزواج (ومسألة التعويض عن العدول عنها) في الفقه الإسلامي المقارن. : المبحث السابع عشر
- الولاية في عقد النكاح في الفقه الإسلامي المقارن. : المبحث الثامن عشر



المقدمة

الفقه المقارن

نتناول في هذه المقدمة البحوث التالية:

١ - التعريف بالفقه المقارن.

٢ - الغاية من دراسته.

أ - الفقه لغة:

الفقه هو الفهم مطلقاً، وقيل هو الفهم العميق الذي يقتضي بذلاً للجهد العقلي، والأول هو الصحيح^(١). قال تعالى: ﴿مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا نَقُولُ﴾ [هود: ٩١] أي ما نفهم كثيراً مما تقول، ظاهراً كان الكلام أم خفياً. قال تعالى: ﴿أَنْظُرْ كَيْفَ نُصَرِّفُ الْآيَاتِ لَعَلَّهُمْ يَفْقَهُونَ﴾ [الأنعام: ٦٥].

وأياً ما كان، فقد استعمل اللفظ في المعنيين كليهما، غير أن المعنى اللغوي لكلمة «الفقه» الخاص بالفهم العميق، هو الذي يتفق ومعنى الفقه واصطلاحاً، فيما نحن بصدد البحث فيه.

ب - الفقه اصطلاحاً:

لم تكن كلمة «الفقه» يُراد بها في العصر الأول، المعنى الاصطلاحي المحدد الذي عرفه الأئمة الأربعة، من «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من الأدلة التفصيلية»^(٢).

(١) «المصباح المنير» الفاء مع القاف، «مختار الصحاح»، «القاموس المحيط».

(٢) وهذا التعريف «الفقه» هو المأثور عن الشافعية. أما الحنفية، فقد أثار عن الإمام أبي حنيفة تعريف له، =

ذلك، لأن هذا المعنى إنما نشأ بعد تمايز العلوم^(١).

فالمراد بكلمة «الفقه» في ذلك العصر «العلم بأحكام الدين» جملة، كالعلم بالعقائد - ويسميه الإمام أبو حنيفة «الفقه الأكبر» - والعلم بالوجدانيات، والعبادات، والمعاملات بجميع فروعها. ومن ذلك قوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ [التوبة: ١٢٢].

والفقه في الدين، إنما هو العلم بالشرعية كلها، لا الأحكام الشرعية التفصيلية العملية خاصة.

على أن الإمام الغزالي، في كتابه: «إحياء علوم الدين» يرى أن كلمة الفقه، إنما كانت تطلق في العصر الأول على علم طريق الآخرة، مستدلاً على ذلك بقوله تعالى: ﴿لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ﴾ [التوبة: ١٢٢].

والإنذار - وهو التخويف - إنما يكون في علم يتعلّق بأمر الآخرة، لا بالدنيا. ويقول تعالى: ﴿لَهُمْ قُلُوبٌ لَّا يَفْقَهُونَ بِهَا﴾ [الأعراف: ١٧٩] على معنى أن تلك القلوب لا تفقه معاني الإيمان بالله تعالى، وما يتصل بذاته سبحانه، وصفات الكمال.

فالإمام الغزالي رحمه الله يرى أن الفقه، الأصل فيه العلم بأمر الآخرة، وأما الفقه المتعلق بالمعاملات، وشؤون الحياة الدنيا، فيشملة الفقه تبعاً لا أصالة^(٢).

= هو: «معرفة النفس ما لها وما عليها»، «التوضيح»: (١٠/١)، صدر الشريعة. ولما كان هذا التعريف ليس خاصاً بالأحكام الشرعية التفصيلية العملية، بل يشمل - إلى ذلك - ما يتعلّق بالعقائد والوجدانيات من الأحكام، أضاف الأصوليون كلمة «عملاً» على تعريف أبي حنيفة السابق، ليخرج ما ليس بحكم شرعي عملي، غير أن تعريف الشافعية أوضح بياناً وأدق تحديداً.

(١) «الإسلام عقيدة وشرعية» ص ٣٤١ وما يليها، للشيخ محمود شلتوت.

(٢) لكن يتجه على ذلك أن كثيراً من الأحكام التي تتعلّق بأمر الدنيا، كالمعاملات، قد ورد التهديد الشديد على مخالفة أمر الله فيها، مما يستوجب الإنذار والحذر أيضاً، من مثل أكل أموال اليتامى ظلماً، في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠]. ومن مثل التعامل بالربا، في قوله تعالى: ﴿فَأَذُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [البقرة: ٢٧٩]. حتى قيل إن الله تعالى لم يهدد على شيء في القرآن الكريم كله بمثل ما هدّد به على التعامل بالربا، ومن مثل الأكل والشرب في آنية الذهب والفضة، في قوله ﷺ: «إنما يُجْزَجِرُ فِي بطنِهِ نَارٌ =

فالفقه، على هذا المعنى هو: الاجتهاد، لأنه استنباط الأحكام الشرعية من دلائلها التفصيلية الخاصة بها، نصاً أو دلالة، ولا يتمكّن من ذلك إلا المجتهد.

أما المقلّد، أو حافظ الفروع، فلا يعتبر فقيهاً على هذا المعنى.

فالفقه هو الاجتهاد على ضوء قواعد استدلالية، ومناهج أصولية، وهو ما استقرّ له من مفهوم عند علماء الأصول.

ج - الفقه في إطلاق الفقهاء استعمالاً:

يطلق الفقه في عرف الفقهاء على معنيين:

١ - حفظ الفروع مطلقاً أو طائفة منها.

٢- الأحكام الشرعية نفسها، قطعية كانت أم ظنية.

د - موضوع علم الفقه:

هو أفعال الإنسان وتصرفاته من حيث وصفها بالأحكام الشرعية، من الوجوب، والتدب، والإباحة، والكراهة، والحرمة، والصحة، والفساد، والبطلان^(١).

هـ - الشريعة والفقه:

الشريعة: هي ما أنزل الله تعالى على نبيه ﷺ وحيّاً، من كتاب أو سنة، فهي النصوص المقدّسة التي تضمّننها الكتاب العزيز، والسنة الثابتة المطهرة.

أما الفقه: فهو الفهم العميق لهذه النصوص، والاجتهاد في إدراك معانيها وعللها

= جهنّم] [أخرجه البخاري: ٥٦٣٤، ومسلم: ٥٣٨٥، وأحمد: ٢٦٥٦٨، من حديث أم سلمة]، ومن مثل ما ورد في «الاحتكار» من وعيد شديد، كقوله ﷺ: «مَنْ دَخَلَ فِي شَيْءٍ مِنْ أَسْعَارِ الْمُسْلِمِينَ، لِيُغْلِبَهُ عَلَيْهِمْ، كَانَ حَقّاً عَلَى اللَّهِ، أَنْ يُقْعِدَهُ بِمُظْمٍ - مكان عظيم - من النار» [أخرجه أحمد: ٢٠٢١٣، من حديث معقل بن يسار، وإسناده جيد] على ما سيأتي بحثه في هذا الموضوع، وغير ذلك كثير. هذا، ولا نرى مسوغاً للفصل والتمييز بين الأحكام - بل الأحكام المتعلقة بتوجيه النشاط الإنساني في الدنيا، هي التي يمهّد امتثالها للنعم في الآخرة.

(١) ومعلوم أن الحكم على التصرف الشرعي بالصحة والفساد والبطلان ليس حكماً تكليفاً، بل هو حكم شرعي وضعي، كما تقرّر في علم الأصول. «موسوعة الفقه الإسلامي»: (١١/١ - ١٢).

ومراميها، أو هو الأحكام المستنبطة من هذه النصوص اجتهاداً، أو من معقول النصوص الجزئية^(١)، فيما لا نصّ فيه، أو من معقول جُملة نصوصٍ، تنهض بمعنى عام، فتُبنى عليه الأحكام فيما لا نصّ فيه أيضاً^(٢)، وهذا هو الفقه بالمعنى الأصولي على ما قدّمنا.

معنى كلمة المقارن لغة واصطلاحاً:

أما كلمة «المقارن» لغة، فهي: مِنْ قَرَنَ، بمعنى: وصل، وقارن الشيء بالشيء، قابله به، ومن ذلك بيوت قرائن^(٣)، أي متقابلات.

وفي الاصطلاح: مقارنة الرأي بالرأي، مقابلته أو موازنته به، ليُعرف مدى اتفاقهما أو اختلافهما، وأيهما أقوى وأسدّ بالدليل، وهو لا يخرج عن أصل المعنى اللغوي.

تعريف الفقه المقارن:

لم نعثر على تعريف للفقه المقارن عند الأقدمين، غير أن ذلك لا يعني أنهم لم يضطلعوا بهذا النوع من البحث، فقد وجدت موسوعات في الفقه الإسلامي المقارن، لكن في المسائل الجزئية غالباً^(٤).

- (١) وهذا هو القياس الأصولي الخاص، الذي يشهد لعلته بالاعتبار النصّ الوارد بالأصل وحكمه.
- (٢) وهذا هو القياس، بالمعنى العام، أو قياس القواعد، وهو شامل «للمصلحة المرسلة» و«الاستحسان» و«سد الذرائع» وغيرها.
- (٣) «مختار الصحاح» مادة: قرن ص ٥٣٣، للشيخ محمد بن أبي بكر الرازي. «أساس البلاغة» مادة: قرن ص ٥٠٥ للزمخشري.
- (٤) من موسوعات الفقه الإسلامي المقارن ما يأتي: أ - «بدائع الصنائع للكاساني» (الحنفي)، ب - «الهداية» للمرغيناني (الحنفي)، ج - «تبيين الحقائق» للزيلعي (الحنفي)، د - «بداية المجتهد» لابن رشد (الحفيد) (المالكي)، هـ - «المغني» لابن قدامة (الحنبلي)، و - «المحلّي» لابن حزم الأندلسي (الظاهرية)، ز - «المجموع شرح المذهب» للإمام النووي، وغير ذلك كثير.
- هذا، وكتاب «بداية المجتهد» وهو جزءان من أنفس ما كتب في الفقه الإسلامي المقارن، دقة علمية، وموضوعية، ونزاهة، وتبدو عنايته واضحة في تحرير «مناشئ الخلاف» والموازنة بين الأدلة أصولياً، وكثيراً ما يرجّح الرأي الأقوم، وقد يأتي برأي جديد، في حين أننا نجد في كتب الحنفية مثلاً نقلاً =

فإذا أردنا أن نقصر «الفقه المقارن» على ذلك الذي يكون بين المذاهب الفقهية الإسلامية خاصة، فيمكن تعريفه بما يأتي:

«تقرير آراء المذاهب الفقهية الإسلامية في مسألة معينة، بعد تحرير محل النزاع فيها، مقرونةً بأدلتها، ووجوه الاستدلال بها، وما ينهض عليه الاستدلال من مناهج أصولية، وخطط تشريعية، وبيان منشأ الخلاف فيها، ثم مناقشة هذه الأدلة أصولياً، والموازنة بينها، وترجيح ما هو أقوى دليلاً، أو أسلم منهجاً، أو الإتيان برأي جديد، مدعم بالدليل الأرجح في نظر الباحث المجتهد».

إن المقارنة التي تُعقد بين أحكام مجتهد فيها لمسائل أو نظريات عامة في مذاهب أو مدارس فقهية، تستند في ذاتها إلى أصول متحدة، كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية - بما هي نابعة أصلاً من مصدر سماويٍّ، هو القرآن الكريم، والسنة المطهرة - لا تجد فيها اختلافاً جذرياً في أصول تلك الاجتهادات، وما بُنيت عليه من قواعد يلتزمها كل مجتهد، تتجّه هي بدورها إلى تحقيق مقاصد أساسية عامة وثابتة بصورة قاطعة^(١) استهدفها التشريع كُله.

ومن المعلوم بدهاءة، أن وحدة المصدر التشريعي - كما هو الحال في التشريع الإسلامي - تقتضي وحدة المنطق التشريعي الذي يحكمه، ويهيمن عليه، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢]^(٢).

= للآراء الضعيفة لفقهاء المذاهب الأخرى، ثم يشرعون في الرد عليها، متجاهلين الآراء القوية لمخالفهم، مما يشعر بتجافي «الحق العلمي» بدافع نزعة حب الانتصار على المذهب المخالف، وهو لون من التعصب المذهبي الذي ينبغي أن يكون القضاء عليه غاية من غايات الفقه المقارن.

(١) «الموافقات»: (٢/٢ وما بعدها)، للشاطبي. يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد: «التعارض إما أن يعتبر من جهة ما في نفس الأمر، وإما من جهة نظر المجتهد. أما من جهة ما في نفس الأمر، فغير ممكن بإطلاق»، وقد مرّ آنفاً... في مسألة أن الشريعة على قول واحد، وأما من جهة نظر المجتهد فممكن بلا خلاف. المرجع السابق: (٢٩٤/٤).

(٢) المرجع السابق. وراجع: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» ص ١٠ للمؤلف.

مدى الاختلاف في المناهج الأصولية للاستنباط:

هذا، وقد يتعدى الاختلاف في أحكام المسائل الجزئية، إلى قواعد الاستنباط نفسها ومناهجه التي ينبغي أن يلتزمها كل إمام في مذهبه أو مدرسته، كما هو الشأن في قاعدة «مفهوم المخالفة» مثلاً في أصول الفقه الإسلامي، و قاعدة الذرائع، أو قاعدة الاستحسان، أو قاعدة «المصالح المرسله»^(١).

غير أن هذا لا يعتبر - في الواقع - اختلافاً جوهرياً في أصول التشريع الأساسية، ولا في أصل هذه القواعد التي هي في الحقيقة «خطط تشريعية» أو قواعد تفسيرية تستمد حججيتها من أدلة تلك المصادر، إذ لا بد في كل قاعدة منها، لتكون حجة، من دليل خاص، أو أصل تشريعي عام يشهد لها بالاعتبار، فهي - في واقع الأمر - أنواع لتلك الأدلة الإجمالية^(٢)، فضلاً عن أن أدلة المخالف في بعضها قد تكون ضعيفة، وقد لا يُعْبَأُ بها.

(١) والواقع أن اختلاف الأصوليين والفقهاء في هذه الخطط التشريعية للاجتهاد بالرأي لا يمس أصل حججيتها، لأنه:

أ - إما اختلاف لفظي، ظاهري، بحيث إذا تحدد مفهوم القاعدة محل النزاع، لا تجد عندئذ إلا اتفاقاً منعقداً عليه، بل لا يملك أحد إنكاره، ولا يسع مناظراً المنازعة فيه، كما في منهج «الاستحسان» و«الذرائع».

ب - وإما اختلاف في الضوابط والشروط على النحو الذي ألفتنا في «قاعدة سد الذرائع» و«الباعث» وأثره في التصرفات والعقود.

وسياتي تفصيل ذلك في قاعدة «تحقيق المناط» إن شاء الله تعالى. راجع «الموافقات»: (٤/٨٧ وما يليها)، و ص ١٩٦ وما يليها للشاطبي، إذ أشار إلى أن الاختلاف بين الفقهاء ليس في أصل سد الذرائع، بل فيما يتحقق به التذرع، أي في تحقيق مناطه في الوقائع.

(٢) يُقصد بالأدلة الإجمالية مصادر التشريع: كالكتاب والسنة والإجماع والقياس، وثمة قواعد أصولية لغوية وتشريعية مشتركة، تعتبر أنواعاً لتلك الأدلة الإجمالية، من مثل قاعدة تفسير الأمر والنهي، وقاعدة مفهوم المخالفة، ومفهوم الموافقة أو فحوى الخطاب، والإجماع الصريح، والإجماع السكوتي، وقاعدتي الاستثناء: الاستحسان وسدّ الذرائع، وهما مُتفرعتان عن أصل النظر في المآل، باعتبار أن مآل التطبيق هو مستند الاستثناء ودليله. راجع: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» ص ٣٣ وما بعدها للمؤلف. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

على أن أئمة المذاهب جميعاً قد أخذوا بأصل هذه القواعد التي تعتبر عند التحقيق الأصولي «مناهج» أو «خططاً تشريعية» يلتزمها المجتهد في الاستنباط، لتُسَدِّدْ خُطَاهُ، وليست مصادر تشريعية^(١) كما سيأتي بيانه في البحوث

لكن أخذهم بهذه القواعد كان على تفاوتٍ، مما نتج عنه سعة المدى في استثمارها في الفقه والاجتهاد، وضيقة، فثبت ما قلنا، من أن الشريعة الإسلامية ترتدُّ إلى أصولٍ مشتركةٍ، الأمر الذي يحول دون وقوع اختلاف جذري يتفرَّعُ عنه تناقضٌ في نظرياته العامة، أو قواعده الأساسية، أو مقاصده التشريعية العامة^(٢).

على أن مما يحدُّ من تشعيب الخلاف في الفروع، ويدني من الحق، وروح العدل في التشريع، أن تُعقد المقارنات العلمية بين وجهات نظر الأئمة في «القواعد التفسيرية» للنصوص، من مثل قاعدة «موجب العام» وقاعدة «تفسير النهي» و«الأمر» ومفهوم المخالفة^(٣)، وغيرها، لا على أساس أوضاعها اللغوية فحسب، بل وعلى ضوء ما عُرف عن المُشرِّع في الاستعمال، ومقصده فيه أيضاً.

هذا، والتشريع - كما هو معلوم - إرادةٌ ومقصد، وكثيراً ما يشترجُ الخلافُ بسبب

= هذا، وأصل النظر في المال، متفرع من أصل اعتبار المصالح في الأحكام. وتأسيساً على هذا، فإن الاجتهاد بالرأي في التطبيق لا يقلُّ خطراً وجدوى عن الاجتهاد في الاستنباط. راجع «أصول التشريع الإسلامي» ص ٣٣ وما بعدها للمؤلف.
(١) راجع: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» ص ٣٣ وما بعدها للمؤلف. «الموافقات»: (٤/ ١٩٦ وما يليها).

(٢) يذهب الإمام الشاطبي إلى أن أصول الفقه قطعيةٌ، وأنه ينبغي أن تكون كذلك، ولكننا لا نرى هذا الرأي، فإن الخلاف قد وقع في كثير من قواعد الاستنباط، من مثل مفهوم المخالفة، وموجب العام، وموجب الأمر والنهي، والباعث على التصرف وأثره فيه، صحةً وبطلاناً، وبم يثبتُ، وشروط العمل بخبر الواحد، والإجماع السكوتي، وحبية أصل القياس، وغيرها كثير، مما ينقض أصل دعوى أو نظرية قطعية أصول الفقه التي طرحها الإمام الشاطبي على الفكر الأصولي، وأخذ يقيم الأدلة - عبثاً - على صحتها، إذ من المعلوم أن «غلبة الظن» كافيةٌ في وجوب العمل في تشريع الفروع والمعاملات، أصولاً وفروعاً، وإلا ترتب على ذلك إهدارُ هذه القواعد جميعاً، لأنها لم تبلغْ مبلغَ القطع.
(٣) «المناهج الأصولية للاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» بحث مفهوم المخالفة، للمؤلف.

التشبث بالمنطق اللغوي وحده، في حين أن المشرع يكون قد خالف عنه، بما يُرسي في التشريع نفسه من أدلة تدل على هذا القصد^(١)، صراحةً، أو إشارة وإيماءً، وبما يستهدف من «مقاصد» تمثل مباني العدل وموجّهاته في التشريع، وبهذا يمكن أن تكون نتائج هذه البحوث فيصّل التفرقة بين التفسير اللغوي الصرف، «والاجتهاد التشريعي المنهجي» وهو ما تقتضيه طبيعة التشريع نفسه، فلا يقفُ الأصوليُّ أو المجتهد على أرضية اللغة وحدها، بل يرقى إلى أفق «المنطق التشريعي» الرحب الذي يتيح للمجتهد تحقيق إرادة المشرع ومقصده في أوسع مدى، ويزيل مناشئ التشعب في الاختلاف ما أمكن، ويدني إلى مفهوم الحق والعدل، تفهّماً وتطبيقاً، كما ذكرنا.

ولذا، لا بدّ للمجتهد من أن يأخذ بأحد الدليلين في المسألة ولا يتركهما بدون ترجيح، لأنه من الثابت قطعاً أن للمُشرع في كل مسألة حكماً واحداً فقط، يجب على المجتهد أن يتبيّنه ويتحرّاه.

والترجيح إنما يكون بدليل قويّ يجعل الأولوية في التقديم والعمل للحكم الذي ينهض به على أنه مقصدُ الشارع في غالب ظنّ المجتهد^(٢).

هذا، وإذا كانت طبيعة العمل الاجتهادي، أو الاجتهاد التشريعي ذات مقومات أربعة: أولاً - الواقعة، أو المسألة المعروضة، محتفّةً بظروفها وملاساتها، والتي يُراد معرفة حكم الشرع فيها، سواء أكانت تلك الواقعة منصوصاً عليها، أم لم تكن.

ثانياً - الدليل الذي يستند إليه المجتهد في استنباط حكم تلك الواقعة، وقد يكون نصاً أو استدلالاً بروح النصّ أو العدل في الشرع، أو قُلّ بالمصلحة المعتبرة شرعاً^(٣)، وهذا هو القياس، أو بالمصلحة المرسلّة التي لا تعدو أن تكون استدلالاً

(١) يؤكد الإمام الشاطبي أن تحرّي مقصد الشارع باتباع ما نصبه من أدلة، جملة وتفصيلاً، يمكن أن يؤدي إلى خلاف حقيقي في الواقع ونفس الأمر على ما أسلفنا. «الموافقات»: (٤/٢٢٢).

(٢) «الموافقات»: (٤/٢٢٢) الهامش.

(٣) يقصد بالمصلحة المعتبرة شرعاً، تلك التي شهد لها نصّ خاص بالاعتبار، كالنص الوارد في تحريم شرب الخمر، لعلة الإسكار، ولمصلحة حفظ العقل، خلافاً للمصلحة المرسلّة التي يشهد لها أصل خاص، بل عام.

بمعقول جُملة نصوص جزئية، شَهِدَتْ لها بالاعتبار، أو شهد لها أصلٌ كليٌّ، وإلا كانت غريبة عن الشرع^(١).

ثالثاً - الملكة الاجتهادية الراسخة، أو الطاقة الفكرية العلمية المتخصصة المتفهمّة لكلِّ أولئك، تلك الملكة التي يفترض فيها توافر كافة عناصر الاجتهاد التشريعي ومقوماته، وهي شرط أساسي للتصدي للاجتهاد.

رابعاً - التطبيق السديد، مراعيّاً تلك الظروف والملابسات من حيث أثرها على نتائج التطبيق، لِيَتَبَيَّنَ أدقُّ مسالكة الذي يضمن سلامة النتائج، إذ العبرة - كما يقول الإمام الشاطبي - بالمآلات والنتائج الواقعية^(٢)، كما قدّمنا.

أقول: إذا كانت مقومات العمل الاجتهادي هي ما ذكرنا، فإن الغاية من الفقه المقارن بالمعنى الذي حدّدنا في الفروع والمسائل، وعلى ضوء من طبيعة الاجتهاد في التشريع تتلخّص فيما يأتي:

(١) أقمنا الدليل على أن تصوّر الفقهاء المسلمين لمفهوم العدل، لم يكن فلسفياً مجرداً يستعصي على التحديد، بل كان واقعياً في التشريع الفروع، ومحدّداً بل مجسّداً في «المصلحة» التي يتغيّرها الحكم الشرعي العملي، أو القاعدة العامة، إذ لا يتصوّر أن يقصد المُشرّع من الحكم غير الحق والعدل، وبذلك كان الفقهاء المسلمون عمليين بحكم طبيعة العمل الاجتهادي نفسه الذي نهضوا به ابتغاء استنباط الأحكام الشرعية العملية التي تقتضيها حياة الناس وشؤونهم المعاشية.

(٢) «الموافقات»: (٤/١٩٩ وما بعدها). يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد: «العبرة بمآلات الأفعال...» ويقول أيضاً: «أصل النظر في مآلات الأفعال معتبرة مقصوداً شرعاً، سواء أكانت الأفعال موافقة - مشروعة - أو مخالفة - وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام، إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، (فقد يكون) مشروعاً، لمصلحة فيه تُستجلبُ، أو لمفسدة تُدرأ؛ ولكن له مآل على خلاف ما قُصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه، أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه، أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية.» «الموافقات»: (٤/١٩٤ وما بعدها).

وهذا الأصل من أبين الأدلة على استجابة الشريعة لما يقتضيه تطور الحياة بالناس، بما يلبس أوجه نشاطهم الحيوي فيها من ظروف، الأمر الذي يدعم صدق قضية عموم الشريعة وخلودها، بلا مرأه

أولاً - تبيّن كيفية تناول كل مجتهد المسألة المعروضة للبحث، وتصوره لها، أو تكيفه إيّاها^(١)، والدليل الذي اعتمده أساساً في حكمها، بما يتفق وذلك التكيف، وبيان وجه استدلاله به.

والفهاء يختلفون في كيفية تناول المسائل في اجتهادهم، وتكيفهم إيّاها، أيما اختلاف.

وبذلك يتبدّى للدارس وجوه من الاجتهاد في تكيف المسائل الاجتهادية لا تُتاح له لولا هذه المقارنة.

ثانياً - إثراء مدارك الباحث نتيجةً للتبحرُ وسعة الاطلاع على ما صدر في المسألة موضوع المقارنة، من آراء اجتهادية.

ثالثاً - إقدار الباحث على الموازنة الموضوعية الدقيقة بين الأدلة التي صدر عنها المجتهدون، موازنةً تعتمد النظر الأصولي في دليل كلّ منهم، لتبين مدى قوته، كما تعتمد على مدى صحّة استدلاله به.

رابعاً - إقداره على تعمق تلك الآراء، لتحديد «منشأ الخلاف» أو سببه، وتركيز البحث في هذا «المنشأ» لبيان موطن الضعف أو القوة فيه، ليكون ذلك عوناً له كخطوة أولى أو مقدمة، لترجيح الرأي الذي يستند إلى السبب القوي، وبيان وجه هذا الترجيح^(٢).

خامساً - إقداره على التوفيق بين الأدلة المتعارضة - ظاهرياً - دون تكلفٍ أو اغتسافٍ، وذلك مما يضيّق من هوّة الخُلف بين المجتهدين، ويفضي إلى تبيين وجه «الحق» في غالب ظن الباحث المجتهد.

(١) راجع بحثنا في مسألة «التسعير الجبزي» والتكيف الفقهي الذي ارتآه لها كلُّ مجتهد، وبنى على أساسه حكمه، والدليل الذي اعتمده في ذلك الاستدلال، ووجهه. وراجع أيضاً: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي» بحث التأويل ص ١٣١ وما يليها. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٢) قدّمنا أنه لا يجوز للمجتهد أن يأخذ بأحد دليلين في مسألة ما دون ترجيح معتبر، إذ لا يجوز الترجيح بلا مرجح، لأنه تحكّم، بل لا بد أن يتحرّى مقصد الشارع، ومقصد الشارع أن له في كل مسألة أو واقعة حكماً واحداً فقط على المجتهد أن يتحرّاه. «الموافقات»: (٤/ ٢٢٢) للإمام الشاطبي.

سادساً - تمكين الباحث من إبداء رأيٍ اجتهادي جديد مدعّم بدليل يراه أقوى سنداً من كل ما عثر عليه من أدلة للمجتهدين، لاسيما إذا لاحظ اختلاف الظروف، لأن مما لا شك فيه أن اختلاف الظروف ذو أثر بالغ في تشكيل علة الحكم، وبرهان ذلك، اختلاف نتائج التطبيق، باختلاف ملابساته، والمآل معتبر مقصود شرعاً في تشريع الحكم، وتكييف الفعل بالمشروعية وعدمها على ضوئه، بقطع النظر عن حكم أصل الفعل.

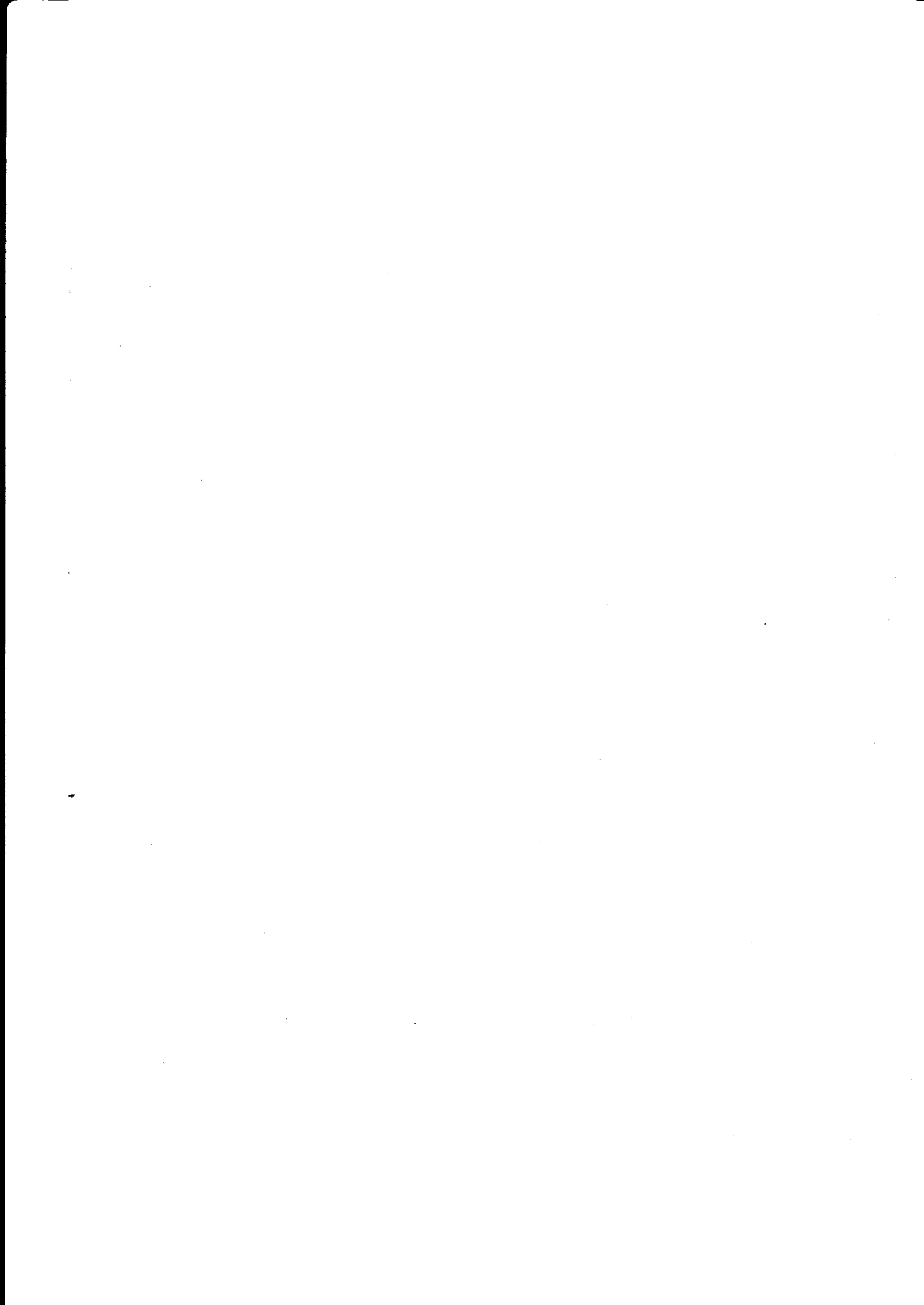
سابعاً - اجتثاث أصول الهوى أو التعصب المذهبي^(١)، وتكوين أصالة الفكر الاجتهادي، وصقل المَلَكَة الراسخة، وتحقيق الشخصية العلمية النزيهة، إظهاراً لحقائق الشرع، ومحافظةً على قصد الشارع، وتحريماً له، باتباع مقتضيات الأدلة جملة وتفصيلاً.

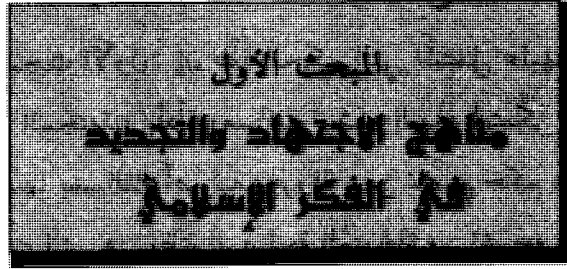
ثامناً - إحياء هذا التراث الإسلامي العتيد الذي يمثل أقوى سمات الحضارة، وهو «التشريع» لنتمكن من الانتفاع به عملاً في حاضرنا ومستقبلنا، لأن دراسة الحاضر يجب أن تكون فرصةً للتفكير فيما ينبغي أن يكون عليه المستقبل.

هذه أهم ثمرات المقارنة بين المذاهب الإسلامية.



(١) منذ القدم، وعلماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء، يتحرّون في بحوثهم ومناهجهم «الحق الشرعي» الذي يقصده الشارع، بتوجيه من الشريعة نفسها، وهي ما جاءت إلّا لتخرج الناس عن دواعي أهواءهم، وحيثما وُجد الهوى انتفى الحق، وكان الضلال، إذ ليس بعد الحق إلا الضلال، ومن هنا كانت «البدعة» - وهي الأمر المستحدث في الدين الذي لا يستند إلى دليل، ضلالة، فضلاً عن أن الهوى يُورث نار العداوة والبغضاء، فتحريّ الحق الشرعي إنما يكون باتباع مقتضى الأدلة جملة وتفصيلاً، وذلك «الحق الشرعي» هو قصد الشارع، حتى إذا خولف ذلك القصد خولف الشرع، ومخالفة الشرع ليست من الشرع في شيء، بل هي ضلال في الشرع. «الموافقات»: (٤/ ٢٢٢ وما يليها) للإمام الشاطبي.





المفهوم العام للاجتهاد بالرأي اصولياً، ومكانته في التشريع الإسلامي:

لا جرمَ أن الاجتهاد بالرأي - في أبعاده المختلفة - وثيق الصلة بالتشريع الإسلامي، بل قد انقلب على أيدي الصحابة، ومن بعدهم، ليصبح أصلاً من أصول التشريع، تُستنبط عن طريقه الأحكام، بمداركها الشرعية، وهو في مفهومه العام، لم يكن إلا تعقلاً، واكتناهاً لحقائق هذا التشريع، وأسراره، وتحديداً لمفاهيمه الكلية التي وردت في القرآن الكريم، تستقطب مقاصده الأساسية، وما يتبعها من مكملات، باعتبارها الغاية القصوى التي من أجلها أنزلت الشريعة ابتداءً، وما يندرج فيها من جزئيات، بما هي مبني للمصالح الحقيقية، والجدية، للأفراد والشعوب والأمم^(١).

يدلُّك على هذا، أنَّ القرآن الكريم نفسه قد سلك مسلك التعليل في كثير من أحكامه، بل لتفاصيل الأحكام، حيث تراه يُقرن العلة بالحكم، إيماءً إلى ضرورة أن يسلك المجتهدون هذا السنن، إيان اجتهادهم بالرأي، تبييناً لعللة الحكم الموجبة لتشريعه، لتفسر معقوليته، أو معنى معناه، أو تحدّد الغاية التي ترتب الحكم عليها تشريعاً، نظراً، لتجتني مصلحةً وثمرَةً يانعةً بعد التنفيذ عملاً وواقعاً على ما فصلنا في المبحث الأول.

فالتعليل تبيينٌ أو تفسير اجتهادي عقلي، يستخلص علة الحكم التي بني عليها،

(١) بسط الإمام الشاطبي هذا المعنى في كتابه القيم: «الموافقات في أصول الشريعة»: (٢/٥ وما يليها).

لأنها السبب المعقول لتشريعه، باعتبارها تتضمن «المصلحة» التي تتحقق عند امتثال الحكم وتنفيذه، غالباً، من جلب منفعة للمكلفين، أو دفع ضرر أو مفسدة عنهم.

وقلت في المبحث الأول: إن علة الحكم التي اشتمل عليها النص التشريعي، مبنى له، يستنبطها المجتهد، بأدلة ومسالك ترشده إليها، ليتمكّن بالتالي - بعد إمعان النظر في استخلاصها بمسالك أصولية معروفة - من تعميم حكم هذا النص التشريعي على كافة محالّ علته التي هي مظنة المصلحة المتوخاة من تشريعه ابتداءً، تعميماً عقلياً أو معنوياً لا لفظياً، من قِبَلِ أَنْ «العلة» أو السبب الموجب للحكم، يمثل منطقية النص، ومعقوليته، لا لغويته، لأن منطقيته تمثل ارتقاء حكم النص - ومنطقية النص أرحب أفقاً من لغويته - من أرضية لغويته إلى الأفق المنطقي الرحب، وسبيل ذلك الاجتهاد بالرأي ضرورةً، لأنه الأداة العلمية التي تكشف عن روح التشريع ومنطقه العام المتسق.

فالتعميم المنطقي العام لحكم النص، تعميماً معنوياً وعقلياً اجتهادياً، هو سبب لأغوار النص وغوص في أعماقه، للظفر بجوهره، والمراد الحقيقي للشارع منه، إذ المعنى اللغوي، يمثل المعنى المتبادر السطحي الأول، وقد لا يكون مراداً للشارع على ظاهره، بدليل ينصبه الشارع نفسه، ليرشد المجتهد إليه، وحينئذ ينبغي تأويله، بما يتفق ومراد الشارع بالدليل الذي نصبه، ولن يتم ذلك بدهاءة دون الاجتهاد بالرأي من أهله، ولعلّ هذا أهم منهج من مناهج الاجتهاد بالرأي في نطاق النص، استنباطاً لعلّة حكمه!

هذا، وتعميم الحكم تعميماً معنوياً وعقلياً بالتعليل الاجتهادي، يحول دون أن يبقى الحكم مقصوراً على محلّه الذي ورد النص فيه، بل يجعله عاماً لعموم علته، فينبغي سحب حكمها على كافة محالّ علته التي تحققت فيها - كما أسلفنا - وهذا التعميم المعنوي ينفذ مقاصد الشريعة سواء بسواء، من حيث قوة الاحتجاج به، وصحة بناء الحكم عليه.

وعلى هذا، فالعقل الإنساني المتخصّص - كما ترى - ذو أثر بالغ في تفسير النصّ

وتعليه، وإثرائه، دون ريب، ولهذا رفع الإسلام من منزلة العقل إلى مستوى جعله «قسماً للوحي» - كما سيأتي تفصيله - ليكون له سنداً ورذءاً، وهو ما قرره الأئمة من الأصوليين، كالشاطبي والغزالي والشوكاني وغيرهم.

الأصل في النصوص التعليل والاجتهاد بالرأي سبيله، وحكمة ذلك:

هذا، وإذا كان من المقرّر أصولياً - على ما هو الثابت والراجح - أن الأصل في النصوص «التعليل» فذلك دليل بين على معقولة النصوص القرآنية^(١)، وأن ذلك ثابت بالاستقراء التام الذي يفيد القطع، ومعنى ذلك: أن القرآن نفسه هو الذي أفسح المجال للاجتهاد بالرأي، لتبيين هذه «المعقولة» التي توسّع من أفق النص منطقياً على النحو الذي بيّنا، بل وعلى وجوب إعمال العقل في استنباط عِلل الأحكام التي هي مظان الحكم التشريعية التي تؤول بدورها، عند تنفيذ الحكم، إلى «المصالح» الحقيقية التي توخّى الشارع تحقيقها من وراء تشريع الأحكام والقواعد التي هي قوام التكليف، وهذا السنن، التشريعي الإلهي، وما اقترن به من الاجتهاد بالرأي، من شأنه أن يكون القناعة التامة لدى المكلفين بجدوى هذا التشريع العظيم، ويُدخل في رُوع المكلف، أن هذا التشريع لم يُشرع تحكماً، ولا عبثاً، ولا ارتجالاً، وإنما بني على مصالح الناس الحيوية الحقيقية في العاجل والآجل معاً، على المجتهدين أن يعملوا الفكر في استنباطها، كحقائق، ينبغي أن تُنشر على الناس، تبصيراً لهم، وتوعيةً وتكويناً لقناعاتهم بأثرها البالغ في صيانة حياتهم، أن يعتربها أسباب الانهيار والفوضى والتهافت.

وأيضاً، تكوين القناعة من شأنها أن تدفع تلقائياً إلى الامتثال الطوعي، لأن الإسلام خاطب الأمم، لا ليسوقها بعصا الغلب والإكراه، وإنما خاطبها على أساس أنهم ذوو عِزّة، وأحرار، ولذا أقنعهم بمنطقية تشريعه^(٢)، وسمو مقاصده، وإنسانية

(١) «الموافقات»: (٥/٢ وما يليها).

(٢) راجع في تعميم الحكم تعميماً معنوياً عن طريق استنباط علة حكم النص بالاجتهاد بالرأي قياساً، «التيسير، شرح التحرير»: (١/٣٦٠ وما بعدها).

حُكْمِهِ، وجدوى المصالح الكبرى التي يجتنونها من وراء امتثال تشريعه، تكريماً لآدميتهم، إن لم يكونوا قد آمنوا ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ...﴾ [الإسراء: ٧٠] أو بثاً لروح العزّة في نفوسهم، إن كانوا قد آمنوا، لقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ...﴾ [المنافقون: ٨].

الأبعاد المختلفة للاجتهاد بالرأي التي تمثل مناهجه، تتناول روح التشريع، ومقاصده الأساسية فضلاً عن نصوصه

نُيِّن فيما يلي الأبعاد المختلفة للاجتهاد بالرأي:

أولاً - الاجتهاد بالرأي في «نطاق النص» لاستهلاك طاقاته، في كافة دلالاته على معانيه، ولا سيما في «دلالاته العقلية» التي هي من لوازم عبارته، كدلالة الإشارة، ودلالة النص أو فحوى الخطاب، ودلالة الاقتضاء، ودلالة مفهوم المخالفة، على ما هو معلوم في علم أصول الفقه الإسلامي التي هي عماد الاجتهاد بالرأي، تسدّد خطاه على أساس أنها المنهج العلمي والمنطقي في تفسير النص التشريعي، والنفاد إلى روحه ومقصده. هذا، ومن المعلوم أصولياً أن الدالّ على الملزوم دالّ على اللازم وهو حجة فيه. ثانياً - البعد الاجتهادي «فيما لا نص فيه» وهو على أنواع، لكل منها مجال خاص. وهذه الأنواع تستوعب ما يمكن أن يتصوّر من أبعاد للاجتهاد بالرأي في المقدر البشري!! ومن صوره:

أ - «الاجتهاد القياسي»^(١) الذي يرُدّ النظر إلى نظيره، لعلّة جامعة بينهما، بأن يُحكّم على النظر الذي لا نصّ فيه، بمثل ما حكم به على نظيره الذي ورد فيه نص، قياساً شرعياً، ومنطقياً معاً - كما بيّنا - ليحفظ اتساق المنطق التشريعي واستقامته، والتشريع الإسلامي قائم على منطق مستقيم لا تعارض بين أحكامه، ولا تناقض - في الواقع ونفس الأمر - وذلك برهان كونه سماوياً، لقوله تعالى: ﴿... وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢].

(١) المرجع السابق، وراجع التلويح على التوضيح: (٥٢/٢ وما يليها).

ب - الاجتهاد بالرأي القائم على تقدير «المصالح» المتجددة التي لم يرد فيها نص، وهي من التكاثر، والتجدد بحيث لا تحصى كثرة، تقديرًا مرده العقل العلمي المتخصص، أعني الاجتهاد بالرأي الجاري على أصول الشريعة، المترسّم لمقاصدها، إذ لا يملك العقل الاستقلال التام في إدراك تلك المصالح، أو تحديدها، لكونها مشروطة بأن تكن على نحو يُقيم الدنيا بما لا يتناقض مع جعلها سبيلاً إلى الآخرة، وهذه «حيثية» تبلغ من حيث وجوب الرعاية إبان الاجتهاد بالرأي مبلغ القطع!!

غير أن العقل البشري قد يغفل عن هذه «الحيثية» إذ غالباً ما يكون مستهوى تحت تأثير المنافع العاجلة الموقوتة، غير متبصّر بمآلاتها، أو يكون مأخوذاً بهوى، أيّاً كان لونه، أو مُهَيِّمناً عليه بعصبيّة إقليمية، أو بعنصرية رغاء مشرفة، تسري في عروقه دماً، وفي كيانه روحاً وفي تفكيره فكراً مستحوذاً، أو بغريزة حبّ الهيمنة الدولية، اغتراراً بالقوة المادية، أو بنزعة التوسع استكباراً في الأرض وطغياناً، وتجبراً، أو غير ذلك من المنازع التي تُفسد على العقل النَّظَرَ المتوازن الصحيح، وتحول دون تمكينه من أداء ما أُعدَّ له من وظائف تقوم على أصول التعقّل الإنساني الموضوعي الرشيد، فضلاً عن أنها - كما أشرنا - تسدُّ عليه منافذ التبصّر بالعواقب، وهذا أمرٌ واقعٌ ومشهودٌ، ولاسيما في أوائل هذا القرن، وأواسطه، وأواخره!!؟

ج - استقراء الجزئيات التي اختلفت موضوعاتها، ليستنبط منها «مفاهيم كبرى» يسلك كلُّ مفهوم منها، عديداً من هذه الجزئيات، بحكم واحد، لوحدة الهدف والغاية المتصلة بمفهوم العدل، وهذا هو شأن «النظريات العامة» المستنبطة من الجزئيات. ولا ريب، أن هذا المنهج من الاجتهاد بالرأي - فيما نعتقد - من أرقى ما وصل إليه العقل البشري في الاجتهاد التشريعي، لأنه يتعامل مع الكليات ضبطاً لمفاهيم التشريع ولأن هذا النظر الكلّي العام، لا يمكن أن يتيسّر إلّا حين يبلغ الاجتهاد بالرأي أكمل معانيه وأسمى مبالغه!

د - منهج الاجتهاد بالرأي القائم على «سياسة التشريع» التي تستلزمها الظروف المستجدة العامة، ولاسيما الاستثنائية منها، إذ التشريع العام الكامل، يملك - بطبيعته

- القدرة على تدبير شؤون الأمة، في ظروفها العادية، والاستثنائية على السواء، وهذا متقرر في التشريع الإسلامي على أكمل وجه، باعتباره أكمل تشريع، وعلى نحو يكفل سياسته التشريعية هذه، وبما تستند إليه من أصول، تحقيق العدل، ومقاصد التشريع، والأمن العام، في أوسع مجالاته، وأرقى معارضه! مما يجعل للاجتهاد بالرأي القائم على سياسة التشريع هذه، المقام الأول في «التقديرات الخاصة» لهذه الظروف الملازمة، ووقائعه التي لا نص فيها، بحيث يتم في ضوءها، التشكيل الفقهي للقضايا المطروحة، بما لا يتنافى و«مقاصد الشريعة» التي تقتضي أحياناً - للحفاظ على هذه المقاصد، وتنميتها، من جانب الوجود، وللحيلولة دون المآلات التي تخربها، من جانب العدم^(١) تقتضي تجديد النظر الاجتهادي، لاستنباط أحكام استثنائية مناسبة وناجعة، يتم بها تحقيق معنى العدل كاملاً، في ضوء تلك الظروف المتغيرة، أو بتشريع نظم، وإجراءات وطرائق تكون لازمة وملائمة وضرورية لتحقيق «المصالح الحيوية للدولة والأمة تعجز عن تحقيقها أحكام الفقه العام، وفي هذا مجال للاجتهاد بالرأي أي مجال! لما في هذه السياسة التشريعية من المرونة والسعة بحيث تستجيب لمقتضيات حاجات الأمة والدولة في كل عصر!

هـ - هذا فضلاً عن بُعد «البيان التفسيري» للقرآن الكريم، فيما تركه الرسول ﷺ دون أن يتناوله بالتفسير، تركه عمداً، ليُفسح المجال للاجتهاد بالرأي، لأن يتناوله بالتحليل، والتعليل والاستنباط، في ضوء الظروف التي تتداول المجتمع الإسلامي في كل عصر، إذ ليس من المعقول، ولا من المتفق وعصمة الرسول ﷺ التواني عن تنفيذ ما أمر به، أو عن تبليغه الثابت وجوبه بقوله تعالى: ﴿فَأَصْدَعْ بِمَا تُؤْمَرُ...﴾ [الحجر: ٩٤]، وقوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ...﴾ [النحل: ٤٤]. وهذا ما أفاض الإمام الشاطبي في تقريره وتفصيله، والتدليل عليه، من ذلك قوله^(٢): «إنَّ الكتاب لا بدَّ من القول فيه ببيان معنى، واستنباط حكم، وتفسير لفظ، وفهم

(١) راجع كتاب: «السياسة الشرعية والفقه الإسلامي»، للشيخ عبد الرحمن تاج ص ٥ وما يليها، وراجع

«الموافقات»: (٢/١٣) وما يليها للشاطبي.

(٢) «الموافقات»: (٣/٤٢١).

مُرَادٍ، ولم يأت ذلك عمّن تقدم فإما أن يتوقف دون ذلك، فتتعطل الأحكام كلها أو أكثرها، وذلك غير ممكن فلا بدّ من القول فيه بما يليق» وهذا هو الدليل الأول.

أما الثاني: فإنه لو كان كذلك، لَلزِمَ أن يكون الرسول ﷺ مبيّناً ذلك بالتوقيف^(١) (عن طريق الوحي) فلا يكون لأحد فيه نظراً ولا قولاً، والمعلوم أنه عليه الصلاة والسلام، لم يفعل ذلك، فدلّ على أنّه لم يكلف به على ذلك الوجه، بل بيّن منه ما لا يوصل إلى علمه إلّا به، وترك كثيراً مما يدركه أرباب الاجتهاد باجتهادهم، فلم يلزم في جميع تفسير القرآن التوقيف^(٢) (أي تفسير الوحي).

وأما الثالث: فإنّ الصحابة كانوا أولى بهذا الاحتياط من غيرهم، وقد عَلِمَ أنهم فسّروا القرآن على ما فهموا (اجتهاداً). ومن جهتهم بلغنا تفسير معناه. والتوقيف ينافي هذا، فإطلاق القول بالتوقيف، والمنع من الرأي غير صحيح^(٣).

أقول: وهذا بيّن أن الاجتهاد بالرأي أضحي ضرورةً دينيةً وتشريعيةً وحيويةً، لتوقف كثير من آي القرآن على هذا النوع من الاجتهاد، لأنّ الرسول ﷺ لم يفسّر القرآن كلّه توقيفاً من الوحي، وإنما ترك كثيراً منه - كما يقول الإمام الشاطبي - لأهل الاجتهاد، يفسرونه باجتهادهم في كل عصر بما يليق، غاية ما في الأمر، أنه يشترط في هذا الاجتهاد، أن يكون ممن بَلَغَ مَبْلَغَ الاجتهاد الحق، إذ التجرؤ على تفسير القرآن من قبل من لم يبلغ مبلغ الاجتهاد، أو مما ليس من أهله، من الكبائر، لأنه تقول على الله تعالى بغير برهان^(٤)، لقوله تعالى: ﴿... وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٦٩، والأعراف: ٣٣]، وعن عمر رضي الله عنه أنه قال: «إنما أخاف عليكم أحد رجلين: رجلٌ يتأول القرآن على غير تأويله، ورجلٌ ينافس الملك على أخيه»^(٥).

(١) المرجع السابق، والتوقيف يعني عن طريق الوحي السماوي، وهذا تابع للاجتهاد بالرأي في نطاق النص غير أنا وأوردناه هنا استكمالاً لصور الاجتهاد بالرأي.

(٢) المرجع السابق، أي إن كثيراً من آي القرآن الكريم لم يُفسّرْها الرسول ﷺ لا عن طريق الاجتهاد، ولا عن طريق الوحي المباشر، بل تُركت للمجتهدين ليفسروها باجتهادهم في كل عصر بما يليق.

(٣) «الموافقات»: (٣/٤٢٢).

(٤) المرجع السابق.

(٥) وهذه صورة أخرى من صور الاجتهاد التطبيقي لا الاستنباطي. وهذا الحديث أخرجه الطبراني في =

هـ - الاجتهاد بالرأي في الاستنباط قسيم الاجتهاد بالرأي في التطبيق^(١).

أما قسيم الاجتهاد بالرأي في الاستنباط والتأصيل والتفريع، فهو الاجتهاد بالرأي في التطبيق. وهذا - في الواقع - لا يقل أهمية وخطراً عن الأول، لِعَلَّقِ اجتناء ثمرات التشريع واقعاً وعملاً به، إذ ما جدوى التكلّم بحق لا نفاذ له؟ على حدّ قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه. هذا وتبدو خطورة الاجتهاد بالرأي في التطبيق وعظيم أثره، - فضلاً عن ضرورته - أنّ القرآن الكريم إذ اتَّخَذَ في بيانه للأحكام المنهج الكلي لا التفصيلي - كما سيأتي بيانه - لزم أن يكون الاجتهاد بالرأي هو السبيل الوحيد الذي لا مناص منه، للاضطلاع بمهمة التطبيق الواقعي لتلك «الكليات»، على الوقائع الجزئية التي تنتاب المجتمع في كلِّ عَصْرٍ وبيئة، بما يَحْتَفُّ بها من ظروف وملابسات متجدّدة، ومتغيرة، لا تنحصر^(٢)، مقترناً هذا الاجتهاد بالتبصّر الواعي بمآلات التطبيق ونتائجه المتوقعة، وتقدير تلك النتائج بميزان المصالح المعتبرة شرعاً بحيث يحفظ على الحياة الإنسانية كيانها، ويوفّر لها كلّ أسباب النمو، والتقدم والازدهار، والمنعة، ويجنبها عوادي الانهيار، والتهاافت!

و - الوضع البياني للقرآن الكريم يستلزم حتماً الاجتهاد بالرأي

هذا، وإذا لاحظنا أنّ منهج القرآن الكريم، في بيانه للأحكام، قد جاء - كما ذكرنا - على نحو كلي، لا تفصيلي إلا في القليل، فإن طبيعة هذا «الوضع البياني» للقرآن الكريم، يستلزم حتماً الاجتهاد بالرأي، حتى أضحي - في معقول أهل النظر والمنطق - قريناً لا ينفك، لسبب بسيط، هو أنّ من المعلوم منطقياً وأصولياً أنّ هذه «المفاهيم الكلية» ذهنية مجردة، لا تحقق لها في الواقع الوجودي، من حيث هي،

= «الأوسط»: ١٨٦٦، من حديث عمر بن الخطاب مرفوعاً، وذكره الهيثمي في «المجمع»: (١/١٨٧)،

وقال: رواه الطبراني في «الأوسط»، وفيه إسماعيل بن قيس الأنصاري، وهو متروك الحديث.

(١) «الموافقات»: (٤/١٠٤ وما يليها) وهذه صورة أخرى من الاجتهاد بالرأي قوامه تنزيل الكليات على الجزئيات التي تحققت فيها مناطاتها. والصورة السابقة جيء بها للإشارة إلى أن الاجتهاد بالرأي في التطبيق قسيم الاجتهاد في الاستنباط.

(٢) «الموافقات»: (٤/١٠٤ وما يليها).

وإنما يتم ذلك من خلال تنزيلها من أفقها المنطقي المجرد على الوقائع الجزئية الماثلة التي تتحقق فيها مناسبات تلك المفاهيم، ولا سبيل إلى ذلك بدهاءة إلا بالاجتهاد بالرأي من أهله من ناحيتين:

أولاهما: استظهار تلك المفاهيم الكلية وتعقلها، وتحديد حقائقها من النصوص، وقد قدمنا أن «الوضع البياني» في القرآن الكريم قد جاء على نحو كلي لا تفصيلي غالباً.

الثانية: تطبيق ذلك فعلاً في مجال الحياة العملية، بحيث تصبح أوضاعاً قائمة فيه، وذلك يقتضي بذل الجهد العلمي المتخصص بأقصى طاقاته، وقد يفتقر المجتهد في مثل هذه الحال إلى «الخبرة المتخصصة العلمية» التي تخرج عن دائرة العلوم الإسلامية. وإن كان الحكم الشرعي يتوقف على ما تمده تلك الخبرة من معلومات هي ضرورة في قيام الحكم الشرعي الاجتهادي، ولا سيما في معالجته «القضايا العامة» ذات الأثر الحتمي في مصير الأمة.

ولا بدّ - في هذا المقام - من أن نشير إلى لزوم مراعاة الظروف التي تلابس تلك القضايا أو الوقائع، لما لها من أثر في تشكيلها فقهيّاً، أو تكييفها شرعاً. وقد يتطلب الأمر - كما قدمنا - «خبرة علمية» من ذوي الاجتهاد والاختصاص فيها، فلا بدّ من تحصيلها والوقوف عليها، لأنها أضحت من مقومات الحكم الشرعي، إذا كانت ذات صلة بمفهوم المصلحة أو العدل فيه، وذلك بسؤال أهل الذكر عنها.

هذا، وتشكيل الواقعة المطروحة فقهيّاً في ضوء ظروفها وملابساتها، مما يحمل المجتهد على تطبيق الكليّ أو الجزئي الأكثر ملاءمة ومناسبة، ضماناً للنتائج المتوخاة التي تدرج في مقاصد الشريعة العامة، إذ من المقطوع به، أنّ للشارع قصداً في تشريع الحكم ابتداءً، كوسيلة، وقصداً آخر - في الوقت عينه - في تحقيق الغاية المرسومة من أصل تشريع ذلك الحكم مآلاً، وذلك يستلزم الاجتهاد بالرأي عقلاً وواقعاً بالضرورة.

هذا، ومن البين إذاً أن لا بدّ من الاجتهاد بالرأي، لاعتبار الكليّ بالجزئيّ، واعتبار الجزئيّ بالكليّ أيضاً تفهماً وتطبيقاً أثراً لسبب أغوار النص في كل مسألة نظراً في كافة العصور والبيئات، ولذا كان طبيعياً أن يقرّر الأصوليون فرضية الاجتهاد في

الإسلام، وأن يتم ابتلاء الله تعالى على عباده به، كلٌّ بحسب وسعته، كما ابتلاهم بسائر فرائضه^(١)، وأن تكليف العقل بالفكر والاجتهاد للقادر^(٢) عليه، والمؤهل له، يساوي تكليف الجسم بالعبادة.

ز - وجوب اعتبار الكلّي بالجزئي والجزئي بالكلّي اجتهاداً بالرأي لوحدة المنطق العام للتشريع

فتلخص أن «الوضع البياني» للقرآن الكريم، من أنه اتخذ منهاجاً كلياً في بيانه للأحكام غالباً، يستلزم ألا يُعتبر «الكلّي» بإطلاق، دون اعتبار بالجزئي الذي يتحقّق مناطه فيه واقعاً وعملاً، كما يستلزم حتماً، ألا يُعتبر الجزئي إلاً بكليته؟ في كل مسألة، إذ لا غناء له عن كليته، لأنهما كليهما - كما ذكرنا - يرجعان إلى المحافظة على المقاصد الأساسية وما يتبعها، تلك المقاصد التي ما وُضعت الشريعة إلاً لتحقيقها في المجتمع الإسلامي بخاصة، والإنساني بعامة، إذ لا تناقض ولا تخالف في الشريعة، لا في أصولها، ولا في فروعها، وأساس تبيين ذلك كله الاجتهاد بالرأي ضرورة. وفي هذه المعاني يقول الإمام الشاطبي في كتابه «الموافقات في أصول الشريعة» فيما يتعلّق بالوضع البياني للقرآن الكريم، ومنهجه الكلّي ما نصه: «تعريف القرآن بالأحكام، أكثره كلي لا جزئي وحيث جاء جزئياً، فمأخذه على الكلية أي كتطبيق للكلّي»^(٣).

ويقول أيضاً: «إنّ الكتاب قد تقرر أنه كليّة الشريعة، وعمدة الملة، وينبوع الحكمة، وآية الرسالة، ونور الأبصار والبصائر... وإذا كان كذلك لزم ضرورة لمن رام الاطلاع على «كليات الشريعة»، وطمع في إدراك «مقاصدها واللّحاق بأهلها»، أن يتخذ سميّره وأنيسه، وأن يجعله جليسه على مرّ الأيام والليالي، نظراً وعملاً^(٤) لا اقتصاراً على أحدهما^(٥).

(١) «الرسالة» للشافعي.

(٢) «أصول الفقه» ص ٣٤٠، للخضري.

(٣) «الموافقات»: (٣/٣٦٦).

(٤) أي تفهماً وتعقلاً وتطبيقاً على الكليات دون مقاصدها، أو على المقاصد دون الكليات، لأن الكليات نظراً وتطبيقاً وسائل لغايتها، وهي المقاصد. المرجع السابق: (٣/٣٤٦).

(٥) المرجع السابق: (٣/٨).

وأما فيما يتعلّق بضرورة اعتبار الكلي بالجزئي اجتهاداً بالرأي، والعكس صحيح، حفاظاً على المقاصد الأساسية وما يتبعها التي أنزلت الشريعة من أجل تحقيقها في الخلق، فيقول ﷺ ما نصه: «فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات، إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها». فمن أخذ بنصّ مثلاً في جزئيٍّ معرضاً عن كُليّه فقد أخطأ، وكما أن من أخذ بالجزئيٍّ معرضاً عن كُليّه، فهو مخطئ، كذلك من أخذ بالكليّ معرضاً عن جزئيّه^(١).

ويقوم الشاطبيّ الدليل العقلي على وجوب اعتبار كلٍّ منهما بالآخر طرداً وعكساً بقوله: «وأيضاً، فإنّ الجزئيّ - أي الدليل الخاص على واقعة خاصة - لم يوضع جزئياً إلا لكون الكليّ فيه على التمام - فالإعراض عن الجزئيّ من حيث هو، إعراض عن الكليّ نفسه في الحقيقة «وذلك تناقض»^(٢).

ح - بيان أن اعتبار الكليّ بالجزئيّ طرداً وعكساً هو ما تقتضيه وحدة المنطق التشريعي

وعلى هذا، فالاجتهاد بالرأي في بُغده النصّي هذا، كلياً وجزئياً رفعاً للتناقض - كما ترى - هو ما يقتضيه وحدة منطق التشريع الإسلامي كلّه، وارتفاعه في مفاهيمه عن التناقض، وهو آية بينة على سماوية هذا القرآن الكريم، إذ لا مرأى أنّ التشريع الإسلامي كلٌّ متسقٌ في أصوله وفروعه، لا تجد فيه تخالفاً أو تناقضاً، وذلك من آيات إعجازه الناهضة بالدلالة على أنه من عند الله تعالى لصريح قوله سبحانه: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢]^(٣) أي تناقضاً في الأحكام الشرعية كليها وجزئيتها، قواعدها ومقاصدها، أصولها وفروعها، كما أسلفنا.

(١) إذ الفرض أن الجزئي ما صار جزئياً إلا بتحقيق معنى الكليّ فيه تماماً، فإذا أعرض عن الجزئي أعرض مفهوم الكليّ المتحقق فيه، فاعتبار الكليّ من حيث هو مع إعراض عن الجزئي الذي هو في الحقيقة إعراض عن مفهوم الكليّ المتحقق فيه، تناقض ظاهر، فوجب اعتبار كلٍّ منهما بالآخر، رفعاً للتناقض.

(٢) المرجع السابق: (١١٩/٤).

(٣) المرجع السابق الأمر.

يقول الإمام الشاطبي موضحاً هذا المعنى، ومقيماً للدليل على صدقه ما نصه: «الشريعة كلها ترجع إلى قول واحد في فروعها، وإن كثر الخلاف، كما أنها في أصولها كذلك، ولا يصلح فيها غير ذلك» ثم يأتي بالأدلة من القرآن الكريم منها:

١ - الآية الكريمة التي تلونا، إذ يقول في تفسيرها: «فنفى أن يقع فيه - في القرآن - الاختلاف البتة، ولو كان فيه ما يقتضي قولين مختلفين، لم يصدق عليه هذا الكلام على حال»^(١).

٢ - واستدل أيضاً بقوله سبحانه: ﴿... فَإِن تَنَزَّعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ...﴾ [النساء: ٥٩] الآية.

ويقول في وجه الدلالة على أن لا اختلاف في أصول الشريعة ولا فروعها ما نصه: «وهذه الآية صريحة في رفع التنازع والاختلاف، ولا يرتفع الاختلاف إلا بالرجوع إلى شيء واحد إذ لو كان فيه ما يقتضي الاختلاف، لم يكن في الرجوع إليه «رُفْعُ تَنَازُعٍ» وهذا باطل»^(٢) أي: عبث لا يطلبه الله تعالى. في حين أنه طلب من المكلفين الرجوع إليه تعالى وإلى رسوله، «لرفع التنازع» ولو كان في الشريعة اختلاف لما أمكن أن يتحقق رفع النزاع، وكان طلب الرجوع عبثاً، فدل ذلك قطعاً. على أن لا اختلاف في أصول الشريعة ولا في فروعها»^(٣)، وهذا الدليل - كما ترى - في غاية من القوة في الاستدلال، على ما بسطنا القول فيه، في المبحث الأول.

٣ - ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَفَرَّقُوا وَاخْتَلَفُوا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ...﴾ [آل عمران: ١٠٥] والبيّنات هي الشريعة. فلولا أنها لا تقتضي الاختلاف ولا تقبله البتة، لما قيل لهم: ﴿... مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ...﴾ [آل عمران: ١٠٥] ولكان لهم فيها أبلغ العذر، وهذا غير صحيح، فالشريعة لا اختلاف فيها.

(١) المرجع السابق.

(٢) أي تعارض بين أحكامها في الواقع ونفس الأمر.

(٣) «الموافقات»: (٤/١٢٩ - ١٣٠) أي: لا تعارض ولا تناقض في أحكام الشريعة أصولاً وفروعاً. في الواقع ونفس الأمر كما قدمنا.

٤ - وأيضاً لقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَنْ سَبِيلِهِ...﴾ [الأنعام: ١٥٣] فبيّن الله تعالى: «أن طريقه طريق الحق وهو واحد»^(١).

فالتناقض منفيّ حتماً في هذا القرآن العظيم، بجميع أنواعه ووجوهه، سواء أكان بين النصوص بعضها قبل بعض في معانيها وأحكامها، كلياً وجزئياً، أم بينها وبين ما تستهدف من مقاصد وغايات، يتوخى الشارع تحقيقها من وراء تشريع القواعد والأحكام، في المجتمع الإنساني، حيث لا تجد انفصاماً بين الحكم وغايته، بل هما صنوان لا ينفكان في التشريع نظراً، ولا ينبغي أن ينفصلا في التطبيق عملاً وواقعاً، وهذا يستلزم الاجتهاد لتحقيق هذا الاتساق في التطبيق والعمل، ولهذا قلنا: إن الاجتهاد بالرأي في التطبيق لا يقلُّ خطراً وأهمية عن الاجتهاد في الاستنباط.

ر - هذا، ولا نقصد بمنطقية هذا التشريع واتساقه وإحكامه على نحو لا تجد فيه تناقضاً في نظر ذوي الألباب والبصائر النيرة النافذة، أنه من الممكن أن يستقلّ «العقل البشري» في إنتاج مثل هذا التشريع صياغةً وإحكاماً ومقاصد، ما دام متطابقاً مع منطقته الفطري الأصيل، فما إلى هذا قصدٌ ولا ينبغي أن يُقصد، لأنّ هذه قضيةٌ قد فرغ التاريخ من الفصل فيها نتيجةً للتحدّي، وثبوت العجز البشري، وإنّما قُصارى ما أرمي إليه أن أُبيّن أنّ هذا التشريع الإلهي العظيم، إنّ في عقائده أو عباداته أو آدابه أو أحكامه العملية التشريعية، أو صياغته على نحو كان فيه بدعاً معجزاً نظماً ومعنى، لو عُرض على العقل الإنساني العام نظراً نافذاً وبصيراً ومقتدراً مبراً من الهوى، ودون أن تعبت بمنطقه التشريعي والافتتاح بوحدة هذا المنطق، لما وسعه أن يعثر فيه على منفذٍ أو وليجةٍ يكمن فيها ليرسل إليه سهام نقده، أو يبرهن على وجود أدنى خللٍ مستحکم بين وسائله وغاياته، ولا بين كليّاته وجزئياته، ولا بين ما يقرّر من حقائق كبرى، وبين ما يقتضيه واقع الحياة الإنسانية في أمادها المتطاولة!

على أنّ أولي الاختصاص في التشريع الوضعي من المُحدثين المحقّقين في هذا

(١) «الموافقات»: (٤١/٣).

العصر، قد خرجوا بنتائج قرروها في مُصنَّفاتهم من أن ثَمَّةَ روحاً واحداً عارماً يسلك التشريع الإسلامي في بِنْيَانِ مُحكِّمٍ شامخٍ عتيد، وإن كان ثَمَّةَ مِن تعارضٍ ظاهريٍّ يبدو - بادئ الرأي - غير أنه عند إمعان النظر الأصوليِّ، يتبدَّى للمجتهد أن ثَمَّةَ حقيقةً واحدةً جوهريةً يحوِّم حولها المجتهدون وأولو النظر لإصابتها، فلا اختلاف ولا تناقض في أصول الشريعة وفروعها ومقاصدها، وإلا لاستحال التكليف والتنفيذ معاً، وأن ظاهرة التعارض التي تبدو - بادئ الرأي - كما قدّمنا سُرعان ما ترتفع بعد إنعام النظر الأصولي الذي ينتهي إمّا بالتوفيق بينهما، أو بترجيح ما هو أقوى في ضوء الأدلة المنصوبة في الشرع.

ط - ينبغي التمييز بين احتمال وقوع الاختلاف في النظر والاستدلال بين المجتهدين وبين ادعاء الاختلاف في أصول الشريعة وفروعها.

وعلى هذا، فاختلاف المجتهدين في النظر والاستدلال شيء، والاختلاف والتناقض في أصول الشريعة وفروعها شيء آخر، فلا ينبغي الخلط بينهما. على أن اختلاف المجتهدين - على التحقيق - مرثؤه أمران رئيسان:

الأول - اختلاف المجتهدين وتفاوتهم علماً أو مداركٍ ومَلَكَاتٍ، وهذا أمر واقع لا يفتقر إلى برهنة.

الثاني - صياغة النصِّ المُجتهد فيه على نحوٍ غير قاطع، مما يطلقون عليه «ظنيّ الدلالة» حيث يحتملُ معنيين أو عدة معانٍ في وضعه اللغوي. يحوِّم المجتهدون حوْلَ المعنى الواحد الذي يقصده الشارع - في نظرهم - وذلك إنما يترجّح معنى من معانيه، في ظلِّ ملاسباتٍ معينة، قد لا يلائمها معنى آخر من احتمالات النص نفسه، ولا يتفق - بتشكيل تلك الظروف للواقعة - مع المقصد الكليِّ، ومن هنا، كان وجوب اعتبار الجزئيِّ بكليِّه، طرداً وعكساً، وفي هذا إيماؤه من المشرِّع بأن الاجتهاد بالرأي قد أضحى أمراً متعيّناً وجوده في كل عصر وبيئة وضرورة تجدِّده في كلِّ ظرفٍ مستقبليٍّ، وما دام التطور هو سنّة الحياة الإنسانية بفضل تجدُّد الفكر المبدع الذي هو من أصل مقوِّمات فطرة التكوين، فقد جاء التشريع الإسلامي - مساوفاً لهذه الفطرة - بفرضية

الاجتهاد بالرأي، وهو ما أكده الرسول ﷺ في قوله: «إن الله يبعثُ لهذه الأمة على رأسِ كلِّ مئةِ سنةٍ من يُجدِّد لها دينها»^(١). ويدهي أن «التجديد» المقصود في الحديث إنما هو في الإبداع الفكري المتجدد من أهله عبر العصور، بما يجلو الحقيقة الإسلامية للعقول، تلك هي سنة الحياة الإنسانية التي لا تتبدل، ولعلَّ السرَّ في صياغة معظم النصوص القرآنية على نحو «ظني» محتملٌ لأكثر من معنى، لا قطعي، هو فتح باب التجديد في الفكر الديني على مصراعيه، بما يناسب كلَّ عصر من الأحكام التي تحتملها تلك النصوص، فضلاً عن «الاجتهاد المصلحي» فيما لا نصَّ فيه، والقائم على تقدير ما يطرأ على الأمة من المصالح التي تتعلَّق بجميع نواحي الحياة، وهذا أرحبُ أفقاً وأوسعُ مجالاً، وللاجتهاد بالرأي فيه مجالات يخلقها التطور المستمر نفسه، بما يضمن للحياة نموها وتقدمها واستمرارها، ولا نعلم أصلاً من أصول التشريع في العالم قد أوتي من المرونة والسَّعة مثل ما أوتي الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي كما ترى!

ي - صياغة النص القرآني جاء على نحو بليغ معجز، يحفظ ديمومة الحكم على الرغم من تغير الظروف، أثراً لتطور الحياة الإنسانية!

يتبين مما تقدم أن «الوضع البياني» للقرآن العظيم، ذو صلة وثقى بل وعضوية، بالاجتهاد بالرأي، في بُعدِه الجائل في نطاق النص - كلياً كان أم جزئياً - إذا كان ظنيّ الدلالة، ومعظم آي القرآن الكريم من هذا القبيل، بل في جَوْلان الاجتهاد بالرأي، فيما هو أوسع أفقاً وأرحبُ مجالاً، وأعني به «المصالح المتجددة» التي لم يرِد فيها نصٌّ بالاعتبار أو الإلغاء، وهو ما يسمّى في أصول الفقه الإسلامي «المصالح المرسلّة» وفي هذا دليل بيّن على تجدد الفكر الاجتهادي، بتجدد المصالح التي لا تنحصر، ولا تنتهي عند حدٍّ، أثراً لسنة التطور الحثمّية في الحياة الإنسانية في ميدان العلم والحضارة، بفضل الاجتهاد بالرأي الذي يُعتدُّ به أصلاً هاماً في التشريع الإسلامي،

(١) أخرجه أبو داود: ٤٢٩١، من حديث أبي هريرة.

بحيث ارتقى إلى مَبْلَغ جعله قسيماً للوحي، فصار قوام هذا التشريع: «وحياً ورأياً»، غير أن هذه القسمة ليست متحمّضة، بل كلٌّ منهما قد اتخذ من الآخر سنداً وِرْدَةً لافتقاره إليه، وهذا ما نوّه به الإمام الشاطبي بقوله:

«والأدلة الشرعية ضربان:

أحدهما - ما يرجع إلى التّقلّ المحض (الوحي).

والثاني - ما يرجع إلى الرأي المحض.

ويضيف الإمام الشاطبي إلى ذلك قوله:

«وهذه القسمة هي بالنسبة إلى أصول الأدلة، وإلا فكل واحد من الضّربين، مفتقرٌ إلى الآخر، لأنّ الاستدلال بالمنقولات لا بدّ فيه من النظر «إعمال الرأي» كما أن «الرأي» لا يعتبر شرعاً إلا إذا استند إلى النقل^(١) «الوحي»».

هذا، ويَقصد الإمام الشاطبي بالرأي كإفّة وجوه الاجتهاد بالرأي ومناهجه من الاجتهاد في نطاق النص، ومن الاجتهاد فيما لا نص فيه، بما يتخذ من مناهج مختلفة، كالاجتهاد القياسي والاستحساني والاستصلاحي، والاجتهاد على منهج سدّ الذرائع، والاجتهاد العرفي، والاجتهاد القائم على الاستصحاب.

هذا، وباعتماد التشريع الإسلامي الاجتهاد بالرأي قسيماً للوحي، حتى أصبح قوامه مُزْدَوجاً «وحياً ورأياً» - كما أسلفنا - ينهض الدليل اليّين على مبلغ اعتبار الإسلام «للقيمة الذاتية للفكر الإنساني المبدع» وهو ما أشار إليه الإمام الغزالي في كتابه «المستصفى» في أصول الفقه، حيث يقول: «وأشرف العلوم ما ازدوج فيه العَقْل والسمع «الوحي» واصطحب فيه العقل والشرع، وعلم أصول الفقه من هذا القبيل^(٢)، فإنه يأخذ من صَفْوِ الشرع والعقل سواء السبيل، فلا هو تصرّفٌ بمحض العقول،

(١) أي: علم أصول الفقه، اجتمع فيه الأصول النصية، كما اجتمع فيه الأصول العقلية الاجتهادية التي تعتمد على الأولى، كما أن الأولى تعتمد على الثانية. فالاجتهاد بالرأي كما ترى قسيم للوحي قائم برأسه.

(٢) «المستصفى»: (٥/١).

بحيث لا يتلقاه الشرع بالقبول، ولا هو مبنيٌّ على محض التقليد الذي لا يشهد له العقل بالتأييد والتسديد»^(١).

وهذا الفهم العميق لطبيعة الاجتهاد بالرأي، منزلته، وحجته، في التشريع الإسلامي يشير إلى أن «وظيفة الاجتهاد بالرأي» باعتباره أصلاً عاماً وهاماً وقسماً للوحي في الاستنباط، أو التأييد والتسديد، يشير إلى أن «الرأي» لا ينحصر فيما لا نصّ فيه، بل رأيناه - بأبعاده المختلفة - يُصرّح بالاصطحاب المطلق بين «الرأي والشرع» وهو المعنى الذي أكدّه الإمام الشوكاني أيضاً في كتابه «إرشاد الفحول»، حيث يقول: «واجتهاد الرأي، كما يكون باستخراج الدليل من الكتاب والسنة، يكون بالتمسك بالبراءة الأصلية، أو بأصالة الإباحة في الأشياء، أو التمسك بالمصالح، لأنّ مفهومه لا يعدو أن يكون «بديلاً للجهد العقلي في طلب الحق»^(٢) أي على وجه الإطلاق والعموم، كما ترى!

هذا، وطلب الحق، لا جرّم أنه مطلبُ النبوة، كما هو مطلبُ الهدي السماوي ﴿فَمَاذَا بَدَأَ الْحَقِّ إِلَّا الضُّلُّلُ﴾ [يونس: ٣٢]. ومن هنا تُدرك السرّ في أنّ المجتهد الباذل أقصى وسعه العلمي في النظر المبدع، وفي التفهّم العميق، والتطبيق السديد في كل عصر وبيئة، بظروفهما المتغيّرة، بل والمتباينة أيضاً، مأجورٌ، وإن أخطأ ما هو في الواقع المغيب ما دام نظره الاجتهاديّ علمياً وموضوعياً مبرراً من الهوى والغرض، على ما هو معلوم!

ك - الإمام الشاطبي يقيم الدليل القاطع المستمد من منطق الشرع والعقل على قضية

انتفاء التناقض في الشريعة

وإن كان ثمة سعة للاجتهاد بالرأي للمواءمة بين مقتضى النصّ التشريعي الظنيّ الدلالة ومقتضيات «الواقع المعيش» معالجة له وتقويماً، على وفق مقاصد الشريعة

(١) «إرشاد الفحول» للإمام الشوكاني ص ٢٠٢.

(٢) «الموافقات»: (١٤٥/٤)، أي أن السيولة المتميعة، والمرونة غير المنضبطة، ضربٌ من اتباع الهوى الذي ما جاء الشريعة إلا لتخرج الناس عن دواعي أهوائهم.

الكلية بما يحقق اعتبار الأحكام الجزئية في هذه المعالجة والتقويم، باعتبار الكلّي من مقاصد الشريعة - كما قدّمنا - لأن التشريع الإسلامي «للواقع» وليس مجرد أحكام وقواعد مغرقة في التجريد الذهني، بحيث تستعصي على التطبيق، أو النزول إلى مكونات الواقع للتعامل معه، وتقيم أودّه وترأب صدّعه، ولترتقي به إلى عليا درجات الكمال: علماً وحضارة وتقدماً وازدهاراً وإبداعاً، وتجهداً في نطاق مقاصد التشريع وقواعده وقيمه ومثله الإنسانية.

ل - الاجتهاد بالرأي أضلاً مستقراً في التشريع الإسلامي يكسبه الواقعية والمرونة
خصيصةً جوهرية فيه:

فالتشريع الإسلامي - بفضل الاجتهاد بالرأي - أصلٌ مستقرٌّ عتيد لا يعمل في فراغ، وإنما هو من الواقع بسبب وثيق وقويّ، ولهذا اتّسمت أصوله وأحكامه وقواعده الكلية ومفاهيمه ذات السعة: إنسانيةً وعالميةً وموضوعيةً بالمرونة والواقعية، ولكنها «مرونة» غير سيّالة، لا تعرف الانضباط بضوابط العدل والحق والحرية المسؤولة، والمساواة في الاعتبار الإنساني، والتكافل الملزم في كافة نواحي الحياة مادياً ومعنوياً، بل هي مرونة وسماحة قد أفصح عنها الرسول ﷺ أنها من خصائص التشريع الإسلامي ومعالمه الأصلية بقوله: «بُعِثْتُ بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ»^(١)، مما يجعل للاجتهاد بالرأي مجالاً واسعاً يُقدِّره على مسايرة الأحوال المتطورة بالفكر المتجدّد المبدع، ولكنها مرونة أو سماحة غير متميعة ولا سيّالة - على حدّ تعبير الإمام الشاطبي - أو بعبارة أخرى: هي سماحة أو مرونة مقيّدة بالجريان على أصول الشريعة، منضبطة بمقاصدها التي تتجه جملةً تكاليف الشريعة إلى تحقيقها غايةً كبرى لها، ولنستمع إلى الإمام الشاطبي يحدّد مفهوم هذه «السماحة والمرونة» بقوله: «لأن الحنيفية السمحة، إنما أتى فيها السماح مقيّداً بما هو جارٍ على أصولها، والشرعُ جاء بالنهي عن اتباع

(١) أخرجه أحمد: ٢٢٢٩١، من حديث أبي أمامة، وإسناده ضعيف، وبنحوه: ٢٤٨٥٥، بلفظ: «أرسلت بحنيفية سمحة» من حديث عائشة، وإسناده حسن.

الهُوى، فهذا مضادٌ لذلك الأصل المتفق عليه^(١). فقضيتنا إذاً تجديدٌ لا تبديد! هذا، ويتجلى هذا المعنى في كلام الشاطبي إبان بيانه الرائع عن ضرورة الاجتهاد بالرأي، وأطراح التقليد أو الانغماس في الخلافات المذهبية، ثم الجري وراء الرُخص تحللاً من التكليف، واستهانةً بالدين، إذ يقول ﷺ: «وقد أذكر هذا المعنى جملةً مما في اتباع رُخص المذاهب من المفاسد، كالانسلاخ من الدين بترك أتباع الدليل إلى أتباع الخلاف، وكالاستهانة بالدين، إذ يصير «الدين» بهذا الاعتبار شيئاً لا ينضبط (أي بضوابط العدالة) فينخرم قانون السياسة الشرعية بترك الانضباط...».

انخرام قانون السياسة الشرعية الذي يشير إليه الإمام الشاطبي جرأً أطراح الاجتهاد، وعدم الاعتماد على الأدلة، واتباع التقليد من قبل القادرين على الاجتهاد في كلِّ عصر، المؤهلين له، إنما يعني هدم أكبر جانب من الفقه المتطور الذي يعالج الوقائع المستجدة التي لم يرِد فيها نصٌّ.

وبيان ذلك أن قانون السياسة الشرعية يعالج تلك القضايا ذات الأهمية البالغة من الناحية السياسية والاقتصادية والدستورية والقضائية والتنفيذية والاجتماعية، والسياسة الخارجية والإدارية، والأمن الاجتماعي، والنظام العام والآداب في الدولة جملةً، وهو أمر من الخطورة بحيث يرتقي إلى مبالغ المرافق العليا في الدولة، يبيّن ذلك ويفضّله، كتابُ «السياسة الشرعية» للشيخ عبد الرحمن تاج، شيخ الجامع الأزهر الأسبق، حيث يقول في تعريفه للسياسة الشرعية: «أما في الاصطلاح فهي - أي السياسة الشرعية - اسم للأحكام والتصرفات التي تُدبّر بها شؤون الأمة في حكومتها، وتشريعها وقضائها، وفي جميع سلطاتها التنفيذية والإدارية، وفي علاقاتها الخارجية التي تربطها بغيرها من الأمم»^(٢).

على أن هذا النوع من الفقه الإسلامي المتطور الذي يطلق عليه: «السياسة

(١) «السياسة الشرعية، والفقه الإسلامي» للشيخ عبد الرحمن تاج ص ٧-٨، وما يليها، ففيه تفصيل وافٍ لكافة الشؤون التي تعالجها سياسة التشريع بما يستجد فيها من وقائع وظروف.

(٢) المرجع السابق ص ١٠.

الشرعية» نتيجةً للاجتهاد بالرأي لاستمداد الأحكام لكافة ما تقتضيه مرافق الدولة وشؤونها العامة فيما لم يرِد فيه نصوص أو وحي لا بدَّ أن يجري على أصول الشريعة وروحها، وأن يكون في نطاق مقاصدها العامة التي يطلق عليها: «الكليات» كيلا يجنح هذا الاجتهاد إلى ما يناقض الشريعة أصلاً وهدفاً، وهو ما أشار إليه الشيخ تاج بقوله: «أما السياسة الشرعية، فهي الأحكام التي تُنظَّمُ بها مرافقُ الدول، وتُدبَّرُ بها شؤون الأمة، مع مراعاة أن تكون متَّفِقَةً مع روح الشريعة، نازلةً على أصولها الكلية، محققةً أغراضها الاجتماعية، ولو لم يدلَّ عليها شيء من النصوص التفصيلية الجزئية الواردة في الكتاب والسنة»^(١).

إنَّ هذا المفهوم العام للسياسة الشرعية التي هي ثمرة الاجتهاد بالرأي فيما لا نصَّ فيه، وفيما تتطلبه الدولة بمرافقها وشؤونها العامة وسُلطاتها الثلاث، ليس من مبتكرات الفقهاء المحدثين، فقد حدَّده من قبل عَلمٌ من أعلام الاجتهاد في الماضي، وهو الإمام ابن عقيل، حيث يحدِّد المفهوم العام للسياسة الشرعية التي تنهض بأداء مهامَّ يعجزُ عن أدائها الفقه العام الثابت، فيقول: «السياسة ما كان فعلاً يكون معه الناسُ أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحي»^(٢).

ولا مِرْيَةٌ أن مجال الاجتهاد بالرأي في سياسة التشريع - على ما رأيت - قد بلغ من السعة مبلغاً هو كفاء ما تبلغه الوقائع المتجدِّدة، والظروف المتطورة في الدولة، على مدى العصور، وهذه خصوبةٌ ومرونة لم تُعهد في أي تشريع سماوي أو أرضي فيما نعلم، شريطة أن يكون موافقاً لروح التشريع العام، وألا يكون مناقضاً لدليل قطعي، ولو لم يرِد له في الشريعة نصٌّ خاصٌ بعينه، أو نزل به وحيٌّ! لأن روح التشريع العامة تكفي مستنداً لهذه السياسة التي هي ثمرة الاجتهاد بالرأي!

ن - إنَّ موافقة أحكام سياسة التشريع لروحه، ومقاصده، وقواعده، ونصوصه القطعية لا تعني أن تكون هذه الموافقة بنصوص خاصة وردت بهذه الموافقة بعينها،

(١) نقله ابن قيم الجوزية في كتابه «إعلام الموقعين»، وفي كتابه «الطرق الحكمية» ص ٣، مطبعة المؤيد.

(٢) أي لم يخالف روح التشريع ولا أصوله العامة ولا مقاصده الأساسية.

لأنّ هذا غلطٌ أو مغالطة وقع فيها كثير من الفقهاء السابقين، وإنما تعني الموافقة عدم المناقضة لروح التشريع العامة والمقاصد الأساسية، والقواعد العامة، والأصول الكلية. ولو لم يردّ بها نصٌّ خاصٌّ بعينه. هذا المعنى الصحيح «لموافقة الشرع» والذي ينبغي اعتماده ضابطاً لسياسة التشريع، هو الذي أشار إليه ابن قيم الجوزية مخطئاً قول من ذهب إلى خلاف ذلك، ومبيّناً أن سياسة التشريع هذه هي «عدل الله ورسوله» وهي إنّما سمّاها ابن قيم الجوزية «سياسة» مُجَاراةً أو مُحاكاةً لتسمية الغير لها بهذا الاسم، وإنما الاسم الحق لها هو - كما ذكرنا - «عدل الله بين عباده»، فانظر إلى أيّ مدى يتصل الاجتهاد بالرأي الذي من أولى ثمراته وأهمّها سياسة التشريع، بمفهوم العدل في الإسلام، وفي هذا المعنى يقول ابن قيم الجوزية في كتابه «الطرق الحكيمية» ما نصه نقلاً عن ابن عقيل: «السياسة ما كان فعلاً، يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول، ولا نزل به وحي، فإن أردت بقولك - يخاطب أحد الفقهاء - إلا ما وافق الشرع، أي لم يخالف ما نطق به الشرع^(١)، فصحيح، وإن أردت: لا سياسة إلا ما نطق به الشرع، فغلط وتغليط للصحابة، فقد جرى من الخلفاء الراشدين، فإنه كان رأياً «اجتهادياً» اعتمدوا فيه على مصلحة الأمة^(٢).

ثم يضيف ابن قيم الجوزية إلى ذلك قوله: «فلا يقال إن السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع، بل هي موافقة لما جاء به، بل هي جزء من أجزائه، ونحن نسميها «سياسة» تبعاً لمصطلحكم، وإنما هي «عدل الله ورسوله» ظهر بهذه الأمارات والعلامات^(٣).

هذا المنهج الفدّ من الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، خليقٌ أن يضمن استمرار حياة هذا التشريع ونفاذه وآثاره، مهما تطوّرت بالناس الظروف، ومهما اعتوّرها من وقائع وأحداث نتيجة للتقدم العلمي، وارتقاء مفاهيم الحضارة.

(١) الطرق الحكيمية ص ١٣.

(٢) المرجع السابق ص ١٤.

(٣) الطرق الحكيمية ص ١٣.

والحق أن قضية خلود الشريعة وكمالها وصلاحتها لكل زمان ومكان، لا يمكن أن تُصدَّق دون الاجتهاد بالرأي، بكافة أبعاده التي فصلناها، وقد انتصب أصلاً عتيداً في التشريع الإسلامي منذ عصر الخفاء الراشدين الذين كانوا مجتهدين بالرأي في أوسع مداه، فضلاً عن كونهم رجالاً دولة، وكفى بهم أسوة للاقتداء.

س - منهج الاجتهاد بالرأي في مجال سياسة التشريع كفيل بتحقيق المصالح التي تنهض بالحضارة. على أن هذا المنهج العظيم الجدير بالتقدير من مناهج الاجتهاد بالرأي في سياسة التشريع، هو جدير أيضاً بالتنفيذ في سائر الدول الإسلامية، لأنه يُحيي فيها روح الحضارة الإسلامية في جانبها التشريعي بوجه خاص، فضلاً عن أن هذا الأصل يمهد السبيل لأن تعيش الحياة الإنسانية قيماً ومثلها وأصول الحق والعدل والمساواة والحرية المسؤولية والتكافل، واقعاً وعملاً.

ع - منهج الاجتهاد بالرأي في مجال سياسة التشريع يفتقر إلى الدقة والنظر العلمي العميق الشامل. غير أن هذا المنهج الاجتهادي الذي اتخذ مادته «سياسة التشريع» هو مجالٌ صَعْبٌ، ومُعْتَرَكٌ صَنْكٌ، يفتقر إلى بذل جهود فكرية وعلمية مُضْنِيَّة، كما أنه موضعٌ تَرَلُّلٌ فيه الأقدام، لِدِقَّتِهِ وعمقه وشموله، وفي هذا المعنى يقول ابن القيم ما نصه: «وهذا موضعٌ مَرَلَّةٌ أقدام، ومَضَلَّةٌ أفهام، وهو مقام صَنْكٌ، ومُعْتَرَكٌ صَعْبٌ، فَرَطٌ فيه طائفةٌ، فعَطَّلُوا الحدود، وضَيَّعُوا الحقوق، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد، محتاجة إلى غيرها، وسدُّوا على أنفسهم طُرُقاً صحيحةً من طرق معرفة الحق^(١) والتنفيذ له، وعَطَّلُوا مع علمهم وعلم غيرهم قطعاً أنها حقٌّ مطابقٌ للواقع...»^(٢).

وقد علمت أن الحق المطابق للواقع واحد لا تعدد فيه ولا تناقض ولا تخالف، وهو ما أقام الإمام الشاطبي الدليل العقلي القاطع على صدقه - كما أسلفنا - إذ يقول:

(١) المرجع السابق ص ١٤، وعَدَل اللهُ تعالى لعباده قد فسره الإمام ابن القيم بأنه مصلحة الأمة التي هي في أعلى مراتب العدل، إذ يقول: «فحيثما وجدت المصلحة، فثمَّ شرع الله ودينه» ولا ريب أن شرع الله ودينه هو العدل بعينه.

(٢) الطرق الحكمية الاجتهادية.

«إنه لو كان في الشريعة خلافٌ (أي تناقض) لأدّى إلى تكليف ما لا يُطاق، لأنّ الدليلين، إذا افترضنا تعارضهما، وفرضناهما مقصودين معاً للشارع، فإنّما أن يُقال: إنّ المكلف مطلوب بمقتضاهما، أو لا، أو مطلوبٌ بأحدهما دون الآخر، والجميع غير صحيح» ثم أقام الأدلة على ذلك لينتهي إلى أن التناقض منفيٌّ في أصول الشريعة وفروعها ألبتة...»^(١).

أمّا ما انتهى إليه المحققون المُحدَثون من رجال القانون الذين لهم بصَرٌ في فروع الشريعة ومعالجتها وتحليلها ومقارنتها، وفي مقدّماتهم الدكتور السنهوري، فقد بيّن بجلاء رأيه^(٢)، وأنه وَقَفَ - بعد طول البحث ومعاناته - على حقيقة بدتْ بادئ الرأي ظاهرةً التعارض في بعض أحكامها، فهو تعارض ظاهري، وأنها ينتظمها روحٌ من المنطق العام المتسق، وهذا - كما يقول الدكتور السنهوري - هو شأن التشريع الأصيل المُحكّم، وقد أعرب عن ذلك فيما مؤداه: «أن التشريع الإسلامي، وفقهه يمكن استخلاص نظريات عامة منه، عن طريق التحليل التفصيلي، أي عن طريق الاجتهاد بالرأي».

ف - علم أصول الفقه باعتباره علماً يُرسي أصول المنهج المنطقي للاجتهاد التشريعي يُمدُّ «سياسة التشريع» بأصول تستند إليها، ليكون الاجتهاد بالرأي في نطاقها، مسدّد الخُطى، مستقيم الاتجاه، منطلقاً إلى تحقيق مقاصد التشريع، متخذاً من أحكام هذه السياسة التي لم يردُ بها نصٌّ، وسائل تشريعية عملية لتحقيق تلك المقاصد، بل هي تمثّل عدلَ الله بين عباده - على حدّ تعبير الإمام ابن القيم - وبيان ذلك:

أنّ علم أصول الفقه يمثّل فلسفة علماء المسلمين في تفسير النصّ التشريعي، والمنهج العلمي المنطقي للاجتهاد بالرأي في استنباط الأحكام، فيما فيه نصٌّ، استثماراً لكافة طاقاته، وفيما لا نصٌّ فيه، ولاسيما «فقه سياسة التشريع» على ما فصلنا

(١) المرجع السابق ص ١٣.

(٢) «مصادر الحق»: (٦/٣ وما بعدها).

القول فيه بما تستشرفه من تحقيق «مقاصد التشريع» التي تُجسّد مفهوم العدل كماً، فيما يُستنبط من أحكام في مجالها، ولا جرم أن هذا العمل التشريعي الحيوي القائم على منهج علمي منطقي مشتق في أصوله ومقرراته وقواعده من معين التشريع نفسه، فكان ثمة تطابق بين التشريع الإسلامي، في مفاهيمه وغاياته، وبين علم أصول الفقه، وبذلك يستمدُّ هذا العلم حجّيته من معين هذا التشريع، فإذا سار المجتهد على هذا المنهج العلمي، كان مسدّد الخطى حتماً فيما يضطلّع به من اجتهاد بالرأي فيما تقتضيه مصالح الأمة، ومرافق الدولة على مرّ العصور واختلاف ظروفها، وبيئاتها! فكان بذلك اجتهاداً بالرأي مشتقاً من معين التشريع، لأن منطقية هذا العلم الفدّ الذي لا يوجد له نظير في العالم - فيما نعلم - مشتقة من منطقية التشريع نفسه، فاكتمت بذلك حجّية بالغة في وسائله ومقاصده على السواء، لاتصال الاجتهاد بالرأي بمفهوم «العدل المطلق» في الإسلام، إذ به يُعرف، ويتبيّن، وبه يُطبّق ويتحقق عملاً وواقعاً، اجتناء لثمراته في كافة مواقع الوجود، وهو ما انتهجه الخلفاء الراشدون.

ص - جِزْءُ علماء الأصول على وضع «نظريات أصولية عامة» تضبط أعمال المكلفين، فضلاً عن أعمال المجتهدين - على نحو يضمن المطابقة بينها وبين أحكام الشريعة وأصولها ظاهراً وباطناً، ولاسيما باعثاً ومقصداً، حفاظاً على غايات التشريع ومقاصده الأساسية.

وفي هذا المعنى يقول الأصولي المحقق الإمام الشاطبي ما نصّه: «كلُّ من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، وكلُّ من ناقضها فعلمه في المناقضة باطل، فما يؤدي إليه باطل».

ويؤكد هذا المعنى في موضع آخر، حتى يكون المكلف قاصداً عيّن ما قصده الشارع، إذ يقول: «قصدُ الشارع من المكلف أن يكون قَصْدُهُ في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة، إذ قد مرَّ أنّها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يَجْرِي على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصده الشارع»^(١).

(١) «الموافقات»: (٢/٣٣٣).

ومن هنا نشأت «نظرية الباعث» التي لم يكتشفها التشريع الوضعي إلا في العصر الحديث، وقد سمّاها «نظرية السبب الحديثة». والاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، كان له فضل السبق في استنباطها على نحو كليّ واسع، جعلها تنبسط بظّلها على جزئيات وقوعية، ومعاملات جارية في المجتمع لا تُحصى كثرةً، مما يقيم الدليل البيّن على اعتبار الجزئي بالكلية، واعتبار الكلي بالجزئي، كيلا يقع التخالف المحظور شرعاً - كما قدّمنا - فضلاً عن أنها نظرية جاءت توثيقاً وحماية لمقاصد التشريع.

هذا بالنسبة للتطبيق الذي ينهض به المكلفون عامة، امثالاً لأحكام التشريع، وتنفيذاً لها. أمّا بالنسبة للمجتهد بوجه خاص، فإنّ عليه أن يحدّد «المقصد الشرعي» في حكم كلّ مسألة على حدة، ليتمكّن من تبيين صحّة أو دقة اندراجها في المقاصد العامة للتشريع التي اتجهت جملةً التكليف إلى تحقيقها، اعتباراً للجزئي بالكليّ، وهذا لون من الجهد العقلي الاجتهادي الذي يجعل صاحبه حريّاً أن يتبوأ منزلة القائم مقام النبي ﷺ على ما أشار إليه الإمام الشاطبي وغيره من الأصوليين المحققين بقوله: «يؤي الله عز وجلّ حامل الشريعة مكاناً عليّاً في الدنيا والآخرة، فتُدريج النبوءة بين جنّيته، وإن لم يكن نبياً»، ونحو هذا مروى عن الصحابي الجليل عبد الله بن عمر^(١).

ق - الاجتهاد بالرأي بما تستلزمه أمور مشتقة من أوضاع القرآن الكريم اللغوية منها والبيانية التفسيرية بوجه خاص، بحيث لا ينفك عنها بحال، وإلا لما استقام التكليف، ولا التنفيذ، قد أضحى فرضاً دينياً معلوماً من الدين بالضرورة، كسائر فرائضه تعالى التي ابتلى بها عباده، فضلاً عن كونه مطلباً ضرورياً حيويّاً، لتغطية الوقائع والأحداث^(٢) المتجدّدة التي لا تنتهي، وليستقيم به التكليف، ويتم التنفيذ الذي تنتظم به شؤون الحياة على أقوم سبيل وأكمل نظام.

نخلص من هذا - على ضوء ما قدّمنا - إلى أنّ الاجتهاد بالرأي، تستلزمه أمورٌ لا

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٣١).

(٢) «الموافقات»: (٣/ ٣٧١).

يمكن أن يُنفك عنها بحال عقلاً وواقعاً، مما يجعله مطلباً ضرورياً وحيوياً، فضلاً عن كونه فرضاً دينياً كسائر فرائضه تعالى، إذ لا يستقيم أمرُ التكليف ابتداءً، ولا التنفيذ انتهاءً إلا به، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. وتلك الأمور التي فصلناها آنفاً، نلخصها بإيجاز فيما يلي:

أولاً - الوضع البياني للقرآن الكريم من حيث إن معظم نصوصه المبيّنة للأحكام ظنيّة «غير قاطعة الدلالة على معانيها، فلا بدّ من الاجتهاد بالرأي بدهاءة، لتعيين المعنى المراد من النص من بين معانيه المحتملة، إذ من المعلوم قطعاً أن لكل واقعة حكماً واحداً لا غير، على المجتهد أن يتحرّاه ويتبيّنه، ولا يجوز أن يكون لها حكمان متخالفان، لأنّ هذا تكليف بما لا يطاق، ولا يعقل وقوعه من الشارع للتناقض، ولا يستقيم بالتالي أمرُ التنفيذ لتعذره في هذه الحال، كما أسلفنا.

ثانياً - إن منهج القرآن الكريم نفسه، في بيانه للأحكام، جاء على نحو كلي غالباً، والكلي من حيث هو كلي لا تحقق له في الخارج، لكونه مفهوماً ذهنيّاً مجرداً، ولا يمكن تطبيقه كليّاً، فلا بدّ لتنزيله على الوقائع الجزئية التي يتحقق فيها مناطه من الاجتهاد بالرأي، فضلاً عن وجوب مراعاة المجتهد الظروف المحفّفة وتقديرها، لتشكيل الوقائع فقهياً، أو تكييفها شرعاً بالاجتهاد بالرأي.

ثالثاً - إنّ كثيراً من آي القرآن الكريم، قد ثبت قطعاً أنّ الرسول ﷺ لم يتولّها بتفسيره وبيانه، ليُعَلّم وجهُ الحق فيها مع أن الرسول ﷺ مأمورٌ بالبيان، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ...﴾ [النحل: ٤٤]، ولأن البيان والتفسير نوع من التبليغ، والرسول مأمور به أيضاً لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الرُّسُولُ يَلْفُحُ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَغْتَ رِسَالَتَهُ...﴾ [المائدة: ٦٧] فولا أن الله تعالى قد قصد أن يترك ذلك القسم الكبير من القرآن الكريم للمجتهدين، ليفسروه باجتهادهم في كل عصر، لأمر الرسول ﷺ ببيانه، إذ ليس من المعقول أن يترك الرسول هذا القسم دون بيان بمحض إرادته، وليس جائزاً في الشرع، بل ولا متصوّراً أن يخالف الرسول عن أمر ربه بالبيان والتفسير والتبليغ، وألاً يصدع بأمر ربه، والله تعالى يقول: ﴿فَأَصْدَعْ بِمَا تُؤْمَرُ وَأَعْرِضْ عَنِ الْمُشْرِكِينَ﴾ [الحجر: ٩٤].

يتبين من هذه الأدلة أن الاجتهاد بالرأي قد أضحى - في التشريع الإسلامي - أمراً مفروضاً، بل من المعلوم في الدين بالضرورة - كما نوهنا - كيلا تتعطل الأحكام الكثيرة التي يمكن استنباطها بالاجتهاد بالرأي، من القسم المتروك بيانه في القرآن الكريم، بوجه خاص، وهذا التعطيل مألٌ محرمٌ المصيرُ إليه قطعاً لوجوب تمام التكليف الصادر عن الوحي، وبيانه وتبليغه، وتنفيذه عملاً، وفقاً لأوامر الله عزَّ وجلَّ.

رابعاً - إن تمام التكليف الصادرة عن الله تعالى وحيّاً، والتي أفرغت في نصوص تتضمن أحكاماً كليةً وجزئيةً، محصورةً مقررةً لا تزيد ولا تتكاثر لانقطاع الوحي، وكمال الرسالة، ولكن الوقائع المستجدة - بحكم التطور المستمر الذي هو سُنَّةُ الحياة، وعمادُ بقائها - لا تنتهي، ومن غير المعقول أن يدخل ما لا يُحصر ولا يتناهى فيما هو منحصرٌ ومحدود، فلزم عن ذلك حتماً الاجتهادُ بالرأي في هذه النصوص لاستثمارها مدلولاً ومعقولاً وروحاً عاماً وقواعد، ومقاصدَ ليتمكن استمداد الأحكام التي تفي بحاجات الناس المستجدة، لزوماً حتماً - كما قلنا - لا محيص عنه، ويؤيدُ ذلك خصائصُ النصِّ القرآني نفسه التي نجملها فيما يلي:

أ - سَعَةُ المفاهيم التي جاءت بها نصوص القرآن الكريم، مُعَلَّلةٌ أحكامها الكلية والجزئية.

ب - صياغته المعجزة التي جاءت على نحو يحفظ ديمومة الحكم.

ج - عالمية أحكامه التي خوطب بها الإنسان من حيث هو إنسان حيثما كان، بما روعي فيها ما يطابق مقتضيات فطرته في التكليف، كيلا يجد عَتناً أو غناءً عنها بحجة عدم الحاجة إليها، أو أنها تناكر مقتضياته الفطرية، أو مصالحه الإنسانية الحقيقية.

د - إنسانية قِيمِهِ التي تمتاز بالسمو والشمول والثبات، على الرغم من «التغيرات» البيئية، لأن هذه «القيم» تضمنتها نصوصٌ قاطعة الدلالة التي تجعلها من «الثوابت» لتعلّقها بمصالح إنسانية ثابتة، هي جذيرة بالهيمنة على الحياة الإنسانية، مهما طال الزمان، وإلا فقدت هذه الحياة معنى إنسانيتها، وأفرغت من محتواها، فكانت «ثوابت» تحمل في معناها عناصر بقائها واستمرارها أبد الدهر ما دام في الدنيا إنسان.

أما «المتغيرات» فهي تلك النصوص التي جاءت في صيغ غير قاطعة الدلالة، أو «الظنية» على النحو الذي بينا، لأنها تعمد «مصالح متغيرة» غير ثابتة، ولهذا أمكن القول، بأن من عوامل استمرار الشريعة، وصلاحيتها للبقاء والحكم في كل زمان ومكان، أنها جاءت بعنصرين في نصوصها:

أ - النصوص التي تتضمن الثوابت

ب - النصوص التي تتضمن المتغيرات.

هذا، ومجال الاجتهاد في الأولى، إنما هو في «التطبيق» على الوقائع بظروفها وملاساتها، حيث يكون للظروف أثرٌ بالغ يرعاه المجتهد، لكونه - كما قدمنا - عاملاً يشكّل الوقائع فقهيّاً، أو يكيّفها تكييفاً شرعياً، وللاجتهاد بالرأي فيه مجال كبير، فضلاً عما في ذلك من خصيصة الواقعية التي امتاز بها هذا التشريع.

أما مجال الاجتهاد بالرأي في الثانية، فهو أوسع وأرحبُ أفقاً، لأنه يتّجهُ إلى

ناحيتين:

الأولى - الاستنباط للحكم الملائم للواقعة، حيث يُستنبط من النص الظني لا

القطعي.

والثانية - الاجتهاد في التطبيق على النحو الذي قدمنا.

ومحالٌ أن يتم ذلك إلا بالاجتهاد بالرأي، لأن استيعاب النصوص المنحصرة، المتناهية لما لا ينحصر ولا يتناهى من الوقائع المتجددة، أمرٌ في حيز المحال - كما أسلفنا - وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: «إنَّ الوقائع في الوجود لا تنحصر، فلا يصحُّ دخولها تحت الأدلة المنحصرة، ولذا احتيج إلى فتح باب الاجتهاد من القياس وغيره^(١) فلا بدّ من حدوث وقائع لا تكون منصوصاً على حكمها، ولا يوجد للأولين فيها اجتهاد (أي بحكم تطور الحياة حسب تطور الفكر الإنساني المبدع).

ويتابع الإمام الشاطبي، إقامة الدليل القاطع على وجوب الاجتهاد بالرأي في كلِّ

(١) إذ لا يجوز شرعاً خلوّ الوقائع عن الأحكام في أي عصر.

عصر، وإلا لزم أمران كلاهما محرّم، لما يؤدّيان إلى الفوضى والفساد، واختلال نظام الأمة، وانخرام أحكام التكليف أو تعطيلها، وحلول هيمنة الهوى، فيقول: «فإما أن يُترك الناس فيها»^(١) مع أهوائهم، أو يُنظر فيها بغير اجتهاد شرعي، وهو أيضاً اتباع للهوى، وذلك كلُّه فساد، فلا بدّ من التوقف^(٢) لا إلى غاية «الجمود» وهو معنى «تعطيل التكليف» لزوماً، وهو مؤدّ إلى تكليف ما لا يُطاق (وهو مُحال)، فإذا لا بدّ من الاجتهاد في كلِّ زمان، لأن الوقائع المفروضة^(٣) لا تختص بزمان دون زمان^(٤).

هذه النتيجة الهامة التي انتهى إليها الإمام بمنطقه الشرعي والعقلي، من أن الاجتهاد بالرأي، أمرٌ لازم لا بدّ منه في كلِّ زمان، لأن تجدد الوقائع، ليس وفقاً على زمن دون آخر، هذه النتيجة تُثبت أن استمرار وجوب الاجتهاد بالرأي وأبديته، عقلاً وشرعاً. أقول: «هذا الاستمرار في الفرضية مسائرٌ لسُنّة الحياة الإنسانية في التطور، نتيجةً للفكر الإنساني المبدع المتأصل في الفطرة الإنسانية التي جاءت الشريعة مطابقة لمقتضياتها فعلاً»^(٥)، وصدق الله تعالى، إذ يقول: ﴿فَأَقْمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ . . .﴾ [الروم: ٣٠] لكونه أنزل على قَدْر الفطرة، وعلى وفق مقتضياتها، وإلا كان «التوقف إلى غير غاية» - على حدّ تعبير الإمام الشاطبي - وهو الجمود بعينه، فضلاً عن إفضائه إلى الفوضى والفساد، بتعطيل التكاليف والأحكام، وهو مصيرٌ محرّم المصير إليه، فوجب الاجتهاد بالرأي اتقاءً من الوقوع فيه.

(١) أي من المصادر الأخرى، من مثل الاستحسان والاستصلاح (المصالح المرسلّة) والعرف، وسد الذرائع، والاستصحاب، وهي مصادر واسعة مرنة تقدر الشريعة على استيعاب كل ما يجدر ويطرأ.

(٢) أي وهو الجمود القاتل.

(٣) أي الوقائع التي افترضنا وقوعها وحدوثها فعلاً.

(٤) «الموافقات»: (١٠٤ / ٤)

(٥) لا مجال لعرض القضية الخلافية عند الأصوليين التي مؤدّاها: «هل يجوز أن يخلو عصرٌ من مجتهد، إذ قد انهارت هذه القضية من أساسها لأن الأدلة القاطعة، وطبيعة التشريع الإسلامي قاض بخلاف ذلك».

على أن الاجتهاد بالرأي، المفروض أبد الدهر، مساوقة لسنة الحياة في التطور، وسنة الإبداع الفكري المتأصل في فطرة التكوين الذي نشاهد مظاهره في التقنية الحديثة كل يوم، أقول: «المفروض أبد الدهر، كسائر فرائض الدين، في العبادات وغيرها، قد وجد هذا الاجتهاد مجالاً خصباً في الشريعة، ليؤدي وظائفه فيها، تمكيناً له من «تحقيق ذاته الفطرية»، وذلك المجال الخصب قوامه العناصر والخصائص التي امتازت بها الشريعة نجملها فيما يلي:

ش - العناصر المستقرة في التشريع الإسلامي وخصائصه، تستلزم - بطبيعتها - وجوب إقامة مرفق الاجتهاد بالرأي من أهله في كل عصر لتدبر شؤون الحياة الإنسانية على أكمل نظام بما يليق بمفهومها ومثلها وقيمها، ويضمن استمرارها وتقدمها وازدهارها على وجه هذه الأرض إلى الزمن المقدر لبقاء هذا العالم:

أولاً - سعة المفاهيم التي تضمنتها نصوص القرآن الكريم، حيث اتخذت منهجاً كلياً، لا جزئياً تفصيلاً، كما نوهنا.

ثانياً - تعليل كثير من الأحكام المنصوصة في القرآن الكريم، حيث جاء هذا القدر من الأحكام مقروناً بالعلل التي تفسر معقوليته، وتبين «الحكمة» التي من أجلها شرع كل حكم، وظاهرة التعليل هذه، شاملة للأحكام الكلية، والأحكام الجزئية على السواء، إرشاداً للمجتهدين - كما أسلفنا - إلى ضرورة بناء الأحكام الجديدة للوقائع الطارئة المستجدة التي جاءت خلواً من النصوص والأحكام، على أساس علل تلك الأحكام المنصوصة، قياساً عليها، إذا تحققت تلك العلل فيها، وهذا هو القياس الأصولي الذي يعتمد الاجتهاد بالرأي في تعميم الأحكام تعميماً عقلياً يصون وحدة منطوق التشريع، وفي هذا مجال للاجتهاد بالرأي أي مجال^(١).

ثالثاً - منهج القرآن الكريم في تشريعه للأحكام، جاء على نحو كلي - كما أسلفنا - إلا في القليل، فلم يُوغَل في التفاصيل، وذلك ليترك للمجتهدين مجالاً واسعاً لتنزيل

(١) راجع كتاب «التيسير على التحرير»: (١/ ٣٦٠ وما بعدها).

هذه الكليات على الوقائع الجزئية، وتقدير الأمور حسب ما تقتضيه مصالح الناس، لما فيه من مرونة تعتبر من أفضل خصائص التشريع - أي تشريع - في عصرنا هذا، لأنها تجعله أكثر قابلية للاستجابة لتطور الأحداث وتجديدها، ولو انتحى القرآن الكريم منحى الإيغال في التفاصيل، لاستعصى على الاستجابة لما تقتضيه المصالح المتجددة من أحكام، أثراً لتقييد الأحكام التفصيلية بأحوال معينة، وهذا الملحظ، هو الذي دعا بعض فقهاء القانون الوضعي في العصر الراهن، إلى تفضيل القانون السويسري الذي انتهج منهج الكليات في تقريره للأحكام حيث يقول: «فالقانون المقرّر للمبادئ، مرّنٌ متطور، وعلى العكس منه، القانون المغرق في التفاصيل». هذا مؤدّى كلام الدكتور السنهوري، وإليك نصه:

إنّ كثيراً من غير السويسريين معجبون بهذا القانون - أي القانون السويسري - ومنهم الأستاذ «جوسران» (الفقيه الفرنسي المعاصر) حيث يقول (إن التقنين السويسري، قد فاق التقنين الألماني، من وجوه كثيرة، فهو أكثر مرونةً، وأقلُّ صبغةً فقهيةً، وأكثر قبولاً للأفكار الحديثة في المساواة، والتضامن الاجتماعي، وهو لم يحاول أن يُوجدَ حلاً لكلِّ فرض، بل ترك للقاضي، وللقيه (المجتهد) حريةً واسعةً في التقدير، وفي الاجتهاد، واكتفى (بالمبادئ العامة)، فأمن بذلك أن يُشلَّ تشريعُه من تطور القانون^(١).

رابعاً - القيم العليا الثابتة، والإنسانية الشاملة مما يعتبر كلُّ منها مناراً مُشعاً يهدي السالكين مسالك الاجتهاد بالرأي لاستنباط الأحكام، لكل ما يجدُّ من الوقائع، وما تقتضيه مصالح الأمة في كافة نواحي حياتها، وما تفتقر إليه مرافق الدولة من أحكام، ونظم، وإجراءات رشيدة تدور كلها في فلك «القيم الإنسانية».

خامساً - عالمية أحكام الشريعة غير مقيدة بمصالح إقليم معين، أو شعب، أو أمة، وإنما قررتها نداءات إلهية موجّهة إلى الإنسان العام حيثما كان، بحيث تستجيب لمقتضياته الفطرية من حيث هي، فلا عنصرية، ولا إقليمية، ولا عصبية، فكانت لذلك

(١) راجع مقال الدكتور السنهوري - مجلة القانون والاقتصاد - السنة السادسة، ص ٥١.

أحكاماً مطلقة من حيث مُتَعَلِّقُهَا، وهو الإنسان العام، فكانت لذلك أحكاماً تقضي على كافة مناشئ الصراع العاتي في كلِّ زمن، ومعظمها عنصري، وأناي مسرف - كما نعلم - وهذه الخصيصة التي تميزت بها أحكام الشريعة، تمدها بالقابلية للاستجابة لكلِّ ما تقتضيه المصالح الإنسانية، في كلِّ بيئة وعصر.

سادساً - مرونة مصادر التشريع الإسلامي: الأصلية منها، والتبعية، وأقصد بالتبعية المصادر التي تستمد منها الأحكام لِمَا لم يرد فيه نصٌّ، من مثل القياس، والاستحسان، والاستصلاح، وسدِّ الذرائع، والعرف الصحيح، وأصل الحل العام، أو الإباحة الأصلية، وأصول سياسة التشريع، ولا يتسع المجال لإفاضة القول في هذه المصادر الخِضْبَة، لا تجدُّ لها نظيراً في أي تشريع آخر، ولا سيما ما يسمى «بالمصالح المرسله» و«سياسة التشريع» التي تتجه كلها إلى تحقيق مقاصد الشريعة في مفاهيمها الكلية في مراتبها الثلاث، من الضروريات، والحاجيات، والتحسينيات التي تشمل كلِّ ما يحتاج إليه الناس، في كلِّ مجتمع، وفي كلِّ عصر، لأنها ثابتة بالاستقراء التام الذي يفيد اليقين. ولهذا، اشترط الأصوليون شرطاً أساسياً وأولياً، هو:

- أن يكون المجتهد عالماً بمقاصد الشريعة، متفهماً لها، مدركاً لكلياتها وجزئياتها، شرطاً أساسياً لارتقائه درجة الاجتهاد. أما ما اشترط غير هذا من شروط، فهي ثانوية، وخادمة لهذا الشرط الأساسي الأول، ليتمكن المجتهد من النهوض بعبء الاجتهاد والاستنباط في ضوئها، لا يحيد عنها، ولا يناقضها، لما في ذلك من مناقضة لأصول الحياة الإنسانية الفاضلة التي تنهض عليها.

ولا ريب أن الاجتهاد بالرأي في أدق معانيه وأرقاها، هو الذي يقيم الاعتبار الأول لمقاصد الشريعة.

وفي هذا المعنى، يقول الإمام الشاطبي ما نصُّه: «إِنَّمَا تَحْصُلُ دَرَجَةُ الاجْتِهَادِ لِمَنْ اتَّصَفَ بِوَصْفَيْنِ:

أحدها - فهم مقاصد الشريعة.

الثاني - التمكن من الاستنباط، بناءً على فهمه فيها - أي فهمه للمقاصد في مراتبها

الثلاث - ثم يعلل الإمام الشاطبي منسوخ أولية هذا الاشتراط، وجوهريته الأساسية، حيث يقول:

أما الشرط الأول، فقد مرّ في كتاب المقاصد^(١)، أن الشريعة مبنية على اعتبار المصالح. واستقرّ بالاستقراء التام أنّ المصالح على ثلاث مراتب.

وأما الشرط الثاني: فهو كالخادم للأول، فإن التمكن من ذلك (من الاستنباط) إنما هو بواسطة «المعارف» المحتاج إليها في فهم الشريعة أولاً. ومن هنا، كان خادماً للأول.

أقول: وتعليل ذلك أنّ فهم مقاصد الشريعة التي تتجه إلى تحقيقها جملةً التكاليف، لا بد - ل يتم هذا الفهم - من معارف، إذ بواسطتها يتوصل إلى إدراك مقاصد الشريعة إدراكاً عميقاً وتاماً، لتوقفه عليها، وهذه المقاصد من السعة والشمول، بحيث تستوعب المصالح الدنيوية والأخروية معاً، مهما امتدّ بالناس الزمن.

أما حقيقة هذه «المعارف» التي هي شرط تالٍ للأول الذي هو الأساس، فإن تفصيل القول فيها لا يتسع له هذا المقام، ولكن هذا لا يمنع من أن نشير إلى أهمها وأبرزها بيبجاز شديد.

الأول - العلم باللغة العربية وخصائصها في البيان، مما يشمل البلاغة بجميع وجوهها، باعتبار أن القرآن الكريم قد جاء على أسمى طراز من البيان البليغ المعجز.

الثاني - العلم بأصول الفقه باعتباره المنهج العلمي للاجتهاد التشريعي الذي يعصم المجتهدين من الوقوع في الخطأ في الفكر ويُقَدِّرُهُم على الإحاطة بالخطط التشريعية التي ينبغي أن يلتزمها المجتهدون أثناء عملية الاجتهاد والاستنباط والتطبيق على السواء، ولهذا يجب إتقان هذا العلم.

الثالث - العلم بآيات الأحكام وسائر النصوص من السنة الثابتة المتعلقة بها.

(١) أي في المجلد الثاني من كتابه: «الموافقات في أصول الشريعة» ص ٥ وما يليها، حيث فصل «مقاصد الشريعة» بوجه خاص تفصيلاً واسعاً شاملاً، لم نر غيره من الأصوليين من تناول هذا الموضوع على هذا النحو من العمق والشمول والبيان والتمثيل.

الرابع - وجوب العلم بالناسخ والمنسوخ الملغى من الأحكام، حتى لا يعتمد المجتهد إلى الحكم الملغى، فيظنه مشروعاً، واجب العمل به، أو يجعله أصلاً في القياس مثلاً، أو يعتمد على ما بني عليه من علة، لأن إلغاء الحكم إلغاءً لعلته.

الخامس: العلم بأسباب النزول، وهي التي تعكس لنا الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي كانت سائدة قبل التشريع الإسلامي، ويمكن حينئذ تصور ما أحدثه الإسلام من الحياة الجديدة، وإدراك مدى البون الشاسع الذي يميز بين حياة ما قبل الإسلام وما بعده.

أضف إلى ذلك، أن «أسباب النزول» تُعين المجتهد بالرأي على تفهم معنى النصوص، باعتبار أن هذه الأسباب قرائن أو ظروف تاريخية مقترنة تُلقي الضوء على معنى النص، دون أن تقوى على تخصيص عموم حكمه، استناداً إلى خصوص سبب تشريعه، لأن هذا يتنافى مع مراد الشارع حين عمم الحكم على الرغم من علمه بخصوص سببه.

السادس - العلم، أو الخبرة بشؤون الحياة العامة، والوقوف عن كثب على ما يجري فيها من وقائع، وما تعانيه من مشاكل وقضايا تتطلب حلاً شرعياً، ولا سيما «القضايا العامة» التي يتعلّق بمصيرها، لأن الأمة الإسلامية تتطلّع دوماً إلى ما يُمدّها بالحلول الناجعة لقضاياها ومشكلاتها في ضوء أحكام الإسلام، حتى تعيش إسلامها ودينها وعقائدها ومثلها.

هذا، وعلى المجتهد بالرأي أن يعيش هموم مجتمعه وأمته، لقوله ﷺ: «مَنْ لَمْ يَهْتَمَّ بِأَمْرِ الْمُسْلِمِينَ فَلَيْسَ مِنْهُمْ»^(١)، حتى إذا كان المجتهد في معزل عن العصر الذي يعيش فيه، فقد انسلخ عن الأمة، والمنسلخ عن الأمة، يكون بمعزل عن الدين، لأن الدين هو الحياة، هذا شيء، وشيء آخر كيف يمكن أن يضطلع المجتهد بمهمته يواجه

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٧٤٧٣، وفي «الصغير»: ٩٠٧، والحاكم: (٣٥٢/٤)، من حديث حذيفة .

مشاكل أمته مواجهةً حقيقيَّةً، ويجتهد في تدبير شؤونها، وإمدادها بالحلول الشرعية، وتوجيهها إلى «حقائق» الدين وهو بمعزل عنها؟

هذه هي أهم «المعارف» التي ينبغي أن يحيط المجتهد علماً بها^(١).

وجامعاتنا اليوم كفيلة بتأهيل المجتهدين علمياً كسائر المتخصصين ووسائل الاجتهاد اليوم متيسرة كثيراً عن ذي قبل بما لا يقاس، أما غيرها من الخبرات والمعارف التي تدخل في عناصر تشكيل الحكم الاجتهادي، أي مما يتوقف عليه استنباطه على وجه صحيح، ولكنها «معارف» تخرج عن دائرة العلوم الشرعية بالنسبة إلى المجتهد، فكانت من غير مادة الاختصاص، من مثل علم الطب، وعلم الزراعة، وما أشبه. فهذه يمكن أن يُسأل عنها أهل الاختصاص، علماً بقوله تعالى: ﴿... فَتَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣]، فالتعاون العلمي مفروض بنص هذه الآية الكريمة.

الزعم بأن باب الاجتهاد قد سُدَّ، قوله ظالمة أشاعها أعداء الإسلام، تشبيطاً للهمم، وتخديلاً للأمة الإسلامية لأطراح فريضة من أهم فرائض الدين، ليعترهم الجمود والتخلف، والعجز عن مواكبة تطور الحياة، وليفتقروا - آخر الأمر - إلى ثقافة الأمم الأجنبية المناقضة لثقافتنا في كثير من أصولها، ولاسيما أصول الإسلام في تشريعه العظيم الخالد.

بعد الذي قدمنا من الأدلة القاطعة على وجوب الاجتهاد بالرأي في كلِّ زمن، وبيننا - بإسهاب - الوجوه المسوَّغة بل المقتضية لاستمرار وجوب تحقيق هذه الفريضة في كلِّ عصر عقلاً وشرعاً - على النحو الذي رأيت - نرى أنه قد أضحى من سُخْفِ القول بأنَّ الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي قد سُدَّ بابه، بل ومنذُ أمدٍ بعيدٍ، لما يترتب على هذه المقولة الباطلة من «مآلات» هي على النقيض مما جاءت به الشريعة، من أصول، وأحكام، وقواعد، ومقاصد، لتدبَّر شؤون الأمة الإسلامية من جهة، بل ولتفسَّر أيضاً غاية الوجود البشري على وجه الأرض.

(١) «الموافقات»: (٤/ ١٠٤ وما بعدها).

ولعل الإجابة الأصولية المُفحمة التي يمكن أن تُوجَّه إلى مثل هذا الزعم الباطل، والمحرَّم، لأنَّه يُساوي الصدَّ عن سبيل الله وابتغاءها عِوَجاً، نجملها فيما يلي:

أ - أنَّ الاجتهاد بالرأي هو «قسيم الوحي» على التحقيق - كما بيَّنا - وذلك ثابت بالدليل القاطع، لكون «الوحي» نفسه مفتقراً إليه كافتقار الاجتهاد إلى الوحي سواءً بسواء، فكانا لذلك صِنُويْن، لا يُتصوَّر انفكاكُهُمَا بحال.

ب - وأيضاً، إذا كان الاجتهاد بالرأي من أهمِّ فرائض الدِّين التي ابتلى الله بها عباده، لثبوته بالأدلة القاطعة، حتى صار أمراً معلوماً من الدِّين بالضرورة - كما نوهنا - فإنَّ القول بإسقاط هذه الفريضة، أو سدِّ باب العمل بها، يعتبر «كبيرةً من الكبائر» لما يترتب عليه من تعطيل أحكام التكليف، لما يجذُّ من الوقائع التي لا تحصى كثرةً، وخلوِّها من الأحكام، وذلك يورث العجزَ عن تدبير الأمر في القضايا الكبرى التي تنزل بساحة الأمة.

ولا جَرَمَ أنَّ تعطيل شرع الله عمداً، يساوي نسخه وإبطاله، وإلقاء الأمة في مراغة التخلف والفساد والفوضى، وهذا مُنافٍ لأصول الشريعة ومقاصدها الأساسية، وكل ذلك من كبائر الإثم.

ج - هذا، ومما ينقضُّ هذا الزعم الباطل من أساسه، الواقع التاريخي لحياة الأمة الإسلامية، بعد وفاة الرسول ﷺ حيث نهض الصحابة - رضوان الله عليهم - بالاجتهاد الإسلامي - شرقاً وغرباً - وانبساط هيمنة الدولة الإسلامية على كثير من بقاع الأرض، حيث اتخذ علماء الصحابة منهج الاجتهاد الاستصلاحي القائم على الاعتداد بمصالح الأمة المتجددة - رعايةً وتنميةً وحفظاً - تدبيراً عملياً وواقعياً لشؤون الدولة الفتية، ولاسيما إمام أهل الرأي عمرُ بن الخطاب رضي الله عنه.

هذا المنهج الاجتهادي الاستصلاحي، في عصر الصحابة، قد ازداد تأصلاً ورسوخاً في القرنين التاليين: الثاني والثالث الهجريين^(١)، وجزء من القرن الرابع،

(١) المؤتمر الأول لمجتمع البحوث الإسلامية، بحث للأستاذ فاضل بن عاشور ص ٥١.

حيث اتجه الاجتهاد بالرأي لا إلى استنباط الفروع فحسب - تلك الفروع التي تمس الحاجة الملحة إليها - بل اتجه - فضلاً عن ذلك - إلى تأصيل الأصول، وهذا النوع الأخير من الاجتهاد بالرأي هو الذي يمكن القول بأنه انقطع بعد هذه القرون، ولم يعد يظطلع به مجتهد، ولكن تقاعساً وتراخياً، وقصورَ همّة، لا أثراً لسدّ بابيه، وإسقاط فرضيته، فالفرق بين .

د - إجماع الصحابة وهو من أقوى الإجماعات حجّة، كذلك إجماع التابعين ومن بعدهم، منعقدٌ على وجوب إقامة هذه الفريضة، وهي من الفروض الكفائية على الأمة قاطبةً في كلِّ عصر، ومخالفة الإجماع محرّمة قطعاً، لأنها تساوي مخالفة المقطوع به من القرآن الكريم، وذلك كُفْرٌ بواح، وبيان ذلك:

أنّ من ادعى سقوط هذه الفريضة، وأجاز لنفسه القول بسدّ باب الاجتهاد، فعليه أن يأتي بالأدلة التي تنسخ الأدلة القاطعة التي ثبتت بها هذه الفريضة أولاً، وهذا محالٌّ، لأن إجماع الصحابة ومن بعدهم، قد انعقد على قيامها، بعد وفاة الرسول ﷺ. ومعلوم أن لا نَسْخَ بعد وفاته، كما لا يجوز مخالفة الإجماع من جهة أخرى، ولأن إنكار الإجماع القاطع سبيل الكفر، كما هو معلوم.

كان الاجتهاد بالرأي إذن، في عهد الصحابة، أصلاً تشريعياً، ولكنه فروعياً، يلبي حاجة الدولة الجديدة في جميع مرافقها، وغالباً ما كان اجتهاداً جماعياً أساسه الشورى، ثم ما لبث أن اتخذ مجالاً واسعاً جداً في القرنين الثاني والثالث، وطرف من الرابع، تأصيلاً وتفريعاً، مما يُنبئ عن قيام حركة تشريعية، وفكرية، وعلمية باهرة، أذنت - فيما بعد - بفتح جديد لعالم من التشريع جدّت فيه ظاهرة الابتكار للفقهاء الافتراضي، بعد سدّ حاجات الدولة من الفقه الواقعي، تأصيلاً وتفريعاً معاً، وهو فقه احتياطيٌّ سابق لوقوع أحداثه، ووقائعه التي يتوقّع حدوثها، ويمكن تطبيقه عليها، وهذا غنى وثراء في الجانب التشريعي للدولة يمكّنها من تدبير شؤونها مستقبلاً تجاه ما عسى أن ينزل بساحتها من مشكلات وقضايا، دون عنّتٍ أو حرجٍ أو افتقار في هذه العصور المزدهرة تشريعياً، وحضارياً. بدا الاجتهاد بالرأي «قسماً للوحي» يتبادلان

التعاون: الوحي بكلّياته وبمقرراته العامة، وأصوله الكلّية، ومقاصده الأساسية، والاجتهاد بالرأي تفهّمًا وغوَصًا على أسرار التشريع، وتفريعاً على تلك الأصول في ظلّ الظروف والأحوال الملازمة، بما يكفل مصالح الأمة وتقدمها ومنعتها، على أحكم نظام وأعدل تدبير. على أنه رافق هذا الاجتهاد بالرأي بمعناه الكامل، اجتهاد بالرأي في الفروع دون التأسيس، وهو ما سمّي بالاجتهاد الاتباعي^(١)، أي في الفروع دون الأصول، ثم بدأ عهد «التقليد» المطلق، فانهار بذلك صرح الإبداع الفكري الاجتهادي في الأعمّ الأغلب، بانهيار «الشخصية العلمية الإسلامية» التي افترض الإسلام وجودها في كلّ عصر، مستخلصة من الأمة كلّها، وكان من نتيجة ذلك أن ضاعت مقومات «الأصالة» فتبع ذلك بداهة أن سادت الفوضى، وعمّ الركود والجمود، وبدأ العكوف على الاجترار والاختزال والاختصار، وامتدّ ذلك إلى عصرنا الحاضر، ما عدا فترات ظهر فيها وميض من الفكر المبدع والاجتهاد الحق، والدعوة إلى التجديد، ولكنها كانت محدودة الأثر والنتائج، أعقب ذلك أن سادت ظاهرة «التعصب المذهبي» بعض أقطارنا الإسلامية، فكان نكبةً اعترت تلك الأقطار، إذ «التعصب» سبيلٌ تجاهل «الحقائق» وداعية الانشقاق والتنازع في الميدان السياسي والاجتماعي، ومِعْوَلٌ هدم للأصالة، فتهافتت «معالم الشخصية العلمية الإسلامية الحقة» مما أدى - آخر الأمر - إلى الجهل والتخلف والعجز، فتمست الحاجة إلى ما عند الأمم الأخرى من شرائع وضعية تدبر الأمر في تلك الأقطار، وساعد على ذلك وقوعها في براثن الاستعمار، ففتّح الباب لاستيراد شرائع وقوانين أجنبية، طوعاً أو كرهاً، وبقي معمولاً بها إلى عهد قريب، حتى منتصف هذا القرن، فضلاً عن دخول التيارات الثقافية الأجنبية، ولاسيما الغربية منها، مما ينافي أصول الإسلام، وشرائعه، والمقومات الأساسية للثقافة الإسلامية.

ولهذا، فإننا نرى أنّ إحياء هذا المرفق الهام من الاجتهاد بالرأي في عصرنا هذا، فرضٌ كفايٌّ من أهم فرائض الدين، كما هو في أصل تشريعه، كالعبادات، إنشاءً

(١) راجع: «الاجتهاد في التشريع الإسلامي» لسلام مذكور ص ٩٨.

«للشخصية العلمية الإسلامية» من جديد، لتعود سيرتها الأولى التي بدت قويةً فعالةً على مسرح التاريخ في عصور الازدهار الإسلامية، شريطة أن نتفادى الأخطاء، وأسباب النكبات التي حلت في المجتمع الإسلامي إبان عصر التخلف والتقليد، جرّاء فوضى ما يسمى بالاجتهاد الفردي غير المؤهل تأهيلاً كاملاً، مما سهّل اتخاذ أداة طيعةً لتلبية أهواء ورغبات بعض حُكّام السوء في تلك العصور المتخلفة.

هذا فضلاً عما أشرنا إليه من «العاهاث» التي مُني بها المجتمع الإسلامي، يوم ساد فيه «التعصب المذهبي» - كما ذكرنا - فغشّى على الأبصار والبصائر فقدت نور العلم الحق، بتجاهل «الحقائق» وتوريث الإحن، والأحقاد، والتنازع، والفرقة، والانشقاق، والتخلف الفكري والاجتماعي، والسياسي، والاقتصادي، حتى جعلها بمعزلٍ عن ركب الحضارة فوق وقوعها في برائن الاستعمار الغاشم المتسلط.

وفي مراغة هذا «التخلف» الذي تعاقدت أسبابه في بعض أقطارنا الإسلامية، مسّت الحاجة - حتى بعد استقلالها - إلى استيراد القوانين الوضعية الأجنبية الغربية في أصولها عن أصولنا وقواعدنا، ومقاصد شريعتنا السماوية السّمحة، وتسربّت تيارات الثقافات الأجنبية المنافية في كثير من أصولها لمقومات ثقافتنا الإسلامية، فقضت على معالم أصالتنا.

لهذا كلّه، ولما للاجتهاد بالرأي من أثر بالغ في «تكوين الشخصية العلمية الإسلامية»، وبناء الأصالة، والتمكين من تدبير شؤوننا وقضايانا السياسية والاجتماعية والاقتصادية بأيدينا، شأن سائر الأمم والدول في العالم من حولنا، نرى ضرورة إقامة مرفق «الاجتهاد الجماعي» الذي يجب أن ينهض به علماء متخصصون على أرقى مستوى من التخصص العلمي الدقيق يؤهلهم للاضطلاع بهذه المهمة الكبرى، بما تمتاز به من دقة وحساسية، وأن تتوافر فيهم شروط المجتهد الكفء، في ضوء مستويات ثقافة عصرنا، ولا يتم ذلك - في نظرنا - إلا إذا تولّت الدولة الإسلامية، إقامة «المجامع العلمية أو الفقهية» بصورة جادة، كما تتولّى تنظيمها وتمويلها على غرار المجامع العلمية التي تقيمها الدول الأجنبية في بلادها، لينفخ المجتهدون للقيام

بمهمتهم تفرغاً كاملاً، لثُوتِي ثمراته اليانعة، وذلك بأن تطرح قضايا الدول الإسلامية الهامة على بساط البحث في هذه المجامع المتعاونة المخلصة، بل يُطرح كُلُّ ما ينزل بساحة هذه الدول من مشاكل، لتتناوله هذه المجامع المتعاونة المخلصة، بل يُطرح كُلُّ ما ينزل بساحة هذه الدول من مشاكل، لتتناوله هذه المجامع بالدراسة والتحليل، دراسةً متعمِّقة، في ضوء تعاليم الإسلام ومقاصده، وأن تتبادل الرأي في الحلول الشرعية التي يُفرزها الاجتهاد، بما تتسم به هذه «الحلول» من جديّة، وعلمية، ومعقولية، وموضوعية، وشرعية، وليس ذلك بعسير، ولا متعذّر، ما دام هؤلاء المجتهدون الذين يتولّون أمر الاجتهاد في هذه المجامع، قد تأهلوا علمياً بما يرفعهم إلى مستوى الاجتهاد في أوسع معانيه، وأسمى مبالغه، ليواجهوا الحياة الإسلامية مواجهةً حقيقيةً وواقعيّةً، بمشكلاتها، وقضاياها المطروحة، وبتقديرات جديدة، على ضوء الظروف الجديدة التي تلابسها، مما يستدعي بالتالي تجديد النظر الاجتهادي في كلِّ ما يطرأ^(١)، وكيلا يغدو الاجتهادُ تكراراً، أو اجتراراً لأحكام مدوّنة قد سلفت في عصور غابرة، وذات ظروف تُغايّر ظروفنا وأحوالنا مغايرةً جذريّةً.



(١) المرجع السابق.



ليس شيء أعزَّ على المجتهد بالرأي، من أن يدرك باجتهاد الأصولي القائم على المنهج العلمي في استنباط الحكم الشرعي، نصّاً أو دلالةً، من أن يصيب «مواطن الحق» في كل مسألة تطرأ في عصره الذي يعيشه، أو بيئته التي هي مراعٍ وجوه سعيه ونشاطه العلمي، وفي ظل ظروفها، ومشاكلها المتغيرة، والمتكاثرة، مستندلاً على ما يغلب على ظنه أنه الحق من عنده، بالأدلة الصحيحة المعتبرة التي تُسعفه في الوقوف عليه، باذلاً أقصى طاقته العلمية، بإخلاص وتجرّد ونزاهة ضمير، وتفهم عميق لمضمون تلك الأدلة، وعلم تامّ بما ترمي إليه من «مقاصد الشارع» بل وتبحّر في أسرار الشريعة، أصولاً وفروعاً، اعتقاداً تامّاً منه، وراسخاً، أنّ الاجتهاد بالرأي - فيما ورد فيه نصّ، أو فيما لا نصّ فيه - فريضةٌ كفايةٌ محكمة على الأمة، ممثلة في الدولة، أن تُهيئ الأسباب للقادرين على النهوض بها، بكفاءة وإخلاص، لإمداد الأمة والدولة، بما يغطّي حاجاتها المتنوعة، ومرافقها العامة، على اختلاف طبائعها، وخصائصها^(١) ووظائفها الضرورية التي لا بدّ منها، والخارجية المفتقر إليها من حيث السّعة استجابةً لمقتضيات سُنّة التطور في الوجود الإنساني التي ينبغي أن تكون تلك الاستجابة جاريةً على أصول الشريعة^(٢)، ضماناً لهذا التطور أن يتجّه إلى ما هو أفضل، باعتباره نابعاً أصلاً، مما فُطر عليه الإنسان من التفكير المبدع الذي هو ثمرة لما هُيئ له «العقل» من وظيفة هو مسؤول شرعاً عن أدائها، وتنميتها، باعتبار أن «العقل» مقصدٌ من المقاصد

(١) «مالك» للشيخ محمد أبي زهرة ص ٤٤٩ .

(٢) «الموافقات»: (٤/٣٦٦).

الأساسية الخمسة المعروفة التي تتجه إلى تنميته والارتقاء بمستواه الفكري والعلمي، والمحافظة على أسباب سلامة تفكيره، واستقامة منطقته، لتفهم أحكام الشريعة ومقاصدها.

هذا، وأداءً لفريضة الاجتهاد فعلاً وواقعاً، فقد درّب الرسول الأعظم ﷺ أصحابه على الاجتهاد بالرأي، ليكون طريقاً لهم، ومسلكاً ممهداً يسهلونه، إن في تفهّم النصوص التشريعية، وتبيين ما ترمي إليه من غاية تنعكس على تحديد مجال تطبيق أحكامها، أو فيما لم يرد فيه نص، اجتهاداً بالرأي، كما أسلفنا، لأن طبيعة أوضاع البيان في القرآن الكريم، تقتضي ذلك، ولأن الرسول ﷺ لم يفسّر القرآن كلّه توقيفاً، بل ترك قسماً كبيراً للمجتهدين الأكفيا، في كل عصر، لينهضوا بفريضة الاجتهاد في استنباط الأحكام فيما لم يبلغه تفسير الرسول ﷺ، إذ لا يمكن أن يبقى جزء من القرآن الكريم دون تحليل، وتفسير، واستنباط، أو تأويل، فضلاً عن الاجتهاد في التطبيق، بما يكون للظروف الجديدة المحتفّة بالواقعية من اعتبار خاص لا يمكن تجاهله، أو إهماله، مما يُخرج الواقعة عن «مناطها العام»^(١) الذي يستند إليه حكم الأصل في الأحوال العادية إلى «مناط خاص»^(٢) تقتضي حكماً هو أرجح من حكم الأصل بالنظر للظروف الاستثنائية ضمناً لمشروعية «مآل التطبيق»^(٣) وتحقيق الصالح العام الذي هو أمانة «العدل» في الحكم الاجتهادي الجديد، وهو ما أدركه الإمام الشاطبي ببصيرته الوقّادة النافذة، إذ يقول: «النظر في مآلات الأفعال، معتبرٌ، مقصودٌ شرعاً»^(٤). هذا وضماناً لتفادي المآلات الممنوعة في التطبيق، رسم الأصوليون «خططاً تشريعية». ألزم الأصوليون المجتهد بالرأي بأن يكون اجتهاده على وفقها، مما سيأتي البحث فيه.

(١) «الموافقات»: (٩٣/٤).

(٢) المرجع السابق.

(٣) (١٩٦/٤).

(٤) «الموافقات»: (٤/ ١٩٦ وما يليها).

وفي هذا المعنى يقول الإمام في وجوب إعمال الرأي الاجتهادي^(١) في القرآن الكريم، بما يؤكّد فرضيته المُحكّمة، ووجه الضرورة التي تقتضيه، فيما نصّه: «إعمالُ الرأي في القرآن جاء ذمّه، وجاء أيضاً ما يقتضي إعماله... والقول فيه، أن الرأي ضربان:

أحدهما: جارٍ على موافقة كلام العرب، فهذا لا يمكن إهمال مثله لعالم، لأمور:

أولها - أن الكتاب لا بدّ من القول فيه، ببيان معنى، واستنباط حكم، وتفسير لفظ، وفهم مراد، ولم يأت ذلك عمّن تقدم^(٢)، فإما أن يُتوقّف دون ذلك، فتتعطل الأحكام كلّها، أو أكثرها، وذلك غير ممكن، فلا بدّ من القول فيه بما يليق.

وثانيها - أنه لو كان كذلك^(٣)، للزم أن يكون الرسول ﷺ مبيّناً ذلك بالتوقيف^(٤)، فلا يكون لأحد فيه نظر^(٥)، ولا قول. والمعلوم أن الرسول ﷺ لم يفعل ذلك، فدلّ على أنه لم يكلف به على ذلك الوجه، بل بيّن منه ما لا يُوصل إلى علمه إلّا به، وترك كثيراً مما يُدرکه أرباب الاجتهاد باجتهادهم^(٦).

ثالثاً - أن الصحابة كانوا أولى بهذا «الاحتياط» من غيرهم، وقد علّم أنهم فسّروا القرآن على ما فهموا، ومن جهتهم بلغنا تفسير معناه، والتوقيف ينافي هذا، فإطلاق القول بالتوقيف، والمنع من الرأي لا يصح^(٧)، وكون المنع من الاجتهاد بالرأي غير صحيح لأنه يستلزم وجوب إعماله شرعاً.

هذا، وإذا كان للظروف الطارئة والمتغيّرة تأثيرٌ بالغٌ في إعادة تشكيل علّة الحكم

(١) المرجع السابق: (٤٢١/٣).

(٢) المرجع السابق: (٤٢١/٣).

(٣) المرجع السابق.

(٤) و«التوقيف» معناه الوحي أو الإعلام بما جاء به الوحي.

(٥) «نظر» أي: اجتهاد بالرأي.

(٦) المرجع السابق: (٤٢١/٣).

(٧) المرجع السابق.

التي هي سبب تشريعه أصلاً، بحيث يصبح للواقعة بظروفها الجديدة مناًظ خاص^(١)، يختلف عن مناطها الأصلي العام الذي على أساسه شرع لها الحكم أولاً عَرِيَّةً عن هذه الظروف الطارئة الجديدة، فإنَّ هذا يقتضي حتماً وبالضرورة أن يُشرع لها حكم اجتهادي جديد، يناسب الظروف الجديدة، لسبب بسيط، هو أنَّ الحكم الاجتهاديّ الواحد إنما يستمرُّ إذا تماثلت الظروف الملازمة له، ولا يمكن أن يستمرَّ عند اختلافها وتغايرها، لما قدّمنا، من أن هذا التغيُّر ذو تأثير بالغ على مآل تطبيق الحكم، وقد يكون هذا المآل غير مشروع أصلاً، لأنه ينافي «مقاصد الشريعة» التي هي المباني الأصلية للمصالح العامة، والفردية الحقيقية المعتبرة شرعاً.

وأيضاً، الشارع الحكيم، لم يشرِّع أحكامه ليكون تطبيقها في ظلِّ من الظروف الجديدة، نتيجة لتطور الحياة بالناس، مفضياً إلى نتائج محرمة، لا يقرُّها الشارع الحكيم، فوجب حتماً، مراعاة هذه الظروف، إِبَّان الاجتهاد التطبيقي الذي ينبغي أن يبقى قائماً ومستمرّاً، استمراراً سُنَّةً تطور الحياة بالناس، للحيلولة دون المصير إلى المآلات الممنوعة شرعاً، ومنعاً من التطبيق الآلي غير المستبصر الذي يعبرُ أصدق تعبير عن الجمود الفقهي، أو التعصب المذهبي، لأنَّ الأوَّل معناه - كما حدَّده الفقهاء والأصوليون - قولٌ بلا دليل، وأما التعصب الفقهي، فلا يعدو أن يكون التزاماً بقول الغير، عن حماقة أو هوى جارف، أو متابعة عمياء، وكلُّ ذلك محرَّم شرعاً - كما قدّمنا - إذ الحق لا يدور مع الهوى!

وأيضاً، رعاية «مقاصد الشريعة» واجبةً شرعاً، بلا نزاع، لأنها مباني المصالح العامة والحقيقية التي اتجهت أحكام الشريعة كلّها - الكلِّية والجزئية - إلى تحقيقها، فعلاً - كما قدّمنا - والأحكام هذه تغدو مجرد وسائل اتخذها الشارع الحكيم لتحقيق تلك المقاصد الأساسية، ومعلوم - شرعاً ومنطقاً - أن لا عبرة بالوسائل إذا تقاعدت عن تحصيل مقاصدها وغايتها في المجتمع، إذ العبرة بالغاية! ويقول الإمام مالك، في هذا المعنى: «كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل»^(٢). ولهذا أرسى الإمام

(١) «الفقه المقارن» ص ٣٧ وما بعدها للدكتور محمد فتحي الدريني.

(٢) وراجع أيضاً: «قواعد الأحكام» للعز بن عبد السلام: (١٦٢/٢).

الشاطبي ذلك الأصل العظيم الذي ثبت في الشريعة، عن طريق الاستقراء التامّ المفيد للقطع واليقين الذي يقضي أنّ النظر في مآلات الأفعال بما يشمل «المآلات» - الواقعة والمتوقّعة - معتبرٌ مقصودٌ شرعاً، ومنه تفرع «مبدأ الاستحسان»، والاستصلاح، وسدّ الذرائع، وهي مبادئ أو قواعد تنهض عليها «سياسة التشريع» في الإسلام التي تعتبر «قسماً» للفقهاء الإسلامي، على ما سيأتي تفصيل القول فيه، ولا جرم أنّ هذا الأصل، وما يتفرّع عنه من مبادئ متفق عليها أصولياً، وفقهياً، هي منافية رأساً، للجمود الفقهي^(١)، والتعصب المذهبي الأعمى من باب أولى، إذ كلاهما، قولٌ بالهوى أو رأيٌ بلا دليل، لمكان التقليد فيهما، وعدم مراعاة الظروف المتغيرة، إنّ في التطبيق العملي، أو الاجتهاد الاستنباطي.

إنّ اطراح هذا الأصل العظيم من وجوب النظر في المآلات الواقعة والمتوقّعة، وهدم ما تفرع عن هذا الأصل، من مبدأ سدّ الذرائع، والاستحسان، والاستصلاح، فضلاً عن التخلّي عن مبدأ الاجتهاد بالرأي برئته، بما هو فريضة كفائية محكمة إلى يوم القيامة! وبما يترتب على هذا التخلّي المحرّم قطعاً، من تعطيل التكليف، وإهدار الأحكام الاجتهادية المناسبة لكل عصر. أقول: إن اطراح ذلك كلّ ممنوع في الشرع، ومحرّم، بلا نزاع، وإلى هذا المعنى، أشار بعض العلماء الفضلاء من المحدثين، من مثل شيخ الأزهر سابقاً عبد الرحمن تاج، إذ يقول في كتابه «السياسة الشرعية» ما نصّه: «وهذا الاستنباط الذي تُستخرج به المعاني من بواطن النصوص، وبه يُعرف مُراد الشارع من أقواله، ويوقف على أسرار تشريعه، جهد الاستطاعة، هو الذي مكّن للفقهاء من سلف الأمة الإسلامية، أن يجدوا في شريعة الإسلام كلّ ما يحتاجون إليه، في الفتيا، وفي الحكم، وفي القضاء، وفي كلّ ما فيه إصلاح الجماعة الإنسانية، وتمكين روابطها، والنهوض بها من كمال إلى ما هو أكمل منه، وهو الذي يجب أن يتابعهم عليه الفقهاء في كلّ عصر، حتى يُوفّى للشريعة بكل «مقاصدها» ويحقّق لها

(١) الجمود الفقهي إنما هو وقوف عند حدّ المنقولات عن الغير، يرددها الغير دون أن يستند في قول إلى دليل من عنده، بل هو مجرد محاكاة ودون اجتهاد.

أغراضها، من تحصيل المصالح، ودزء المفساد^(١).

ويضيف إلى ذلك قوله، مؤكداً وجوب تحريّ مقاصد الشريعة، إن في التفهم، أو الاستنباط، أو التطبيق، فيما نصّه: «هذا، والفقه الذي يوقّف به على مقاصد الشريعة وأغراضها، هو الذي يحدو بالفقهاء أن يعدلوا عن فتاوى وأحكام كانت لهم^(٢) في بعض المواطن، ليفتوا على خلافها وأنّ تغير الرأي، وعدول الفقيه عن اجتهاده الأول، ليس سببه - في جميع الأحوال - راجعاً إلى تبين وجه الصواب عبد الخطأ، ولا إلى ظهور دليل قويّ كان خافياً عليه من قبل، ولكنه كثيراً ما يكون سببه، تغاير الظروف^(٣).

الجمود الفقهي أو التعصب المذهبي، منافٍ لمقاصد الشريعة، ومضادّ لمقصد الشارع من وضعها ابتداءً

ولهذا، كان الجمود الفقهي، أو التعصب المذهبي، يتنافى بداهةً مع مقتضى «مقاصد الشريعة» وأغراضها، وذلك مضادّ للشارع رأساً - كما ترى - ومعلوم أن مضادة الشارع باطلّة، فما يؤدّي إليها باطل مثله.

هذا شيء، وشيء آخر، هو أن الشريعة إنما وضعت، وأنزلت ابتداءً، من أجل تحقيق «مقاصدها» في الخلق، فإذا أهدرت أحكامها بالتعطيل، لم يبق للشريعة تفسير معقول لإنزالها أصلاً، وهذا محرّم بالضرورة^(٤).

من أجل هذا، وجدنا الإمام الشاطبي، يشترط في أهلية الاجتهاد العلم بمقاصد الشريعة أولاً، وما عداها من «المعارف» تعتبر في نظره «خادمة لها» خلافاً للشروط التي اشترطها سار الأصوليين، على ما سيأتي بيانه.

(١) «السياسة الشرعية، والفقه الإسلامي» للشيخ عبد الرحمن تاج ص ٦٠.

(٢) «تاريخ الفقه الإسلامي» للدكتور محمد يوسف موسى: (٢/ ٥ وما يليها).

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق: (٢/ ٨ وما يليها).

أنواع الاجتهاد في الشريعة:

وعلى هذا فيمكن استخلاص أنواع الاجتهاد في الشريعة، وأنه - على التحقيق - ثلاثة أنواع:

الأول: الاجتهاد في النصوص، وتعليلها، استشرافاً إلى «مقصد الشارع» من كل منها، لأنه الغاية لكل حكم في المعاملات.

الثاني: اجتهاد في تطبيق النصوص، برعاية الظروف القائمة أثناء التطبيق، والنظر فيما عسى أن يُسفر عنه هذا التطبيق - بتأثير الظروف القائمة أو المتوقع قيامها من مآل، متوقع، إذ يُكَيَّفُ الفعل - ولو كان في أصله مشروعاً - بالمشروعية وعدمها، في ضوء ذلك المآل الجديد، لأن النظر في مآلات الأفعال - كما قدّمنا - معتبرٌ مقصودٌ شرعاً، رعايةً لمقاصد الشريعة التي أنزلت من أجل تحقيق تلك المقاصد في المجتمع الإسلامي، بل في الناس كافة!

الثالث: الاجتهاد فيما لا نصّ فيه، وهو لا يقلُّ أهمية وأثراً في تدبير شؤون الأمة، في جميع نواحي حياتها عن الاجتهاد في النصوص، إن في الأحوال العادية، أو الاستثنائية سياسياً، أو اقتصادياً، أو اجتماعياً. هذا، وكان «عمدة» الصحابة من السلف الصالح في الاجتهاد، هذا النوع الأخير منه، استهداءً بقواعد الشريعة العامة، ومقاصدها الأساسية، أي بروح التشريع العامة، وفي هذا المعنى يقول الإمام العز بن عبد السلام في كتابه القيم «قواعد الأحكام». ومن تتبع المصالح والمفاسد، حصل له من مجموع ذلك، اعتقاد، أو عرفان، بأن هذه «المصلحة» لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة، لا يجوز قربانها، وإن لم يردّ فيها نصّ خاصّ، ولا إجماع، ولا قياس، لأن فهم «نفس الشرع» يوجب ذلك^(١)، أي استيحاءً من أصول الشريعة، وقواعدها العامة، ومقاصدها الأساسية، لأنها «أصول يقينية».

يدلُّك على هذا، أن المجتهدين في القرن الثاني الهجري^(٢) - على سبيل المثال -

(١) «قواعد الأحكام»: (٢/ ١٦٢).

(٢) «الموافقات في أصول الشريعة»: (٤/ ١١٤) للإمام أبي إسحاق الشاطبي، بتعليق الشيخ عبد الله دراز.

كانوا على إحاطة تامة بأصول الشريعة، وأسرارها، ومقاصدها الكبرى في المجتمع البشري، وبالأدلة التي تستند إلى تلك الأصول، وتتفياً غاياتها، متمكنين من تبيين أنواعها، متبصرين بوجود الاستدلال بها، وبطرق دلالاتها العبارية الظاهرة، ولوازمها العقلية، بعد الركون إلى «حُجِّية» تلك الطرق، استثماراً لطاقت نصوص الشريعة في الإبانة عن مُراد الشارع، وما شرَع من الأحكام الكلية والجزئية، بما هي وسائل شرعها لتحقيق مراداته في أوسع مدى.

ذلك، لأنهم تفقَّهوا بسلفهم الصالح من الصحابة الذين كانوا قد اقتعدوا قَمَّة الاجتهاد الفروعِي، للحوادث المستجدة والمتكاثرة، إن في الحكم، أو القضاء، أو الفتيا، وإن كانت «أصول» تلك الأحكام مستقرة في نفوسهم، بالقوة، أو بفطرتهم النقية، استقرار اللغة وبلاغتها، وأسرارها في البيان، ولكن هؤلاء التابعين في القرن الثاني، سلكوا سبيل الاجتهاد التأصيلي^(١) الذي قوامه، تقعيد القواعد العامة، وتأصيل الأصول الكلية، لضبط عملية التفكير الاجتهادي، والتوجه الاستنباطي التشريعي بوجه عام، ضبطاً يجعله علمي الاتجاه، موضوعي النظر، نزيه الغرض، منصباً همُّه على تبيين مقصد الشارع في كل نص، أو حكم، بسبر أغوار معناه، أو معنى معناه، وتحديد «غاية» الشارع من تشريع حكمه، لما «للالغاية» من أثر على تحديد «نطاق تطبيق الحكم» بما يجعل النص أو «الحكم» الوارد موردَ الخصوص، يجعله عامّاً من حيث المعنى في كافة مواقع علته.

على أن هذا الاجتهاد المستقل بشقيّه: «التأصيلي والفروعِي» بما ينطوي على عبء ثقيل في التأصيل والتفريع، نظراً، وتطبيقاً، وبما يترك من أثر بالغ في حياة المجتمع الإسلامي، حاضراً ومستقبلاً - كما ترى - كان «فريضة محكمة» في شريعة الإسلام، فالإمام الشافعي يصرح بهذا المعنى، في رسالته الأصولية التي تُعدُّ السَّفر الأول في علم الأصول: تأليفاً، وتدقيقاً، وتكاملاً، وشمولاً، إذ يقول: «إنَّ الله ابتلى عباده بالاجتهاد، كما ابتلاهم بسائر «فرائضه»^(٢) ويؤكد هذا المعنى من فرضية

(١) «مجمع البحوث»: ج ١ للفاضل ابن عاشور.

(٢) «الرسالة» ص ٥٠ للإمام الشافعي، تحقيق: شاکر.

الاجتهاد بالرأي، بل يرفعه إلى مقام «العبادة» على النحو الذي رفعه الشافعي الإمام الغزالي، إذ يقول: «إِنَّ تَجَسُّمَ الْعَقْلِ بِالْفِكْرِ، كَتَجَسُّمِ الْجِسْمِ بِالْعِبَادَةِ»^(١) وكلاهما فرض!

هذا، والرسول ﷺ يعلن على الملأ، أن الاجتهاد - بما هو ضرورةً تشريعيةً وحيويةً، لتدبير أمور الأمة، على ضوء «حقيقة الإسلام» بقوله: «يبعثُ الله تعالى لهذه الأمة، على رأسِ كلِّ مائةِ سنةٍ، من يجدد لها دينها»^(٢) فالتجديد المشار إليه في قول الرسول ﷺ الآنف، لا يعني تغيير نصوص الشريعة، لأنَّ هذه النصوص وحيٌّ منزَّل، قد ارتبطت به الشريعة ارتباطاً أبدياً، وإنما المقصود: بيان «حقائق الإسلام» وتجلية مفاهيمه الأساسية التي يقوم عليها كيانه التشريعي، والعقائدي، والعبادي، والخلقي، إذ بتقادم العهد، وكُرِّ السنين، ربما يرين على تلك «الحقائق» والمفاهيم الإسلامية ظلماتٌ وسحبٌ كثيفة من الفكر المستورد المنافي، أو التيارات الثقافية الوافدة المعادية، أو من المبتدعات العرفية المحلّية القارّة، فتحسب خطأً، أو افتراءً، أنها من صميم مفاهيم الإسلام، وهي - في الواقع - على النقيض منه، فلا بد من تجلية الأمر في كل عصر، وإظهار «الحقائق» علمياً، وهذا - دون ريب - يفتقر إلى اجتهاد، وبحوثٍ علميةٍ متعمقة، للوصول إلى «جوهر الدين» بما ينزع عنه شوائب التزييف، وينقيهِ مما عسى أن يكون قد لصق به، من تشويه أو ادعاء أعداء الإسلام في كل عصر، ولا سيما المستشرقون وغيرهم ممن خفّ وزن الدين في نفسه، وأضحت ضمائرهم مدخولة من التُّرّهات والافتراءات، ليخفوا عن الناس «حقيقة الإسلام الناصعة»، وهذا الأمر قد بلغ حدّاً من الأهمية، أن افتقر إلى بعث مجتهدين أحقّاء بهذا الاسم، على نحو ما بعث الله رسلاً مكرّمين بررة، وهذا المعنى قد قرره الإمام الشاطبي، حيث يقول:

(١) «المستصفي».

(٢) إذ يقول ﷺ: «إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مئة سنة، من يجدد لها دينها» [أخرجه أبو داود:

٤٢٩١، من حديث أبي هريرة].

«إذا بلغ الإنسان مبلغاً^(١) يفهم فيه عن الشارع قَصْدَهُ في كل مسألة من مسائل الشريعة، وفي كل باب من أبوابها، فقد حصل له وصف هو «سبب» في تنزُّله منزلة النبي ﷺ في التعليم والفتيا، لما يحمل بين جنبيه، من معاني النبوة، وإن لم يكن نبياً»، ولا ريب أن قيام المجتهد بهذه «المهمة» التي خَلَفَ النبي في تحمُّلها، يعتبر واجباً قطعاً، فالاجتهاد بالرأي واجبٌ كفايٌّ، وبه يُرفع مقام المجتهد الحق إلى مقام النبوة، بالنظر إلى تلك المهمة الكبرى التي يضطلع بها، وللمعاني النبوية التي تخفُّق بين جنبيه لبلوغه مبلغ الاجتهاد في أعلى مستوى، وإن لم يكن نبياً^(٢).

على أن الإمام الشاطبي، وفي هذه المسألة حقها، من البيان، بما لم يُسبق إليه، وأقام الأدلة على أن المجتهد تنتقل إليه تكاليف النبوة عينها، تبليغاً، وبياناً، وتنفيذاً، وقضاءً، وحكماً، ولا سيما عند الافتقار إليه في عصره، وبيئته، وغيرها من البيئات الإسلامية، بقوله فيما نصَّه: «إن العالم، وارثُ النبي ﷺ، فالبيان^(٣) في حقه لا بدَّ منه، من حيث هو عالم، لما ثبت من كون العلماء ورثة الأنبياء، وهذا معنى صحيح ثابت، ويلزم من كونه وارثاً، قيامه مقام موروثه في البيان، وإذا كان البيان فرضاً على الموروث، لزم أن يكون فرضاً على الوارث أيضاً، ولا فرق في البيان، بين ما يفتقر إلى اجتهاد بالرأي، وبين ما هو بيِّن في نفسه». ولهذا، نرى الإمام يشير إلى هذا المعنى بقوله: «ولا فرق في البيان بين ما هو مشكل أو مجمل من الأدلة، وبين أصول الأدلة في الإتيان بها» على أن «التبليغ» الذي اضطلع به النبي ﷺ بمقتضى أمر الله تعالى إياه بذلك، في قوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ

(١) يشير الإمام الشاطبي إلى المجتهد المطلق المستقل، بقوله: «في كل مسألة وفي كل باب من أبوابها» دون التخصُّص في مسائل معينة أو باب معين، ويقول أيضاً: «يفهم فيه عن الشارع قَصْدَهُ» أي توافرت شرائط الاجتهاد التي تقدِّره على هذا الفهم، وأهمها أو في مقدماتها «مقاصد الشريعة».

(٢) المرجع السابق: ج ٣، «الموافقات»: (١٠٦/٤ - ١٠٧).

(٣) الخطاب الإلهي، موجَّه في الأصل، إلى الرسول ﷺ بوجوب بيان ما أنزل عليه، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤] فتنتقل مهمة البيان إلى المجتهد، بكونه وارثاً للنبي ﷺ في مهماته من البيان والتبليغ، والقضاء، والفتيا، والحكم، والتنفيذ، والتبليغ - لا شك - ضرب من البيان، لأن التبليغ الوظيفة الأولى للنبوة، «الموافقات»: (٣٠ / ٣).

تَفَعَّلَ مَا بَلَّغْتَ رَسُولَكَ ﷺ [المائدة: ٦٧] مأمور به المجتهد الوارث، لقيامه مقام النبي ﷺ، وهو نوع من البيان، فأصل التبليغ بيان لحكم الشريعة^(١)، وهذا ينافي التقليد، والتعصب المذهبي بالضرورة كما ترى.

على أن الأدلة متضاربة في الشرع على تحريم كتمان أحكام الشريعة، أو إهمالها، أو عدم الاجتهاد في تبينها، مهما تغيرت الظروف استجابةً لحاجة الناس، في تدبير شؤونهم، بأحكام الشرع، بقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَىٰ مِنْ بَدَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّعِينُونَ﴾ [البقرة: ١٥٩]. على أن وجوب «البيان» هذا، شامل للبيان الابتدائي^(٢) للنصوص الواردة، والتكاليف الموجبة، وشامل أيضاً لأصول الأدلة، أي بيان المبلَّغ^(٣).

هذا، والبيان إذا كان ثمرة لاستبطن النصوص، وإدراك عميق أسرارها، واستشراف مقاصد الشارع منها، كان ذلك استمراراً بالبيان إلى أقصاه، وإتياناً به على الوجه الأكمل والأوفى^(٤)!

وكذلك فيما يتعلّق بالاجتهاد بالرأي فيما لم يرّد فيه نصّ، إذ كان هذا النوع من البيان الاجتهادي، هو «عمدة» الصحابة، كما قدّمنا. فثبت قطعاً، أن المجتهد المستقل، إذ يحمل بين جنبيه معاني النبوة، وإن لم يكن نبياً - على حدّ تعبير الإمام الشاطبي فإنه - على التحقيق - يحمل «أمانات ووظائف النبوة الثقال»، إذ لا معنى لهذا الأصل عملاً، إلا بما يستلزم من «تكاليف» تلك «الأمانات»، وإلا ما كان لوصفها بذلك، أي معنى!! فصحّ أن كلّ ما هو موجّه إلى النبي ﷺ من الأوامر، والتكاليف على اختلاف طبائعها وأنواعها، هو بعينه موجّه إلى «المجتهد الحق» لقيامه مقامه ﷺ في مهمّاته ووظائفه، على مرّ العصور، فالله تعالى يأمر رسوله بالتبليغ، بقوله سبحانه:

(١) المرجع السابق: (٣/ ٣١٠).

(٢) البيان الابتدائي وهو أصل التبليغ.

(٣) المرجع السابق ص ٣١٠ - ص ٣١١.

(٤) المرجع السابق.

﴿يَأْتِيهَا الرُّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ مَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُ﴾ [المائدة: ٦٧].
والله تعالى يأمره أيضاً بالبيان - وحيّاً واجتهاداً - فالمجتهد كذلك، باستثناء تلقي الوحي.

ومن البيان التشريع الاجتهادي لكل عصر بما يناسبه، كما أشرنا، لقوله عز وجل:
﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤]. وقوله جلّ شأنه، فيما يتعلّق بالحكم أيضاً، قضاءً، أو ولاية أمرٍ، إذا استفتي، أو تولّى تدبير شؤون الأمة:
﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٥] غير مطّرح «مبدأ الشورى» لقوله عز وجل: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩]. وقوله تعالى: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: ٣٨] ولا سيما فيما لم ينزل فيه نصّ، وتعلّق الأمر بالصالح العام.

هذا، وقد استند كثيرٌ من علماء الأصول، والمفسّرين إلى قوله تعالى: ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٥] في تقرير أن الرسول ﷺ كان يتولّى أمر «الاجتهاد بالرأي» إذ أعوزه الوحي، أي تأخّر عنه، فلم ينزل عليه في الوقائع والنوازل المعروضة، ووجه ذلك: أنّ «الإراءة» في الآية الكريمة التي تلونا ﴿بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٥] لا يمكن أن يُصرف معناها إلى «الإراءة الحسيّة» من «الرؤية بالعين الباصرة» لأن «الأحكام الشرعية» التي يُراد الحكم بها، أمورٌ «معقولة» لا محسوسة، كما لا يسوغ أن تكون «الرؤية» من «العلم» لأنه لا يوجد في الآية الكريمة، إلّا «مفعولان»، بينما الرؤية العلمية تحتاج إلى ثلاثة مفاعيل، فلم يبق إلّا أن تكون من «الاجتهاد بالرأي»^(١)، وإذا كان في الآية الكريمة احتمالان:

أحدهما: ﴿بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٥] أي بما نُصّ عليه في الكتاب العزيز.
وثانيهما: أن المراد ﴿بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٥] من خلال «اجتهادك، ونظرك» في أحكام الكتاب وأدلته، فإن في هذا - على الراجح - دليلاً على أنه ﷺ كان يجتهد

(١) «كشف الأسرار»: (٣/ ٢٠٧)، «فوائح الرحموت مع متته مسلم الثبوت»: (٢/ ٢٦٨)، «أصول التشريع الإسلامي»، علي حسب الله ص ٧٤، «الاجتهاد في الشريعة الإسلامية» ص ١٣ للاستاذ الوافي المهدي.

فيما لا نصّ فيه، حتى ينزل الوحي، مصوّباً، أو مخطئاً، بل قد وقع هذا من الرسول عليه الصلاة والسلام فعلاً في مواطن عدة، فالمجتهد إذن مطلوب منه أن يقوم بمهمّة الاجتهاد، لا محالة، كلما أعوز الأمر ذلك، لقيامه مقام الرسول ﷺ في ذلك، والاجتهاد أمرٌ واقع بالنسبة إلى الرسول ﷺ وهو أشار إليه كثير من علماء الأصول، ومن المفسّرين، كابن العربي، إذ يقول: «أي بما أعلمك، وذلك، بوحي، أو نظر»^(١) أي: اجتهاداً بالرأي، فكان المجتهد إذن مطلوباً بهذا النظر الاجتهادي من باب أولى، إذ لا صلة للمجتهد بالإيحاء الإلهي الموصولة أسبابه بالسماء، فتعيّن النظر الاجتهادي! وحصيلة ما مرّ، أنّ المجتهد الحق، ذو أمانة فكرية وعلمية عليه أداؤها قطعاً، ولا يجوز - في حكم الإسلام - خيانتها أو اغتيالها، بالتقليد، أو الانتحال، ولأن قيام المجتهد مقام النبوة هو في جوهره أمانة عظيمة دينية، قبل أن تكون أمانة الفكر والعلم، بل هي نوع من «أنواع الجهاد» فريضة محكمة، ماضية إلى يوم القيامة، بدليل ما رَوَيْنَا آنفاً: «إِنَّ اللَّهَ يَبْعُثُ عَلَى رَأْسِ كُلِّ مِائَةِ عَامٍ، لِهَذِهِ الْأُمَّةِ مَنْ يُجَدِّدُ لَهَا دِينَهَا»^(٢) ولأنّ الاجتهاد بالرأي من أهله، أمرٌ يتوقف عليه «استقامة أمر الدين» في تدبير شؤون الدنيا، وشؤون الأُمّة، وقايةً وعلاجاً، وتنميةً وحفظاً، وإذا كان هذا الأخير واجباً، فالأوّل مثله، من باب ما لا يتم الواجب إلّا به، ولهذا، لا يمكن أن تتمّ الاستجابة للحاجات والوقائع المستجدة المتنوعة، والمتكاثرة، عبر العصور، بحكم سنّة التطور الماضية في الخلق، ثمرةً لطبيعة الفكر الإنساني المبدع فطرةً إلّا به. فالإسلام إذ يفرض الاجتهاد بالرأي في أدلة كتابه العزيز، فإنما يستجيب لواقع خصيصة الإبداع الفكري المغروسة في الفطرة الإنسانية نفسها، وإلّا كان التخلف، والانتكاس، والمعاندة، وهذا مما لا يتفق وأصول الإسلام قطعاً، إذ قد اتجهت «إرادة الخالق» - جلّ وعلا - إلى إقامة «مقاصد الشريعة» المبنية على اعتبار «المصالح» من

(١) «أحكام القرآن»: (١/ ٢٠٧). والمقصود بالنظر هو «النظر الاجتهادي» كما هو واضح، لأنه، قسيم

الوحي الإلهي، وهو ما أشار إليه الشاطبي بقوله: «الشريعة - أي الفقه - (وحي ورأي)».

(٢) أخرجه أبو داود: ٤٢٩١، من حديث أبي هريرة، وانظر «الموافقات»: (٤/ ١٠٦).

حيث وضع الشارع لها، لا من حيث مطلق إدراك المكلف إياها، وهذا، لا يمكن تحقيقه فعلاً إلا بالاجتهاد بالرأي، بلا مراة!!! فثبت أن «التقليد» منافٍ قطعاً لهذا الأصل العام.

على أن الإمام الشاطبي، يُضيف إلى ذلك، أمراً هاماً في الاستدلال على «فريضة الاجتهاد بالرأي» من أهله، استنباطاً للحكم، وتطبيقاً له، وهو: أن «المصالح» إذا كانت تتكاثر، وتنوع، بحكم سُنّة التطور إلى أفضل، وأن نصوص الشريعة - على الرغم من اتساع مفاهيمها، ومرونة مقاييسها - محدودة، استلزم ذلك حتماً «الاجتهاد بالرأي» إذ لا يُجدي في هذا المقام «التقليد» وإلا تعطل التكليف، بل أدى هذا الوضع من القعود عن الاجتهاد بالرأي، والتخلي عن أداء أمانته، إلى «التكليف بما لا يطاق» لاختلال التوازن، وهو ما تأباه الشريعة كل الإباء، نصّاً، ومدلولاً، وروحاً، ومقاصد، فكان الاجتهادُ بالرأي ضرورةً دينيةً، وتشريعيةً، كما هو ضرورةٌ حيويةٌ ملحةٌ في كل عصر، إذ يقول في هذا الصدد ما نصّه: «لأن الوقائع في الوجود لا تنحصر، فلا يصح دخولها تحت الأدلة المنحصرة، ولذلك احتيج إلى «فتح باب الاجتهاد وغيره»^(١) فلا بدّ من حدوث «وقائع» لا تكون منصوصاً على حكمها. وعند ذلك، فإمّا أن يُترك الناس فيها، مع أهوائهم، أو يُنظر إليها بغير اجتهاد شرعي، وهو أيضاً «اتباع للهوى» وذلك كله فساد، فلا يكون بدّ من «التوقف» لا إلى غاية، وهو معنى «تعطيل التكليف لزوماً» وهو مؤدّ إلى تكليف ما لا يطاق»^(٢) وتفسير ذلك:

أن الإمام يشير بقوله «ترك الناس إلى أهوائهم» إلى أن افتقارهم إلى أحكام شرعية مجتهد فيها، لتهمين على الوقائع التي نزلت بساحتهم، وتقاءد المجتهدين عن إمدادهم بها، يلجئهم ذلك - لضرورة الحاجة - إلى أن يشرعوا هم من عند أنفسهم، حسب أهوائهم، أو بالاستعانة بما عند غيرهم من التشريعات القائمة على الهوى، أو النظر

(١) من الاستحسان، والاستصلاح، وسدّ الذرائع، والعرف، والبراءة الأصلية، فهي مصادر للاجتهاد فيما لم يزد بخصوصه نصّ من الوقائع «الموافقات»: (٤ / ١٠٤).

(٢) «الموافقات»: (٤ / ١٠٤).

العقلي المجرد الذي لا يستند إلى أصول الإسلام، أو استيحاء مقاصده، وهو معنى قوله أيضاً «أو ينظر إليها، بغير اجتهاد شرعي»، وذلك ضرب من اتباع الهوى، ويدخل في هذا «التقليد» لأنه قول بلا دليل، أو بغير اجتهاد شرعي في الوقائع النازلة أو الجديدة، كما يدخل فيه «التعصب أو الهوى المذهبي» لأنه تحكّم في الرأي لا يبرره دليل شرعي، والتحكّم ممنوع شرعاً، ولأنه لا مَنَعَ فيه من الجهة التي تعتبر «المصالح» الحيوية المعتمدة والمعتبرة في الأحكام الشرعية، ومعلوم أن التحكّم - بما لا يُقيم الدليل على توجّحها - يتنافى مع قاعدة اعتبار المصالح في الأحكام، وإلا ما كان تحكّماً أو تعصباً، فينبغي تحكيم شرع الله تعالى في الوقائع والأحكام، عملاً بقوله سبحانه: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: ٦٥] وسبيل ذلك بداهة، الاجتهاد بالرأي!

فالتحكّم المذهبي إذن، منافٍ رأساً للتحكيم الشرعي الذي نصّت عليه الآية الكريمة التي تلوّنا، إذ جاء على النقيض من التعصب تماماً، بأيّ لون من ألوانه، لأنه يتبغي نصرة مذهبه، لا نصرة شرع الإسلام.

التعصب المذهبي، عامل مؤثر في الإخلال بتوازن المجتمع الإسلامي، في بيئته المادية والمعنوية، وبيان ذلك:

أنّ من العوامل المؤثرة في توازن المجتمع - أيّ مجتمع - في بيئته المعنوية، هو «التشريع» بلا ريب، ذلك، أن التشريع هو الموجّه الأول للطاقات البشرية، لتقوم بوظائفها التي خلقت من أجلها، إن من ناحية «الدوافع النفسية» المشروعة التي يجب ترسيخها في الكيان البشري، والنابعة عن قيم هذا التشريع، ومثله العليا ذات الأثر البعيد، في توجيه السلوك الإنساني، أو بما ترسم هذه «القيم والمفاهيم الكبرى» من وجوب إقامة «المؤسسات» التي تجد فيها فعاليات الإنسان مراحاً واسعاً، لسعيه، وإنشاء علاقاته المختلفة الطبائع والغايات، ضبطاً لتلك الفعاليات، أن تشتت، أو تنحرف، أو تسيء استخدام موارد البيئة الطبيعية، مما يؤول ذلك، إلى «الإخلال بتوازنها» فينقلب ذلك ضرراً على المجتمع والأفراد، جرّاء هذا الاختلال! والدولة كذلك.

وعلى هذا، فإن اختلال توازن البيئة المعنوية الذي ينعكس بالضرورة على البيئة المادية، ومواردها، معناه «تعطيل مواردهما عن أداء وظائفهما الحيوية» في توفير المصالح الضرورية للفرد والمجتمع والدولة! أو بعبارة أخرى: الإخلال بالتوازن، إنما يعني «الحيلولة» دون أداء موارد البيئة المعنوية والمادية وظائفها في توفير ما تقتضيه المصالح العامة، والخاصة، وهذه هي «مقاصد الشريعة» الواجب تحقيقها فعلاً في المجتمع، وإلا هُدم جزء منها، أو مُعظمها، وهو ثمرة اختلال التوازن الناشئ عن التعطيل. والتشريع الإسلامي، يعتبر أكبر مورد معنوي أوحى به الله تعالى، ليكون «نعمة للعالمين». وجاء ذلك بصريح النص، من قوله تعالى: ﴿أَيُّومَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ [المائدة: ٣] ولا تقلُّ نعمة الإسلام، عقيدة، وعبادة، وآداباً، وتشريعاً، عن أي نعمة أخرى من الموارد المادية في البيئة، والمجتمع، بل الإسلام هو «النعمة العظمى» التي لا تدانيها نعمة في هذا الوجود، فتعطيل أحكامه أو تكاليفه - كما يقول الإمام الشاطبي - جزاء التعصب المذهبي، أو الجمود الفقهي، أو التقليد المجرد، دون اجتهاد أو دليل، هذا «التعطيل» هو في جوهره حيلولة، دون الأحكام الشرعية، وما تضمنت من تكاليف، أن تقوم بوظائفها التي تؤول إلى تحقيق «مصالح» الناس الحيوية، المادية والمعنوية على السواء، وإذا كانت «العصبية المذهبية» أو الجمود الفقهي، وسيلة إلى هذا التعطيل، وهو مأل غير شرعي - كما ترى - فالوسيلة تأخذ حكم غايتها، شرعاً وعقلاً، أو كما يقول الإمام الشاطبي: «النظر في مآلات الأفعال، معتبر مقصود شرعاً» أي أن الأفعال تتكئف شرعاً من حيث المشروعية وعدمها، في ضوء مآلاتها^(١)!

فكان التعصب المذهبي، أو الجمود الفقهي إذن محرماً شرعاً، بتحريم غايته، أو بعدم مشروعية ما يُفضي إليه كل منهما، من «مأل» ممنوع، من شأنه أن يُخل بتوازن المجتمع الإسلامي مادياً ومعنوياً، كما بينا!

(١) «الموافقات»: (٤/ ١٩٦ وما يليها)، و«أصول الفقه الإسلامي» للشيخ مصطفى شلبي ص ٢٤.

التعصب المذهبي أو الجمود الفقهي يتعارض مع أوضاع القرآن في البيان الذي من لوازمه، استمرارُ الاجتهاد بالرأي في كل زمن وبيئة، فرضاً كفائياً، وتفسير ذلك:

إن مما ينبغي إضافته إلى كل ما تقدم من أدلة وجوب الاجتهاد بالرأي، في كل عصر، وبيئة، لحفظ التوازن في المجتمع، وعدم تعطيل التكليف، وسداداً للحاجات المتكاثرة، والمتنوعة، أن هذا الاجتهاد المفروض كفائياً، من لوازم «أوضاع القرآن الكريم في البيان»^(١) بمعنى أن «فطرة النظم القرآني» بما يتسم به، من الإجمال والعمومية، في مبادئه، وبما اتخذ من أسلوب كلي في بيانه للأحكام، فلم ينزل إلى التفصيلات إلا في القليل، وعلى أساس أن هذه «التفصيلات» قد جاءت تطبيقاً للكليات، أقول: هذه الأوضاع التي أحدثها منهج القرآن الكريم في بيانه للأحكام، وتشريعه لها، وبأسلوب متميز على غاية من البلاغة والإعجاز، يفتقر إلى الاجتهاد بالرأي لتفهمه ضرورة، وتطبيقه على الجزئيات الطارئة، بامعان النظر في عمق معانيه، وما تقوم عليه هذه المعاني من أسرار، وعِلَلٍ، وما تستشرفه من مقاصد عليا، يتوخى الشارع تحقيقها في المجتمع الإسلامي، عبر هذه المبادئ، والقواعد الكلية، والمفاهيم الكلية.

فالاجتهاد بالرأي من لوازم هذه الأوضاع البيانية في القرآن الكريم، لاستخلاص الحكم الشرعي التفصيلي، لكلِّ حادثة تطرأ، ولم يرز فيها نصٌ بخصوصها، والتعليل لا يعدو أن يكون سبيلاً متعيّناً للاجتهاد بالرأي، في أحد مظاهره، لا نُذْحَة عنه، والجمود الفقهي، والتعصب المذهبي، مناكِرٌ لذلك كلّهُ، ولا يتفق مع منهج القرآن الكريم، في تقريره للأحكام، على نحو كليّ، بداهةً.

يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد ما نصّه: «تعريف القرآن بالأحكام الشرعية، أكثره كليّ، لا جزئيّ، وحيث جاء جزئياً، فأخذهُ على الكلية»^(٢)، إما بالاعتبار^(٣) أو بمعنى الأصل^(٤).

(١) «المثالية والواقعية» للشيخ مصطفى شليبي ص ١٤٢ وما يليها.

(٢) أي: تطبيقاً للكليات على هذه الجزئيات، فلا تخرج الجزئيات عن الاندراج تحت كلياتها.

(٣) أي: باعتبار المآلات. (٤) أو بالقياس القائم على التعليل.

«ويدل على هذا المعنى - بعد الاستقراء المعتبر - أنه^(١) محتاج إلى كثير من البيان»^(٢) أي بالاجتهاد.

وعلى هذا، فلا يجوز التخلي عن فريضة الاجتهاد المتواصل، بحال، بياناً للقرآن الكريم، واستخلاًصاً للأحكام الجزئية لكل الوقائع الطارئة، ولا جرم أن «التوقف» عن الاجتهاد، يؤدي إلى تعطيل التكليف، كما مرّ، أو اللجوء إلى الجمود الفقهي، أو إلى التعصب المذهبي، وهو هوىٌ مُتَّبِعٌ، يتنافى مع الغرض الأصلي الذي أنزلت من أجله الشريعة كلها، إذ «ما جاءت الشريعة إلا لتخرج الناس عن دواعي أهوائهم»، ولأنّ «الهوى» محالٌّ أن يكون قريباً للحق، ولا أن يكون الهوى علةً للحق، إذ لا يدور الحق مع الهوى، لأن النقيض لا يدور مع نقيضه، وجوداً وعدمًا، إذ النقيضان لا يجتمعان، عقلاً وشرعاً، ولأن الهوى متقلّب، والحق ثابت! وإلا ما كان الحق حقاً، ولأن مفهوم الحق شرعاً، هو الموجود الثابت! ولهذا، أشار القرآن الكريم نفسه إلى هذه «المعاني» بقوله سبحانه: ﴿وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ﴾ [المؤمنون: ٧١]. ولهذا، كانت «مقاصد الشريعة» هي «كلياتها» المعنوية التي تفتقر دوماً إلى الاجتهاد بالرأي، ليتمكن تطبيقها على كل ما يجدر من الوقائع التفصيلية إذا لم يرزُ بخصوصها، دليل خاص.

يقول الشاطبي، في هذا الصدد: «فإذا نظرنا إلى رجوع الشريعة إلى كلياتها المعنوية، وجدناها قد تضمّننا القرآن الكريم على الكمال، والقرآن فيه بيان كل شيء، فالعالم به عالم بجملّة الشريعة، ولا يعوزه منها شيء»^(٣).

الأصل العام وجوب تعليل نصوص القرآن الكريم شرعاً، ولو كانت النصوص قطعية الدلالة^(٤)، وهذا يفتقر إلى الاجتهاد بالرأي لا محالة، وفي كل آن، لاستنباط

(١) أي: القرآن الكريم.

(٢) أي: بالاجتهاد بالرأي من أهله. «الموافقات»: (٣/ ٣٦٦).

(٣) «الموافقات»: (٣/ ٣٦٨ - ٣٦٩).

(٤) ما عدا التعبديّات والمقدّرات، والكفّارات، وخصوصيات الرسول ﷺ التي ثبتت بالدليل، استثناءً من الأصل العام.

«علة» الحكم التي هي سبب تشريعه، والباعث عليه، وهذا يتنافى مع أطراح الاجتهاد، واللجوء إلى «التوقُّف» عنه جموداً فقهياً، أو الانحياز إلى التعصب المذهبي، لأنه مخالف للأصل العام في الشريعة، وهو «تعليل النصوص» اجتهاداً بالرأي، في الاستنباط والتطبيق.

إنَّ من المقرَّر عند علماء الأصول الذين يُعتدُّ بأرائهم أن «تعليل النصِّ» وتعمُّق أسرارهِ، ومعنى معناه، واجبٌ شرعاً، لتضافر الأدلة على ذلك، فكان أصلاً عاماً عتيداً، لأنه عملٌ اجتهادي بروح التشريع، حتى ولو كان النصُّ قطعياً الدلالة، وذلك معناه: وجوب استنباط «علة» حكم النص، أو السبب الموجب له، والباعث على تشريعه، وضابط حكمة مشروعيته، وهذه «العلة» عقليةٌ، تستنبط عن طرق مسلك المناسبة، في معظم أحوالها، لأنها غير منصوصة، وقد اجتهد العلماء، في تبيين «مسالك العلة» التي تعتبر أدلةً معتبرةً على قيامها، وعلَّيتها، لأنها مراد الشارع أو مقصده، من تشريع الحكم الذي يعتبر مجرد وسيلةٍ لتحقيق «المصلحة» العملية المعتبرة التي تتحقق من بناء الحكم على علته، وهذا «التعليل» عملٌ اجتهادي، للنظر العقلي فيه دورٌ هام، لأنه يدعم «منطقية» حكم النص، مما يؤدي إلى تعميم هذا الحكم، تبعاً لوجود علته في محالِّها، أي في كافة الوقائع التي تتضمنها، على سبيل التحقيق، وتعميم الحكم على كافة مواقع علته، ولا يمكن أن يتم إلا بالاجتهاد، استخلاصاً لها، وتحقيقاً في الفروع، وبذلك يكون المجتهد قد ارتقى من أَرْضِيَّة النصِّ، إلى أفاقٍ منطقيَّةٍ الرحب، تحقيقاً لمراد الشارع وللمصلحة الحقيقية التي تضمنتها علة حكم النص، وهذا تنفيذٌ لمراد الشارع في أوسع مدى، وفي هذا مجال للاجتهاد بالرأي، أيُّ مجال! هذا فضلاً عن استثمار كافة طاقات النصِّ، من خلال وجوه دلالاته العباريَّة، والإشارية، والاقتضائية، ومفهوم الموافقة، ومفهوم المخالفة، مما هو معروف ومبسوط، في علم الأصول^(١)، ولا مجال هنا، لتفصيل القول في مفاهيمها، ووظائفها، في إثراء الشريعة، بالمعاني، والأحكام.

(١) راجع: «كتابنا المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» موضوع «الدلالات» ص ٢٠٩ وما يليها. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

هذا إذا كان النص قاطعاً في دلالة. أما إذا كان النص ظنيّاً، غير قاطع، بمعنى أنّ صيغته تحتمل عدّة معانٍ، حسب المنطق اللغوي، فالاجتهاد بالرأي واجبٌ منحتيمٌ، بل هو ألزم، لترجيح أحد المعاني الذي يستند إلى الدليل الأقوى، فلا يكون هذا الترجيح بالهوى، أو تعصباً، لاتفاقه مع ما يقتضيه مذهب معين، قطعاً لدابر الاختلاف المصطنع، ولأنّ الله تعالى شرع حكماً واحداً لكل واقعة، على المجتهد أن يتبيّنهُ بالدليل الأقوى، اجتهاداً نزيهاً، غير مشوب بهوى أو عصبية، لأن «الشرية - كما يقول الإمام الشاطبي - قولٌ واحدٌ، أصولاً وفروعاً، وإنما اختلاف الفقهاء ليس إلّا تحويماً منهم، لتبيّن وجه الحق» في كل مسألة تعرض، بكل نزاهة وإخلاص، وموضوعية، حتى إذا تنازع الفقهاء المجتهدون المخلصون لله دينهم، وجب حينئذ، ردّ المتنازع فيه إلى الله والرسول، لصريح قوله سبحانه: ﴿فَإِنْ لَنزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩]، وقوله سبحانه: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢] على ما يأتي بيان ذلك. على أن هذا يدعونا إلى البحث فيما ذهب إليه الإمام الشاطبي من أن الشريعة الإسلامية «قولٌ واحدٌ» لا اختلاف فيها، كما أنها في أصولها كذلك، بل لا يصلح فيها غير ذلك، ويقيم الأدلة المتعددة على هذا الأصل، إذ يقول:

«الشريعة كلّها، ترجع إلى «قول واحد» في فروعها، وإن كثر الخلاف، كما أنها في «أصولها» كذلك، ولا يصلح فيها غير ذلك^(١). وينهض بهذا الأصل أدلة نوردها فيما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢].

وجه الاستدلال: أن إطلاق كلمة «اختلافاً» في الآية الكريمة، لا يصرّفها إلى خصوص «العداوة» التي تحمل على التفرق والاختلاف في أصول الدين فحسب، بل تشمل بإطلاقها، «نفي وقوع أي اختلاف ألبتة»^(٢)، في واقع الأمر، ولو كان في

(١) «الموافقات»: (٤ / ١١٨).

(٢) المرجع السابق ص ١١٩.

نصوص الشريعة، ما يقتضي أحدها قولين مختلفين في مسألة، لم يصدق مدلول الآية الكريمة، على حال^(١)، فالواقع أن كل واقعة لها حكم واحد في الشريعة على المجتهد أن يتبينه.

ب - قوله تعالى: ﴿فَإِنْ نَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ
الْآخِرِ﴾ [النساء: ٥٩]. ووجه الاستدلال على المدعى، أن وجوب رد المتنازع فيه إلى الشريعة، من أجل رفع النزاع، ولا يتم ذلك بداهة، إلا إذا كان في الشريعة «قول واحد» للمسألة المتنازع فيها، ولو كان فيها ما يقتضي قولين أو أكثر، لا يرتفع النزاع، فلا يكون في الرجوع إلى الشريعة حينئذ رفع تنازع، وهذا باطل، لأنه مناقض لمدلول الآية الكريمة، فما أدى إليه مثله^(٢)!

ج - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَفَرَّقُوا وَاخْتَلَفُوا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ﴾ [آل عمران: ١٠٥].

ووجه الاستدلال: أن «البيّنات» هي الشريعة، فلولا أن الشريعة «قول واحد»، لما قيل لهم: «من بعد ما جاءهم البيّنات» فالشريعة - في واقع الأمر - لا اختلاف فيها^(٣).

د - قوله تعالى: ﴿وَأَنَّ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَن سَبِيلِهِ﴾ [الأنعام: ١٥٣].

وظاهر، أن طريق الحق، واحد، لا يتعدّد، وذلك أمر عام في جملة الشريعة، وتفاصيلها^(٤).

هـ - قوله تعالى: ﴿كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّنَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ﴾ [البقرة: ٢١٣] فهذه الآية الكريمة، تنفي أن يكون ثمة اختلاف في أحكام الشريعة، للمسألة، أو القضية الواحدة، إذ لا يمكن أن تكون «حاكمة» بين الناس، فيما شرّعت من أحكام، إلا أن تكون قولاً

(١) «الموافقات»: (٤/ ١١٩).

(٢) أي: عبث لا يصار إليه.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

واحدًا، وإلا بقي الخلاف قائماً بين المتنازعين، دون فصل فيه، وهو خلاف النص^(١)!!

و - وقوله عز وجل: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ نَزَّلَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ وَإِنَّ الَّذِينَ اخْتَلَفُوا فِي الْكِتَابِ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ﴾ [البقرة: ١٧٦].

فحصيلة معاني هذه الآيات الكريمة - وغيرها كثير - أن الاختلاف مذموم، وأن الرجوع إلى الشريعة، لفصل النزاع، واجب، وذلك قاطع في أن الشريعة لا اختلاف فيها، وإنما هي على مأخذ واحد، وقول واحد، وهو المطلوب^(٢)، فثبت قطعاً، أن الاختلاف لا أصل له في الشريعة.

على أن الإجماع منققد، على أن «الاختلاف» لو وقع، في الحكم الاجتهادي، فيجب «الترجيح» بالدليل الأقوى، وفي ضوء مقاصد الشريعة، حسماً له ما أمكن، لأن للشريعة قولاً واحداً، على المجتهدين أن يبذلوا قصارى جهودهم، في أن يتبينوه، ويقيموا الأدلة عليه، أو أن يرجحوا واحداً من الآراء المتنازعة فيها، بالدليل القوي والمرجح، والترجيح واجب على كل مجتهد، بأن يعمل بقواعده، ليصار إلى الجمع بين الدليلين إن أمكن، أو بترجيح أحدهما، بالدليل الأقوى، وفي هذا إقرار، بل إجماع من الأصوليين والفقهاء، على أن الشريعة قول واحد، وأن الاختلاف لا أصل له في الشريعة، ولذا كان مذموماً شرعاً، وأن «الترجيح» أصل من أصول الشريعة، قضاءً على ظاهرة الاختلاف.

وعلى هذا، فافتعال الاختلاف، تعصباً لمذهب، مثلاً، أشدُّ ذمّاً وتحريماً، من مجرد الاختلاف المذهبي المتعصب دون ريب، لأنه مناقض لقصد الشارع كفاحاً، بمقتضى ما قدمنا، من الأدلة، فيجب العمل بالدليل الأقوى، ترجيحاً لمقتضاه، ولا يجوز إبقاء الخلاف قائماً، لأنه مُنافٍ «لجوهر الشريعة» التي قامت على قول واحد، جملةً وتفصيلاً، للأدلة التي قدمنا، وهذا من أولى مهام الاجتهاد، ولذا كان اختلافهم

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

رحمة، لأنه يفتح باب الاجتهاد وترجيح الأقوى، وإذا ثبت وجوب العمل بالدليل المرجح، لفضّ التنازع وحسمه، فذلك يستلزم حتماً وبالضرورة، أن الاجتهاد ضرورةً حيوية، في كل آن، إذ الوقائع تثرى متجددة، وبظروفها المتغيرة، فكان «التقليد» من قبل المؤهل للاجتهاد، أو التقليد في ذاته، محرماً شرعاً على الأمة، فلا يجوز أن تصير إليه، لسبب بسيط، هو أن «التقليد» قول بلا دليل، ولا اجتهاد، والقول بلا دليل، لا يحلّ، لأنه تقوّل على الله، ولأنّ منزعه الهوى عادةً، أو الجهل، أو الخطأ غير الاجتهادي، وكل ذلك، منفيّ في الشرع، ولاسيما الخطأ في الدليل، لأنه إذا كان عن اجتهاد، فصاحبه مأجورٌ، ما دام قد بذل جهده في تحرّي الحق بنزاهة، ولم يفلح، ولم يعلم أنه أخطأ، أما إذا كان عن جهل، فذلك حرام، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦] ولأن الخطأ عن جهل، زيغ في الدين. فتلخص بالأدلة، أن «التعصب الفقهي» أو «التقليد» العريّ عن الدليل، كلاهما محرّم شرعاً، لأنه على النقيض من الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة، ذلك لأن الأول قولٌ بالهوى، والثاني قولٌ بلا دليل، وكلاهما باطل، ولأنه «تقوّل على الله بغير علم» وهو من «الكبائر» لقوله سبحانه: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا نَعْمُونَ﴾ [الأعراف: ٣٣].

ولهذا، رأينا الإمام الشاطبي، يتخذ منهجاً علمياً، تفرّد به، دون سائر الأصوليين التقليديين، ليجعل من أصول الفقه، صرحاً شامخاً ممرّداً، قائماً على «علم يقيني» ليجتث الاختلاف من جذوره ما أمكن، لأن القائم على أصل يقيني، لا اختلاف فيما يتفرع عنه، بدهاءة، ولذا، اتّخذ من «مقاصد الشريعة» التي أوسعها بحثاً، وتعمقاً، في كتابه «الموافقات في أصول الشريعة»^(١) فكان على النقيض مما سلكه غيره، كالإمام القرافي الذي اتّخذ «القواعد الخلافيّة» مجالاً لبحثه، وسماها «الفروق» اعتناءً منه، بمناشئ الاختلاف، في حين، أنه كان بمستطاعه، أن يخلّص من «القواعد الخلافيّة»

(١) الجزء الثاني الذي خصّصه للبحث في «مقاصد الشريعة» على نحو لم نره عند غيره من الأصوليين، كما بحث فيه مقاصد المكلف.

ليرتقي ضِعْداً في أفقه الفكري إلى مستوى أعلى من ذلك، بأن يصوغ من «القواعد الخلافية» قواعد أخرى مشتركة تجمعها، وتُقَلِّل من أسباب الاختلاف، وتُضَيِّق من دائرتها، كما فعل الإمام الشاطبي في كتابه «الموافقات» ولأن «مقاصد الشريعة» هي قوام الشريعة، وملاك أمرها، ومنتهاى غاياتها^(١).

وعلى هذا، فلا غرابة إذن، أن يشترط أولاً، وقبل كل شيء، أن يتوافر في «المجتهد» أن يكون عالماً أولاً «بمقاصد الشريعة» متفهماً لها، وما عدا ذلك من الشروط التي اشترطها الأصوليون، لا تعدو أن تكون - في نظره - خادمة للأولى - كما قدّمنا - وهذا النظر الاجتهادي، عند الإمام الشاطبي، فيما يتعلّق بمؤهلات المجتهد الأساسية، لتؤهله لصلاحية البحث في الشريعة، وإعمال النظر العقلي في الاستنباط، لم نره عند غيره، لأن هذا الشرط، ضروري - في نظره - لتحقيق «حكمة المشروط»، وبذلك تضيق «هُوَّة الاختلاف» بين المسلمين، وفي هذا المعنى يقول، ما نصّه: «إنما تحصل درجة الاجتهاد، لمن اتصف بوصفين:

أحدهما: فهم مقاصد الشريعة.

والثاني: التمكن من الاستنباط، بناءً على فهمه فيها، والتمكن لا يتم إلا بدراسة آيات الأحكام والسنة واللغة، وما إليها.

أما الأوّل: فلأن الشريعة مبنية على «اعتبار المصالح» وأن «المصالح» إنما اعتبرت من حيث وُضِعها الشارع كذلك، لا من حيث إدراك المكلف إيّاها، أي إدراكاً بحثاً، دون مراعاة تلك الحقيقة، قطعاً لمنازع الأهواء^(٢)، وهي مثار الاختلاف.

«وأما الثاني» فهو كالخادم للأول، فإن «التمكن» من ذلك، إنما يتمّ بواسطة «معارف» محتاج إليها في فهم الشريعة أولاً، ومن هنا، كان خادماً للأول، وفي استنباط الأحكام ثانياً، لكن لا تظهر ثمرة الفهم، إلا في الاستنباط، وإنما كان الأول

(١) فكانت أصولاً كلية يقينية.

(٢) المرجع السابق: (٤ / ١٠٦)، وانظر تعليق الشيخ دراز مع التصرف.

هو السبب في بلوغ هذه المرتبة، لأنه المقصود، والثاني: وسيلة، والغاية مقدّمة على الوسيلة^(١) على ما بسطنا القول فيما سبق من البحوث.

هذا، وإنما كان العلم بمقاصد الشريعة، شرطاً أولياً في أهلية المجتهد، فذاك، لأن هذه المقاصد أصول يقينية، لأنها ثابتة بالاستقراء التام، أصولاً وفروعاً، فكانت منطلقات فكرية للنظر العقلي، تعصمه من الوقوع في التقليد أو الخطأ، أو الانحراف، أو الهوى، ولأن مغالبة الهوى، والعصية، للعقل الإنساني، تُفسد عليه منطقه السليم، كما تعبت بسلامة أحكامه على الأشياء، كما هو معلوم، ولأن الهوى لا يدور مع الحق - كما أسلفنا - وأما «التقليد» بما هو قولٌ مجردٌ عن الدليل، وتحكيم المقاصد، وبالتالي عن الاجتهاد، فهو تعطيل للعقل عن وظيفته التي خُلق من أجلها، في حين أنه مأمور شرعاً بأدائها، من التفكّر، والتعقّل، والتذكّر، والتدبّر، والتفكّه، ومسؤولية الإنسان عن كل أولئك، مقررة شرعاً، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا﴾ [الإسراء: ٣٦] إذ كان في وسعه ذلك، لكنه لم يتجشّم عبء الاجتهاد، والنظر العقلي الذي يتخذ من «المقاصد» المنطلقات الفكرية.

وعلى هذا، فلا بدّ من مواجهة الحياة في العصر الحاضر، مواجهة فعلية، ولا سيما في قضاياها الجديدة المعقّدة، في سائر النواحي، وذلك بوضع هذه «القضايا» على بساط البحث، في ضوء «مقاصد الشريعة» دون التقيّد بمذهب معيّن، ليتوصل المجتهدون - ببذل أقصى جهد لديهم - إلى معرفة حكم الله تعالى، في كل واحدة منهما، وليكن «الاجتهاد جماعياً وشورياً»، في كل قطر من أقطار المسلمين، أو في كافة أقطارهم، شريطة أن يكونوا على خبرة بشؤون الحياة أيضاً، أو أن يستعينوا بذوي الخبرة العلمية والحياتية إذا أعوزهم ذلك، ولو فعلوا ذلك لخرجوا بنتائج علمية، تجعل الفقه الإسلامي قادراً على أن يحكم بما يسعد البشرية، وأن يرسّخ في بيئاتهم مقومات الحضارة الإنسانية، فضلاً عما يتبع ذلك، من تبصير المسلمين، بحقيقة الإسلام، في الفكر، والتطبيق، والسلوك^(٢).

(١) المرجع السابق ص ١٠٦ - ١٠٧.

(٢) راجع كتاب «الاجتهاد» للأستاذ المرحوم محمد سلام مذكور ص ٢٠٥.

على أنه ينبغي في هذا المقام، أن نعرض، لإمكانية الشريعة الإسلامية، بما تتضمن من «مرونة» في «مصادرها» يُقَدِّرها على مواجهة الحياة الحاضرة، بقضاياها الجديدة، المعقّدة، والمتكاثرة، فنقول:

مظاهر المرونة في التشريع الإسلامي:

إن «مظاهر مرونة» التشريع الإسلامي، لمواجهة أحداث الحياة المعاصرة، على تجديدها، وتعقدها، وتكاثرها، تتركز فيما يلي:

أولاً: سعة مدلولات نصوصه، وإنسانية مبادئه التي تبدو في شمول مفاهيم قيمه، ذلك، لأنّ منهج القرآن الكريم، إنما جاء - كما أسلفنا - على نحو «كليّ» غالباً، ولم ينزل إلى التفصيلات، وحتى ما جاء فيه من «جزئيات» فمردّها إلى «الكليات» تطبيقاً لها، ولا شك، أن اتساع المفاهيم على هذا النحو الإنساني، كفيلاً أن يستوعب من «الجزئيات» ما لا حصر له، وفي هذا المعنى يقول الدكتور السنهوري حكايةً عن بعض الفقهاء، بالنسبة للقانون السويسري الذي أعجبت به أوروبا كلها، بالنظر لما يتضمن من «قواعد كلية» تقدره على مواجهة أحداث الحياة، فتندرج في حكمها، فكانت بذلك أقوى على الاستجابة لكلّ «التطورات» في مناحي الحياة، إذ يقول الفقيه «جوسران» فيما نقله عنه الدكتور السنهوري، ما يلي:

«إنّ «التقنين السويسري» قد فاق «التقنين الألماني» من وجوه كثيرة، فهو أكثر «مرونة» وأقلّ صِبْغَةً فقهية، وأكثر قبولاً للأفكار الحديثة في المساواة، والتضامن الاجتماعي، وهو لم يحاول أن يوجد حلاً لكل فرض، بل ترك للقاضي وللفقيه، حرية واسعة في التقدير، وفي الاجتهاد، واكتفى بتقدير المبادئ العامة، فأمن بذلك، أن يُشَلَّ تشريعه من تطور القانون»^(١).

ثانياً: شمول «مقاصد الشريعة» بما تتسع للمصالح الدنيوية بجميع مناحيها، والمصالح الأخروية، على السواء، مما لا يجعل وليجة لأن يتسرّب إلى هذا التشريع،

(١) مجلة المحاماة، السنة السادسة، ص ٥١.

عواملُ اختلال التوازن، أو عدم التكامل، سواء بالنسبة إلى الإنسان الفرد جسماً وروحاً، أم بالنسبة للأمة فرداً ومجتمعاً، أم بالنسبة لطبيعة المصالح، دنيوية وأخروية!!!.

وشمول هذه «المقاصد» يتبدى في «الضروريات الخمسة»: من الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال.

الشريعة، بقواعدها، وأحكامها التفصيلية، كلها متّجهة إلى تحقيق هذه المقاصد الخمسة الشاملة، لإقامة الحياة الإنسانية السلمية، الكاملة، المتوازنة، وتوجب الشريعة «المحافظة» عليها بسنّ التشريعات الاجتهادية المؤدية إلى تحقيقها، غير أنّ مفهوم «المحافظة» لدى الإمام الشاطبي، لا يعني «الصيانة» فقط، وإنما يتناول «الإقامة أو الإنشاء» لما تلحّ الحاجة أو الضرورة إلى إقامته من المصالح العامة، والمرافق في الدولة، كما تتناول «التنمية» فليس المقصود إذن بالمحافظة، خصوص «الصيانة» بل ما يتناول الإنشاء، والتنمية، لسائر مرافق الحياة، والمصالح العامة، والفردية على السواء، وفي هذا من السعة ما فيه! مما يمنع التخلف، والجمود الحضاري^(١).

ثالثاً: تعليل أحكام الشريعة^(٢)، سواء أكانت تلك الأحكام، ناشئة عن «مبادئها العامة» أو أحكامها الفرعية التفصيلية، لتوسيع نطاق «منطقية حكم النص» وتطبيقه، وقد أوسعنا القول في التعليل آنفاً.

رابعاً: تنوع دلالات النصوص أو وجوهها: من عبارة النص، وإشارته، ومفهوم الموافقة، ودلالة الاقتضاء، ومفهوم المخالفة، وهذه الوجوه من الدلالات، تُثري النص بالمعاني، والأحكام، ولكن لا بدّ من الاجتهاد بالرأي القائم على النصوص، في كل عصر، لاستثمار طاقات النص، وهو علم قائم برأسه، مما يقضي بأن «التقليد» أو «التعصب المذهبي» وأطراح الاجتهاد بالرأي، يعطلّ النصوص عن إفادة معانيها

(١) «الموافقات»: ج ٢، «مقاصد الشريعة» ص ٨ وما يليها.

(٢) مما ليس تعبدياً من الأحكام، ولا المقادير الشرعية، ولا الكفارات وما إليها، ولا خصوصيات الرسول ﷺ.

التي تُوسَّع من مجال تطبيق الشريعة، على أوسع مدى. ولا ريب أن تعطيل «دلالات النصوص» التي يفيدها النص بوجوه دلالاته الأصولية «تعطيل عن التكليف» أيضاً، وهو «هَدْرٌ لأحكام الشارع» يؤدي إلى هدم «المصالح» التي توخاها الشارع، من أصل تشريع الأحكام، وهذا إضرار بالأمة إضراراً كبيراً، فضلاً عن أنه في الشرع محرَّم وممنوع، فما يؤدِّي إليه مثله!

خامساً: تفصيل «المحظورات أو المحرمات» لأنها قليلة نسبياً، ولذلك فصلها القرآن الكريم لقلَّتها، وما عدا ذلك، فكلُّه مشروع، ومعنى ذلك، أن الأصل إطلاق المباح، فالأصل في الأشياء الإباحة، والاستثناء هو التحريم، والمحرمات قليلة ومنصوص عليها، لقلَّتها، ولا نتصور «مرونة» في التشريع الإسلامي، أوسع من هذه المرونة!

سادساً: «العموم المعنوي» ونعني بذلك «الأصول المعنوية» المستقراة من المبادئ العامة، ومن أدلة أحكام الفروع، والجزئيات اجتهاداً، و«الأصل المعنوي العام كالأصل اللفظي العام» كلاهما حجة قاطعة، في بناء الحكم عليه، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: «العموم إذا ثبت، فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم، بل له طريقان:

أحدهما: الصيغ إذا وردت، وهو المشهور في كلام أهل الأصول، كما يقول الإمام الشاطبي.

والثاني: استقراء مواقع المعنى حتى يحصل منه في الذهن «أمرٌ كليٌّ عام»^(١) فيجري في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغ، والاستقراء التام يفيد القطع، فالعموم اللفظي، كالعموم المعنوي، كلاهما حجة، وعمدة في الاستنباط، لأنه مصدر من مصادره، كالمبدأ العام، وهذه العمومات المعنوية، تمدُّ الاجتهاد بالرأي، بمبادئ عامة، يجد فيها المجتهد سعةً في مفاهيمها الكلية، لما يمكن أن يندرج تحتها من

(١) أي معنى كليّ عام.

جزئيات لا تحصى على مرّ الزمن، لتحقق مناطها فيها، وبهذا يكون الاجتهاد بالرأي في الشريعة، أمراً لا نذحة عنه، من وجهين:

الأول: من جهة «التأصيل الاجتهادي» وهو ما نهض به الرعيل الأول، من أئمة التابعين، كما بينا، والتأصيل يتم باستخلاص «العمومات المعنوية» الثابتة قطعاً، عن طريق الاجتهاد الاستقرائي التام، كما أوضحنا، وتقعيد قواعد الأصول التي تشكل المنهج العلمي في الاجتهاد التشريعي.

الثاني: من جهة التفريع، بناءً على تلك العمومات المعنوية، والقواعد المنهجية العلمية الأصولية، ضبطاً للتفكير الاجتهادي العلمي أن يشتط، أو يضلّ، وفي هذا من السعة ما لا ينقضي الإعجاب منه!!؟

ولا جرم، أن التقليد - بما هو قول مطلق، بلا دليل يؤيده، وكذلك الجمود الفقهي الذي يطرح الاجتهاد جملةً، ويكتفي بالاجترار، والتكرار، دون تبصّر بطبيعة القضايا العروضة، وظروفها الملازمة، والمعقدة، في هذا العصر جاء مضاداً لأصل الاجتهاد بالرأي، مما يصدّ الشريعة عن مواجهة هذه الوقائع المتجددة، والحيلولة دون العمل على استثمار طاقات نصوصها، ظاهراً، ومعنى، وروحاً، ومقصداً، ودون الاستهداء بكلياتها اللفظية، وعموماتها المعنوية، مما استخلص بعضها بالاستقراء التام، لأنها من صميم مفاهيمها التي تسهم في بناء كيانها التشريعي.

هذا، والاجتهاد بالرأي على نحو جماعي لاستخلاص بعضها الآخر، مما لم يستقرأ بعد، وعدم الاكتفاء أو الاجتزاء ببعضها دون بعض، واجب شرعاً، لأنها «كليات معنوية» موجّهة، وثابتة على وجه اليقين، تفوق القياس الجزئي حجةً، لمقام الظن في القياس، واليقين أقوى من الظن، وأرجح في تحقيق مراد الشارع، وأدعى إلى تقليل أو محو ظاهرة الخلاف المذهبي، ومناشئ أسبابها، وهو مقصد شرعيّ قطعيّ. هذا فضلاً عن وجوب الاستهداء بمقاصدها العامة الأساسية - كما ذكرنا - لأنها تعتبر «كليات يقينية» تعصم المجتهد من الوقوع في الخطأ في الفكر الاجتهادي، وتضبطه، بحيث تجعله يتخذ جهةً أو مساراً يترسّم فيه الوجه الذي أوحى به الله

تعالى، ولأنه يتخذ من هذه المقاصد، معالم ترسم له المنهج العلمي القويم السليم الذي يُحدّد له الهدف، بحيث يكون قصد المجتهد في الاجتهاد، مُطابقاً لقصد الله في التشريع، كَمَلاً، وهذا ما أدركه الإمام الشاطبي، حيث يقول ما نصّه: «قصدُ الشارع من المكلف، أن يكون قصده في العمل، موافقاً لقصد الله في التشريع»^(١) وإلا كانت «المناقضة» التي هي علة بطلان العمل الاجتهادي كلّه، لأنّ مناقضة الشارع باطلة إجماعاً، فما يؤدّي إليها باطل لا محالة، وفي هذا المعنى يقول الشاطبي رحمته الله: «من ابتغى في تكاليف الشريعة، غير ما شرعت له»^(٢)، فقد ناقض الشريعة، ومن ناقض الشريعة، فعمله في المناقضة باطل، فما يؤدّي إليها باطل»^(٣).

على أنّ هذا «الأصل العام» عمومه معنوي مستقراً استقراءً تاماً، قد أصّله الإمام الشاطبي، ضابطاً للاجتهاد بالرأي من أهله، كما هو ضابط - في الوقت عينه - لتصرفات المكلفين في تطبيقات جزئيات الشريعة، تبعاً لتصورهم، ودوافعهم النفسية، وبواطنهم الوجدانية، حتى يكون الاجتهاد بالرأي، أو تصرفات المكلفين، موافقةً لأحكام الشريعة، ظاهراً وباطناً، كما أسلفنا، بعيدةً عن الهوى، والتعصب!!

على أن الذي يعيننا، هو «ضبط الاجتهاد التأصيلي والفروعي معاً»، فينبغي أن يكونا متّجهين، ومتّحدّين، من حيث المسار الذي رسمه الشارع، ومتطابقين مع ما اتخذه الشارع نفسه من سنن المشروعات، فيُقتضى حينئذ على بواعث الهوى، أو التعصب المنافي، أو الجمود المناقض، لأنه لا يستجيب لهذه الأصول المعنوية الضابطة التي تعتبر يقينية، بعدم مراعاة الظروف الجديدة التي تتطلب اجتهاداً يقدر ما ينشأ عنها من أدلة جديدة، قد أولاها الشارع نفسه اعتباراً وتقديراً خاصاً^(٤)، كفالة للمآلات المشروعة التي قصّد الشارع حوصلها، وتأمينها، واستبعاد «المآلات الأخرى غير المشروعة، وحرّمها، ومن هنا، جاء تأصيل الأصوليين لمبدأ «الاستحسان»

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٣١).

(٢) والاجتهاد تكليف من تكاليف الشريعة، لأنه فرض كفاي، فيدخل في مضمون هذا الأصل وحكمه.

(٣) المرجع السابق: (٢/ ٣٣١ - ٣٣٣).

(٤) المرجع السابق: (٣/ ٣٦٦)، وراجع أيضاً ص ١٦٢.

لمعالجة المآلات الواقعة أو المتوقعة، فيتحد بذلك مسار الاجتهاد، ويقضى على النظر الاجتهادي العام المخالف، أو الجزئي، لأنه كان من أهم مناشئ اختلاف الفقهاء، أو الفوضى التشريعية الفردية التي تعتمد تفسير الأدلة الجزئية، بقطع النظر عن الموجّهات الكلية الثابتة يقيناً بالاستقراء التام، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي، ضبطاً لعملية الاجتهاد الأصولي ما يلي: «تعريف القرآن بالأحكام الشرعية، أكثره كلي، لا جزئي، وحيث جاء جزئياً، فمأخذه على الكلية: إما بالاعتبار، أو بمعنى الأصل»^(١).

فقول الإمام: «إما بالاعتبار» أي باعتبار المآلات، في الاجتهاد الجزئي، تفادياً لها أن تكون منافية لأصل المشروعية، وهو ما يسمى «بالاستحسان» عند الأصوليين: «وحقيقته استثناء الواقعة من عموم حكمها الأصلي، لظروف عارضة أدى تطبيقه في ظلها إلى مآل غير مشروع، يُنافي «أصل العدل»، كما ينافي أصل المصلحة الحقيقية المعتمدة، وتطبيق قاعدة أخرى، أو حكم شرعي آخر، يحقق الأصل العام للمصلحة والعدل، تحريماً لمقصد الشارع في التشريع، في كلياته وجزئياته، ولهذا يقول ابن رشد، في كتابه «بداية المجتهد»: «إن الاستحسان» التفات إلى المصلحة والعدل»^(٢). أما قوله «بمعنى الأصل» فهو «القياس» الأصولي الذي يعتمد على تعليل النص، واستنباط علة حكمه التي هي روحه، أو معنى معناه، توسيعاً لمنطقية النص، وهو تعميم معنوي، كما ترى، ومقصود للشارع قضاءً أولياً من تشريع الحكم.

هذا، وإذا كانت الظروف متغايرة أبداً، فالاجتهاد مستمر أبداً ضرورة، خشية أن يؤدي «التطبيق الآلي»، أو «الجمود الفقهي» دون مراعاة الظروف المتطورة، أو «المآلات الممنوعة» إلى مخالفة الشريعة، كلياً، أو الخروج عن مقتضى أصل العدل والمصلحة، كما قدّمنا، لأنهما «عماد الشريعة، وملاك أمرها». وهذا - بلا ريب - ضمان للاجتهاد الفروع، أن يكون دائراً في نطاق «الأصل الكلي في الشريعة» لا يتعداه، كيلا يقع «التناقض» بين الجزئي والكلي، وهذا الأصل، يتفادى الوقوع في

(١) «الموافقات»: (٣/ ٣٦٦).

(٢) «بداية المجتهد»: (٢/ ١٦٢).

الخلافات المذهبية، وهو عُمدَةُ الترجيح لأحد الآراء الاجتهادية إذا ما وقع لتنازع!! إذ لا يستطيع أحدُ الترجيح إلا في ضوء المآلات.

هذا، والتناقض بين الحكم الاجتهادي الجزئي مع الأصل الكلي في الشريعة، هدمٌ للحكم الشرعي الصحيح، وهو يضاهي أو يماثل «التوقف أو الجمود الفقهي، أو التقليد» لأنه «توقف» عن مواجهة الأحداث المتطورة وعن إمدادها بالأحكام الشرعية التي «تناسبها»، والمصادر في الشريعة ذات مرونة عجيبة، كما قدمنا، فالعجز في العقول، لا في الشريعة، وفي هذا المعنى يقول العلامة المرحوم الشيخ أبو زهرة، من العلماء المحدثين: «وإذا كانت الفتوى لازمةً في كلِّ عصر، لأنَّ الناس يجدُّ لهم من الأحداث كلَّ يوم، ما يستفتون فيه، فلا بدَّ إذن من المجتهدين في كلِّ عصر، ولا يجوز أن ينقطعوا حتى لا يلجأ العامة إلى «التأقلين» - أي المقلِّدين - بغير علم، أو «يتوقفوا...» وهذا هو التقليد بلا دليل، أو الجمود الفقهي^(١) بعينه!!

ثم يتابع قوله: «لأن المجتهدين - أي في العصر الثاني - اجتهدوا في أن يفهموا خصائص الأمور التي يطبِّون لها، ومقدارَ المصلحة فيما يُفتون، أو دفع المضرَّة^(٢) فيه، وربط ذلك بالأصول العامة»^(٣).

وهذا القول - كما ترى - يؤكد ما قررناه آنفاً من أنَّ الحكم الفرعي الاجتهادي في الوقائع المتجددة، ينبغي أن يكون «مناسباً» لخصائصها، لأن معنى «المناسبة» هنا، أن يكون ترتيب الحكم عليها، جالباً لمصلحة شرعية، أو دارئاً لمفسدة حقيقية، مع وجوب أن يكون دائراً في نطاق الأصل العام، أو الأصول العامة في الشريعة، لا ينافيها، وهذا يتطلب الاجتهاد المستمر حتماً، لاستمرار حدوث الوقائع، وتجدد طبائعها، أو تغيُّر ظروفها، وخصائصها، وهذا ما يستلزمه أيضاً، منطِقُ التشريع المتَّسق

(١) «مالك» ص ٤٤٩، مكتبة الأنجلو المصرية، و«تاريخ المذهب الفقهية» لأبي زهرة ص ٢٥٦.

(٢) وهذا هو الأصل العام الذي تقوم عليه الشريعة، من جلب المصلحة ودفع المضرَّة، فينبغي ألا ينافي

الحكم الفرعي الاجتهادي هذا الأصل العام، وأكد هذا بقوله: وربط ذلك بالأصول العامة.

(٣) المرجع السابق.

الذي لا يعرف التناقض بين جزئياته وكيالاته!! لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢]!!

مرونة مصادر الشريعة، وسعة مفاهيمها، ومداركها، وأصولها اللغوية والمعنوية، وشمول مقاصدها الأساسية، وتعليل أحكامها، وخطتها التشريعية التي تحكم المآلات، وسماحتها، لا يعني ذلك كله، أن الشريعة سيالة غير منضبطة، وبيان ذلك:

إن السيولة وعدم الانضباط، مؤد حتماً إلى النقيض مما قامت عليه الشريعة الإسلامية، من التحرز، والحزم، والاحتياط، وسد ذرائع الفساد، جملة، كما أن عدم ضبط الخلق بقواعد محكمة، لا يخبجر النفوس عن هواها، ولا يوقفها عند حدّها، والشريعة ما جاءت، إلا لتخرج الناس عن دواعي أهوائهم، كما أسلفنا، لذا، فإن سماحتها، ومرونة مصادرها، وسعة مفاهيمها، مقيدٌ كله بما هو جارٍ على أصولها، والشرع جاء بالنهي عن اتباع الهوى، ومن هنا، كان تتبع الرخص، أو التلقيق، محرماً شرعاً، على الراجح، لأنه مئيلٌ مع أهواء النفوس، وهذا مضادٌ للأصل المجمع عليه، ومضادٌ أيضاً، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ نَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩] فلا يصح أن يُردّ تتبع الرخص إلى الأهواء، بل إلى الدليل الراجح، ولو كان شاقاً الاجتهاد في تبيينه، لأن هذا هو «التكليف الحَقُّ» ولا مانع من أن يترتب عليه مشقة أزيد من غيره، إذ ليس من معنى للتكاليف، إلا تجشّم ما فيه كلفةً ومشقةً، فليس من معنى قول الرسول ﷺ: «بعثت بالحنيفية السمحة»^(١) تتبع رخص المذاهب، كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء، من مثل الكمال بن الهمام، حيث بحث هذه المسألة في باب «التقليد»، وخالفه في ذلك ابنُ عبد البر بقوله: «إن تتبع الرخص، لا يخلو من خلع الرّبقة، والتحليل من التكاليف، أو إسقاطها، وهو ممنوع إجماعاً»^(٢).

فتلخص، أن ما تتميز به الشريعة، من السعة والسماحة، إنما معناه «كمالها»

(١) أخرجه أحمد: ٢٢٢٩١، من حديث أبي أمامة، وإسناده ضعيف، وبنحوه: ٢٤٨٥٥، من حديث عائشة، بلفظ: «أرسلت بحنيفية سمحة»، وإسناده حسن.

(٢) «الموافقات».

وقُدِّرتْها على مواجهة الأحداث التي تقع تترى عبر العصور، إلى يوم القيامة، مواجهةً تجري على مقتضيات أصولها، دون خروج عنها، أو انحراف عن مقاصدها، وإلا سقطت تكاليفها، وهذا المألّ محرّم قطعاً، لا يجوز المصير إليه بحال!

هذا، وكان بوُدُّنا، أن نتناول «أصول سياسة التشريع» التي تعتبر مقاييس ثابتة، ومعايير شرعية، لحماية «المصلحة والعدل» فيما يتعلق بالاجتهاد الاستنباطي، والتطبيقي، ولكن المجال، لا يتسع لهذا البحث الأصولي الواسع.

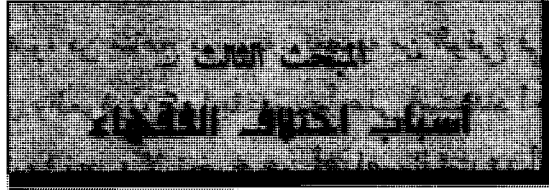
ونكتفي بهذا القدر، والله ولي التوفيق!



المصادر والمراجع

- ١ - الموافقات في أصول الشريعة، أبو إسحق الشاطبي.
- ٢ - قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام.
- ٣ - الرسالة، للإمام الشافعي.
- ٤ - فواتح الرحموت مع متنه مسلم الثبوت، ابن عبد الشكور.
- ٥ - بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد.
- ٦ - أحكام القرآن، لابن العربي.
- ٧ - تاريخ المذاهب الإسلامية، الشيخ محمد أبو زهرة.
- ٨ - مالك، الشيخ محمد أبو زهرة.
- ٩ - الاجتهاد، محمد سلام مذكور.
- ١٠ - السياسة الشرعية، الشيخ عبد الرحمن تاج.
- ١١ - مجمع البحوث، الجزء الأول.
- ١٢ - المثالية والواقعية، الشيخ مصطفى شلبي.
- ١٣ - الفقه المقارن، للدكتور محمد فتحي الدريني.
- ١٤ - أصول الفقه الإسلامي، للشيخ مصطفى شلبي.
- ١٥ - تاريخ الفقه الإسلامي، للدكتور محمد يوسف موسى.





سنقتصر على بيان أهم الأسباب وأعظمها أثراً، سواء في الاجتهاد في الاستنباط أم في الاجتهاد في التطبيق، والنظر في مآلاته.

وذلك يقتضينا أن نتناول أهم المناهج الأصولية التي كانت منشأ الاختلاف. غير أن التحقيق الأصولي قد أثبت أن الاختلاف لم يكن في أصلها، وإنما في مدى الأخذ بها، أو في مجال تطبيقها، مما يؤكد أن هوة الخلاف ستضيق إلى أقصى حد ممكن في الفقه الإسلامي مستقبلاً، لأنه لم يكن اختلافاً جذرياً في الأصل، كما أشرنا. ومن هنا كان لا بد لنا من بيان الصلة التي أحكمها الإسلام بين العقل الإنساني العلمي المتخصص، والتشريع الإلهي، وهي التي نوه بها الإمام الغزالي، والإمام العز بن عبد السلام، والإمام الشاطبي، ومن قبل أولئك، أئمة المذاهب الفقهية، والمجتهدون في كل من تلك المذاهب، على ما سيأتي بيانه.

إجماع الفقهاء على إحكام الصلة بين العقل الإنساني^(١) والتشريع الإلهي، ولكنهم اختلفوا في تحديد مداها^(٢):

قلنا إن الاجتهاد بالرأي هو صلب التفقه في التشريع الإسلامي، بل وفي كل

(١) نقصد بالعقل الإنساني الملكة الاجتهادية التي تكونت بفضل توافر شروط الاجتهاد ومؤهلته، إذ لا يعقل أن يتصدى للاجتهاد في التشريع الإسلامي، أو أي تشريع، من لا يملك القدرة العلمية التي تتوافر بفضل الاختصاص، وعلى أرفع مستوى علمي يحدده له عصره، وقد وضع الأصوليون شروطاً علمية لبلوغ مرتبة الاجتهاد، يضاف إليها ثقافة العصر العامة، والخبرة.

(٢) لا نعياً بخلاف الظاهرية الذين يرفضون أصل التعليل، وبالتالي يرفضون القياس، كخطة تشريعية =

تشريع، وهو في الشريعة الإسلامية مفروض كِفَائِيًّا على من استجمع شرائط الاجتهاد أصولياً، وأضحى ذا ملكة راسخة يقتدر بها على أن يتصدى للتشريع تفهماً واستنباطاً من النصوص على ضوء من منهاج مرسومة، تعصمه من الوقوع في الزلل أو التعسف، أو الانصياع للهوى والغرض، كما يقتدر بها على استمداد أحكام جديدة لوقائع مستحدثة لم يرد بها نص، لا تخرج عن أغراض الشارع، أو تناقض قطعيات النصوص، وأساسيات الشريعة.

وتقدره كذلك على التبصرة بمسالك التطبيق السليم للنصوص في ضوء الظروف المحتفة بالواقعة المعروضة، في كل عصر وبيئة، وقد يقتضي ذلك تأويل النص بدليل قوي، ينشأ عن تلك الظروف ويكشف عن غرض الشارع ومرماه، وذلك بتعيين الحكم الذي يغلب على ظنه أنه مراد الشارع إذا كان النص محتملاً لعدة معان، أو تخصيص النص العام، أو تقييد إطلاقه، أو حمله على المجاز، أو تحديد مجال^(١) تطبيقه، أو توسيع أفق منطقه التشريعي على أساس ما يستهدفه من مقصد، ارتقاءً به من أرضية منطوقه اللغوي.

كل ذلك بأدلة قوية، قد تكون الظروف والملابسة المتغيرة بعض مناشئها.

اختلاف العلماء في تحديد صلة الطاقة الفكرية للمجتهد بالتشريع:

معلوم أن الظاهرية الذين ذهبوا إلى الوقوف عند ظواهر النصوص، اصطنعوا منهجاً خاصاً بهم في تفسير الشريعة، لا يتفق وطبيعة التشريع نفسه، ذلك أن التشريع ليس معنى حرفياً يؤخذ عن طريق قواعد النحو والصرف والمفاهيم اللغوية فقط، كما أشرنا، بل التشريع «دلالات»^(٢)، وقواعد قامت على علل وأسباب ومصالح أو مقاصد اقتضت تشريعها.

= اجتهادية، هذا فضلاً عن إنكارهم للخطط التشريعية الأخرى من الاستحسان والذرائع والمصالح المرسلة، المتفرعة عن أصل التعليل، واقتصارهم في الاحتجاج على ظواهر النصوص، وأفعال النبي ﷺ، وأصحابه.

(١) راجع ذلك في كتابنا «أصول التشريع الإسلامي» تحت عنوان «صلة الاجتهاد بالرأي بمفهوم العدل» ص ٣٣ وما بعدها.

(٢) فاللوازم العقلية المباشرة للنص التشريعي مثلاً، وهو ما يسمى بإشارة النص، حجة، فيما تفيده من =

فالتمسك بحرفية النصّ إذن منهج لا يتفق «ومعقولية الشريعة» من حيث إنها أحكام ليست مجردة عن أسبابها وعللها وما تستهدفه من تحقيق مصالح حيوية في جميع مجالات الحياة، بل لا تجد حكماً واحداً في الشريعة، مما يتعلّق بالتعامل، مسلوب الحكمة التشريعية، أو العلة التي شرع من أجلها.

لذا، كان لا بد من «التعليل» في غير الأحكام التعبدية^(١) المحضة، والمقدرات التي لا مجال للاجتهاد بالرأي فيها.

هذا، والتعليل - بما هو تبيين لعلّة الحكم - يتّسع مجاله، ليشمل النصوص الظنيّة والقطعية على السواء، بخلاف التأول، فلا يجوز في القطعيّات.

أضف إلى ذلك أن منهج الظاهرية يوقع في مآزق تشريعية، أو التناقض في التشريع، فضلاً عن أنه ينفي عن الشريعة الإسلامية، صلاحها لكل عصر وبيئية، مما يدحض أمر خلودها الثابت بالنص القاطع!

فالتعليل يوسّع من أفق النص، ويرتقي به من معناه اللغوي والحرفي المحدود إلى منطق التشريعي الرحب، تحقيقاً لقصد الشارع، وحمايةً لحكمة التشريع التي تمثل المصلحة أو الغاية الاجتماعية أو الاقتصادية التي شرع الحكم من أجلها.

وإلا ما كان ثمة فرق بين التفسير اللغوي، والاجتهاد التشريعي.

= حكم، لأن من المقرر أصولياً ومنهجياً، ومنطقياً أيضاً، أن النص الدال على الملزوم دال على لازمه، فهو حجة فيهما، ولا يظهر أثر التفاوت بين حجّيتهما إلا عند التعارض، فما كان مدلولاً عليه بعبارة النص، مقدّم على ما هو مدلول عليه بإشارته.

وأيضاً، العلة المستنبطة من النص الوارد بحكم الأصل، أمانة ودلالة على الحكم حيثما تحققت، وهي عنصر خارج عن المنطوق، وإن كانت داخلة في منطق التشريعي، إلا إذا كانت منصوطة، لأنها مظنة المصلحة المعقولة التي يستهدفها الحكم، لأنه شرع من أجلها، بغية تحقيقها، وحمايتها، فالتشريع دلالات، ومنها اللوازم العقلية، والعلل، والمصالح.

(١) مثل البحث عن السبب في جعل الصلاة بحركات وسكنات وقراءات معينة معلومة، ومثل تقدير الحد الأدنى من المال - وهو النصاب - لوجوب إخراج الزكاة منه، أو البحث عن سبب جعل السهام المقدرّة لأصحاب الفروض في الإرث على هذا النحو، أو جعل عقوبة الزنا لغير المتزوجة مئة جلدة، وغير ذلك.

فإذا رفضنا «أصل التعليل» باعتباره منهجاً لتفسير الشريعة، وتبين مقاصدها، والتفرع على نصوصها، وقواعدها، أفضى ذلك بنا إلى أحد أمرين^(١):

الأول: إما القولُ بعجز الشريعة عن إمداد الوقائع المتجددة بحكمها، مما لم يرد فيه نصٌّ، وذلك غير مقبول شرعاً، لأنه يتنافى وكما ل هذا الدين وشرعه، كما أنه يتنافى وقضية عموم الشريعة، وأنها دين الله تعالى إلى يوم القيامة، لأن نصوصها محدودة متناهية، والوقائع لا تتناهى.

الثاني: وإما الحكم على تلك الوقائع التي لا تتناهى بأصل الحل العام، أو الإباحة الأصلية، في حين أنها قد تكون منظوية على عكسٍ تستوجب تحريمها، وفي هذا مناقضة لمقصد الشارع وإهدار للمصالح، وقضاء على حكمة التشريع، وكل ذلك باطل، فما يؤدي إليه باطل بالبدهة.

والحق أن رفض الظاهرية «للتعليل» أصلاً من أصول التشريع الإسلامي، كان ردّاً فعل للإسراف في الاجتهاد بالرأي، والتعسف فيه.

الإمام الشافعي يقصر مجال الاجتهاد بالرأي على القياس:

حدّد الإمام الشافعي تلك الصلة «بالقياس» فهو آخر مجال للاجتهاد بالرأي عنده، إذ يقول: «والاجتهاد القياس».

غير أنه يبدو للمحقق في فقه الإمام الشافعي في كتابه «الأم» أن اجتهاده في الفروع لا يقف عند حدّ القياس الأصولي الخاص، لا يجاوزه، بل يأخذ بمنهج «الاستحسان» بمفهومه الأصولي المعروف، وهو الاستثناء من القواعد، لدليل أقوى من القاعدة نفسها، كما يأخذ بأصل سدّ الذرائع، وبأصل المصلحة المرسلّة، ولكن بقدر.

(١) «الموافقات»: (٢/ ٢) وما بعدها للإمام الشاطبي.

الواقع أن الأصل في النصوص التعليل مقولة مجمع عليها، غير أن الخلاف في كون الشريعة معللة بمصالح العباد جملة فحسب، أو جملة وتفصيلاً أيضاً. إلى الأول ذهب الظاهرية، وإلى الثاني ذهب الجمهور.

أما أتباعه من أئمة فقهاء الشافعية، وأصولييهم، فقد صرّحوا بالأخذ بهذه المناهج جميعاً، فضلاً عن «القياس» وتوسّعوا في التطبيق.

فالتحقيق أن الإمام الشافعي يقول بأصل الاستحسان^(١)، وأصل الذرائع، ولكن الاختلاف في الشروط، أي في تحقيق المناط على ما أكّد ذلك الإمام الشاطبي^(٢).

يوضح الإمام الشافعي منهجه في الاجتهاد بأجلى عبارة في كتابه «الرسالة»، إذ يقول: «فإن قال قائل: فكيف الاجتهاد؟ قلت: «إن الله جلّ ثناؤه منّ على العباد بعقول تدلّهم بها على الفرق بين المختلف^(٣)، وهداهم إلى الحق نصّاً ودلالة».

يؤكد المحققون أن الإمام الشافعي يتخذ من مفهوم العدل والإنصاف مبدأً أساسياً في اجتهاده:

على أن ابن القيم الجوزية، قد ذكر أن مبدأ «الإنصاف» أو «مفهومه»، أوسع مدى من مفهوم القياس الأصولي هذا، ويُسند إلى الإمام الشافعي القول بمبدأ «الإنصاف»، ووجوب أن يلتزم المجتهد إذا أعوزه النص فيما يجد من الوقائع، كمنهج أصولي، لأنه الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية جملةً وتفصيلاً.

وابن قيم الجوزية يقرّر هذه القضية المنسوبة إلى الإمام الشافعي، نقلاً عن

(١) وبذلك يكون الإمام الشافعي رحمه الله تعالى قد أخذ بالقياس بالمعنى العام، حتى يشمل (المصالح) المرسله، ولم يقتصر على القياس الأصولي الخاص الذي قوامه إلحاق فرع بأصل لعله مشتركة بينهما، «الأم»: (٢/ ٢٧٢).

هذا، وفي اجتهاده الفروع في كتابه «الأم» يأخذ بقاعدة «المصالح» غير أنه لا يكثر من الاعتماد على هذا الأصل في الاجتهاد، كالمالكية، لأن الفقه المالكي قد اتخذ من «المصالح» محوره في الاجتهاد، فيما عدا القطعيات. بل لا يسع الإمام الشافعي أن يرفض قاعدة الاستحسان والذرائع، ذلك لأن منهج الاستحسان الأصولي، وقاعدة الذرائع، كليهما لا يعدو أن يكون قاعدة للتنسيق بين المصالح المتعارضة، فلا بد للمجتهد من أن يرجّح أحد الدليلين بمرجع قوي هو - في نظر المجتهد - محقق لمقصد الشارع، ولا يجوز للمجتهد أن يأخذ بأحد دليلين في المسألة دون ترجيح، لأنه تحكم، ولأن في كل حادثة حكماً واحداً على المجتهد أن يتحرره، كما أشرنا. «الموافقات»: (٤/ ٢٩٤).

(٢) المرجع السابق.

(٣) «الرسالة» ص ٤٤٧.

الخطيب البغدادي في كتابه «الفقيه والمتفقه» حكاية عن الإمام الشافعي رحمته الله إذ يقول: «لا يحلُّ لأحد أن يفتي في دين الله إلا رجلاً عارفاً بكتاب الله، بناسخه ومنسوخه، ومحكمه ومتشابهه، وتأويله وتنزيله، ومكيه ومدنيّه، وما أريد به، ويكون بعد ذلك بصيراً بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وبالناسخ والمنسوخ، ويعرف من الحديث ما عرف من القرآن، ويكون بصيراً باللغة، بصيراً بالشعر، وما يحتاج إليه للسنّة، والقرآن، ويستعمل مع هذا «الإنصاف» ويكون بعد هذا مشرفاً على اختلاف أهل الأمصار، وتكون له قريحة بعد هذا»^(١). أي ملكة علمية، أو حاسة تشريعية راسخة.

وهذه الصلة الوثقى أكدها الإسلام في جعله الاجتهاد بالرأي مفروضاً فرضاً كفايياً، كسائر الفرائض، كما يقول الإمام الشافعي نفسه في صدد تقسيمه للنصوص من حيث إن بعضها قطعيُّ الدلالة على معناه لا مجال للاجتهاد فيه، وبعضها ظنيُّ، كما أن بعضها ورد مجملاً لا يمكن فهم معناه الشرعي المقصود، ولا تفاصيله إلا من قبل المشرع نفسه، إذ يقول رحمته الله في أنواع البيان:

١ - «ما أبان الله لخلقه نصّاً - مثل جُمَل فرائضه^(٢) في أن عليهم صلاةً، وصوماً، وأنه حرّم الفواحش ما ظهر منها وما بطن».

٢ - «ما أحكم فرضه بكتابه»^(٣) وبيّن كيف^(٤) هو على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم مثل «عدد الصلوات والزكاة ووقتهما».

٣ - «ما سن رسول الله مما ليس فيه نصُّ حُكم».

٤ - «ما فرض الله على خلقه الاجتهاد في طلبه، وابتلى طاعتهم في الاجتهاد، كما ابتلى طاعتهم في غيره ما فرض عليهم».

ثم ضرب الإمام الشافعي مثلاً للاجتهاد بالرأي في تعيين المثل في جزاء الصيد، ولا شك أن «المثلية في الجزاء» من صميم الإنصاف والعدالة.

(١) ابن القيم، «أعلام الموقعين»: (١/ ٤٦).

(٢) كالصلاة والزكاة إذ ورد الأمر بوجودهما فقط دون بيان للتفصيل.

(٣) بين الفرائض والمحرمات دون تفصيل.

(٤) بين تفاصيله وكيفية أدائه وتنفيذه.

على أن الإمام الشافعي يوضح مدى الاجتهاد بالرأي - بالقياس - وأنهما مترادفان، بل هما اسمان لمسمى واحد، لقوله في موضع آخر في رسالته الأصولية على نحوٍ يختلف عما قرره ابن القيم، حيث يتساءل: هل ثمة من فرق بين الاجتهاد بالرأي في مفهومه وحدوده، وبين القياس بقوله: «أهو - أي القياس - الاجتهاد، أم هما مفترقان؟».

قلت: هما اسمان لمعنى واحد.. كلُّ ما نزل^(١) بمسلم، ففيه حُكْمٌ لازم، أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة، وعليه، إذا كان فيه بعينه حكم، اتباعه^(٢)، وإذا لم يكن فيه بعينه^(٣)، طَلَبِ الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد^(٤)، والاجتهاد القياس^(٥).

الإمام الغزالي وتحديدده لمدى صلة العقل المتخصّص بالتشريع الاجتهادي:

الاجتهاد بالرأي في نظر الإمام الغزالي - وهو شافعي المذهب - أوسعُ أفقاً، وأبعدُ مدى ما حدّده الإمام الشافعي نفسه، إذ يقول: «وأشرف العلوم ما ازدوج فيه العقل والسمع^(٦)، واصطحب فيه الرأي والشرع، وعلم الفقه وأصوله من هذا القبيل، فإنه يأخذ من صفو الشرع والعقل سواء السبيل، فلا هو تصرّف بمحض العقول، بحيث لا يتلقاه الشرع بالقبول، ولا هو مبنيٌّ على محض التقليد الذي لا يشهد له العقل بالتأييد والتسديد^(٧)».

(١) من الوقائع والنوازل.

(٢) وعلى المسلم المجتهد اتباع الحكم المتناول للواقعة بعينها.

(٣) وإذا لم يكن في الواقعة بعينها حكم يتناولها.

(٤) أي يجب عليه أن يجتهد في الاستدلال لتحصيل حكم تلك الواقعة التي لم يرذ فيها نص، وطريق ذلك هو الاجتهاد، بشروطه التي تفضي في غالب الظن إلى سبيل الحق وتبين مراد الشارع.

(٥) وحصر الاجتهاد بالرأي في القياس، فلا اجتهاد بالرأي إلا عن طريق القياس، لكن قدمنا أنه يقول بأصل الاستحسان وبالذرائع والمصلحة المرسلّة، «الرسالة» ص ٤٧٧.

(٦) النصوص التشريعية كتاباً وسنة.

(٧) أي يناقض مبادئ الشرع وقواعده الأساسية، وأحكامه القطعية، ومقاصد العامة. «المستصفي»:

المقدمة ص ٤ - ٥.

وهكذا لا يحدّد الإمام الغزالي صلة العقل بالتشريع بالقياس، بل يراها صلةً أبعد مدى، لا يحدّها إلا الوقوع في التناقض بين مقرّرات العقل وقضايا الشرع. هذا، وقد أخذ الإمام الغزالي «بالمصلحة المرسلة» قاعدة للاجتهاد فيما لا نصّ فيه، بشرط واحد فقط، هو ملاءمتها لجنس تصرفات الشارع^(١).

الإمام العزّ بن عبد السلام لا يحدّد مدى الاجتهاد بالرأي بالقياس الأصولي الخاص:

إن قاعدة الاجتهاد فيما لا نصّ فيه عند الإمام العز بن عبد السلام الشافعي المذهب هي جلبُ المصلحة، ودفع المضرّة أو المفسدة، فقاعدة الاجتهاد بالرأي في نظره هي «المصلحة» حتى ولو لم يرذّبها نصّ ولا إجماعٌ ولا قياسٌ خاصٌّ، وبذلك يطلق الإمام العز بن عبد السلام الحرية للفكر الاجتهادي الإسلامي فيما لم يرد فيه نص، فيجاوز القياس الأصولي الخاص إلى «المصلحة» المطلقة التي لم يرذّب نص خاص من الشارع باعتبارها أو إلغائها بعينها، بل يستمدُّ حكم المصلحة هذه من مبدأ عام أو من روح التشريع العامة التي يتمثلها المجتهد الحق، وهي التي تمثل «العدل والحق»، الذي يُطلق عليه الإمام «نفس الشرع» حيث يقول: «ومن تتبّع مقاصد الشرع في جلب المصالح، ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد^(٢) أو عرفان^(٣)،

= هذا، وقد ذهب جمهور الأصوليين إلى أن الإمام الغزالي يشترط في المصلحة المرسلة، ثلاثة شروط، من القطعية، والضرورية، والكلية، والتحقيق أنه لم يشترط إلا شرطاً واحداً، هو «ملاءمة المصلحة لجنس تصرفات الشارع» والملاءمة معناها اندراج المصلحة تحت أصل عام، وهذا هو «الاستدلال المرسل» «المستصفي» ص ٣٠٥.

هذا، وثمة أمثلة لا تحصى أوردتها الإمام الغزالي في كتابه «شفاء الغليل» يستبين فيها الباحث، أنه لا يشترط للعمل بالمصلحة المرسلة، تلك الشروط، ولا يتّسع المقام لذكرها.

(١) المرجع السابق.

(٢) أي العلم اليقيني.

(٣) لعله يقصد ما يغلب على الظن من معرفة، أي الظن الراجح، وهو كافٍ في وجوب العمل - ويقصد بالمصلحة - جلب منفعة أو درء مفسدة، وهذه إشارة إلى أن الظن الراجح كافٍ في حجّية العمل بالأصول التي تنفرع عنها أحكام المعاملات لا في الفروع فقط.

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»^(١).

وحتى لا تكون «المصلحة» صدى للهوى الشخصي، أشار الإمام ابن عبد السلام إلى أن «المصلحة» المقصودة بالتشريع لها بحكم إيجابي أو سلبي^(٢)، هي ما كانت متفقة وروح التشريع العام، وإن لم يرد بها نص خاص، ولا ورد لها نظير، أو انعقد على حكمها إجماعاً، وهذا تطوّر بعيد المدى في قواعد الاجتهاد في الفقه الشافعي. فالاجتهاد بالرأي إذن في خدمة «المصالح»^(٣).

الإمام «الجويني» يفسر المنهج الأصولي في الاجتهاد بالرأي عند الإمام الشافعي بمفهوم آخر غير مقصور على مفهوم القياس الأصولي الخاص، بل القياس بوجه عام.

ومفاد هذا أن استدلاله على حكم الواقعة غير المنصوصة بالمصلحة، يُشترط فيها أن تشبه المصالح المعبرة شرعاً، بأن تكون من جنسها، ولا يُشترط أن يشهد لها نص خاصٌ. بالاعتبار، كما هو الشأن في القياس الأصولي، إذ يقول:

«ذهب الإمام الشافعي، ومعظم أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه إلى اعتقاد «الاستدلال»^(٤) إن لم يستند إلى حكم متفق عليه في أصل، ولكنه لا يستجيز التأني

(١) وفهم نفس الشرع أي: روح التشريع العامة، التي تسري في جميع نصوصه وقواعده، أي روح العدل والإنصاف فيه. «قواعد الأحكام».

(٢) نقصد بذلك المشروعية أو عدم المشروعية، الوجوب أو التحريم والمنع.

(٣) في عرف الاستعمال القرآني أن المصالح يعبر عنها بالحسنات، والمفاسد يعبر عنها «بالسيئات» قال تعالى: ﴿مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَمْثَالِهَا وَمَنْ جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَى إِلَّا يَنْهَاهَا﴾ [الأنعام: ١٦٠]. كذلك النصوص النافية للحرج ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]. وفي السنة قاعدة نفي الضرر «لا ضرر ولا ضرار». [أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن]. وهذا يستلزم عقلاً رعاية المصلحة.

(٤) الاستدلال هو قاعدة الاجتهاد بالمصلحة التي يقرها العقل ولا تضاد أصول الشرع، والمقصود بالعقل هنا، «ملكة الاجتهاد» وقد يفتقر الاجتهاد في طلب المصلحة وتقرير الحكم بناءً عليها، إلى الاستعانة بالخبراء من ذوي الاختصاص في جميع المرافق وفروع العلم، كما قدّمنا، فلا بد من عرض «المصلحة» على هؤلاء لتقرير كونها حقيقةً عامة، ترفع حرجاً عن الناس، وتسد حاجة أو تدفع =

والبعد والإفراط، وإنما يسوّغ تعليق الأحكام بمصالح شبيهة بالمصالح المعتبرة اتفاقاً، وبالمصالح المستندة إلى أحكام ثابتة الأصول، قارة في الشريعة»^(١).

ثم يضيف موضعاً أن هذا أصل عتيد في المذهب الشافعي، فيقول:
«المعروف من مذهب الشافعي، التمسك بالمعنى، وإن لم يستند إلى أصل، على شرط قُرْبِهِ من معاني الأصول الثابتة».

ولا يقصد المحققون من الأصوليين بالمصلحة المرسلة إلا هذا المعنى.

الخطر كامن في التشريع بالمصالح المضادة لأصول الشرع الثابتة:

إن الخطر الذي كان أئمة الأصول منه على حذر، هو الإسراف والإفراط في التشريع على أساس مصالح مزعومة، أو وهمية، تضاداً مقاصد التشريع الإسلامي وأصوله الثابتة، بأن لم يشهد لها أصل معنوي عام مستقى من معقول عدّة نصوص أو أصل لفظي عام.

وذلك خشية العبث بمقررات الوحي الذي يتوخى تدعيم الحياة الإنسانية بكل مقوماتها الأساسية، تحت ستار «المصلحة».

وحينئذ يصبح التشريع بالمصلحة المزعومة ذريعة لهدم واجب، أو تحليل محرّم، أو الافتئات على حق ثابت، أو وسيلة لأكل أموال الناس بالباطل، أو تفويض دعائم العدل المطلق من القواعد.

وهذا ما يقرّه الإمام القرافي (المالكي) في تفسيره لرفض بعض الأئمة الاجتهاد على أساس «المصلحة» في عصره، بأن مردّد ذلك أسباب سياسية، إذ يقول: «وإنما فرّ أكثر علماء الأمة من تقرير هذا الأصل تقريراً صريحاً، مع اعتبار كلهم له «خوفاً» من اتخاذ أئمة الجور إياه حجّة، لاتباع أهوائهم، وإرضاء استبدادهم في أموال الناس

= ضرورة، أو لتقرير كونها حقيقة خاصة جديرة بالاعتبار، بأن تملي المصلحة العامة اعتبار تلك المصلحة الخاصة، فضلاً عن أن الشارع قد يعتبرها في ذاتها مصلحة مرعية عدلاً وإنصافاً.

(١) راجع كتاب: «البرهان» للإمام الجويني، مصوّر بدار الكتب المصرية.

ودمائهم، فرأوا أن ينفوا ذلك، بإرجاع جميع الأحكام إلى النصوص، ولو بضرب من الأقيسة الخفية، فجعلوا مسألة «المصالح المرسله» من أدق مسالك العلة في القياس، ولم ينيطوها باجتهاد الأمراء والحكام، وهذا الخوف في محلّه، ولكن لم يبق الأمة من أهواء الحكام كما ينبغي، إذ كان يوجد في عهد كل ظالم من علماء السوء من يمهدّ له، ولو لبعض ما يريد من الهوى^(١).

الاجتهاد بالرأي في تقدير مآل التطبيق واقعاً يقتضيه توثيق أصل المصلحة التي هي مقصود الشرع^(٢):

أشرنا إلى أن الإمام الشاطبي يقرّر أن مآل التطبيق ذو أثر في تكييف الفعل، ووصفه الشرعي، فيصبح غير مشروع في ظل ظروف معينة بالنظر إلى نتيجته غير المشروعة الواقعة أو المتوقعة، ويصبح مشروعاً بل واجباً إيجاداً وتحصيلها إذا اقتضت الحاجة الماسة للأمة ذلك، دون الافتئات على دليل أو أصل قطعي^(٣). ومن هنا نشأت قاعدتا الاستثناء: الاستحسان والذرائع.

إذن انبثقت هاتان القاعدتان من أصل عام في الشريعة الإسلامية هو أصل النظر في مآل التطبيق^(٤)، فعلاً لمعالجة الواقع المعيش، وضمان تحقيق الأصل المصلحة المعتبرة شرعاً، إذا كان تطبيق القواعد النظرية الأصلية الخاصة بالمسائل المعروضة يؤدّي - لاختلاف الظروف إلى نتائج ضرورية^(٥)، فلا تخرج واقعة من أصل قاعدتها

(١) وراجع «كتاب الشافعي» لأبي زهرة ص ٣٠٢.

(٢) راجع «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٩ / ٨٩) حيث قسم الاجتهاد إلى ضربين: الأول في درك الأحكام، أي استنباطها نصاً أو دلالة. الثاني: تحقيق المناط، وهو الاجتهاد بالرأي في التطبيق، وسيأتي تفصيل ذلك في مقامه.

(٣) (٤ / ١٩٦ وما بعدها).

(٤) فالمآل أو النتيجة، هو الدليل الذي يحكم على الفعل أو التصرف بالمشروعية أو عدمها، بقطع النظر عن الوصف الشرعي الأصلي لذلك الفعل أو التصرف، فأساس تكييف الفعل هو المآل.

(٥) ذلك لأن تدخل الظروف، في نتائج التطبيق، أمر لا مرية فيه، وقد تصبح مفسدة المآل، راجحة على مصلحة الأصل، فينشأ عن هذا المآل حكم، ويغدو الأمر تعارضاً بين المصلحة والمفسدة، فيجب =

تفادياً لسوء نتائج التطبيق - إلا لتدخل في قاعدة أخرى، تكفل تحقيق العدل والمصلحة في حكمها.

وبذلك تفادى الأصوليون بهاتين القاعدتين، التطبيق الآلي العشوائي الذي لا يقدر الظروف القائمة التي لها مدخلٌ في تشكيل علة الحكم، وبالتالي في نتائج التطبيق العملي؛ لأن الشريعة الإسلامية لا تعمل في فراغ، وليست شريعةً تقرّر مجرد قواعد نظرية دون مراعاة لواقع المجتمع، بل وضعت أصولاً عامة، ورسمت مقاصدً أساسية، لمعالجة ذلك الواقع، ثم وضعت قاعدتي الاستثناء اللتين أشرنا إليهما، وذلك الاستثناء يستند بدوره إلى أدلة من الشرع، ومن هنا ينشأ اختلاف واسع المدى لا في أصل القواعد النظرية، بل في تحقيق مناطها^(١).

وفي هذا المعنى يقول الإمام العزُّ بن عبد السلام ما يلي:

«اعلم أن الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وآجلة، تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في ملاساته مشقة شديدة، أو مفسدة تربي على تلك المصالح.

وكذلك شرع لهم السعي في درء مفساد في الدارين، أو في أحدهما، تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى ما في اجتنابه مشقة شديدة، أو مصلحة تربي على تلك المفساد، وكل ذلك رحمة بعباده، ونظرٌ لهم، ورفقٌ بهم، ويعبر عن ذلك كله بما يخالف القياس، وذلك جارٍ في العبادات والمعاضات، وسائر التصرفات»^(٢).

= عندئذ تحكيم قواعد الموازنة والتنسيق، وقاعدة الاستحسان وسد الذرائع، من هذه القواعد التي تحكم التعارض بين المصالح، وترفعه، فلا يتصور حجة مقبولة عقلاً وشرعاً لمن ينكرها.

(١) راجع «الموافقات»: (٤/ ٨٧ وما يليها)، وص ١٩٦ وما يليها، و«المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي» ص ١٨ وما يليها.

(٢) «قواعد الأحكام»: (٢/ ١٣٨)، وراجع في هذا المعنى أيضاً «بداية المجتهد»: (٢/ ١٥٤)، «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص ٤٠٧ للمؤلف، طبع جامعة دمشق.

تحقيق المناط

من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في الجزئيات والفروع «تحقيق المناط»^(١). وهو إثبات مضمون القاعدة العامة، أو الأصل الكلي، أو «علة» في الجزئيات^(٢)

(١) يطلق «المناط» على مضمون القاعدة التشريعية أو الفقهية، أو معنى الأصل الكلي الذي رُبط به حكم كل منها.

كما يطلق «المناط» أيضاً على «علة» حكم النص التشريعي الجزئي أي المتعلق بمسألة خاصة معينة، سواء أكانت ثابتة بالنص، أو الإجماع أو الاستنباط، وهي أساس القياس الأصولي الخاص، الجامعة بين الأصل والفرع، أو المقيس عليه، والمقيس.

فالإسكار مثلاً «علة» حكم تحريم الخمر، وهي متفق عليها في ذاتها، من كونها مبنية لحكم التحريم وأساسه، وإثبات وجود هذه العلة في النبيذ أو غيره من الأشربة، بالاجتهاد والبحث، من باب «تحقيق المناط» في الفروع. «الموافقات»: (٨٩ / ٤).

وكذلك تطبيق الأصل الكلي، أو القاعدة العامة على الجزئيات، وإثبات وجود كل منهما كاملاً في أحاد الصور، بالبحث والاجتهاد، من باب «تحقيق المناط» أيضاً. «الموافقات»: (٣٥ / ١) في الهامش. وانظر تعليق الشيخ عبد الله دراز - حيث يذكر أن «تحقيق المناط» من صناعة المجتهد الفقيه، لأنه تطبيق أصل على جزئي من جزئياته، وذلك بالبحث في أن هذا الجزئي مندرج في موضوعه، ليأخذ حكمه. ويتجه عليه أن هذا نوع من «تحقيق المناط» لأنه مقصور على تطبيق القواعد والأصول الكلية، ولا يشمل تحقيق المناط في القياس الأصولي الذي يقوم على أساس النظر والاجتهاد في معرفة وجود علة الحكم في الوقائع وأحاد الصور المستجدة، وعلة الحكم هي مدركه الشرعي أو أمارته. «الموافقات»: (٩٤ / ٤). وانظر الهامش أيضاً.

(٢) الجزئية لمفهوم كلي، هي التي يتحقق فيما مضمونه كلاً، مثال ذلك: «المؤمنون» لفظ عام، يستغرب جميع أفرادها، دفعة واحدة، بلا حصر، ولا استثناء، وكل فرد من أفرادها، وهو «المؤمن» جزئي له، لأنه يتضمن معنى اللفظ العام - وهو الإيمان - كاملاً، بخلاف الجزء من الكل، فلا يتحقق فيه معنى الكل، ومثاله: الواحد بالنسبة للعشرة، فهو جزء من أجزائها، لأنه لا يتضمن معنى العشرة، فظهر الفرق بين الجزء والجزئي، والكل والكلي، راجع: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي» ص ٤٩٦، باب العام للمؤلف. هذا، ويعرفه الإمام الشاطبي بقوله: «ومعناه - أي معنى تحقيق المناط - أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكي يبقى النظر في تعيين محله». «الموافقات»: (٩٠ / ٤)، ويضرب مثلاً على ذلك بقوله: «وذلك أن الشارع إذا قال: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ وثبت عندنا معنى العدالة شرعاً، افتقرنا إلى تعيين من حصلت (تحقق) فيه هذه الصفة، وليس الناس في وصف العدالة على حد سواء، بل ذلك يختلف اختلافاً متبايناً وهذا من باب تحقيق المناط في الأشخاص. المرجع السابق.

وجاء في المنهاج: أن تحقيق المناط هو «تحقيق العلة» لمتفق عليها في الفرع» غير أن هذا التعريف =

والفروع إبان التطبيق، بشرط أن يكون كلٌّ من المضمون والعلة متفقاً عليه، فهو ضرب من الاجتهاد بالرأي في التطبيق^(١) الذي لا يمكن أن ينقطع حتى فناء الدنيا^(٢).

وبيان ذلك، أن تطبيق كلٍّ من القاعدة العامة^(٣)، أو الأصل اللفظي العام، أو الأصل المعنوي العام^(٤)، المتفق على حجّية كل أولئك بين الأئمة والمجتهدين، على

= يشمل القياس الأصولي، دون سواه، فلا يشمل تطبيق الأصل العام اللفظي أو المعنوي على الجزئيات، فكان تعريفاً غير جامع.

(١) يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد ما يلي: «الاجتهاد على ضربين: أحدهما لا يمكن أن ينقطع، حتى ينقطع أصل التكليف، وذلك عند قيام الساعة، والثاني يمكن أن ينقطع... فأما الأول، فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط، وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله». والإمام الشاطبي يرى أن «تحقيق المناط» يستلزم القيام بالتكليف، وعلى هذا، يكون متعلقاً بالمكلفين كافةً، سواء أكانوا من المجتهدين أم من العوام، غير أن بحثنا هنا مقصور على تحقيق المناط الذي هو من عمل الفقيه المجتهد.

(٢) لأنه يتعلّق بتطبيق الأحكام الشرعية الذهنية المجردة على أفعال المكلفين عامة، أو تنفيذ تلك الأحكام، في الواقع العملي، وذلك ليس خاصاً بالمجتهدين، بل يشمل العوام أيضاً، لأنه يجب عليه تحقيق مناط الأحكام التي هم بصدد تطبيقها أو امتثالها، بحسب وسعهم، أو باستفتاء أهل العلم، كما في أمور صلاتهم وصيامهم وزكواتهم وحجّهم، ومعاملاتهم. «الموافقات»: (٩٣/٤).

ويشير الإمام الشاطبي إلى أن الاجتهاد في تحقيق المناط، لا بد منه لكل ناظر (مجتهد) وحاكم (قاض) ومفت، بل بالنسبة إلى كل (مكلف) في نفسه - المرجع السابق.

(٣) وذلك من مثل «البيّنة على من ادعى، واليمين على من أنكر»، - وقاعدة: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»، - وقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، - وقاعدة: «ولا تزر وازرة وزر أخرى». فهذه قواعد تشريعية، أو أصول لفظية عامة، صاغها المشرع نفسه بصيغة من عنده، بخلاف القاعدة الفقهية، فقد صاغها الفقهاء بعبارات من عندهم، ومضمونها معنى عام مستقراً من عدة مواقع نصوص خاصة تضمنت ذلك المعنى العام، على ما سيأتي بيانه.

(٤) الأصل المعنوي العام، هو المستقراً من مواقع معناه في عدة نصوص خاصة، لاحظ المشرع في تصرفاته، في بناء أحكام جزئية عديدة عليه، بحيث أمكن اعتباره مقصوداً شرعياً ثابتاً على سبيل القطع، أو على سبيل الظن الغالب، تبعاً لنوع الاستقراء، ومعلوم أن الظن الغالب كاف في الاحتجاج، في المعاملات، أصلاً وفرعاً، فيتخذ المجتهد أساساً ودليلاً، للنوازل والوقائع الطارئة التي لم يردّ فيها نصٌّ، إذ انطبق عليها مضمونه ومناطه، لأنه، وإن لم يرد من الشارع صيغة تُقرّره، لكنه لكثرة ملاحظة الشارع إيّاه في تصرفاته، أضحي بمنزلة الأصل اللفظي العام، من حيث قوة الاحتجاج به، لأنه يرسم «خطة تشريعية» يلتزمها المجتهد في استنباط للأحكام فيما لا نصٌّ فيه، ولا ضرورة بعد ذلك للبحث عن دليل خاص بالواقعة الطارئة كالقياس وغيره، لأن هذا الأصل المعنوي العام الاستقرائي، نهض بحجّيته معقول عدّة نصوص خاصة بحيث أضحي الاحتجاج به، احتجاجاً بمعقول تلك النصوص الخاصة =

الجزئيات والفروع المستجدة، أو المعروضة، إذا تحقق معناه فيها كَمَلًا والمجتهد والفقهاء - لا الأصولي - هو الذي يثبت هذا التحقق والحصول، بالبحث والاجتهاد، كما يشمل مفهومه أيضاً، إثبات وجود «علة» حُكَم النص الجزئي المتفق عليها في ذاتها، في الفرع الذي لم يردّ فهي نصّ، إبان إجراء القياس الأصولي، سواء أكان تعرف تلك العلة في ذاتها، عن طريق النصّ^(١) الشرعيّ، أو الإجماع^(٢)، أو الاستنباط.

= جميعاً، وهذا بلا ريب، أقوى من الاستدلال بالقياس الأصولي الخاص، أو غيره، بل قد يفيد القطع تبعاً لنوع الاستقراء الثابت به، كما أسلفنا، وهو ما قرره الإمام الشاطبي في «موافقاته» حيث يقول: «إن المجتهد إذا استقرى معنى عاماً من أدلة خاصة، واطرد له ذلك المعنى، لم يفتر بعد ذلك إلى دليل خاص، على خصوص نازلة تطراً، بل يحكم عليها بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى، (بفتح الراء) من غير اعتبار بقياس أو غيره، إذ صار المستقرى من عموم المعنى كالمخصوص بصيغة عامة، فكيف يحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصة بمطلوبه». «الموافقات»: (٢ / ٣٠٤).

ومن الأصول المعنوية العامة أيضاً، «المنع من الجائز المشروع، إذ أفضى إلى مآك ممنوع» أي إذا أذى - في ظروف معينة - إلى نتائج هي على النقيض من المصلحة الشرعية التي قصدتها الشارع من أصل مشروعية ذلك الفعل، بأن أفضى إلى مفساد وأضرار لازمة مساوية لتلك المصلحة الأصلية، أو زائدة عليها، وهو ما يطلق عليه «سد الذرائع»، إذ لاحظ المشروع هذا الأصل المعنوي العام في نصوص جزئية عديدة. «أعلام الموقعين»: (٢ / ١١٩).

تبدى لك بجلاء، أن هذه الأصول المعنوية العامة، تمثل خططاً تشريعية، وليست مصادر للتشريع، كما يزعم بعض الكتاب المحدثين، لأنها ليست مستقلة في ذاتها، بل مستخلصة اجتهاداً من نصوص الشريعة الخاصة - كتاباً وسنة - لأن العمل بمقتضى كل منها، لا يعدو كونه تطبيقاً لمعنى عام مستقى من نصوص جزئية في الشريعة، أو هو تطبيق لمقتضى تلك النصوص التي جمع بينها ذلك المعنى العام، على الجزئيات التي لم يرد بها نص، إذا تحقق في كل منها ذلك المعنى كاملاً، فهو إذن من باب «تحقيق المناط» في الجزئيات.

ومن المقرر أصولياً، أن الحكم على العام، حكم على جزئياته التي تحقق فيها معنى ذلك العام كَمَلًا، كما أشرنا.

(١) من العلل المنصوص عليها، قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

فالعلة في امتلاك مال الغير، أو الانتفاع به، هو التراضي وهو منصوص عليه كما ترى. وكذلك قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] فإن العلة في الإلزام بالشهادة قضاء، هي عدالة الشهود، وهي منصوصة أيضاً.

(٢) أجمع الفقهاء على أن «العلة» في الولاية على مال الصغير هي «الصغر».

تصوير الاختلاف في «تحقيق المناط» والأمثلة التطبيقية التي توضح ذلك:

أ - قد يرى مجتهد، أو فريق من المجتهدين، أن «مناط قاعدة» ما أو مضمونها الذي ربط به حكمها، متحقق في الجزئية المعروضة، تحقّقاً كاملاً، ويثبت ذلك بالأدلة والبحث العلمي، والتحليل الاجتهادي، بينما يرى فريق آخر من المجتهدين، أن في هذه «الجزئية» معنىً دقيقاً يجعل مناط تلك القاعدة غير متحقق فيها، مما يستوجب استثناءها من عموم هذه القاعدة، أو الأصل العام، ليدرجها تحت قاعدة أخرى، أو يثبت لها حكماً آخر بدليل، هو - في اجتهاده - أدنى إلى العدل، أو المصلحة المعتبرة شرعاً، ويثبت ذلك بالأدلة.

وقد يحتفّ بالواقعة أو الجزئية - محل البحث والاجتهاد - من الظروف والملايسات التي تؤثر في نتائج تطبيق القاعدة العامة عليها، تلك النتائج التي قد تكون ضرورية، لا تتفق والمصلحة التي شرع أصل القاعدة من أجلها، أو بعبارة أخرى، يرى المجتهد - حال التطبيق - تعارضاً متوقعاً بين مصلحة الأصل، ومفسدة المآل، وهذه الأخيرة مساوية للأولى، أو راجحة عليها، الأمر الذي يستوجب استثناءها من عموم القاعدة أو الأصل العام، والحكم عليها بحكم آخر مناسب، بناء على دليل أقوى من شأنه أن يحول دون الإفضاء إلى تلك النتائج غير المشروعة، أو قد يوقف تطبيق تلك القاعدة أو النص العام، ريثما تزول تلك الظروف، تجنباً لتلك النتائج التي لم يقصدها المشروع قطعاً.

ب - أو قد يرى المجتهد - نتيجة البحث العلمي والاجتهاد - أن الفرع المقيس، قد تحققت فيه «علة الأصل» المتفق عليها، فيجري القياس بين الأصل والفرع، ويعدى حكم الأصل إليه، لأن «وحدة العلة» توجب «وحدة الحكم» عقلاً وشرعاً، بينما يلحظ مجتهد آخر معنىً دقيقاً في الفرع ينهض فارقاً بينه وبين الأصل المقيس عليه، فيحول دون تحقيق مناط حكم الأصل فيه، ومن ثمّ لا يجري القياس، بل يثبت له حكماً آخر بدليل آخر.

فالعلة أو المناط - كما ترى - أمر متفق عليه^(١)، ولكن جرى الاختلاف في مدى تحقيق هذه العلة في الفرع عند التطبيق.

هذا، والاختلاف في تحقيق المناط أمر معهود بين الفقهاء والأصوليين. ومن أمثله عند الحنفية، ما يسمونه بالاستحسان الذي سنده القياس الخفي، وهو في حقيقته ضربٌ من تحقيق المناط في الفروع^(٢).

الاتفاق على أصل القاعدة لا يحول دون الاختلاف في شروط إعمالها:

هذا، ومما ينبغي الإشارة إليه، أن الاتفاق على أصل القاعدة العامة، لا يحول دون الاختلاف في «شروط إعمالها».

ولا ريب أن لهذه الشروط أو القيود أثراً على «مضمون القاعدة»، ومناطها، إطلاقاتاً وتقييداً، الأمر الذي ينعكس أثره بالتالي على مجال التطبيق ومداه، ولكن لا ينقض أصلها، وعلى هذا، يجري تحقيق المناط في الفروع، كما يجري في القواعد الأصولية.

أمثلة توضيحية لاختلاف الأئمة في تحقيق المناط، وتحليلها أصولياً:

المثال الأول: اختلاف المتبايعين (البائع والمشتري) في مقدار ثمن السلعة قبل تسليمها للمشتري، وقبل قبض البائع للثمن.

ثمة قاعدة تشريعية عامة من قواعد الإثبات في التشريع الإسلامي، أرساها الرسول ﷺ بقوله: «البيئةُ على مَنْ ادَّعى، واليمينُ على مَنْ أنكر»^{(٣)(٤)} وهي متفق عليها.

(١) جاء في المنهاج: «تحقيق المناط هو تحقيق العلة المتفق عليها، في الفرع».

(٢) «التلويح مع التوضيح»: (٢/ ٨١ وما يليها).

أي إقامة الدليل على وجودها فيه. وهذا بلا شك من اختصاص الفقيه المجتهد، «نهاية السؤل»: (٤/ ١٤٣)، مع «سلم الوصول» للشيخ بخيت المطيعي، «الموافقات»: (٤/ ٨٩ - ٩٠).

(٣) أخرجه الدارقطني: (٤/ ٢١٨)، والبيهقي في «الكبرى»: (٨/ ١٢٣)، وبنحوه الترمذي: ١٣٤١، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

(٤) الألف واللام في قوله ﷺ «البيئة» و«اليمين» تفيد العموم، لأنها ليست للماهية، أي للتعريف بحقيقة كل =

ومقتضى هذا الأصل العام من أصول الإثبات^(١)، أو القواعد القضائية، أن على المدعي يقع عبء الإثبات بالبينة، فإن أقامها حكم له بمدعاه، حتى إذا عجز عن إقامتها، فالمشتري (المدعى عليه) المنكر، يصدّق مع يمينه.

هذا، من حيث الحكم بمدركه الشرعي مُتصوراً في الذهن قبل التطبيق. غير أن القاضي - عند التطبيق - لا يمكنه الحكم في واقعة معروضة لديه، إلا بعد التمييز بين المدعي والمدعى عليه فيهما، وهو أصل القضاء.

فليس الخلاف في حكم كل منهما، بل قد يقع في تمايزهما^(٢) في التطبيق. هذا، وتوزيع البينة واليمين، أو تقسيمهما على الخصمين على هذا النحو، أي بحسب كون أحدهما مدّعياً، والآخر مُدعى عليه، وهو منكر، لا خلاف فيه، لكن اختلف الأئمة في تطبيق مضمون هذه القاعدة على المسألة السابقة، وهي حالة ما إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن، والسلعة لم يقبضها المشتري، والبائع لم يقبض الثمن أيضاً، على رأيين:

الرأي الأول: أن مناط القاعدة متحقّق في هذه المسألة، فيحكم فيها بحكمها الذي بيّناه آنفاً، إذ البائع يدّعي زيادة في الثمن، فمقتضى القاعدة، أن عبء الإثبات بالبينة، يقع على عاتقه، بينما المشتري يُنكر هذه الزيادة، والمنكر هو المدعى عليه، فيصدّق مع يمينه، إذا عجز الأول عن الإثبات.

= منهما، وتحديد مفهوميهما، ولا للعهد، فلم يبق إلا أن تكون صيغة من صيغ العموم، وكذلك لفظ «مَنْ» في قوله ﷺ «من ادعى» و«من أنكر»: اسم موصول من صيغ العموم، راجع بحث «صيغ العموم» في كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» ص ٣٧٩ وما يليها [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

وظاهر عموم نص الحديث يفيد التوزيع، بمعنى: أن جميع أفراد البينة على جميع أفراد المدعين، وجميع أفراد اليمين، على جميع أفراد المدعى عليهم، المنكرين.

(١) قلنا إن الحنفية يطلقون على عموم الأصل الكلي، أو مقتضى القاعدة العامة، أو أطراف عمومها، اصطلاح «القياس» أو سنن القياس (بفتح السين والنون).

(٢) «الموافقات»: (٤ / ١٩٢)، وانظر التعليق في الهامش، وما نقل فيه عن صاحب «تبصرة الحكام» في هذا المعنى.

فمضمون القاعدة متحقّق على هذا النظر في هذه المسألة، فتكون مشمولة بحكم القاعدة.

الرأي الثاني: غير أن لفريق آخر من المجتهدين ملحظاً دقيقاً في هذه الحالة، يحول - في نظره - دون تحقق مناط القاعدة فيها.

فوصف البائع هنا، بأنه مجرد مُدَّعٍ، والمشتري بأنه مجرد مدّعي عليه، فيه نظر! ذلك لأن المشتري يدّعي على البائع استحقاق المبيع، ويطلب بتسليمه إياه، والبائع يُنكر هذا الاستحقاق، ويمتنع بالتالي عن التسليم، فكلاهما - في الواقع - يدّعي شيئاً يُنكره الآخر، أو بعبارة أخرى: كلٌّ منهما مُدَّعٍ، ومُدَّعى عليه في الوقت نفسه.

وتأسيساً على هذا، لا ينطبق مناط القاعدة، أي: لا يتحقّق مضمونها في هذه الحالة حتى يجري عليهما حكم التوزيع، بل يطالب كل منهما بالبيّنة، باعتباره مُدَّعياً، وعند انتفاء البيّنة من جانبهما، يتحالفان.

غير أن الحنفية يرون أن هذا من قبيل «الاستثناء» من عموم القاعدة، أو هو خروج عن «سنن القياس» كما يقولون، لملحظ دقيق قوي الأثر، وهو ما يطلقون عليه «الاستحسان» اصطلاحاً.

في حين أن غيرهم يرى أن هذا ليس من باب الاستثناء، بل هو في الواقع من باب «تحقيق المناط» في الجزئيات، ولكن المؤدّي واحد، وإنما الاختلاف في التسمية والاصطلاح، ولا مشاحة فيه^(١).

هذا، ومحلّ النزاع في المسألة، قبل أن يقبض المشتري السلعة والبائع الثمن، كما أشرنا، أما لو اختلفا في الثمن بعد قبض المشتري للسلعة، فقد ورد في ذلك أثر

(١) لا مشاحة (بتشديد الحاء) في الاصطلاح، معناه لا حَجْر على أحد من الأئمة أو المجتهدين الباحثين في أن يطلق ما يشاء من الأسماء والاصطلاحات على مفهوم معين، إذ لا عبرة باختلاف الأسماء مادام المضمون واحداً.

من السنة، ولا مجال للاجتهاد، إذ يقول الرسول ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة، تحالفا وتراذًا». أي: لا تطلب بيّنة من أيّ منهما^{(١)(٢)}.

مثال ثان: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد منع حاطب بن أبي بلتعة من إرخاص سعر الزبيب عن مستوى سعره العام في السوق، بمنعه من المكث فيها، ظناً من عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن إرخاص السعر هذا في السوق، قرينة، على قصد حاطب للتذرع بذلك إلى مفسدة عامة راجحة متوقعة مستقبلاً، هي منافسة العير^(٣) القادمة بالزبيب إلى المدينة، فتمتنع عن الجلب إلى سوقها، وفي هذا ضرر عام متوقع، والمتوقع في حكم الواقع فعلاً.

ومن هنا، كان هذا النوع من المنافسة غير مشروع، بالنظر إلى ذلك المآل، لكن عمر رجع عن اجتهاده هذا، وأباح لحاطب أن يبيع كيف شاء^(٤)، ذلك، لأنه لم يتأكد من أن الإرخاص في حد ذاته، يصلح قرينة على قصد التذرع إلى المفسدة الراجحة المتوقعة، أو إلى إفضائه إليها.

أو بعبارة أخرى أنه شك في أن هذا الفعل يشكل ذريعة لأن تفضي إلى ذلك المآل الممنوع، فلم يطبق قاعدة الذرائع، لأن مناطها ومعناها لم يتحقق على وجه اليقين أو الغالب من الظن، في هذا الفعل، وهو الإرخاص، لكن هذا، لا يقدر في أصل قاعدة الذرائع من حيث حجيتها، ولو تحقق عمر رضي الله عنه من الإفضاء إلى المآل الممنوع، أو

(١) هذا، والحق أن هذه المسألة ليس فيها قياسان أصوليان متعارضان، يقوم أحدهما على علّة ظاهرة، والآخر على علّة أدق وأخفى، بل هو من باب «تحقيق المناط» كما رأيت. راجع كتاب «أبو حنيفة» للشيخ أبي زهرة ص ٣٤٦. والحديث أخرجه الطبراني في: «الكبير»: ١٠٣٦٥، والدارقطني: (٢٠/٣)، من حديث ابن مسعود.

(٢) «أبو حنيفة» للشيخ أبي زهرة ص ٣٤٦، ومع ذلك فإن الحنفية يعتبرون هذا من باب الاستثناء (الاستحسان) من عموم القاعدة، وسنده السنة، وهو في حقيقته استثناء من قبل المشرّع، أي من القاعدة العامة التي أرساها، وإنما يطلق عليه «سنة» بالنسبة لثبوت هذا الحكم بالسنة، فهو استثناء من حيث المفهوم، وسنة من حيث المصدر والثبوت.

(٣) العير: القافلة من الإبل المحملة بالبضائع والمواد الغذائية عادة.

(٤) أخرجه البيهقي في: «السنن الكبرى»: (٢٩/٢).

غلب على ظنه ذلك، لمنع المتسبب فيه، كما فعل في منع التزُّوج بالكتايات الأجنبية إبان فتح بلاد فارس، وكما منع الصحابة من مغادرتهم عاصمة «الخلافة» وكما حكم بتوريث المطلقة بائناً في مرض الموت، وكما نُظِم استهلاك اللحوم، فمُنِع بيعها في أيام معينة من الأسبوع، وغير ذلك من الوقائع الكثيرة التي تشهد بحجّية هذه القاعدة في نظره واجتهاده^(١)، بدليل تطبيقه لها حين غلب على ظنّه مناط الذريعة في كل منها.

تحقيق المناط قسمان:

١ - تحقيق المناط العام.

٢ - تحقيق المناط الخاص.

- تحقيق المناط العام:

من المعلوم أن الحكم التكليفي يتسم بالتجريد والعموم والجزاء غالباً^(٢)، أما كونه متّسماً بالتجريد، فلأنه يقع في الذهن مُتَعَقِّلاً بِمُدْرَكِهِ^(٣) وأما كونه عاماً، فلأنه لا يختص بزمن معين، أو ببيئة خاصة، أو شخص معين بالذات، بل يشمل المخاطبين على الإطلاق والعموم.

(١) وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: «وأيضاً، فلا يصح أن يقول الشافعي إنه يجوز التذرع إلى الربا بحال، إلا أنه لا يتهم من لم يظهر منه قصد إلى الممنوع، ومالك يتهم بسبب ظهور فعل اللغو (أي في بيع العينة) وهو دال، (أي قرينة) على القصد إلى الممنوع، فقد ظهر أن قاعدة الذرائع متفق على اعتبارها، وإنما الخلاف في أمر آخر، وهو تحقيق المناط، أو شروط إعمال هذه القاعدة الأصولية، كما أشار إلى ذلك تعليق الأستاذ الشيخ عبد الله دراز - رحمه الله - بقوله:

«هو في الحقيقة اختلاف في المناط الذي يتحقق فيه التذرع، وهو من تحقيق المناط في الأنواع...»
«الموافقات»: (٤/٢٠٠ - ٢٠١) وانظر الهامش. وهذا - كما ترى - من باب تحقيق المناط في القواعد الأصولية، فالشافعي يشترط ظهور القصد صراحة، والإمام مالك يرى أن مناط التذرع يتحقق، ويثبت بالقرائن، غير أنهما متفقان على أصل القاعدة، وهو أنه لا يجوز التذرع إلى المحرم بحال.

(٢) وإنما قلت غالباً، لأن كلاً من المكروه تنزيهاً، والمندوب، لا يتعلّق بمخالفته جزاءً.

(٣) المدرك، (بضم الميم وفتح الراء) هو الدليل الذي يدركه العقل بمعنى للحكم، وقد يكون نصّاً، أو علة والعلة إمارة الحكم) أو أصلاً معنوياً عاماً مستقراً، كما فصلنا.

فالحكم التكليفي إذن - قبل مرحلة تطبيقه، وتحقيق مناطه في الجزئيات - عام ومجرد^(١).

حتى إذا جرى الاجتهاد في تطبيقه على مُتَعَلِّقه من واقعة معينة، أو شخص معين، فإن تحقق مناطه في كلٍّ منهما، كان الحكم التطبيقي - في هذه الحال - مساوياً للحكم التكليفي.

ولا مراء في أن المجتهد يبذل أقصى طاقاته العلمية في سبيل تحقيق هذه «المساواة» بين الحكم التكليفي العام المجرد، وبين الحكم التطبيقي الاجتهادي أو الإفتائي، على الوقائع المعيّنة المعروضة، التي يتعلّق بها ذلك الحكم التكليفي العام^(٢)، حتى إذا احتقّت بالواقعة ظروف وملابسات، نشأت عنها دلائل تكليفية أخرى، لا يطبق عليها ذلك الحكم التكليفي العام، لعدم تحقق مناطه فيها، بل يحكم عليها بما تستدعيه تلك الدلائل من الأحكام المناسبة، وهو ما يطلق عليه «تحقيق المناط الخاص» الذي نتناوله بالشرح الآتي:

- تحقيق المناط الخاص:

التشريع للواقع المعاش بظروفه وملابساته وعوارضه المتغيّرة، والحكم الشرعي النظري أو القاعدة العامة النظرية المجردة، يجب أن تنزل من تجريدها الذهني إلى هذا الواقع، لتحكمه.

(١) وفي هذا الصدد يقول الإمام الشاطبي: «ولو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد (في تحقيق المناط) لم تنزل الأحكام الشرعية على أفعال المكلفين إلّا في الذهن، لأنها مطلقات وعمومات، وما يرجع إلى ذلك، منزلات على أفعال مطلقات كذلك (أي ليست متحققة في الوجود الخارجي) والأفعال لا تقع في الوجود مطلقة، وإنما تقع معينة مشخصة (أي بظروفها وعوارضها) فلا يكون واقعاً عليها إلّا بعد المعرفة بأن هذا المعنى يشمل ذلك المطلق، وهذا العام». «الموافقات»: (٤/٩٣).

(٢) سواء أكان حكماً تكليفاً أصلياً عاماً، وهو ما شرع أولاً، غير مبني على أعمار العباد، أم كان حكماً تكليفاً شرع ثانياً مبنيّاً على أعمار العباد، والأول، يسمى (عزيمة) والثاني (رخصة). والأول عام شرع للأحوال العادية الغالبة، والثاني عام أيضاً، ولكن بالنسبة لذوي الأعمار، أي في غير الأحوال العادية، وكلاهما مفتقر في تطبيقه إلى تحقيق المناط، أي إثبات وجود علته في الوقائع والأشخاص، بالاجتهاد، وإقامة الدليل على هذا التحقيق.

وليس من المعقول ولا من المقبول شرعاً، أن يحكم على واقعة معينة بحكم واحد، مهما اختلفت ظروفها، وملاساتها، ذلك لأن لهذه الظروف تأثيراً في نتائج التطبيق، وقد أشرنا أكثر من مرة إلى أن النتائج تصبح هي الدليل في تكييف العمل بالمشروعية وعدمها، تبعاً لنوعها من المنفعة أو المضرة، بقطع النظر عن حكم أصل الفعل.

وقد مثل الإمام الشاطبي لذلك، بحكم الشرع في «الزواج» بالنسبة إلى أشخاص قد اختلفت ظروف كل منهم، سواء أكانت تلك الظروف نفسية، أم مادية.

فالواجب شرعاً تطبيق الحكم المناسب لكل شخص على حدة، في ضوء ظروفه الخاصة، التي تنهض بدليل تكليفي معيّن، يستدعي حكماً خاصاً في حقّه، لأن تعميم الحكم التكليفي على جميع المكلفين يفترض التشابه في الظروف، وقد لا يوجد.

هذا ومن المعلوم، أن الحكم التكليفي الأصلي العام المجرد في الزواج الذي لا يتعلّق بشخص بعينه، وفي الأحوال العادية، أنه «مندوب إليه» ومن شروطه إقامة العدل، والقدرة على تكاليفه، والمعاشرة بالمعروف، حتى بالنسبة للزوجة الواحدة، فمن كان في مثل هذه الحال، فقد تحقق فيه «المناط العام» وكان الزواج في حقّه مندوباً إليه، وبذلك تساوى الحكم التكليفي والحكم التطبيقي الواقعي في هذه الحال.

أما إذا كان تائقاً للزواج مثلاً، ويخشى العنت والوقوع في المحرّم إن لم يتزوج، وهو قادر على مؤنته، ولكنه ممتنع عن الزواج، دون مسوّغ، فالزواج بالنسبة إلى مثل حال هذا الشخص فَرَضَ، للدليل أو مناط آخر، نشأ عن ظروفه الخاصة، وتحقق فيه، وهو أن تجنب الوقوع في الفاحشة واجب، ولا يتمُّ هذا الواجب إلا بالزواج، فكان الزواج واجباً لذلك، في حقّه، لأن من المقرّرات الشرعية، إن «ما لا يتمُّ الواجب إلا به، فهو واجب» وقد تحقق هذا المناط الخاص فيه، أثراً لظروفه، فيستثنى من عموم الحكم التكليفي الأصلي، المجرد، لعدم تحقيق مناطه العام فيه، بسبب عوارضه الخاصة.

ومثال ثان: لو كان شخص آخر، لا يخشى الوقوع في المحرّم، ولكنه غير قادر

على مؤنة الزواج وتكاليفه، فإنه يمنع من الزواج في مثل هذه الحال، لما يفضي إلى ظلم الزوجة غالباً، والظلم حرام، فيجب منعه من التسبب فيه.

إذن تحقق في مثل هذا الشخص مناط أو دليل آخر، وهو ما يؤول إليه زواج المعسر من ظلم للزوجة والأولاد، وهذا مناط خاص لحكم آخر، تحقق في هذه الحال، ورجح على حكم الأصل، وهو جليل المآل.

ومثال ثالث: أن مقتضى القياس العام في «حق الملكية» حرية التصرف وفق مشيئة المالك، في حدود الشرع، لأن جوهر حق الملكية هو «الحرية» وهذا في الأحوال العادية، ودون قصد إلى الإضرار، أو دون أن يؤول تصرفه في حد ذاته إلى ضرر فاحش بجاره.

غير أن المالك لو تصرف في حق ملكيته - وفي حدوده الموضوعية ودون تجاوز - على نحو أضرَّ بجاره ضرراً فاحشاً غير مألوف، بحيث منعه من الانتفاع بالمنافع المقصودة من عقاره، أو أوهم بناءه مثلاً، ففي مثل هذه الحال، لا يطبق عليه القاعدة العامة وهي حرية التصرف، إذ نشأ عن هذا الظرف - الضرر الفاحش - دليل تكليفي آخر، هو منع التسبب في الضرر الراجح، وعارض هذا الدليل، مقتضى القاعدة العامة من حرية التصرف، هذا الدليل هو عموم قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»^(١) وأن دفع المفسدات الراجعة، أو المساوية، مقدّم على جلب المصالح المرجوحة، وهذا من سنن الشارع في التشريع، فتحقق في هذه الحال مناط قاعدة أخرى، هي أولى بالتطبيق من القياس العام، تحقيقاً للمصلحة والعدل^(٢)، وهو مناط خاص بمثل هذه الحال، فيمنع المالك بالتالي، من التصرف في حقه على ذلك على النحو الضار، استثناءً من القياس

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن.

(٢) وهكذا نرى أن المنجتهد، وهو بصدد الاجتهاد في «تحقيق المناط الخاص» يخرج الجزئية من عموم حكمها التكليفي الأصلي المجرد، ليدرجها في دليل آخر تحقق فيها مناطه، بالنسبة لمآلها إذ لا يجوز أن تبقى واقعة غفلاً عن حكم تشريعي، لأن الشريعة عامة خالدة، والله تعالى لم يترك الناس سُدىً، إذ لم يخلقهم عبثاً.

العام، وهو حرية التصرف في الملك، وبذلك لم تتم المساواة بين الحكم التكليفي العام، والحكم التطبيقي في مثل هذه الحال^(١) أيضاً، نظراً للعوارض أو للظروف الملازمة، وهو ما يطلق عليه اليوم (منع التعسف في استعمال الحق).

إذن منع التعسف في استعمال الحق - في الواقع - من باب تحقيق المناط الخاص في الجزئيات، كما ترى، بالنظر للمآلات الناتجة عن اختلاف ظروف المالك، أو صاحب الحق وحالاته، سواء أكانت تلك المآلات واقعة أم متوقعة.

وفي هذه القاعدة الهامة في الاجتهاد في التطبيق، بمراعاة الأحوال والعوارض للوقائع والأشخاص، ومآلات التطبيق، تحريماً للمصلحة والعدل، يقول الإمام الشاطبي^(٢): «وعلى الجملة، فتحقيق المناط الخاص، نَظَرٌ في كل مكلف، بالنسبة لما وقع عليه من الدلائل التكليفية... فهو (المجتهد) يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها، بناءً على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكليف، فكأنه يخصّ عموم المكلفين والتكاليف، بهذا التحقيق».

وإذا كان للتشريع الإسلامي، سياسة ذات قواعد محكمة، ينهض بها المجتهد^(٣)، إبان التطبيق، تحقيقاً للعدل، والمصلحة، في الواقع المعيش بظروفه الملازمة، وعوارضه المتغيرة، على النحو الذي أشار إليه الإمام الشاطبي آنفاً، فإن للإفتاء أيضاً، هذه السياسة عينها، لأنها من معين الاجتهاد، ولأن العدل لا يتجزأ، وحقائق

(١) راجع: «تبيين الحقائق»، للإمام الزيلعي في هذه المسألة التي خالف فيها الإمام أبا حنيفة صاحبه: الإمام أبو يوسف محمد، حيث أفتى بالمنع قضاء، استحساناً للمصلحة، ولا مصلحة هنا تتصور إلا دفع الضرر الفاحش عن الجار، ودفع الضرر مصلحة.

ويلاحظ أن الحنفية يطلقون على هذا الاستثناء اصطلاحاً «الاستحسان»، وهو عند غيرهم من باب «تحقيق المناط» كما رأيت: (١٦٢/٢)، ولا مشاحة في الاصطلاح. هذا، والإمام أبو حنيفة يذهب إلى أن المالك يجب أن يتمتع عن الإضرار بالجار «ديانة»، ولكن صاحبه، حوّل الحكم الدياني هذا إلى حكم قضائي، حين ضعف الوازع الديني، لأن الحكم القضائي ساهر أبداً على تنفيذ الحكم الدياني، ويقوم مقامه، إذ لم ينفذ طَوْعاً، وسيأتي بحث ذلك في مؤيدات مقاومة الاحتكار.

(٢) «الموافقات»: (٩٨/٤ و ١٩٨).

(٣) «الموافقات»: (٩٨/٤ وما يليها).

المصالح الشرعية المعتمدة، ومقاصد التشريع، لا تتبدل، وهذا ما أكده الإمام الشاطبي في موضع آخر، بقوله:

«يجيب (المفتي) السائل على ما يليق به في حالته على الخصوص»^(١) أي بمراعاة ظروفه وحالاته الخاصة، وأخذها بعين الاعتبار، ثم يجتهد في إصدار فتواه على أساسها.

ويقول أيضاً: «وأنه - المفتي - ناظرٌ في المآلات قبل الجواب عن السؤالات»^(٢). ومفاد هذا الأصل في تحقيق الإمام الشاطبي، أن أعلى مراتب الاجتهاد - لأن البحث فيه - إنَّ في التشريع الاجتهادي، أو الإفتاء^(٣)، هو أخذ الظروف المحيطة بالواقعة المعروضة، أو التي تلبس الشخص، بعين الاعتبار، كما ذكرنا، ويطلق عليها «الخصوصيات»^(٤) تمييزاً لها عن «الكليات» التي لا تراعي ذلك.

هذا، ومراعاة «الخصوصيات» تستلزم النظر فيما يؤول إليه حال الشخص المستفتي قبل أجابته عن سؤاله، فيما لو طبق مقتضى النصوص عليه، في ضوء ظروفه الخاصة. ويشير الإمام الشاطبي، إلى أن من لم يبلغ هذه المرتبة الأولى من الاجتهاد، لا ينظر في ذلك، ولا يبالي بالمآل، إذ ورد عليه أمر أو نهي، أو غيرهما، بل كان في مساقه كلياً^(٥).

(١) المرجع السابق: (٤ / ٢٣٢). هذا ويطلق الإمام الشاطبي على المجتهد الذي بلغ هذه المرتبة الأولى من الاجتهاد في الاستنباط، وتحقيق المناط الخاص في الوقائع، وما يلابسها من أحوال، اسم «الشارع» المجرع السابق.

(٢) المرجع السابق.

(٣) يقيم الإمام الشاطبي الأدلة على أن «المفتي» قائم في الأمة مقام النبي ﷺ «الموافقات»: (٤ / ٢٤٤ وما يليها).

(٤) يقصد بالخصوصيات الظروف والأحوال والعوارض الطارئة التي تتعلق بأفعال المكلفين، كلاً على استقلال، لأنها محالُّ تلك الخصوصيات، والمجتهد من المرتبة الأولى يسمى: الربّان، والحكيم، والراسخ في العلم، والعالم، والفقير، المرجع السابق.

(٥) «الموافقات»: (٤ / ٢٣٣)، وقد ضرب الإمام الشاطبي لذلك أمثلة في مواضع متفرقة في بحث الاستحسان، ومسألة اعتبار المآل، ويشير إلى أن مذهب الإمام مالك غني بالتطبيقات لهذا الأصل. =

ويقصد بالمساق الكلّي، النظر في معاني النصوص، مجردة، نظراً عاماً ينطبق على جميع الحالات، دون اعتبار لما يلبس كل واقعة من عوارض طارئة خاصة بها على استقلال.

فالنظر العام، في النصوص ومعانيها المجردة، ونقلها، ثم تنزيلها على الوقائع التي تتناولها بمناطها العام، تنزيلاً عاماً، أيضاً، دون اعتبار لخصوصيات أشخاص المكلفين، أو خصوصيات أفعالهم، ودون تبصّر في مآل المستفتي المتوقع، من جرّاء تطبيق النصوص عليه، هذا كلّ غير جائز، لا في الاجتهاد التطبيقي، ولا الإفتائي، لمجاافته للعدل، والمصلحة، ولمضادة مقصد الشارع، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: «إن هذه المرتبة - الثانية لا الأولى - يلزمها - عقلاً - إذا لم يعتبر الخصوصيات، ألا يعتبر محالّها، وهي أفعال المكلفين، بل كما يُجري الكليات في كل جزئية على الإطلاق، يلزمه أن يُجريها في كل مكلفٍ على الإطلاق، من غير اعتبار بخصوصياتهم، وهذا لا يصحّ كذلك، على ما استمر عليه الفهم في مقاصد الشارع، فلا يصح مع هذا^(١)، إلا اعتبار خصوصيات الأدلة، فصاحب هذه المرتبة - الثانية - لا يمكنه التّنزل إلى ما تقتضيه رتبة المجتهد، فلا يستقيم مع هذا أن يكون من أهل الاجتهاد^(٢).

هذا، وقد ورد في السنة، وفي إفتاء مُجتهدِي الصحابة، ما يفيد حجّية هذا الأصل:

أ - أما ما ورد في السنة، فمن مثل دُعائه ﷺ لأنس، بكثرة المال، فبورك له فيه، بينما قال عليه السلام لثعلبة بن حاطب، حين سأله الدعاء بكثرة المال: «قليل توذّي

= ومؤذّي هذا - كما يقول الشيخ دراز في تعلقه -: أي فلا بد من النظر في محال الخصوصيات، وهي أفعال المكلفين، فلا يكونون عنده سواء، بل كلّ وما يليق به، هامش المرجع السابق.

(١) الإشارة هنا إلى اعتبار خصوصيات المكلفين، إذ لا يصح مع هذا الاعتبار، إلا اعتبار خصوصيات الأدلة.

(٢) أي: فلا بد من النظر في الجزئيات والخصوصيات، وتفاصيل الأدلة.

شكره خيرٌ من كثيرٍ لا تطيقه»^(١)»^(٢).

فكان دعاؤه وإرشاده ﷺ لكلٍ منهما بما يناسب نفسه وحاله.

ومن ذلك، نهيهِ ﷺ لأبي ذر الغفاري عن الإمارة وكفالة اليتيم، إذ قال له: «يا أبا ذر! إني أراك ضعيفاً، وإنني أحب لك ما أحب لنفسي، لا تأمرنَّ على اثنين، ولا تولينَّ مالَ يتييم»^(٣) ومن المعلوم أن الإمارة وكفالة اليتيم من أفضل الأعمال، وأجزؤها ثواباً، لمن قام بحق الله فيهما، لقوله ﷺ في الإمارة والحكم: «إن المقسطينَ عند الله على منابرٍ من نورٍ عن يمين الرحمن»^(٤) ولقوله ﷺ: «أنا وكافلُ اليتيم، كهاتين في الجنة»^(٥) ولكن الرسول ﷺ نهاه عنهما - كما يقول الإمام الشاطبي - لما علم له خصوصاً في ذلك من الصلاح^(٦). ويقول أيضاً: «ودلَّ - عليه الصلاة والسلام - أناساً شتى على ما هو أفضل الأعمال في حق كل واحد»^(٧) أي بالنسبة لكل واحد على استقلال.

ب - وأما ما ورد من إفتاء مجتهدي الصحابة، فمن مثل فتوى ابن عباس رضي الله عنهما حين سأل سائل، ألمن قتل مؤمناً مُتعمداً، توبة؟ قال: لا، إلا النار، فقال له جلساؤه بعد أن ذهب الرجل: كنت تُفتينا يا ابن عباس، أن لمن قتل توبة مقبولة؟ قال: إني

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير»: ٧٨٧٣، والبيهقي في «الشعب»: (٧٩/٤)، من حديث أبي أمامة.

وللتبيين من هذه القصة انظر تفسير ابن كثير: (١٩٩/٤) [التوبة: ٧٦]. وقد ذكر ابن حجر في «الإصابة»: (١/٤٠٠) أنه قد حصل لبس بين الصحابي البصري ثعلبة بن حاطب وبين المناقب ثعلبة ابن أبي حاطب. فارجع إليه وانظره.

(٢) «الموافقات»: (٤/١٠٠ وما يليها)، ولكن ثعلبة لم يقبل إرشاد الرسول ﷺ لما يناسب حاله، فنزل فيه قوله تعالى: ﴿وَمَنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللَّهَ﴾ الآية [التوبة: ٧٥] فكان ذلك من معجزات الغيب، المرجع السابق.

(٣) أخرجه مسلم: ٤٧٢٠، وأحمد: ٢١٥٦٣، من حديث أبي ذر.

(٤) أخرجه مسلم: ٤٧٢١، وأحمد: ٦٤٩٢، من حديث عبد الله بن عمرو.

(٥) أخرجه البخاري: ٥٣٠٤، وأحمد: ٢٢٨٢٠، من حديث سهل بن سعد.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق: (٢/٢٦٤ - ٢٦٥)، وراجع أيضاً: (١/١٧٧)، والأدلة على ذلك كثيرة لا تحصى.

- هذا، ولفظ، تأمرنَّ، وتولينَّ، قد حذف «تاء» المضارعة في كل منهما، والأصل: تَأْمَرَنَّ، وتَوَلَّيَنَّ.

لأحسبه رجلاً مُغْضَباً^(١)، يريد أن يقتل مؤمناً» فأدرك ابن عباس رضي الله عنه ببصيرته الثابتة، خصوص هذا العارض الذي يعترض الشخص المستفتي، فنشأ عنه مناط أو دليل يستدعي حكماً آخر، يختلف عن مناط حكم التوبة في الأصل. ذلك لأن ظاهرة الغضب هذه تيمُّ عن انطواء نفسه على نية الإقدام على اقرار جريمة القتل في حق مؤمن، فرأى ابن عباس باجتهاده أن توبة مثل هذا الشخص في خصوصية حاله وفعله، لا يتحقق فيها مناط التوبة النصوح الصادقة التي تحمل صاحبها على الإنابة إلى الله تعالى، لأنه ينوي الإقدام على الإجرام، وبيحث - في الوقت نفسه - عن المخلص مسبقاً، فأجابه بما اقتضاه الدليل الناشئ عن حاله اقتضاءً تبعياً، يختلف عن اقتضاء الدليل الأصلي لحكم التوبة النصوح^(٢)، لعل ذلك يصدّه عن مآل الإجرام.

وعلى العكس من ذلك، المستفتي الذي تعثره حالة اليأس والقنوط من رحمة الله تعالى، بأن كان يستعظم أن يتوب الله عليه، وهو تائب فعلاً، منيب إليه تعالى، فالمفتي يجيبه بما يليق بحاله، مما ييث روح الطمأنينة في نفسه، فيخبره بأن رحمة الله واسعة، وأن عظيم توبته سبحانه لمن تاب، وآمن، وعمل صالحاً، وأنه تعالى لا يتعاطمه ذنب أن يغفره، بالأدلة الواردة في الشرع، وهي الأدلة التي تقتضي حكم التوبة اقتضاءً أصلياً، إذ لا عوارض منافية طرأت.

فالموضوع - كما ترى - هو حكم التوبة، فاختلف حكم الإفتاء به، تبعاً لاختلاف حال كل مكلف.

وفي هذا المعنى يقول الشيخ دراز تعليقاً وتوضيحاً على قول الإمام الشاطبي السابق: «المناط الخاص، المفروض فيه، أنه يختلف حكمه عن العام بسبب طرؤ عوارض، حتى يكون من الافتضاء التبعي الذي يخالف حكم الأصل، ويكون الحكم فيه مقصوراً عليه، بحسب العوارض»^(٣).

(١) وهذا هو العارض الذي نشأ عنه مناط أو دليل تكليفي آخر، يختلف عن المناط العام لحكم التوبة.

«الفتيا» ص ٤٦ للأستاذ سليمان الأشقر، طبع الكويت.

(٢) «الموافقات»: (٤/ ١٠٠ - ١٠١)، و«الفتيا» ص ٤٦ للأستاذ سليمان الأشقر.

(٣) «الموافقات»: (٣/ ٨٠ وما يليها). انظر الهامش.

وأما المساق الكلّي، فيسوّي بينهما في الحكم، لأنه نظر عام، لا يراعي الخصوصيات، ولا مآل المستفتي المتوقع.

ألا ترى، أن «المفتي» لو أجاب السائل الأول بما أجاب به الثاني، عن حكم التوبة؟ لكان المآل جرأة الأول على الإجرام، وهو مآل محرّم غير مقصود الشارع قطعاً، وهذا الاجتهاد لا يصحّ، بل لا يجوز، لمجاافته للعدل، ومقصد الشارع.

وهذا الأصل العظيم، ليس مقصوراً تطبيقه على الحالات الشخصية أو الفردية الخاصة، بل هو شاملٌ بحكمه كلّ طائفة أو جماعة، أو أهل بلد أو شعب أو أمة، إذا اعترى كلّاً منها حالٌ أو طراً عليه عارضٌ واحدٌ معيّن.

وفي هذا مجال خصيب للاجتهاد والاختلاف، منشؤه تفاوت المدارك في تقدير العوارض والأحوال.

منشأ قاعدة تحقيق المناط الخاص:

إن منشأ تحقيق «المناط الخاص»^(١) هو كما قال الإمام الشاطبي «أصل النظر في مآلات الأفعال»، وتأسيساً على ذلك يندرج في هذه القاعدة ما يلي:

١ - التعسف في استعمال الحق^(٢).

٢ - مبدأ سد الذرائع.

٣ - مبدأ فتح الذرائع.

٤ - مبدأ الاستحسان.

ويقول الإمام الشاطبي في هذا المنشأ:

(١) ولكل حالة أو واقعة مناط أو دليل تكليفي ينهض بحكم خاص بها، يناسبها، ناشئ عن الظروف التي تلبسها، وبذلك يختلف المناط، تبعاً لاختلاف الظروف التي تلبس الحالات الواقعية، فتختلف بالتالي أحكامها المترتبة عليها، كما رأينا في حالات الزواج، وإذا اختلفت الدلائل والأحكام، اختلفت الجزاءات عند المخالفة تبعاً لذلك، في حين أن تحقيق المناط العام، حكمه عام.

(٢) راجع «نظرية التعسف في استعمال الحق» وهي رسالة نالت درجة الدكتوراه بتقدير «ممتاز»، الطبعة الثانية، للمؤلف.

«وجميع ما مرَّ في تحقيق المناط الخاص، مما فيه هذا المعنى، حيث يكون العمل في الأصل مشروعاً، لكن يُنهي عنه، لما يؤول إليه من المفسدة، أو ممنوعاً، لكن يترك النهي عنه، لما في ذلك من المصلحة» وقد سبق تفصيل ذلك.

غير أنه يشترط في الواقعة التي تحقق فيها مناط خاص بالنظر لما يلابسها من ظروف، أن تكون داخلة أصلاً في المناط العام^(١).

فالتطبيق النظري الآلي غير المستبصر، لا يعرفه التشريع الإسلامي، سواء في الاجتهاد التشريعي، أم في الاجتهاد الإفتائي، لمناقضته لمقتضى العدل، بل لمنافاته للأصل العام الذي قام عليه التشريع الإسلامي كله، من جلب المصالح، ودرء الإضرار والمفاسد.

فالاكتفاء بالرأي في التشريع الإسلامي تطبيقاً إذن مستمر أبداً الدهر، لصلته الوثقى بمفهوم العدل فيه.

التأويل والتعليل

ومن أهم أسباب اختلاف الفقهاء التأويل والتعليل.

بيّننا أن «التعليل»^(٢)، لا يعدو كونه عملاً عقلياً تقتضيه طبيعة التشريع نفسه، من حيث إنه إرادة الشارع قد أفرغت في صيغة لغوية، يستهدف معناها غايةً أو مقصداً شرعياً مرسوماً، يتوخى الشارع الاجتهاد من أهله في تبينه علماً، وتحقيقه وحمايته من قبَل المكلف واقعاً وعملاً، وهذا المقصد هو روح النص ومعقوله، وإلا كان التشريع بلا غاية، وذلك أمر لا يُتصوّر وقوعه في التشريع الوضعي فضلاً عن التشريع السماوي، وإلا كان العبث أو التحكم، وكلاهما لا يشرع، لمنافاة ذلك للأصل العام الذي قام عليه التشريع كله.

وأما وجه كونه سبباً هاماً من أسباب اختلاف الفقهاء، فلأن العلة أو حكمة

(١) المرجع السابق.

(٢) التعليل، بيان «العلة» التي بُني عليها حكم النص، وهي مظنة الحكمة وضابطها.

التشريع عنصرٌ عقليٌّ خارج عن منطوق النص، وإن كان داخلياً في منطقته، ولا مرأى أن العقول والمَلَكَات متفاوتة في مُدركاتها، والاختلاف صدى أو أثر لهذا التفاوت^(١)، مثال ذلك اختلاف الفقهاء في علة الربا.

أما «التأويل» فهو الصخرة العاتية التي تكسرت عليها وحدة الفكر الإسلامي، وقد شمل الأقوال، والأفعال، والأحداث، وسيأتي تحديد معناه أصولياً.

وجوه الاتفاق والاختلاف بين التأويل والتعليل:

يتفق التأويل والتعليل من حيث كونهما منهجين أصوليين عقليين قويمين من مناهج الاجتهاد بالرأي في تفسير النصوص^(٢)، غير أنهما يختلفان مفهوماً، ودوراً، ومجالاً، وأثراً.

١ - من حيث المفهوم:

فالتأويل تغيير للمعنى اللغوي الظاهر من النص المتبادر من صيغته اللغوية، لدى قراءته، أو سماعه، إلى معنى آخر، تحتمله الصيغة، بوجه من وجوه الاحتمال المعتمدة، على أنه هو مراد الشارع في غالب ظن المجتهد، بدليل قوي مرجح.

وعلى هذا، فالتعليل يعتمد - بادئ ذي بدء - بيان المعنى الكامل الذي يشمل منطوق النص، دون تغيير، لكنه يرتقي بعد ذلك من أرضية هذا المعنى اللغوي الأول،

(١) بحث الإمام الشاطبي في كتابه القِيم «الموافقات» في أصول الشريعة، في المجلد الثاني، «مقاصد الشريعة» وأقام الدليل القاطع على أن «التعليل» من سنن الشارع، ومنهجه في تصرفاته في التشريع، وآية ذلك، أن الشارع كثيراً ما يقرن الحكم بحكمة تشريعية، أو بالعلة التي شرع من أجلها حكم النص صراحة، ليرشد المجتهدين إلى هذا المنهج في التفسير والاجتهاد، فضلاً عن الإشارة إلى «معقولية التشريع» جملةً وتفصيلاً.

(٢) ويعرفه الإمام الغزالي بقوله: «التأويل احتمال يعضده دليل، يصير به أغلب على الظن، من المعنى الذي يدل عليه الظاهر». «المستصفى»: (١/١٢٨)، ويقصد بالاحتمال، وجهاً من وجوه المعاني الذي يغلب على ظن المجتهد أنه مراد الشارع. راجع بحث «التأويل» مفصلاً في «المناهج الأصولية» من ص ١٣١ إلى ص ١٨٢ للمؤلف. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

إلى أفق منطقته التشريعي بتبيين علته، ثم «تعدية» حكمه إلى كافة مواقع هذه العلة، حمايةً لحكمة التشريع - والعلة مظنتها وضابطها - وتحقيقاً لإرادة الشارع في أوسع مدى، وتفادياً للتناقض في الاجتهاد، ولا نقصد بالمنطق التشريعي إلا هذا.

وفي هذا مجال خصب للاجتهاد بالرأي، ولاختلاف وجهات النظر.

وإذا كان من معنى المنطق التشريعي، تعميم الحكم على محالّ علته، فإن النص يصبح عاماً من حيث معقوله، أو معنى معناه، بعد أن كان خاصاً بواقعه المنصوصة في منطوقه اللغوي المحض قبل التعليل، كما سيأتي توضيحه بالمثال.

وبعبارة أخرى، إن تعميم حكم النص على جميع محالّ علته المستجدة غير المنصوصة، عموم عقلي لا لغوي، بمعنى أن العقل يحكم بأنه يلزم من وجود العلة وجود الحكم عقلاً لا لغة، فإقتضاء العلة لحكمها إذن لزوم عقلي منطقي لا وضع لغوي، والعقول والملكات تتفاوت في ذلك أيّما تفاوت، فينشأ الاختلاف.

هذا إذا لم تكن العلة منصوصاً عليها صراحة في النص، وإلا كانت جزءاً من منطوقه^(١)، فضلاً عن أنها قوام منطقته التشريعي الذي يمثل المصلحة والعدل، ولهذا لا يتصور بترُّ الحكم عن حكمة تشريعه، بل هما مقترنان، وكلاهما من وضع الشارع الحكيم^(٢).

هذا، وعلى المجتهد بعد استنباطه لعلة النص، أن يفسّر ويحدّد معناه، ومجال تطبيقه، في ضوء هذه العلة، لأنها روح النص المهيمن على معناه وحكمه، كما سيأتي توضيحه بالمثال.

ومن المقرر أصولياً أنه إذا كان الأصل في النصوص التعليل، كما قدمنا، فإن

(١) وقد تكون العلة أو حكمة التشريع قريبة المأخذ، متبادرة من النص لغةً، ولو لم تكن منصوصاً عليها، فلا تفتقر بالتالي إلى اجتهاد في تبينها، بل يدركها كل من يعرف اللغة، كما في دلالة النص، فلا يكون تعيينها سبباً من أسباب اختلاف الفقهاء بداهةً. على أن «الحكمة التشريعية» في الحالتين، هي قوام المصلحة والعدل، التي توخى الشارع تحقيقها وحمايتها، ببناء الحكم عليها، بل وتشريعه من أجلها.

(٢) «الموافقات»: (٢/ ٣١٥)، وانظر «نظرية التعسف» للمؤلف ص ١٧ [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

الأصل عدم التأويل حتى يوجد موجب^(١) (بكسر الجيم) ومسوغه^(٢)، كما سيأتي في دور كل منهما.

٢ - دور كل من التأويل والتعليل:

أما أهم دور للتأويل، فهو التنسيق بين المعاني المتعارضة للنصوص، ليرفع هذا التعارض الظاهري^(٣) إما بالتوفيق بين النصين، أو ترجيح أحدهما، إذا استحال، إذ التشريع الإسلامي، ليس من سماته التعارض أو التناقض.

أو بعبارة أخرى، إن التأويل تصرف في المعاني لا في الألفاظ، ينسق بينها، ليبين مراد الشارع منها، كما في تخصيص العام، وتقييد المطلق، وصرف اللفظ عن معناه الحقيقي إذا استحالت إرادته إلى معنى مجازي، كل ذلك بموجب ومسوغ، كما أسلفنا.

أما التعليل فقد بيّنا دوره، وهو تبيين علّة النص، ثم تفسير النص في ضوئها، ثم تعميم حكم النص على محالّ علته.

٣ - مجال كل من التأويل والتعليل:

أما «التأويل» فمجاله فيما دون «القطعيات» وأساسيات الشريعة، ذلك، لأن النص القطعي أو المفسّر^(٤)، إرادة الشارع فيه بيّنة، والتأويل تغيير لهذه الإرادة الواضحة،

- (١) الموجب (بكسر الجيم) من أوجب يوجب إذا فرض وألزم واقتضى ومن ذلك التعارض.
- (٢) المسوغ هو الدليل الذي يجيز تغيير المعنى اللغوي، وكل ما كان خلاف الأصل، افتقر إلى دليل يسوغه، أما الجري على مقتضى الأصل، فلا يفتقر إلى دليل.
- (٣) وإنما وصفت التعارض بكونه ظاهرياً، لا حقيقياً، لأن المشرع لما نصب الدليل الذي يدل على مراده، في كل نص من النصوص المتعارضة، فقد غدا عمل المجتهد مقصوراً على اكتشاف هذا التنسيق الذي كان قائماً فعلاً، قبل تأويل المجتهد، ثم جاء تأويله - بعد البحث والاجتهاد - مؤكداً لهذا التنسيق، ومقرراً، والمجتهد مسترشد في ذلك بأدلة الشرع، لأنها مسوغات التأويل، ومؤكدة لمنطق التشريع.
- (٤) بفتح السين، وهو النص الواضح الدلالة على معناه الذي سيق له النص أصالةً، وهو من الواضح بحيث لا يحتمل التأويل، لأن مراد الشارع فيه بين، وكذلك المحكم. راجع: بحث المفسر والمحكم =

وذلك لا يجوز، لأن الاجتهاد مهمته تبين إرادة المشرِّع، وتحريها، لأنها تمثل الحق والعدل، وقد أفصح عنها الشارع بنص قاطع، وتغييرها بالتأويل خروج عن الحق والعدل، وذلك لا يجوز في جميع الشرائع، لأنه تشريع جديد، وهو افتئات على حق المشرع في التشريع، ومضادة لشرعه، وكل ذلك باطل، فالنصوص المفسرة وكذلك المحكمة، من النظام الشرعي العام، لا مجال للتأويل فيها.

أما «التعليل» فيشمل القطعيات والظنيّات على السواء، ولا يستثنى من مجاله إلا التبعديّات، والمقدرات، إذ لا مدخل للعقل ولا للاجتهاد فيها.

٤ - أثر كل من التأويل والتعليل:

بدا لنا مما سبق، أن أثرهما كليهما يتصل بمنطق التشريع، يظهره ويؤكّده، غير أن تأكيد التعليل لهذا المنطق يبدو في أمرين:

أولهما: في تحديد معنى النص، وتفسيره، في ضوء حكمة تشريعه، وهو تحكيم لمعنى عقلي في فهم النص التشريعي.

ثانيهما: التوسع في تطبيق النص، وتعميم حكمه على كافة مواقع علته، وبذلك يكسب التعليل النص قوة منطقية.

أما تأكيد «التأويل» للمنطق التشريعي، فقد بدا لنا في رفع التعارض الظاهري، والتنسيق بين المعاني، بناء على دليل قوي يستند إليه المجتهد.

أو قد يكون رفعه عن طريق إهدار أحد الدليلين عند استحالة التوفيق.

نعم، قد يكون «التعليل» مرحلة قَبْلِيَّة، يعقبها التأويل، بمعنى، أنه إذا تبين المجتهد «علة» النص، أو حكمة تشريعه، أمكنه أن يؤول النص على ضوء هذه الحكمة، لكن يبقى بعد هذا التأويل أثر التعليل قائماً، وهو التوسع في تطبيق النص المؤول، على جميع محالّ «علته» التي كانت مسوغاً ودليلاً لتأويله، بعد تحديد معناه في ضوء حكمة تشريعه، وفي هذا مجال واسع لاختلاف وجهات النظر بين الفقهاء.

= - في «المناهج الأصولية» ص ٤٩ و ٥٥ وما يليهما للمؤلف [ط. الرسالة ٢٠٠٨]، وراجع: «النظام الشرعي العام» ص ٤٥٥ وما يليها المرجع السابق.

مثال توضيحي للتعليل والتاويل، وبيان دورهما واثريهما:

أولاً - قال عليه الصلاة والسلام: «لا يقضي القاضي وهو غضبان».

وفي رواية: «لا يقضينَّ حَكَمَ بين اثنين وهو غضبان»^(١).

فالمجتهد يتساءل عن مراد الشارع من النص، والعلة في هذا النهي، هل هي ذات الغضب وخصوصيته، أو أن الغضب حالة نفسية من الحالات التي تُعكّر صفاء الذهن، وتعبث بسلامة التصور والتقدير للوقائع والحجج المعروضة من قبَل الخصوم، فلا يتمكن القاضي معها من الترجيح، والحكم بالعدل والإنصاف؟ لا ريب أن هذا المعنى الثاني هو الراجح في كونه علة حكم النهي.

وعلى هذا يغدو المقصود من «الغضب» في النص، ليس هو ذات الغضب أو معناه اللغوي، بل أثره، ولا ريب أن حالات أخرى كثيرة تشترك مع الغضب من حيث هذا الأثر، كالخوف، والجوع، والمرض، والهَمّ، والحزن الشديد، فهذه الأمور وما شابهها يشملها النص بعلته ومعقوله، وإن كان لا يشملها بلفظه ومنطوقه، فتأخذ حكمه، فلا يجوز للقاضي بالتالي، أن يقضي إذا اعترته حالة منها، ويصبح تخصيص «الغضب» بالذكر في النص على سبيل المثال، لا على سبيل الحصر، تأكيداً لمنطق التشريع.

وعلى هذا، يصبح النص عاماً بمعقوله، بعد أن كان خاصاً بحالة من الغضب من حيث منطوقه ولفظه، ومراد الشارع هو هذا المعنى العام المستخلص بعد التعليل، بداهةً، وهذا يدل على الوقوف عند حرفية النص يؤدي إلى الحكم بمنع القاضي من القضاء في حالة الغضب فحسب، وعدم منعه من القضاء في حالات أخرى، قد تكون أشدّ تشويشاً وتعكيراً لذهنه، وتأثيراً على نفسيته، مما لا يساعده على الحكم بالعدل، وهذا هو التناقض الذي ينافي منطق التشريع، والتناقض ليس من سمات تشريع الله ورسوله، بل لا يتصور وقوعه فيه، كما بيّنا.

(١) أخرجه البخاري: ٧١٥٨، ومسلم: ٤٤٩٠، وأحمد: ٢٠٥٢٢، من حديث أبي بكر.

وراجع أيضاً: «شفاء العليل» للإمام الغزالي ص ٦٠.

وعلى هذا، أصبح معقول الحديث وعموم دلالاته، ومعناه المقصود للشارع بعد التعليل: لا يقضي القاضي حالة تشويش عقله، وتَعَكُّر صفاء ذهنه، واختلال توازن تفكيره، وهذا المعنى غير مقصور على الغضب كما ترى، فهو عام الدلالة والمعنى وإن أُورد مورداً خاصاً.

ويتفاوت المجتهدون في سبر غور النص، وإدراك الحكمة التشريعية منه، لتفسيره، وتحديد معناه على ضوء منها، لأنها روح النص، ومعقوله الذي شرع حكم النص من أجله، ثم تعميمه على جميع مظان وجودها، حماية لها، وتأكيداً لمنطق التشريع، كما ذكرنا.

لذا كان كلٌّ من التأويل والتعليل من أهم أسباب اختلاف الفقهاء.

القواعد الأصولية واللغوية

هذا، ومن أهم أسباب اختلاف الفقهاء التي تشترك فيها نصوص الكتاب والسنة، القواعد الأصولية واللغوية، ونورد بعضاً منها فيما يلي:

١ - مُوجِبُ النص العام^(١):

إن معظم نصوص القرآن الكريم المتعلقة بالتشريع، عامة، ومطلقة، وثمة عمومات وإطلاقات في السنة أيضاً، فوقع اختلاف بين أئمة الفقه في مدى قوة دلالة العام على معناه، واستغراقه لجميع أفرادها، أهى قطعية أم ظنية؟

فمن ذهب إلى أن العام المطلق قطعي الدلالة على معناه، لم يجز تخصيص عام القرآن الكريم ابتداءً بالسنة الأحادية أو القياس، أو المصلحة المرسلّة، وأجاز ذلك من قال بظنيّة العام، بناءً على كثرة تخصيص العمومات وقوعاً واستعمالاً من قبل المشرع، حتى شاع قول الأصوليين «ما من عام إلا وخصص»، فأضحى للعام حقيقة شرعية.

(١) موجب العام (بفتح الجيم): حكمه، أو الأثر الثابت به، راجع في هذه المسألة بحثاً مفصلاً في كتابنا «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي ص ٣٦٩ وما يليها [ط. الرسالة

ومنشأ الخلاف هل يحمل اللفظ العام المطلق الذي لم يسبق تخصيصه فعلاً، ولا قام دليل يؤكد عمومته^(١)، على ما يفيد الوضع اللغوي، وهو الدلالة القطعية على شموله لجميع أفراده، أو على حقيقته الشرعية التي تعبر عن إرادة الشارع، وتنفيذ شموله لبعض أفراده غالباً، بقريضة كثرة التخصيصات من قبل المشرع نفسه؟ بالأول قال جمهور الحنفية، وبالثاني قال جمهور الشافعية ومن معهم.

٢ - مفهوم المخالفة: ومدى حجّيته في الاستنباط من النصوص التشريعية من الكتاب والسنة بوجه خاص، أما في غير ذلك من النصوص فهو حجة بالإجماع، فهل يدلُّ النص التشريعي المقيّد بقيد من صفة أو شرط، أو غاية أو عدد، على نقيض حكمه عند انتفاء ذلك القيد المعتبر في تشريعه، فيستفاد حينئذ من النص حكمان شرعيان: أحدهما عن طريق المنطوق، والآخر عن طريق المفهوم المخالف، أو لا يدل إلا على حكم واحد فقط، هو المنطوق، وهو ساكتٌ عن غيره - على الإباحة الأصلية - حتى يأتي دليلٌ آخر فينهض بحكمه؟

بالأول قال جمهور الشافعية ومن معهم، وبالثاني قال جمهور الحنفية، وكان لذلك الاختلاف أثر بعيد المدى في الاستنباط في^(٢) الفروع.

٣ - الحقيقة والمجاز:

وذلك، كما في قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ﴾

[الحشر: ٨].

فهل المقصود بكلمة «الفقراء» معناها الحقيقي لغةً، والفقير من لا يملك شيئاً، وتكون إضافة الديار والأموال إليهم مجازاً مرسلأً، باعتبار ما كان، والقريضة لفظية،

(١) راجع: «أصول التشريع الإسلامي» ص ٤٩٣ للمؤلف.

(٢) راجع بحثاً مفصلاً في هذه المسألة، المرجع السابق ص ٣٨٧، وقد أقمنا هذا البحث على أساس من مفهوم «الحق» في الإسلام، وما لذلك من صلة بأصول العدل فيه، ولم تقتصر على بحثه لغوياً فقط، كما جرى على ذلك معظم الأصوليين، وانتهينا إلى أنه حجة يجب العمل بمقتضاه، إذ تَمَحَّضَ القيد لبيان التشريع، لأن المقام بيان شرع، لا لغرض آخر.

وهي كلمة الفقراء، ويلزم عن ذلك عقلاً، بدلالة الإشارة، أن ملكيتهم قد زالت عن ديارهم وأموالهم، وانتقلت إلى عدوهم الذي أخرجهم من تلك الديار والأموال عنوة وبقوة السلاح، ذلك هو المعنى العقلي المنطقي اللازم لكلمة الفقراء إذا حملت على معناها الحقيقي.

أو المراد معناها المجازي، بقرينة إضافة الأموال والديار إليهم، والإضافة تقتضي التمليك؟. والمعنى: أنهم لبعدهم عن ديارهم وأموالهم، ولانحسار سلطان أيديهم عنها، بسبب إخراجهم منها عنوة، أصبحوا كأنهم فقراء، لا فقراء حقيقة! وإذا لم يكونوا فقراء حقيقة، لزم عن ذلك بقاء ملكيتهم لأموالهم في ديارهم التي أخرجوا منها، وهذا المعنى على النقيض من الأول، كما ترى.

ويرجح هذا المعنى الأخير، أن القوة الغاشمة في الإسلام لا تعتبر سبباً شرعياً لكسب الملكية، لأنه ظلم، والظلم تجب إزالته، بل ما أنزلت الشرائع كلها إلا لإقامة العدل والحق، ولقوله تعالى: ﴿وَأَخْرِجُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ أَخْرَجْتُمُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩١].

وأيضاً لا سلطان لكافرٍ على مسلمٍ بإطلاق، أيّاً كان ذلك النوع من السلطة، ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: ١٤١]، لأن كلمة سبيل نكرة في سياق النفي، فتعمّ كافة وجوه السلطة والولاية وبإطلاق.

٤ - الحقيقة اللغوية والحقيقة العرفية، في متفاهم الناس، وتخاطبهم، وذلك كالألفاظ التي تستعمل في اليمين، إذ تُحمَلُ على معناها العرفي الذي نقلت إليه، لا اللغوي.

فالحقيقة الشرعية، أو العرفية مقدمة، لأن الأولى تعبر عن إرادة الشارع الحقيقية، والثانية تعبر عن إرادة المتصرف الحقيقية. لكن قد يحصل الاختلاف، لا في أصل هذه القاعدة، بل في تحقيق مناطها في الوقائع المعروضة، فيقع الاختلاف حينئذٍ من حيث التسليم بتمام النقل أو عدم تمامه، وقرينة ذلك التبادر، عند الإطلاق، كما قدمنا، وقد يكون المعنى الشرعي أو العرفي أعمُّ أو أخصُّ من المعنى اللغوي الأصلي.

٥ - الإشكال في النصوص لفظاً أو أسلوباً:

سواء أكان في الاشتراك اللفظي^(١) أو التعارض الظاهري بين النصوص^(٢) أو الإشكال في الأسلوب^(٣).

٦ - قواعد حمل المطلق على المقيد، وهي مما يتصل بمقاصد التشريع، ولا يتسع المجال لتفصيله^(٤).

٧ - موجب الأمر والنهي، وأثر النهي في العبادات والمعاملات، أو قواعد تفسير ذلك^(٥).

أما القواعد الأصولية التي تعتبر أنواعاً للأدلة الإجمالية، فمن مثل: الأمر والنهي وما في معناهما قوام أحكام التشريع كله.

٨ - حجية القياس الأصولي، والشروط المتعلقة بأركانه.

٩ - الاختلاف في شروط إعمال قاعدة الاستحسان، والمصالح، وقاعدة سد الذرائع..

١٠ - الاستصحاب هل هو حجة مطلقاً، أو في الدفاع لا في الاستحقاق^(٦)؟

- (١) كالمثال التقليدي في لفظ «القرء» هل المراد به الحيض أو الطهر، ومن مثل حرف «أو» الوارد في آية المحاربة، هل المراد به التخيير أو التوزيع. راجع بحث «الإشكال» في كتابنا: أصول التشريع الإسلامي - طبع جامعة دمشق. راجع: «أسباب اختلاف الفقهاء» ص ١٤٣، للدكتور عبد الله تركي.
- (٢) من مثل الحامل المتوفى عنها زوجها «فقد تناولها نضان متعارضان، كل منهما يثبت لها حكماً في مدة عدتها يخالف الآخر، وهما: قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ عَنْتَكُمْ وَيَدْرُونَ أَوْلِيَاءَكُمْ يَتَّبِعُونَ بِأَنْفُسِهِمْ أَزْوَاجَهُمْ وَأَشْرَارًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]. فهل تعتد بوضع الحمل فقط، أو تعتد بأبعد الأجلين، إعمالاً للدليلين، على ما هو مقرر في كتب الفقه.
- (٣) من مثل قوله تعالى: ﴿أَوْ يَمُوتُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ الرِّجَالِ﴾ [البقرة: ٢٢٧] هل هو الزوج أو الولي، راجع: «المناهج الأصولية» في بحث الإشكال، ص ٧٣، للمؤلف.
- (٤) راجع: «أصول التشريع الإسلامي» ص ٥٤٩، للمؤلف، طبع جامعة دمشق، المرجع السابق ص ٥٥٧، وراجع: «أسباب اختلاف الفقهاء» للدكتور عبد الله بن تركي ص ٧٥٨ - ص ١٧١.
- (٥) «أصول التشريع» ص ٧٥٨ للمؤلف.
- (٦) «أسباب اختلاف الفقهاء» للدكتور تركي ص ١٣٦.

- ١١ - حجة الإجماع السكوتي .
- ١٢ - قول الصحابي أخذ به مالك وأبو حنيفة وأحمد وخالف الشافعي .
- ١٣ - عمل أهل المدينة هل يعتبر بمثابة السنة المتواترة التي تقدم على الحديث الأحادي، وعلى القياس عند التعارض؟ قال بذلك مالك وخالفه سائر الأئمة .
- ١٤ - شرع من قبلنا، هل هو حجة علينا ما لم يرد ناسخ، أو ليس شرعاً لنا حتى يرد في شرعنا ما يؤيده؟^(١) .

أهم أسباب اختلاف الفقهاء الخاصة بالسنة:

- ١ - مدى حجية خبر الواحد في ذاته، ولو كان صحيحاً متصل السند .
فالحنفية لا يحتجون به إلا إذا توافرت فيه شروط ثلاثة:
- أ - أن يكون الحديث قد اشتهر بين الثقات من المحدثين .
- ب - ألا يكون الراوي قد عمل أو تصرف أو أفتى بخلاف ما روى، لأنه لو فعل ذلك، لكان عاصياً، وذلك يسقط العدالة، وعدالة الراوي شرط في صحة روايته .
- ج - ألا يكون موضوع الحديث الأحادي مما يكثر وقوعه ويتكرر، وتعم به البلوى، إذ يلزم عقلاً من تكرر وقوع موضوعه أن يروى تواتراً، أو يشتهر على الأقل، فكونه يروى أحادياً، قاذح في صحته .
- أما الإمام مالك، فلم يشترط إلا شرطاً واحداً في الحديث الأحادي الصحيح هو ألا يخالف عمل أهل المدينة، لأن عملهم بمثابة السنة العملية المتواترة أو المشهورة .
- أما الإمام الشافعي، فلم يشترط سوى صحة الحديث، واتصال سنده .
- وأما الإمام أحمد بن حنبل، فإنه - فضلاً عن اشتراطه اتصال السند، وصحة الحديث - يحتج بالحديث الضعيف، وهو ما يطلق عليه عند غيره من المحدثين الحديث «الحسن» ويقدمه على القياس .

(١) المرجع السابق ص ١٢٣، و«التوضيح» لصدر الشريعة: (١٦ / ٢) .

٢ - مدى حجّية الحديث المرسل^(١): وهو الذي رواه التابعي عن رسول الله ﷺ مباشرة، دون ذكر الصحابي، فهذه الحلقة مفقودة، فلا يحتج به الشافعي، اللهم إلا مراسيل سعيد بن المسيب، لأنه وجدها كلها مسانيد، خلافاً للإمام أحمد ومالك وأبي حنيفة والثوري، إذ يحتجون بالحديث المرسل.

هل يصلح الأحادي حجةً للزيادة به على الكتاب، وهل تعتبر هذه الزيادة نسخاً^(٢).

٣ - تحكيم القواعد الفقهية في الحكم على صحة الحديث متناً أو معنى:

كما في حديث المصراة^(٣)، حيث رده بعض الحنفية، لأن معناه يخالف مقتضى القواعد الفقهية المستقرة، من نواح ثلاث:

أولاً - أنه يقرر ضمان اللبب بالتمر، والتمر ليس مثلاً للبب، لأن مقتضى القاعدة العامة في الضمان: أن المثليات تُضمن بأمثالها، حتى يتحقّق التعويض العادل صورةً ومعنى، وأن القيمي يُضمن بقيمته، أي معنى لا صورة، إذ لا مثل له، والتمر ليس مثلاً للّبب ولا معنى.

ثانياً - يخالف مقتضى القاعدة: أن الضمان إنما يكون بقدر التالف، وهنا قُدّر الصاع دون نظر إلى كمية اللبب.

ثالثاً - أن الأعيان إنما تُضمن عند هلاكها، وهنا تُضمن فيه بالتمر، مع بقائه، وبعضهم لا يشترط هذا الشرط^(٤).

٤ - بلوغ الحديث فقيهاً وعدم بلوغه فقيهاً آخر، فيلجأ هذا الأخير إلى الاجتهاد بالرأي، فيقع الاختلاف:

وذلك، كما في توريث ابن الابن مع البنت عند ابن مسعود، لحديث بلغه في ذلك، وجّهه أبو موسى الأشعري^(٥).

(١) ويعرف المحدثون الحديث المرسل بأنه ما سقط منه الصحابي، أو ما سقط منه راوٍ أو أكثر.

(٢) «التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (٣٦/٢).

(٣) أخرجه البخاري: ٢١٥١، ومسلم: ٣٨١٥، وأحمد: ٧٣٠٥، من حديث أبي هريرة.

(٤) المرجع السابق: (٨/٢).

(٥) «الإحكام في أصول الأحكام» لابن حزم الأندلسي: (٢/١٢٦ - ١٢٧)، وراجع «الإسلام عقيدة

وشريعة» للأستاذ الأكبر الشيخ محمد شلتوت ص ٥١٣.

هذا، والصحابة الأعلام، وكذلك التابعون، وأئمة المذاهب، منهم المقلِّ ومنهم المُكثِر من السُّنة.

٥ - الاختلاف في تكييف السُّنة الواردة في أمر معين قولاً، أو فعلاً، أو تقريراً، بأنها تشريع، أو غير تشريع. (التمييز بين السنة التشريعية وغير التشريعية)، وإذا كانت تشريعاً، فهل هو دائم، أو مؤقت؟ وذلك تبعاً «للصفة» التي يتَّصف بها النبي ﷺ إبان صدور ذلك عنه، من كونه مبلغاً ورسولاً، أو قاضياً، أو مفتياً، أو رئيساً أعلى للدولة، أو بشراً عادياً.

١ - فما صدر عن الرسول ﷺ بوصفه رسولاً، فذلك تشريع عام دائم يجب اتِّباعه، إلى يوم القيامة، لأنه من البيان الشرعي، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِيُذَكِّرَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤]. ومن ذلك تفصيل المُجَمَّل، أو تخصيص العام، أو تقييد المطلق، أو التشريع المبتدأ الذي يتفق مع القرآن مبداً، ومقصداً.

٢ - ما صدر عنه ﷺ بوصفه رئيساً أعلى للدولة، أو قائداً عسكرياً، فهذا يجب اتِّباعه فيه إن تماثلت الظروف والبيئات، واقتضته المصلحة الراهنة، لأنه قائم على اعتبارات زمنية وبيئية، وذلك مما يتحكم فيه اختلاف الظروف والمصالح - كقوله ﷺ «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ»^(١) فهذا حكم اقتضته الظروف، والمصلحة القائمة آنذاك. أو بعبارة أخرى، ليس تشريعاً عاماً.

ومن مثل الخطط العسكرية التي وضعها الرسول ﷺ وترتيب المواقع الحربية، مما سيبله الخبرة والدراية بفنون القتال، لا الوحي^(٢).

ومثل ذلك تنظيم المرافق العامة للدولة، كقوله ﷺ «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ»^(٣).

(١) أخرجه البخاري: ٣١٤٢، ومسلم: ٤٥٦٨، وأحمد: ٢٢٦٠٧، من حديث أبي قتادة.

(٢) المرجع السابق.

(٣) أخرجه الترمذي: ١٣٧٩، والنسائي في «الكبرى»: ٥٧٥٧، وأحمد: ١٤٦٣٦، من حديث جابر بن

عبد الله، وإسناده صحيح.

اختلف في كونه تدبيراً مصلحياً سياسياً، فيفتقر إلى الإذن المسبق من رئيس الدولة، أو هو تشريع عام وتبليغ محض، فلا يفتقر إلى ذلك.

٣ - ما صدر عنه ﷺ بوصفه بشراً عادياً لا بوصف كونه رسولاً.

فذلك ما تقضي به الجبلة والفطرة الآدمية، كطريقة اللباس، وتهيئة الطعام، وبعض التقاليد، مما لا صلة له بالتشريع.

٤ - ما صدر عنه ﷺ بوصفه قاضياً، فيجب تقديم دعوى قبل إصدار الحكم فيه، كما في فرض النفقات وتقديرها، ويجب في القضاء مراعاة الظروف والأحوال، كما في الإفتاء، على ما قدّمنا.

وجملة القول في ذلك، أن ما جاء به النبي ﷺ بياناً لعقيدة، أو تفصيلاً لعبادة، أو توجيهاً إلى قرينة، أو إرشاداً إلى خُلُق، أو أمراً بمعروف، أو نهياً عن منكر، أو تنظيمياً لمعاملة، أو درءاً لضرر، أو تحذيراً من سوء، يجب اتباعه، لأنه من السنة التشريعية، وما عدا ذلك، وقع الاختلاف في تكييفه.

الاحتكام على علم «مقاصد الشريعة» يقضي على كثير من أسباب الاختلاف، ويفضّل في مناشئته.

هذا، وعلم «مقاصد الشريعة» علم مستقل عن علم أصول الفقه.

ونكتفي بهذا القدر حتى لا يجاوز هذا البحث عدد الصفحات المقررة له بمقتضى الأنظمة الجامعية^(١).



(١) كان من المفروض أن نتناول هذه الأسباب بقدر من التفصيل، ولكن لا يتسع المقام لذلك، لما ذكرنا راجع «أسباب اختلاف الفقهاء» للشيخ علي الخفيف وللدكتور عبد الله بن تركي.

منهج البحث في أهم أسباب اختلاف الفقهاء

أ - المقدمة

- ب - منهج القرآن الكريم في تقريره للأحكام - بما هو جارٍ على نحو كُلِّي غالباً - كان من أهم مناشئ اختلاف اجتهادات الفقهاء، إن لم يكن هو المنشأ الرئيسي فيه.
- ج - المنهج الكلي في تقرير الحكم القرآني نصّاً، يؤكّده أيضاً «الأصول المعنوية العامة» التي يمكن تأصيلها، اجتهاداً، وذلك باستقراء ما ورد فيه، وفي السنة الثابتة نصّاً من معانٍ جزئية، بحيث يغدو الأصل المعنوي العام - على حدّ تعبير الإمام الشاطبي - كالأصل اللفظي العام، من حيث قوة الاحتجاج به، وبناء الحكم عليه، مما يفتح المجال واسعاً للاجتهاد بالرأي، في التأصيل والتفريع، على السواء، وهما ملاك الاجتهاد وقوامه كما فصلنا في البحث السابق.
- د - الأحكام التفصيلية الواردة نصّاً قاطعاً في القرآن الكريم، محدودة، وتتعلّق بمصالح إنسانية تفصيلية ثابتة، فكان إيرادها على خلاف المنهج القرآني العام، استبعاداً لها، عن أن تكون مجالاً للاجتهاد بالرأي، واختلاف النظر فيها، فكانت أركاناً جزئية ثابتة، كالأركان التشريعية العامة، تشكل بمجموعها «الأسس العامة الموحدة» التي تستند إليها «وحدة الأمة» بوحدة تصوّرها للنظام الشرعي العام، لعدم تناقضها مع الكليات.
- هـ - السنة لم تبين كثيراً من مضمون آي القرآن الكريم «توقيفاً»، وذلك - كما يقول الإمام الشاطبي - يتناوله المجتهدون باجتهادهم، فكان هذا سبباً هاماً، من

أسباب اختلاف الفقهاء، قصداً من المشرع أيضاً، إذ لم يكلف الرسول ﷺ بيانها، ولو كُلف لصدعَ بأمر ربه، فثبت أن اختلاف وجهات نظر الفقهاء، فيما فيه مجال للاجتهاد، وفيما لم تُبينه السنة، كان أمراً مقصوداً من المشرع نفسه، تيسيراً على الناس في تدبير أصول معاشهم، ومن ثم لا يجوز اتخاذه سبباً، أو مرتكزاً، للتعصب، والانشقاق، لأن هذا محرّم بقواطع الدين، لما يُفضي إلى تحطيم وحدة المسلمين.

و - القرآن الكريم - في طبيعة نظمه البليغ المعجز - ذو وجوه في المعاني، مما يتعين على المجتهدين بالرأي، استقصاؤها، وإعمال الرأي في ترجيح ما يناسب مصالح الناس في كل زمن، من تلك المعاني، أو الأحكام المُحتملة، وهذا سبب من أسباب اختلاف الفقهاء، لما للظروف من مدخل في تشكيل دليل الحكم وعَلته، وهي متغيرة بالضرورة، فضلاً عن «كليات» القرآن الكريم، وأصوله العامة، كما بينا.

ز - التعليل - فضلاً عن التأويل - بما تستلزمه طبيعة النص القرآني التشريعي بوجه خاص، لكون «التعليل» - في الأصل - صرفاً عقلياً في تبيين «علة» الحكم، واستنباطها - وهي عنصر عقلي لا يتناول النص التشريعي بمنطوقه غالباً، وإن كان من عناصر منطوقته، ومعقوليته، وقد التفت الشارع إليه - أقول: إن التعليل - وهو بهذه المثابة - سبب هام من أسباب اختلاف الفقهاء، لتفاوتهم في المدارك، والملكات ضرورية، بل هو أصل فطري في التشريع، لأن الأصل في نصوصه التعليل، على ما هو المعتمد عند الأصوليين والفقهاء.

ح - تحقيق المناط - من أهم أسباب اختلاف الفقهاء - وهو ضرب من الاجتهاد بالرأي في تطبيق كل من «القاعدة العامة» - تشريعية أو فقهية - أو «الأصل المعنوي العام» أو «لعلة» المستنبطة من النص الجزائي الخاص، والمتفق على حجّيته من كل أولئك بين المجتهدين ابتداءً، أقول: تطبيق مضامين كل أولئك على الفروع المستجدة والمعروضة على الاجتهاد والبحث، لتبيين ما إذا كانت تلك المضامين المتفق عليها متحققة فيها كَملاً، والمجتهد هو الذي يُثبت بالأدلة الأصولية هذا «التحقق»

و«الحصول»، وفي هذا مجالاً للاجتهاد والاختلاف في الرأي أي مجال، على ما سنعرض له توضيحاً، وتأصيلاً لمنشأ الخلاف فيها - على سبيل المثال - وبيان أن لا خلاف في الأصل، وإنما الاختلاف في الاجتهاد في التطبيق، وهو أصلٌ عام من أصول الاجتهاد بالرأي، ثابتٌ بالإجماع.

ط - من أهم أسباب اختلاف الفقهاء أيضاً، تعارض ظواهر القرآن الكريم بعضها مع بعض، أو تعارض ظاهر القرآن الكريم، مع الحديث، أو الأثر، أو تعارض القياس، مع الأثر، أو تعارض القياس مع ظاهر النصّ القرآني، فلا بد من اللجوء إلى التوفيق والجمع بين الأدلة ما أمكن - تأويلاً - أو إلى الترجيح بالدليل الأقوى، على ما سيأتي توضيحه، وتفصيله، في هذا البحث.



تفصيل في أهم أسباب اختلاف الفقهاء

إنَّ الفقه الإسلامي - في مختلف مذاهبه - ثمرَةٌ للاجتهاد بالرأي في استنباط الأحكام الشرعية العملية، مما فيه مجال للاجتهاد، وفي تأصيل القواعد الفقهية، باستقراء «الجزئيات» التي اشتمل عليها هذا الفقه، اجتهاداً مستقى من الكتاب والسنة، وفقه الصحابة، واجتهادات الفقهاء في الفروع، وذلك بالتزام المنهج العلمي الأصولي في الاجتهاد التشريعي القائم على قواعد اللغة، ومنطقها في البيان، وأسلوبها، وخصائصها في التعبير، وعلى مقتضى أصول البلاغة فيها، فضلاً عن «مقاصد التشريع» في مراتبها الثلاث: الضرورية، والحاجية والتحسينية، مما لا يتسع المقام هنا، لبسط القول فيه.

هذا، ولا بدّ من الإشارة إلى التمييز بين القواعد التشريعية، والقواعد الفقهية، - في هذا المقام - فالأولى قررتها نصوصُ الشريعة نفسها، بخلاف القواعد الفقهية، فهي مستنبطة ومصوّغة باجتهاد الفقهاء والأصوليين^(١)، وبعبارتهم.

(١) ينبغي التمييز بين القواعد التشريعية، وبين القواعد الفقهية. فالأولى: ما كانت ثابتة بنص تشريعي من الكتاب والسنة من مثل قاعدة المسؤولية الشخصية: ﴿وَلَا يُزْرَأُ وَزْرُهُ وَيُزْرَأُ الْآخَرُ﴾ [الإسراء: ١٥] و«مبدأ الرضائية في العقود»: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِمَكْرَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وقاعدة: «تحريم ومنع الضرر والضرار دون وجه حق» بقوله ﷺ: ﴿لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ﴾ [أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣، من حديث جابر، وهو عند ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون زيادة «في الإسلام»]. بخلاف القواعد الفقهية، فإنها مستنبطة ومصوّغة اجتهاداً بالرأي، وبعبارات الفقهاء أنفسهم، كالقاعدة الفقهية التي تنص على أن: «العبرة في العقود للمعاني، لا للألفاظ والمباني» والقاعدة التي منطوقها: «التصرف على الرعيّة منوطٌ بالمصلحة» وغيرها من القواعد. هذا، وتعتبر هذه القواعد بنوعها من أصول العدل ومباني الإنصاف في التشريع الإسلامي وفقهه.

أما قواعد اللغة، وأساليبها في البيان، وأصول البلاغة فيها، فلأن القرآن الكريم قد اتخذ من كل أولئك أداة للتعبير عن معاني الوحي الإلهي بكافة ما تشتمل عليه هذه اللغة من أساليب في البيان، مصداقاً لقوله عز وجل: ﴿نَزَّلَ بِهِ الرُّوحَ الْأَمِينُ ﴿١٦٦﴾ عَلَيَّ قَلِيلًا لِيُكُونَ مِنَ الْمُنذِرِينَ ﴿١٦٧﴾ بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُبِينٍ﴾ [الشعراء: ١٩٣ - ١٩٥] واللغة فيها التعبير الظني والقطعي، وفيها الحقيقة والمجاز، وما إلى ذلك.

وتأسيساً على هذا، كان «المنطق اللغوي» هو الأصل المُحكَّم في التفسير القرآني، لأن دلالة القرآن الكريم على معانيه - في الأصل - «ذاتية» لقوله عز وجل: ﴿وَلَقَدْ سَرَّنا الْقُرْآنَ لِلذِّكْرِ فَهَلْ مِنْ مُدْكِرٍ﴾ [القمر: ١٧]، وقوله تعالى: ﴿قُرْآنًا عَرَبِيًّا غَيْرَ ذِي عِجْجٍ﴾ [الزمر: ٢٨]، وقوله جل شأنه: ﴿بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُبِينٍ﴾ [الشعراء: ١٩٥]. فلا يجوز بالتالي حَمْلُ ظاهره اللغوي على غير موجبه الأصلي إلا بدليل من المشرع نفسه، وهو ما يطلق عليه الأصوليون «التأويل»^(١) لأن هذا منهج عقلي لا بد أن يقوم على موجبٍ ومسوّغٍ، لأنه خلاف الأصل، وفي هذا مجالاً للاجتهاد بالرأي والاختلاف فيه.

أما «مقاصد التشريع» في مراتبها الثلاث، من الضروريات الخمسة، وهي: حفظ «الدين، والنفس والعقل، والنسل، والمال» فلأن الشارع قد قصد تحقيقها، وصونها، وتنميتها، من خلال التشريع كله - كلياتٍ وجزئياتٍ - وكذلك الحاجيات، والتحسينات التي تأتي في المرتبتين التاليتين للأولى، من حيث القوة الوهمية.

ويترتب على هذا، أن هذه «المقاصد الكلية» مفاهيم كبرى، وهي قطعية، لاتجاه التشريع كله إلى تحقيقها في واقع الحياة الإنسانية، ورعايتها، وصونها، وتنميتها، وتحريم الإخلال بها، فكانت غاية التشريع كله، وهذا ما نعني به من أصول العدل ومبانيه.

وإذا كانت هذه هي مباني العدل، لأنها تمثل المصالح الإنسانية العليا الخالدة، بحيث لا يمكن أن يقوم أي مجتمع إنساني بدونها، أو باختلال أي منها، في أي عصر وبيئة^(٢)، فإنها تعتبر «صوى» تهدي السالك في الاجتهاد بالرأي، كيلا يتخطاها، أو

(١) راجع كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي» - بحث: «التأويل» ص ١٣١ وما يليها. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٢) راجع: «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٢/٥ وما يليها).

يحدد عنها، وهو بسبيل استنباط الأحكام الاجتهادية الفرعية للوقائع التي لم يرد فيها نص، أو كان بسبيل تفسير النص إذا لم يكن قطعيّ الدلالة، لأن هذه «المقاصد» تنعكس على معنى النص القرآني، لتُحدّد مرادّ الشارع منه، فضلاً عن أنها تُعتبر أساساً، أو أصلاً عاماً للاجتهاد فيما لا نصّ فيه، لا يُخْرَجُ عنه، أو يخالف عن مقتضاه، لأنها مقصود الشرع قطعاً، وفي هذا مجالاً واسعاً للاجتهاد.

وعلى هذا، فإن ظاهر النص، إذا كان يجافي المقصد العام من التشريع، وجب «تأويله» على نحو يبيّن مراد الشارع منه، لأن الظاهر اللغوي المتبادر، قد لا يكون مراداً للشارع، فيجب تأويله^(١) على نحو يتفق ومقاصد التشريع، بين الجزئيّ والأصل العام، لأن التنافي لا يتصوّر في تشريع الله ورسوله إلا كان التنافي لقوله عزّ شأنه: ﴿وَلَوْ كَانِ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢] وهذا هو المراد بالاجتهاد التشريعي، ليظهر الفرق بينه، وبين التفسير اللغوي الصرف، والتأويل من أهم مناشئ الاجتهاد بالرأي.

ومن هنا، لا يتصوّر انفصال التشريع الإسلامي، عن الاجتهاد بالرأي من أهله، في تفهّمه، واستبطان معانيه، واستشراف غاياته ومراميّه، باعتبار أن الأحكام الشرعية، إنما شرّعت - في الأصل - لتحقيق تلك المقاصد التي تمثل «المصلحة والعدل» وجملةً وتفصيلاً، ومن هنا وجب تحريّ مراد الشارع، وتحديدّه، في كلّ حكم شرعيّ عمليّ تفصيليّ من أحكامه، لأن المقام «بيانُ شرع» حكماً ومقصداً.

على أن «المقصد» الشرعي من الحكم الفرعي، هو الذي يُمثّل «حكمة التشريع»، وهذا معنى قول الأصوليين: إن «الأحكام مُعلّلة بمصالح العباد» أي مفسرة، ومُغياةً بها.

هذا، ولا ريب، أن «حكمة التشريع» التي يستهدفها كلّ حكم شرعيّ عمليّ، تفتقر - بحكم طبيعتها - إلى الاجتهاد بالرأي، أو إعمال العقل في استنباطها، باعتبارها

(١) التأويل هو صرف اللفظ أو الكلام عن معناه اللغوي الأصلي المتبادر، إلى معنى آخر مجازي، هو من محتملات النص، بوجه من وجوه الاحتمال اللغوي.

«عنصراً عقلياً صرفاً» في الغالب، وغير منصوص عليها، فكانت أمراً لا يتناوله منطوق النصّ الشرعي اللغوي، وإن كان أساساً لمنطقه التشريعي، وفرقاً بين منطوق النصّ اللغوي، «الظاهر» وبين منطقهِ ومعقولهِ الشرعي، «الباطن» وفي هذا الأخير مجال للاجتهاد بالرأي أيّ مجال، وتفسير ذلك:

أن وجهات النظر في استنباط الأحكام الفقهية، من أهم مناشئ الاختلاف فيها هو «التعليل» باعتباره عملاً عقلياً يستخلص معقول النصّ وعلته التي هي ضابط «حكمة التشريع» والأمور العقلية غالباً، هي سبب رئيس من أسباب اختلاف وجهات النظر في التفسير، والتفريع، والتأصيل.

أضف إلى ذلك سبباً آخر، هو في نظرنا أهم منشأ لاختلاف اجتهادات الفقهاء، ذلكم هو:

ب - منهج القرآن الكريم، في تقريره للأحكام، بما هو جارٍ على نحوٍ كليّ غالباً، كان من أهم مناشئ اختلاف اجتهادات الفقهاء، إن لم يكن هو المنشأ الرئيس فيه.

كثيراً من الأحكام العملية الفرعية التي اختلفت فيها اجتهادات الفقهاء، في المذاهب الجماعية المعروفة، إنما كان ذلك، أثراً لمنهج القرآن الكريم نفسه، في تقريره للأحكام، إذ من المعلوم، أنه جاء على نحو كليّ غالباً، لا جزئيّ، ولا تفصيليّ، أي يقرر «القواعد العامة» والأصول الكلية، في معظم أحكامه، ولا ينزل إلى التفصيلات الجزئية، كيلا يُقيّد الأجيال القادمة بأحكام فرعية، إذ من الثابت، أن الحكم الفرعي العملي الظني المتعلق بالمعاملات، والمبني على «مصلحة متغيرة» إن كان صالحاً في زمن، أو ظرف معين، قد لا يكون وافياً بحاجة الناس، إذا تغير الظرف، لتطور الحياة بالناس، فتتجدّد مطالبهم وحاجاتهم - نتيجة لذلك - بالنظر إلى اختلاف ظروف معاشهم، وهذا أمر ليس في الوسع إنكاره، أو تجاهله، بل قد يَغْدُو ذلك الحكم الفرعي المُجتهد فيه، منافياً لما تقتضيه مصلحة الناس في عصر، أو بيئة معينة، فتبيّن بجلاء - فيما نحسب - سرّ «الحكمة الإلهية» في صياغة هذا التشريع الإلهي العظيم، في صورة قواعد كلية، وأصول عامة، ليتمكن المجتهدون من استمداد

ما يناسب عصرهم، وبيئاتهم، من نُظُم وأحكام، من تلك القواعد بمفاهيمها العامة، أي تُشتق منها نُظُم فرعية، بحيث لا تخرج عن مضمون تلك القواعد، وتكون مناسبة للظروف الراهنة في كل عصر وبيئة، وتفي بمطالبها المتجددة. من أجل ذلك، اتخذ القرآن الكريم ذلك «المنهج الكلي» في تقريره للأحكام، غالباً، ضماناً لديمومة حكمه، في تناوله للجزئيات، دلالةً ومضموناً، مهما تكاثرت وتجددت، وذلك آية كماله، وخلوده^(١)!!

ج - المنهج الكلي في تقرير الحكم القرآني نصاً، يؤكد أيضاً «الأصول المعنوية العامة» التي يمكن تأصيلها، باستقراء ما ورد فيه، وفي السنة الصحيحة أيضاً، من معانٍ جزئية، اجتهاداً، بحيث يغدو «الأصل المعنوي العام، من حيث قوة الاحتجاج به، وبناءً الحكم عليه، مما يفتح المجال واسعاً للاجتهاد بالرأي، وفي التأصيل والتفريع، على السواء، وهما ملاك الاجتهاد وقوامه، أو بالأحرى، مما يفتح المجال واسعاً للاختلاف في الرأي. يقول الإمام الشاطبي^(٢) في هذا المعنى، ما نصّه: «إنَّ المجتهد إذا استقرى معنى عاماً من أدلة خاصة، وأفرَدَ له ذلك المعنى، لم يفتقر بعد ذلك، إلى دليل خاص على خصوص نازلة تَعَيَّنَ^(٣)، بل يُحكَّمُ عليها - وإن كانت خاصة - بالدخول تحت عموم المعنى المُستقرى، من غير اعتبار بقياس، أو غيره، إذ صار المُستقرى من عموم المعنى، كالمخصوص بصيغة عامة، فكيف يُحتاج مع ذلك، إلى صيغة خاصة بمطلوبه»^(٤).

هذه الأصول التشريعية المعنوية العامة، مستنبطة بالاجتهاد الأصولي من أهله، عن طريق استقراء معانٍ جزئية فرعية، كثيرة، بل لا تُحصى كثرةً، فكانت أصولاً قطعية يشهد لها بالاعتبار تلك الجزئيات من الأدلة المستقراة، ويتضمن كل جزئي منها،

(١) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٣/ ٣٠٤).

(٢) المرجع السابق، وانظر كتابنا: «الفقه المقارن»، بحث تحقيق المناط (١/ ١١٣ وما يليها والهوامش).

(٣) تخطر، أو تطراً.

(٤) وراجع في هذا المعنى كتابنا: «أصول التشريع الإسلامي، ومناهج الاجتهاد بالرأي» ص ١٤، مطبعة دار الكتاب.

معنى الأصل العام كَمَلاً، فغدا الأصل المعنوي العام، كالأصل اللفظي العام، من حيث قوة الاحتجاج به، في كل ما يتفرع عنه، أو يندرج تحته، من جزئيات لا تحصى^(١)، وقد فضلنا هذا الأصل الكلّي المهم في البحث السابق.

د - الأحكام التفصيلية الواردة نصاً قاطعاً في القرآن الكريم محدودة، وتتعلق بها مصالح إنسانية تفصيلية ثابتة، فكان إيرادها على خلاف الأصل من الكلّي، استبعاداً لها عن أن تكون مجالاً للاجتهاد بالرأي، واختلاف النظر الفقهي فيها، فكانت أركاناً جزئية ثابتة كالأركان التشريعية العامة، تشكل بمجموعها، «الأسس العامة الموحدة» التي هي أساس النظام الشرعي العام للأمم، على ما بينا في البحث الآنف.

على أن القرآن الكريم - على الرغم من أنه اتخذ منهجاً كلياً في تقريره للأحكام - كما بينا - قد وردت فيه أحكام تفصيلية محدودة، وعند إمعان النظر في متعلقاتها، وموضوعاتها، وما ترمي إليه من مصالح، يُرى أنها تتعلّق بمصالح إنسانية ثابتة لا تتغير، أبد الدهر، فاتجهت إرادة المشرع إلى تفصيلها، استبعاداً لها عن أن تكون مجالاً للاجتهاد بالرأي، أو موطناً لاختلاف وجهات النظر في تحديد أحكامها، ضماناً لثباتها، وصوناً للمصالح التي ترمي إليها، أن يعترها تبديل أو تغيير.

وأيضاً، هذه الأحكام التفصيلية المحدودة الواردة في القرآن الكريم على خلاف منهجه الأصلي في تقريره للأحكام، من كونه منهجاً «كلياً» قد جاءت تلك الأحكام التفصيلية «تطبيقاً لقواعده العامة» وأحكامه الكلية، ومقاصده الأساسية، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: «تعريف القرآن بالأحكام الشرعية، أكثره كُلي، لا جزئي، وحيث جاء جزئياً فماخذه على الكلية»^(٢)، أي تطبيقاً للكليات.

وإنما قلنا، إن ما ورد في القرآن الكريم من أحكام جزئية، فهو تطبيق للأصول الكلية فيه، لا يعدوها، ذلك، لأن تلك «الكليات» هي «أصول العدل والإنصاف» فكانت لذلك أصولاً محكمة، لا تقبل التبديل. ﴿لَا يَبْدِيلُ لِكَلِمَاتِ اللَّهِ ذَلِكَ هُوَ الْفَوْزُ

(١) المرجع السابق.

(٢) «الموافقات» للشاطبي: (٣/ ٣٦٦ وما يليها).

أَلْعَظِيمُ﴾ [يونس: ٦٤] ولو فُرضَ تبديلها، لانقلب العدل ظلماً، والمصلحة مفسدة، والهدى غيياً وضلالاً، لانقلاب المفاهيم، وهذا لا يتصور في تشريع الله ورسوله، بداهة.

لذا، كانت تلك الأحكام القاطعة الجزئية التفصيلية المحدودة الواردة في القرآن الكريم على خلاف منهجه المعهود في تعريفه للأحكام، كانت - في حد ذاتها - «أركاناً» في التشريع الإسلامي، وأساساً، شأنها شأن أصوله العامة، سواء بسواء، ما دامت تستند إلى مباني العدل والإنصاف فيه.

ويترتب على هذا، أمرٌ في غاية الأهمية والخطورة، وهو أن هذه الأحكام القرآنية الجزئية القاطعة التي تعتبر تطبيقاً لأصوله الكلية المُحكّمة، لا يطبق عليها، مبدأ «تغيير الأحكام بتغير الأزمان» إذ ليس لعامل الزمن مدخلاً في تغيير المصالح الإنسانية الثابتة التي ترمي إليها، وإذا أدركنا أن هذه الأحكام تتعلق بنظام الأسرة، وقواعد الإرث، والعقوبات النَّصّية على الجرائم الكبرى في المجتمع الإنساني، كما تتعلق بأقهار الفضائل، أمكن أن نتصور ما يلحق هذه «النظم الأساسية» والقيم الإنسانية من الاختلال، وتضييع ما يتعلّق بها من المصالح الحقيقية، من جراء تطبيق مبدأ «تغيير الأحكام بتغير الأزمان» لما أسلفنا، من أنه مبدأ يتعلّق بالأحكام التفصيلية الفرعية الاجتهادية التي تستند إلى مصالح متغيرة.

وعلى هذا، فإن الأحكام التفصيلية المحدودة، التي وردت في القرآن الكريم، والمستندة إلى أصول كلية، ومقاصد أساسية، تكوّن مع أصول القرآن الكبرى، ومفاهيمه العامة، وأصوله اللفظية والمعنوية، تكوّن كلّها «الوحدة التشريعية» التي لا يجوز للاجتهاد بالرأي أن يتخطاها، أصولاً وفروعاً، لما قدمنا، من أنها تمثل «وحدة أصول النظام الشرعي العام» في كافة مجالاته: السياسية والاجتماعية والاقتصادية، فضلاً عن العقائدية، والعبادية، وأصول النظام الأخلاقي فيه، وهذه هي التي استقرت في نطاق المذاهب كافة، وعلى السواء، فالأصول العامة، والقواعد الكلية التي هي قوام موجّهات العدل، ومبانيه، وكذلك ما ثبت بنص قاطع من التفصيلات التي وردت

في القرآن الكريم - وهي محدودة - كل أولئك من «أساسيات الشريعة» لا خلاف فيها بين علمائها، وفقهائها، مما يشكل «الوحدة التشريعية» في شتى مجالات الحياة - كما أسلفنا - وعليها تقوم «وحدة الأمة» في شتى أقطارها، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَأَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا﴾ [آل عمران: ١٠٣] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنَزَعُوا فَنَفْسُلُوا وَتَذَهَبَ رِيحُكُمْ﴾ [الأنفال: ٤٦] أي تتبدد قوتكم المادية والمعنوية التي هي مناط عزتكم، وسيادتكم.

وعلى هذا، فإن «أسس الوحدة» ثابتة في أصول القرآن الكريم العامة، وقواطع الدين فيه، ولا يملك أحد أن يبدلها، أو يؤولها، أو يتجاوز عنها، لأنها ليست مجالاً للاجتهاد بالرأي، لثبوتها «أساسيات» و«كليات» و«أصولاً» بل يرجع الاجتهاد بالرأي في الفروع إليها، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي ما نصّه: «فالقرآن على اختصاره «جامع» ولا يكون جامعاً إلا والمجموع فيه أمور «كليات» لأن الشريعة تمت بتمام نزوله، لقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَمْتَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ [المائدة: ٣]»^(١).

هذا، ومعنى «الكلية» «أنه لا يختص بشخص، ولا بحال دون حال، ولا زمان دون زمان» هذا فضلاً عن أن «الكلي» يشمل «المُجْمَل» الذي لا يمكن تبيين أركانه وشروطه، وموانعه، إلا من قبيل الشارع نفسه، لا في العبادات وحدها، بل في المعاملات أيضاً، من مثل الصلاة، والزكاة، والصيام، والحج، ومن مثل «العقد» و«الربا» فإن السنة - وإن كانت قد بينت ذلك، فيما يتعلق بالمعاملات - لكنها لم تبينه بياناً كاملاً، وكما في «الشروط المقترنة بالعقد» مثلاً، وغير ذلك مما فتح مجالاً للاجتهاد بالرأي واسعاً، ومن هنا، تبدو «حاجة القرآن الكريم الماسة إلى بيان السنة» فضلاً عن الاجتهاد بالرأي فيما تركته السنة دون بيان.

غير أن السنة - وإن كانت هي الموكول إليها - في الأصل - بيان الكتاب، بمقتضى

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٦٧)، وإنما ربط الإمام الشاطبي تمام الشريعة وكمالها بكلياتها لأنها هي الضابطة لشؤون الناس.

قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤] (١)، لكنها لم تبين كثيراً من مضمون القرآن الكريم توفيقاً، وهو ما نبهته فيما يلي:

هـ - السنة لم تبين كثيراً من مضمون آي القرآن الكريم، توفيقاً، وذلك - كما يقول الإمام الشاطبي - ليتناوله المجتهدون باجتهادهم، فكان هذا سبباً هاماً من أسباب اختلاف الفقهاء، قَصْداً من المشرع، إذ لم يكلف الرسول ﷺ ببيانها، ولو كلف لصدعَ بأمر ربه، فثبت أن اختلاف وجهات نظر الفقهاء، فيما فيه مجال للاجتهاد، وفيما لم تبيته السنة، أمر مقصود من المشرع نفسه، تسييراً على الناس في تدبير أصول معاشهم، ومن ثم لا يجوز اتخاذه سبباً، أو مرتكزاً، للتعصب، والانشقاق، لأن هذا محرم بقواطع الدين، لما يُفضي إلى تحطيم وحدة الأمة، ويبان ذلك:

أن القرآن الكريم - على الرغم من بيان السنة له - لا يزال كثيراً من آيه - كما نوهنا - متروكاً لأهل الاجتهاد والبحث في كل عصر، قَصْداً من المشرع (٢)، ليتولوا بيانه، واستمداد الأحكام منه، باجتهادهم، على وجه يمكن أن يفي بمصالح الأمة، دون اعتساف، أو تطويع، كما فضلنا في غير هذا المقام.

يؤكد هذا، أن علماء الأصول بوجه خاص، قد قرروا، أن الرسول ﷺ لم يُبينه بياناً كاملاً أو شاملاً، وفي هذا المعنى، يقول الإمام الشاطبي حيث يقيم الأدلة على ذلك - ما نصّه: «إنه لو كان القرآن الكريم، قد بُيِّنَ بياناً شاملاً، حتى لم يبق لأحد مجال للاجتهاد بالرأي في تبيته، للزم أن يكون الرسول ﷺ مبيناً ذلك بالتوقيف - أي عن طريق الوحي - فلا يكون لأحد فيه نظر، ولا قول، والمعلوم، أنه - عليه الصلاة والسلام - لم يفعل ذلك، فدل على أنه لم يكلف به على ذلك الوجه، بل بين منه، ما لا يوصل إلى علمه إلا به (٣)، وترك كثيراً مما يُدرکه أرباب الاجتهاد باجتهادهم، فلم يلزم في جميع تفسير القرآن «التوقيف»».

(١) المرجع السابق، هامش ص ٣١٦.

(٢) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٣/ ٣٦٦ وما يليها)، وص ٤٢١ وما يليها.

(٣) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٣/ ٣٦٧)، ط دار المعرفة - بيروت.

هذا، ولا ريب أن هذا من أهم مناشئ اختلاف الفقهاء والمفسرين، في استنباط الأحكام، بوجه خاص.

و - القرآن الكريم - في طبيعة نظمه البليغ المعجز - ذو وجوه في المعاني بوجه عام، مما يتعين على المجتهدين بالرأي، استقصاؤها وإعمال الرأي في ترجيح ما يناسب مصالح الناس في كل زمن من تلك المعاني أو الأحكام المحتملة، وهذا سبب عام، مما يتعين على المجتهدين بالرأي، استقصاؤها وإعمال الرأي في ترجيح ما ترجحه علته، وهي متغيرة بالضرورة، هذا فضلاً عن «كليات» القرآن الكريم، وأصوله العامة، كما يتنا.

إن القرآن الكريم نفسه - في طبيعة نظمه البليغ المعجز - ذو وجوه في المعاني، مما يستلزم الاجتهاد بالرأي من أهله لاستقصائها، وترجيح ما يتناسب والظروف الراهنة، في كل عصر على حدة، من هذه المعاني، والأحكام المحتملة، بحيث يحقق المصلحة الحقيقية المعبرة للأمم، دون استكراه، أو اعتساف، أو تطويع قسري، وفي هذا المعنى، قيل في الأثر: «إن القرآن ذو وجوه، فاحملوه على أحسن وجوه» أي على ما يناسب مقتضيات العصر، وفي بمطالب الناس، وحاجاتهم، فضلاً عن مراعاة «أعرافهم» التي درجوا على الاحتكام إليها، إذا لم يرد بخصوصها نص محرّم مانع، ولذا كان «الاجتهاد في التطبيق» من مقتضيات طبيعة النص القرآني نفسه، وفطرة نظمه المعجز.

ز - التعليل - فضلاً عن التأويل^(١) - بما تستلزمه طبيعة النص القرآني التشريعي بوجه خاص، ولكون التعليل - في الأصل - تصرفاً عقلياً في تبين «علة» الحكم، واستنباطها - وهي عنصر عقلي لا يتناوله النص بمنطوقه، وإن كان من عناصر منطوقه، ومعقوليته، وقد التفت الشارع إليه - أقول: إن التعليل - وهو بهذه المثابة - سبب هام من أسباب اختلاف الفقهاء، لتفاوتهم في المدارك والملكات، ضرورة، والتعليل أصل

(١) راجع بحثاً مستفيضاً في «التعليل والتأويل» في كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي»، وفي كتابنا هذا: «الفقه الإسلامي المقارن» في بحث أسباب اختلاف الفقهاء (١/١٠١ وما يليها).

فطرياً في التشريع، لأن المبدأ العام المعتمد لدى المحققين من الأصوليين والفقهاء، أن نصوص التشريع، الأصل فيها التعليل، أي تبيين العلل التي بُنيت عليها الأحكام، اجتهاداً بالرأي، والعلل، هي مظانّ الحُكْمِ التشريعية التي تشكل عناصر معقوليته، وابتناؤه على «المصالح» الحقيقية الجديّة المعتبرة في كافة مناحي الحياة الإنسانية، وتفصيل ذلك:

أنه بات من المقرر إجماعاً لدى المحققين من الأصوليين - فيما عدا الظاهرية الذين يتشبثون بحرفية النص، والوقوف عند ظاهره اللغوي دون تعليل - أقول: قد بات من المقرر إجماعاً، أن «الأحكام مُعلّلة بمصالح العباد» أو بالأحرى، مُفسّرة ومغيّاة بتلك المصالح - كما أسلفنا - بحيث لا تجد حكماً شريعياً عملياً واحداً، دون أن يكون مقترناً تشريعاً أصلاً، بالمصلحة التي تفسر معقوليته، وتحدد «الحكمة» أو «الغاية» التي من أجلها شرع، وإلا كان التشريع دون غايات يستهدف بلوغها وتحقيقها، من خلال تطبيق أحكامه، وهذا عبثٌ، أو تحكّم وهو ما لا يُتصور في التشريع بوجه عام، فضلاً عن تشريع الله ورسوله، فكانت تلك «الغاية» أو «الحكمة التشريعية» هي مقصود الشارع من أصل تشريع الحكم ابتداءً، فكان استنباطها وتحقيقها، كاستنباط الحكم الشرعي، وتطبيقه، سواء بسواء، من حيث الاعتبار، إن لم تكن «الغاية» أولى اعتباراً من الوسيلة، وسبيل ذلك هو الاجتهاد بالرأي، كما بيّنا.

هذا، ولا جرمَ، أن «منطقية التشريع» ومعقوليته التي قوامها «حكمة التشريع» - وهي مقصود الشارع من أصل تشريع الحكم - كما أسلفنا - أقول: إن هذه «المعقولية» هي أساس للاجتهاد في التشريع، لسبب بسيط، هو أن «الحكمة الغائية» من النص التشريعي، عنصرٌ عقليٌّ صرف، فلا مناص إذن، من إعمال العقل في تبيينه، واستخلاصه ولكن بمسالك أصولية معروفة، مما يضمن بالتالي تكوين «قناعة المُكلّف» بجدوى هذا التشريع وعدالته - فضلاً عن وجوب الاعتقاد بحقيته وتنفيذه، امثالاً لأمر الله تعالى - فما دامت هذه «المنطقية» عنصراً عقلياً بحثاً، فإنها تستلزم حتماً وبالضرورة الاجتهاد بالرأي، فلا يُعقل - والحالة هذه - أن ينفصل التشريع الإسلامي، عن الاجتهاد بالرأي فيه، بل هو من مستلزمات طبيعته، على الدوام، وعبر العصور.

وتأسيساً على هذا، فإن مبدأ «اعتبار المصالح في الأحكام» - استنباطاً وتطبيقاً ومآلاً - يعتبر سبباً رئيساً من أسباب اختلاف المذاهب، لتفاوت المجتهدين في المدارك والمَلَكَات، والمستوى العلمي والثقافي، على الرغم من افتراض بلوغهم رتبة الاجتهاد، وهو اختلاف ناشئ عن طبيعة التشريع نفسه - منهجاً ومقاصد - على النحو الذي بيّنا.

وإذا كانت طبيعة التشريع الإسلامي قد جمعت بين «منطقية» الأحكام وعدالتها، من جهة، وبين «قناعة المكلف» ثمرةً لذلك، من جهة أخرى - وهما الأساس المكين لكلّ تشريع صالح، مهما امتدّ بالناس الزمن، واختلفت البيئات - فاختلف المذاهب الفقهية إذن، هو اختلاف في الاجتهاد بالرأي في الفروع الذي هو أثر حتمي من آثار منهج القرآن الكريم في تقريره للأحكام، تارةً، ولكون أحكامه العملية، معلّلة بمصالح العباد إجمالاً على التحقيق، طوراً، ولفتح القرآن الكريم نفسه الباب على مصراعيه للاجتهاد بالرأي فيما تركه الرسول نفسه ﷺ دون بيان، إذ لم يكلفه المشرع نفسه بذلك، قصداً، ليفسره المجتهدون باجتهادهم، فضلاً عن طبيعة اللغة العربية نفسها، وخصائصها في البيان آخر الأمر.

ح - تحقيق المناط - من أهم أسباب اختلاف الفقهاء - وهو ضرب من الاجتهاد بالرأي في تطبيق كلّ من القاعدة العامة - تشريعية كانت أم فقهية - أو الأصل المعنوي العام، أو «العلة» المستنبطة من النصّ الجزئيّ الخاصّ، والمتفق على حجّية كل أولئك بين الأئمة والمجتهدين ابتداءً، أقول: تطبيق مضامين كل أولئك على الفروع المستجدة والمعروضة على الاجتهاد والبحث، لِيَتَبَيَّنَ ما إذا كان يتحقّق معناها فيها كَمَلاً، والمجتهد هو الذي يُثبِت هذا التحقق والحصول بالأدلة الأصولية، ثمرةً للبحث العلمي المتعمق، وفي هذا مجال للاختلاف أي مجال، والأمثلة على ذلك كثيرة ومتنوعة، وسنعرض له توضيحاً وتأصيلاً، وسيتبدّى لنا أنه لا خلاف في الأصل وإنما الخلاف في التطبيق على الوقائع، وهو اجتهاد مستمرّ أبداً إلى يوم القيامة، - على حدّ تعبير

المحققين من الأصوليين - و«تحقيق المناط» أصل عام من أصول الاجتهاد بالرأي ثابت بالإجماع^(١). وتفصيل ذلك كما قدمنا في مقامه:

يقول الإمام الشاطبي، في هذا الأصل، ما نصّه: «الاجتهاد على ضربين»: أحدهما: لا يمكن أن ينقطع، حتى ينقطع أصل التكليف، وذلك إلى قيام الساعة.

الثاني: يمكن أن ينقطع.

فأما الأول: فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط، وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله^(٢).

هذا، ومن قبل الإمام الشاطبي بمثمي عام^(٣)، تقريباً، يقرر ابن رشد، هذا المعنى في كتابه: «بداية المجتهد» في باب الصيد - على سبيل المثال - حيث يقول ما نصه: «وربما اتفقوا على وجوب بعض هذه الشروط، ويختلفون في وجودها (تحققها) في نازلة»^(٤) أي في الوقائع المتجددة والمعروضة للبحث والاجتهاد، لتبيين حكمها، ومثال ذلك: «اتفاق المالكية على أن من شرط «الفعل» الإرسال للاصطياد^(٥)، أن يكون مبدؤه من الصائد، واختلافهم، إذا أفلت الجارح من يده، أو خرج بنفسه، ثم أغراه، هل يجوز ذلك الصيد أم لا؟ لتردد هذه الحال بين أين يوجد (يتحقق فيها هذا الشرط) أو لا يوجد».

(١) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٤/ ٨٧ وما يليها)، وراجع بحثاً مستفيضاً لنا في كتابنا هذا «الفقه المقارن بين المذاهب»: (١/ ٢٥ وما يليها).

هذا ومما يؤكد حجّية هذا الأصل، أن الحكم على العام، هو حكم على جزئياته، وأن «العلة» تستوجب ما بني عليها من حكم في كافة مظانها.

(٢) (٢/ ٨٧ وما يليها) من كتابه «الموافقات في أصول الشريعة».

(٣) توفي الإمام الشاطبي سنة ٧٩٥هـ، وأما ابن رشد فقد توفي سنة ٥٩٥هـ.

(٤) «بداية المجتهد»: (١/ ٤٥٨ - ٤٥٩).

(٥) الاصطياد، من إرسال الجارح المعلم، أو الرمي بالسهم.

أما اتفاق المالكية، فذلك في «أصل الشرط» وهو أن يكون مبدأ الفعل - من إرسال الجارح، أو رمي السهم - من الصائد، حتى يُنسب الاصطياد إليه لا إلى الجارح المَعْلَم، ولا إلى الآلة الجامدة الحادّة، وإنما اختلفوا في الحالات والوقائع المفترضة والمعرضة للبحث، والتي أشار إليها ابن رشد في قوله:

«واختلافهم فيما إذا أفلت الجارح من يده، أو خرج بنفسه، ثم أغراه، هل يجوز ذلك؟ بمعنى هل وجد وتحقق أصل الشرط في هذه الحال، فيحلُّ المصيد، أو لم يتحقق الشرط، فلا يحلُّ، فالاختلاف إذن - كما ترى - في تحقيق مناط أصل الشرط في النوازل، والوقائع، وليس الاختلاف في أصل الشرط، لأنه متفق عليه، كما هو أصل المسألة».

هذا، والإمامية، على أن هذا الشرط غير متحقّق في هذه الحال، مصيراً منهم، إلى أن خروج الجارح بنفسه تلقائياً، لا يُعتبر «إرسالاً» من الصائد، وعليه، فلا يعتبر الاصطياد منسوباً إليه، وهو خلاف ما اشترطته السنة، من قوله ﷺ: «إذا أرسلت كلبك»^(١)، فمناط الإرسال لم يوجد ولم يتحقّق.

وكذلك، إذا أفلت الجارح من يد الصائد، لم يكن مبدأ الفعل منه، على ما هو أصل الشرط، فلم يتحقّق شرط «حليّة» المصيد في هذه الحال، إذ الشيء لا يوجد بدون شرطه المتوقع عليه، بداهةً، وبالتالي لا يُنسب الاصطياد إلى الصائد، ولو أغراه بعد الإفلات، وازداد نشاط الجارح المَعْلَم، لأن «مبدأ الفعل» من الصائد - وهو أصل الشرط - أي الإرسال - لم يتحقق، وهو رأي الإمامية أيضاً، إذ جاء في «اللمعة الدمشقية»، ما نصّه: «وأن يرسله (الصائد) للاصطياد، فلو «استرسل» من نفسه... لم يحلّ، وإن زاده إغراء»^(٢).

(١) أخرجه البخاري: ١٧٥، ومسلم: ٤٩٧٤، وأحمد: ١٨٢٤٥، من حديث عدي بن حاتم.

(٢) «اللمعة الدمشقية (مع شرحها) الروضة البهية للعالمي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٣هـ/

١٩٨٣م.

ومن المعلوم أن الإرسال من الصائد للجارح المَعْلَم غير استرساله تلقائياً، فانخرم الشرط فلا يحلّ.

على أن هذا الخلاف قديم، حيث ذهب عطاء بن أبي رباح، وكذلك الأوزاعي، إلى أن معنى «الإرسال» يتحقق من «دلالة الحال» ولو لم يرسله الصائد فعلاً، إذ بمجرد إخراج الصائد الجارح للصيد، يُعد «إرسالاً» معنىً ودلالةً، ودلالةً الفعل كالفعل نفسه، معنى، والعبارة للمعنى، فتحقق مناط «الإرسال» بالإخراج للصيد، لأن الإخراج يقوم مقام «الإرسال» من حيث الدلالة والقصد، وبالإخراج يتحقق الشرط، فكذا هذا، فيحلُّ^(١) أو بعبارة أخرى: الإخراج يُجزئ عن الإرسال.

وهكذا نرى، أن منشأ الخلاف هو «تحقيق المناط» فمن رأى أن «مناط الإرسال» لا يتحقق بالإغراء، ولا بالإخراج، فلا يُجزئ أيُّ منهما عن الإرسال، بل لا بدّ من وجود حقيقة الإرسال، صورةً ومعنىً، قال «لا يحلُّ» أكلُ المصيد، ومن رأى أن «الإرسال» يتحقق معناه بدلالة الحال، وهو الإخراج للصيد، قال الإخراج يُجزئ عن الإرسال، فيحلُّ الصيد، فليس الخلاف في أصل الشرط، وهو الإرسال - كما ترى - بل في تحقيق معناه في الحالات والوقائع كما رأيت، وفي هذا مجال للاجتهاد بالرأي، ما فيه!!!

هذا، وضرب لنا الإمام ابن رشد، مثلاً آخر توضيحياً، «لتحقيق المناط» وذلك أن من شرط حلِّ الصيد، أنه إذا أدركه الصائد غير منفوذ المقاتل - أي لا يزال حياً - أن يُدَنِّقَ، إذا قَدَرَ عليه، قبل أن يموت، لأن الصيد إذا أضحي «مَقْدوراً عليه» بالجرح أو الإصابة أو الأخذ من قِبَل الجارح المَعْلَم، لا يحلُّ إلا بالذكاة الشرعية التي هي الأصل، وهذا شرط «متفق عليه» غير أنهم اختلفوا في وجود هذا الشرط، وتحققه في الوقائع والحالات.

ومن ذلك: «تخليص المصيد حياً، فيموت في يده، قبل أن يتمكن من ذكاته»^(٢).

فالإمام أبو حنيفة، منع هذا، وقال: إنه لا يحلُّ، بينما أجازاه الإمام مالك^(٣).

(١) «تفسير القرطبي»: (٦ / ٦٨).

(٢) «بداية المجتهد»: (١ / ٤٥٨ - ٤٥٩).

(٣) المرجع السابق.

وسبب الاختلاف، هو «تحقيق المناط» لتردّد الحال بين أن يُعتبر «منفوذ المقاتل» أي ميتاً بالاصطياد نفسه، فيحلُّ، أو أن الصائد أدركه غير منفوذ المقاتل، فكان عليه أن يذبحه في موضع الذبح، أي بالذكاة الشرعية، ولكنه قصّر في ذلك، فيعتبر «مفرطاً» حتى مات في يده، لا بالاصطياد، فلا يحلُّ^(١).

ولو أنك أمعنت النظر في أصل الشرط، المتفق عليه، لألفيته كما يقول الأئمة، أن يكون موت الحيوان مستنداً إلى جرحه، وعقره، من قبل الجراح المعلم، أو السهم المرمي به^(٢).

فالشرط «متفق عليه» وإنما الخلاف في «تحقيق مناطه» في الجزئيات.

حتى إذا اتسع الوقت لذبحه إذا وجده حياً، ولم يفعل، كان مقتضراً، فلا يحلُّ المصيد، لأنه ميتة، وإن لم يتسع الوقت لذبحه، ومات، كان ذلك بفعل الجراح، فيحلُّ، لأنه لم يكن مقصراً^(٣).

وكذلك، شرط «عدم القدرة» على الحيوان المتوحش، «متفق عليه» فإذا تحقق، كانت ذكاته بالعقر، لا بالذبح، فهل يتحقّق هذا الشرط في الحيوان «الناذ» لأنه أصبح بتمرّده غير مقدور عليه، فيحلُّ بالصيد، ولو كان مستأنساً بطبعه، كالبعير والشاة؟

فترى الإمام الكاساني يُفرّق بين حالين بالنسبة إلى المستأنس، من أن يكون في الصحراء، أو في المصر (المدينة) ففي الحالة الأولى، يعتبر «غير مقدور عليه» فيحلُّ بالصيد والعقر، أي بالجرح في أي موضع من جسده، كما قدّمنا، بشرط أن يُسبّل دمه، ويموت منه، فيقوم الجرح مقام الذكاة الشرعية، لعدم القدرة عليه، أو تعذّر أخذه.

أما في الحالة الثانية - وهي ما إذا نذت الشاة في المصر (المدينة) مثلاً، لم يجز عقرها، لأنه يمكن أخذها، إذ هي لا تدفع عن نفسها، فكان الذبح مقدوراً عليه، فلم

(١) المرجع السابق.

(٢) «البدائع»: (٥/٤٣ وما يليها).

(٣) المرجع السابق.

يتحقق مناط العَقْر في هذه الحال، وهو شرط عدم القدرة عليه، أو تعذر أخذه، فلا يحلُّ لذلك، لأن «العَقْرَ حَلَفَ عن الذَّبْح، والقدرة على الأصل، تمنع المصير إلى الخَلْف»^(١).

هذا، ويقاس على ذلك، الحيوان «الصائل» أو «الواقع في البئر» أو نحوه، هل يعتبر مقدوراً عليه، فلا يحل إلا بالذكاة الشرعية في موضعها من الحَلْق أو اللبَّة^(٢)، ذبحاً أو نحرأ، حسب الحال، أو يُعتبر غير مقدورٍ عليه، فيحل حينئذ بالعَقْر، بجرحه في أي موضوع من جسمه، كما أسلفنا.

فمنشأ الخلاف - كما ترى - «تحقيق المناط».

وقصارى القول، أنه إذا كان تعدد المذاهب الفقهية أمراً حتمياً، بما هو أثر لطبيعة التشريع الإسلامي، ولمنهج القرآن الكريم نفسه في بيانه للأحكام، ولترك قسم من آي القرآن الكريم دون بيان من الرسول ﷺ ودون «توقيف» من الشارع، وهو أمر مقصود من المشرِّع، لحكمة بالغة، هي التوسعة على العباد، وتحقيق مصالحهم المتغيرة عبر العصور، ولتولّي ذلك المجتهدون باجتهادهم، ليستنبطوا ما يلائم مصالحهم في كل عصر، دون خروج عن قواعد الشريعة، ومقاصدها، وإقامة الدليل على كمال الشريعة، وتامها وصلاحتها لكل زمان ومكان، هذا فضلاً عن أن من طبيعة التشريع الإسلامي «التعليل» أي تبين علل الأحكام المستهدفة من أصل تشريعها، وهي عناصر عقلية تستلزم الاجتهاد بالرأي، فلا بد أن يقع الاختلاف في وجهات النظر، في كل أمر مجاله العقل، ما دام لم يرذ فيه نصٌّ قاطعٌ، وكذلك «التأويل» الذي هو في أصله منهج عقلي يتعلق بالمعاني لا بالألفاظ، ينسّق بينها على ما بيّنا فيما سبق من الأمثلة التوضيحية ليرفع «التعارض» الظاهري بين ظاهر النصّ القرآني العام، وبين الحديث،

(١) «البدائع» للإمام الكاساني: (٤٣/٥).

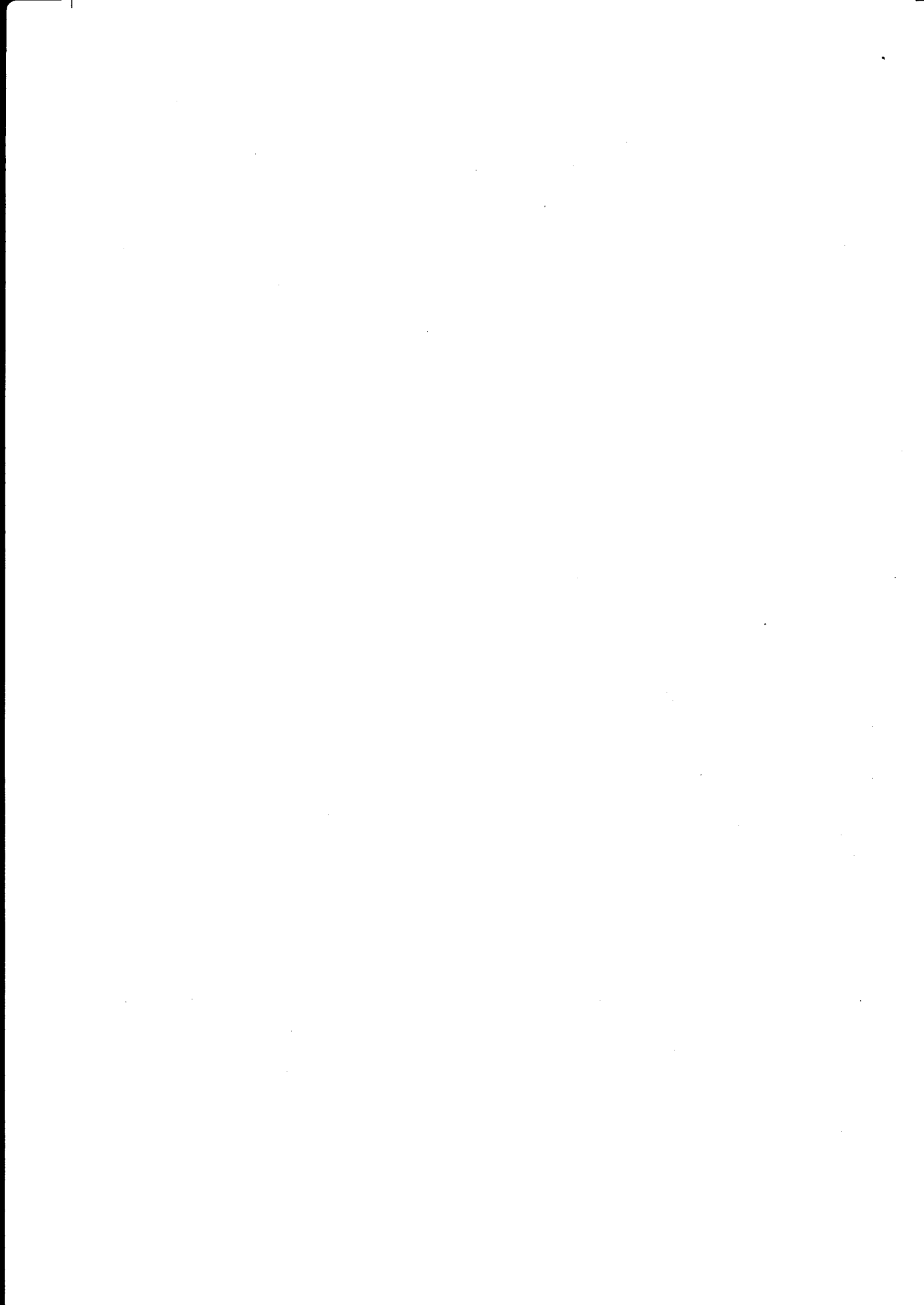
(٢) الحلق: أعلى العنق، واللبّة: أسفل العنق، في الوهدة، وفي هذا المعنى يقول الإمام الكاساني في الحيوان الصائل: «فجعل الصياد منه، كندّه، لأنه يعجز عن أخذه، فيعجز عن نحره، فيقام الجرح فيه، مقام النحر، كما في «الصيد»، «البدائع»: (٤٣/٥).

أو الأثر، أو القياس، مما يكون سبباً هاماً من أسباب اختلاف الفقهاء، ولا يتسع المقام لتفصيل القول في ذلك. أقول: إذا كان نشوء المذاهب الفقهية الإسلامية - كما نوهنا - أمراً حتمياً لا اعتباطياً، ولا مظهرًا للتعصب، أو الارتجال، أو ولعاً بحب التفرد، ومجرد المخالفة، بل يرتد هذا الاختلاف - كما رأيت - إلى الأسباب الحقيقية العلمية التي بيننا، فإننا نضيف إلى ذلك، مبدأ «تحقيق المناط» الذي أجمع عليه العلماء اجتهاداً بالرأي في التطبيق الدقيق، تحريماً مخلصاً، وبحثاً موضوعياً، لتبين حكم الله تعالى في الوقائع المتجددة، وكثير من أسباب الخلاف ترجع إلى هذا الأصل.

على أن مبدأ «تحقيق المناط» الثابت بإجماع الأصوليين والفقهاء - وهو مقتضى للتشريع نفسه - لا يقلُّ عن الاجتهاد بالرأي فيه، خطراً وأثراً، عن الاجتهاد بالرأي في الاستنباط، كما نوهنا، إذ تتعلق بالتطبيق العملي ثمرات التشريع الإسلامي كله، بل ومقصد الشارع من إنزال الشريعة، لتدبير الحياة الإنسانية على وجه الأرض، وإلا فاستنباط الأحكام نظرياً لا يُعني عن تطبيقها عملياً، واجتناء ثمراتها في مواقع الوجود! وأيضاً هناك مذاهبٌ فقهيةٌ أخرى ذات شأن كبير في التفكير الإسلامي، ولكن لم نظفر بها للأسف، لعدم الاعتناء بها، والعمل على حفظها، وتناولها بالبحث، تعصباً، من مثل مذهب الإمام الطبري في الفقه، ومذهب الأوزاعي، ومذهب الإمام الليث بن سعد، وغير ذلك كثير، وهذا دليل بين على أن التشريع الإسلامي، كتاباً وسنةً، بحرٌ عبابٌ زاخرٌ لا ساحل له، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿قُلْ لَوْ كَانَ الْبَحْرُ مِدَادًا لِكَلِمَاتِ رَبِّي لَنَفَدَ الْبَحْرُ قَبْلَ أَنْ نَنْفَعَكَ كَلِمَاتُ رَبِّي وَلَوْ جِئْنَا بِبَيْلِهِ مَدَدًا﴾ [الكهف: 109].

فوضّح - بما لا يدع مجالاً للشك - أن أطراح أي مذهب من المذاهب الفقهية، يعتبر عدواناً على «حق العلم» في شرع الله ورسوله، فضلاً عما يورث من التشتت، والتنازع، والشقاق، والتعصب المقيت، وهذا محرم قطعاً، بل هو «موقف من مواقف الإثم الكبرى» لكونه مضاداً لقصد الشارع من إنزال الشريعة كلها، جملة وتفصيلاً والله ولي التوفيق.





المبحث الرابع
نظرية البطلان والفساد
في أصول الفقه المقارن
في التصرفات الشرعية

مقدمة في أهمية نظرية البطلان والفساد:

من المقرر شرعاً، أن أداء المكلف للمشروعات - في أدنى درجاتها من المشروعية إلى أعلاها، إباحةً أو ندباً أو فرضاً - ينبغي - لتترتب عليها آثارها المقصودة منها - أن يكون على نحو يُحقَّق وضعها الذي رسمه الشارع لها، بأن تقع مستوفية أركانها وشرائطها.

حتى البواعث والقُصود التي تنطوي عليها نفوس المكلفين إبان أدائهم أو مباشرتهم للمشروعات، من عبادات أو معاملات، ينبغي أن تكون متفقة مع قصد الشارع من تشريعها، حتى لا يتنكَّب المكلفُ الغايةَ النوعيةَ التي توخاها الشارع في كل تصرف على حدة، تلك الغاية التي شُرِعَ التصرف من أجلها، لتتم الموافقة ظاهراً وباطناً^(١)، وإلا كانت المخالفة أو المناقضة بسبب ما ينجم عنها من خللٍ في التصرف، يجعله على غير وضع المشروعات.

هذا، ومواقع المخالفة التي ينجم عنها الخللُ في كيان التصرف الشرعي، ذاتاً أو جزءاً، أو وصفاً قائماً فيه، لازماً له، أو متصلاً به مجاورةً، هي عللُ النواهي وأسبابها.

(١) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٢ / ٣٨٥).

وأما اتصال الوصف مجاورةً، فذلك بسبب جمع المكلّف بين التصرف المشروع والمجاور غير المشروع.

إذن مواقع الخلل في التصرفات الشرعية - عبادةً أو معاملةً - من فوات ركن، كانهدام صيغة العقد، أو فقدانه جزءاً من أجزائه، كعدم صلاحية محلّه لقبول حكمه وأثره الذي جعل العقد وسيلةً إليه، أو تخلف شرط من شروط ركنه، مما يتوقف عليه وجود الركن، كعدم ولاية العاقد على التصرف، لفقدانه الأهلية^(١)، كالصبي والمجنون، أو انعدام الولاية، على محلّ التصرف، كالفضولي الذي يتصرف في ملك الغير دون إذن أو ولاية مما هو جوهرى في التصرف، أو خلوّ التصرف من شرط تتوقف عليه صحته شرعاً، وليس داخلاً في تكوينه، أو اقتران العقد بشرط ينافي مقتضاه حتى يصبح وصفاً لازماً بالشرط وقائماً فيه^(٢)، أو لكون موقع النهي ظرفاً زمانياً أو مكانياً يتصل بالتصرف مجاورةً دون أن يقوم به وصفاً متصللاً لازماً، بحيث لا ينجم من المخالفة مساسٌ بالكيان الذاتي للتصرف أركاناً وأوصافاً متصلةً لازمةً قائمةً فيه، ولا الغاية النوعية التي من أجلها شرع.

وإنما كان نهي الشارع عن التصرف قصداً إلى إيقاعه غير ملابس بذلك الظرف أو الحال، تحقيقاً لغاية أخرى معينة، من إزالة عوائق أداء التصرف، أو تجنّب المكلّف أذى محققاً، أو اتقاء إيقاع الضرر بالغير، مما لا يمسّ كيان التصرف لا ذاتاً ولا وصفاً لازماً.

أقول: مواقع الخلل هذه نتيجة لمخالفات المكلّفين في إيقاعهم للتصرفات الشرعية، ومباشرتهم إياها، ليست سواء من حيث الأثر، لذا كانت الجزاءات على قدر المخالفة طبيعةً وأثراً.

(١) فقدان الأهلية هنا تجعل العاقد كأن لم يكن، والعاقد مقوّم من مقومات العقد، بحيث لا يتصور وجود العقد بدونه، وبانعدام العاقد لا يتصور للتصرف وجود شرعي أصلاً.

(٢) كشرط الزيادة في أخذ العوّضين من الأموال الربوية إذا اتحد الجنس، ولم يتحد القرار، في اجتهاد الحنفية.

فإذا كان أثر النهي في المشروعات هو الجزاء المترتب على ما تركه المخالف من خلل في التصرف، فينبغي أن يتحرى تقديرها مقصد الشارع من النهي، والغرض الذي من أجله شرع الجزاء، فليست آثار النهي في المشروعات سواء.

هذا، وقد كان مدى أثر النهي على التصرف الشرعي، مجالاً واسعاً لاجتهاد الأصوليين والفقهاء، وكان ذلك منشأ الخلاف في نظرية البطلان والفساد، وأسباب كل منهما، وأثر ذلك على التصرفات الشرعية إنشاءً وحكماً.

فالبطلان والفساد إذن من «الجزاءات» التي قررها الشارع على المخالفات التي ينتج عنها خللٌ فيما يباشره المكلفون من التصرفات الشرعية، من أجل صالحهم، في الدنيا والآخرة.

وتحرير محلّ الخلاف على النحو التالي:

أ - هل النهي المطلق يوجب البطلان في المنهية عنه من التصرفات الشرعية؟
ب - وهل النهي المقيّد الذي قام الدليل على أن متعلّقه بأمر خارج عن أصل التصرف الشرعي، مما يتصل به وصفاً لازماً قائماً فيه، أو متصلاً به مجاوزةً، يوجب البطلان؟.

أهمية النظرية:

تبدو أهمية هذه النظرية من ناحيتين:

أولاهما: من حيث شمولها.

الثانية: من حيث أثرها.

أ - أما من حيث الشمول: فإنها حاکمة على التصرفات الشرعية كلها، عبادات، ومعاملات، سواء أكانت تصرفات قولية أم فعلية، مما جعل الشارع لكل منها أوضاعاً خاصة، ومقومات، وحقائق شرعية، كالأركان والشروط، ورتب عليها آثارها المقصودة منها، دنيوياً وأخروياً.

ب - وأما من حيث الأثر: فتبدو أهميتها في التبصر بالحقائق الشرعية للتصرفات،

تحصيلاً لآثارها التي رتبها الشارع عليها، مما يتعلّق بمصالح المكلفين في الدنيا، بحيث لا يستقيم أمر الحياة بدونها، لما تحفظ من الحق، وتقيم من العدل، وتحقق المصلحة الحقيقية المعتبرة، أو ما يترتب على العبادة الصحيحة أيضاً من الثواب والظفر بنعيم الآخرة.

هذا فضلاً عن التبصير بالوسائل التشريعية التي وضعها الشارع في يد المكلف والقضاء، لتلافي الخلل وتجنبه، خروجاً من المعصية والإثم، والظفر بالملك الحلال، أو إزالة أسباب الفساد إن أمكن، لينقلب العقد صحيحاً، كلاً أو جزءاً منتقياً، تلافياً للخلل كما قلنا ما أمكن، وتجنباً للإثم، كل ذلك في ضوء مقصد الشارع بما يوفق بين مقتضى النهي وبين المشروعية التي تتعلّق بها المصالح المقصودة للمكلفين.

ولا ريب أن تبين ما هو صحيح شرعاً من العبادات بوجه خاص، يرشد المكلف إلى الأداء الصحيح الذي تبرأ به ذمته، ويسقط قضاء العبادة عنه، في الوقت وخارجه، ويترتب عليها الثواب المرجو من الله تعالى، أقول: لا ريب أن تبين ذلك ذو أهمية بالغة، للظفر برضائه سبحانه، إذ «لا يُعبَد الله إلا بما شرع».

وأما في المعاملات، فإن الشارع هو الذي يمنح التصرف وجوده الاعتباري إذا نُفذ على الوضع الذي شرعه، وقوة الإنشاء والإلزام التي تستلزم المشروعية من ترتب الآثار المقصودة منها أو المطلوبة والمرغوبة للمكلفين، على النحو الذي يحفظ مقاصد الشرع في الخلق، من الضروريات والحاجيات والتحسينيات، ويقيم العدل، ويحفظ الحق، ويُدْرأ الظلم، والأذى، والضرر، ويجنب التعامل أسباب التنازع الذي ربما يتعدّر حسمه وبذلك يستقيم أمر الحياة بشرع الله، كما أراد الله تعالى.

غير أن النهي لا يتعلّق بمواقع المخالفات في المشروعات فحسب من التصرفات الفعلية والقولية، كإحياء الموات، وتسليم المبيع، والعقود، والتصرف القولي الانفرادي، كالوصية والوقف، أو العبادات كالصلاة، والصوم، والزكاة، والحج، أو شروط العبادة كالوضوء.

أقول: لا يتعلّق النهي بمواقع المخالفات في المشروعات فحسب بسبب ما ينجم عنها من خلل في التصرف أصلاً أو وصفاً، ركناً أو شرطاً، بل يتعلّق كذلك بالأفعال الحسيّة.

لذا كان لزاماً علينا قبل البحث في أثر النهي في المشروعات، أن نفرق بين الصفات الشرعية وبين الأفعال الحسية، بتحديد ضابط كلّ منهما، لأن مجال بحثنا الأولى لا الثانية.

التمييز بين الأفعال الحسيّة والتصرفات الشرعية:

لا بد من تحديد مفهوم كل من الأمر الحسيّ، والتصرف الشرعي^(١)، باعتبار أن النهي المطلق^(٢) يرد عليهما كليهما.

تحديد الضابط للأمر الحسيّ أصولياً^(٣):

لم تتفق كلمة الأصوليين على تحديد ضابطٍ مُوحّدٍ للأمر الحسيّ، بل اتجهوا في ذلك اتجاهاتٍ أربعة:

الاتجاه الأول:

يرى هذا الاتجاه، أن الأمر الحسيّ هو: «ما لا يكون موضوعاً في الشرع حقيقة، لحكم مطلوب» أي لفاعله.

وذلك، كالسّفه، وشرب الخمر، والزنا، والقتل العمد العدوان، والسرقه، وما إلى ذلك من الجرائم والمعاصي.

(١) «كشف الأسرار على أصول البيزوي» للإمام عبد العزيز البخاري: (١/ ٢٥٦ وما يليها).

(٢) يراد بالنهي المطلق، المجرد عن القرينة الدالة على المنهي عنه قبيح لعينه، أو لغيره، أو يراد به المجرد عن القرينة الدالة على أن النهي مراد به حقيقته أو هو مصروف إلى المجاز، أي مستعمل بمعنى النفي، لأن النفي بيانٌ شرع، لا طلب انتهاء، فحقيقة النهي تتطلب الكف عن الفعل حتماً على وجه الاستعلاء، وأما النفي فإخبار أنّ الفعل غير مشروع.

(٣) اتفق الأصوليون والفقهاء على أن النهي عن الأمر الحسيّ يوجب القبح العيني الذي يستلزم عدم المشروعية أصلاً، ويرتب الشارع عليه جزاءً هو عقوبة، باعتبار أن الأمر الحسي سبب لها.

فالأمر الحسبي قد وُضع في الشرع سبباً لحكم شرعي مترتب عليه، ولم يتصرف الشارع فيه بالجواز، كالقتل العمد العدوان، قد وُضع سبباً للقصاص، والإتلاف قد وُضع سبباً للضمان والتعويض عن التالف، والزنا قد وُضع سبباً للحدّ، وهكذا.

غير أن هذا الحكم - وهو المُسبَّب - غير مطلوبٍ لفاعله، بل هو شرٌّ عليه، وإن كان فيه نعمةٌ للمجتمع، بخلاف التصرف الشرعي، كالبيع مثلاً، فقد تصرف الشارع فيه بالجواز أساساً، ليجعله مناطاً لحكم مطلوب للمكلف، وهو نعمة المِلْك. هذا وقد يعرض للبيع - في بعض الحالات - عوارضٌ من المخالفات تستوجب النهي عنه في تلك الصور من البيوع خاصة، كبيع الغرر، وبيع الربا، وما إلى لك، لكن البيع في الجملة وبوجه عام، وفيما خلا تلك العوارض، قد وُضع - في الأصل - تصرفاً شرعياً يستتبع حكماً هو مطلوب للمكلف^(١)، ومرغوب فيه.

فالأفعال الحسبية، من المعاصي والجرائم، وإن كانت موضوعة في الشرع أسباباً ومناطقاً لأحكام وآثار هي عقوبات محضة مقررة، ليست آثارها مقصودةً للمكلف، ولا مطلوبةً لفاعليها بداهة - كما قلنا - بخلاف التصرفات الشرعية، فإنها موضوعة في الشرع أسباباً يرتب الشارع عليها آثاراً هي مصالح مقصودة للمكلف الذي يتخذ تلك الأسباب ويُبأشرها، كالعبادات، والبيع والإجارة، والزواج، وغيرها، لأنها أسباب لِنِعْمٍ محضةٍ مطلوبةٍ ومقصودةٍ من قبل المكلف، بل لا يستقيم أمر الحياة إلا بها.

فَيُصَلُّ التفرقة بين الأمر الحسبي وبين التصرف الشرعي:

فيصل التفرقة إذن وضابطها، بين الأمر الحسبي والتصرف الشرعي^(٢)، في هذا الاتجاه، أن الأول سببٌ لحكم أي أثر غير مطلوب لفاعله، بل هو نقمةٌ وضررٌ عليه، وإن كان فيه نفع للمجتمع، بخلاف الثاني، فإنه على النقيض، سبب لآثار هي نِعْمٌ محضة لفاعله، كالبيع الذي هو سببٌ إلى نعمة المِلْك، والإجارة التي هي وسيلة إلى

(١) «شرح المنار» ص ٢٥٨، و«المرأة»: (١/ ٣٢٢) للأزميري.

(٢) المرجع السابق.

تحصيل المنفعة لمن لا يملك مصدرها، ولا سيما إذا كان في حاجة ماسة إليها، والنكاح الذي هو سبب بقاء النوع الإنساني بالتناسل، باقتضاء الفطرة، والعبادة التي هي طريق الوصول إلى ثواب الله تعالى، وابتغاء مرضاته، فضلاً عن أنها سبيلٌ إلى صلاح أمر الفرد والمجتمع في الدنيا.

الاتجاه الثاني:

يرى هذا الاتجاه أن الأمر الحسي «ما له وجود فعلي تدركه إحدى الحواس»^(١) كالقتل، والزنا، وشرب الخمر، والكفر، بخلاف التصرف الشرعي الذي يجمع إلى الوجود الحسي الوجود الشرعي^(٢).

وفسر «الوجود الشرعي» بأن ما له حقيقة معنوية شرعية معتبرة، من أركان وشروط، سواء أكان من العبادات أم المعاملات، أم التصرفات الفعلية، كتسليم المبيع وإحياء الموات وما إليها، بحكم الشارع واعتباره.

فالصلاة مثلاً ذات وجود حسي، من الحركات والسكنات والقراءة والركوع والسجود، والإمساك في الصوم، والوقوف والطواف في الحج، وما إلى ذلك مما هو مشاهد أو مسموع، غير أن لها - إلى ذلك - وجوداً شرعياً اعتبارياً معنوياً، لأنها أوضاعٌ شرعيةٌ ذات أركان وشروط تُؤدّي بالنية، وبكيفية خاصة، مما يدل على أنها قربة وعبادة، وهذا وضع شرعي لا حسي مجرد.

ومما يقطع بكونها كذلك، أنها لو أُدّيت بكيفية أخرى، دون أن تستجمع أركانها وشرائطها، لم يكن لها وجود شرعي، أي لا يحكم الشارع بأنها معتبرة، وإن كان لها وجود حسي.

هذا، والوجود الاعتباري إنما يتم بحكم الشارع، لا بمجرد الوقوع الفعلي، كما أشرنا.

(١) المرجع السابق.

(٢) أي: الوجود الاعتدالي المعنوي بحكم الشارع.

وكذلك «المعاملات»، فالعقد مثلاً، ذو وجود حسي مائل فيما يُسمع من الإيجاب والقبول، أو ما يقوم مقامهما، وهما أمران وجوديان حسيان مسموعان، غير أن لهما - إلى ذلك - وجوداً اعتبارياً شريعياً.

ووجود العقد شرعاً معناه: حكم الشرع بارتباط الإيجاب والقبول ارتباطاً معنوياً، أي انعقاده في نظر الشرع مناطاً أو سبباً شريعياً لآثاره، ولا يحظى العقد بهذا الوجود الاعتباري الذي يحكم به الشرع، إلا إذا استكمل ما وُضع له شرعاً من أركان وشرائط يتكون منها حقيقته الشرعية، أو معناه الاعتباري، فهو إذن وجودٌ معنويٌّ حُكميٌّ، ويكتسب من الشارع قوة الإنشاء والإلزام فيما يترتب عليه من الالتزامات المتبادلة بين طرفيه^(١) أو من الآثار الشرعية إن كان قولياً انفرادياً، تعود على الغير كالوصية والوقف.

وما يقال في التصرفات القولية - الثنائية والانفرادية - ينطبق على التصرفات الفعلية الشرعية، وذلك، من مثل «تسليم المبيع» من قبَلِ البائع، وتسليمه من قبَلِ المشتري، وكلاهما تصرفٌ فعليٌّ، إذ يشترط - ليكون هذا التصرف الفعلي معتبراً شرعاً، أي ذا وجود شرعي حكميٍّ - أن يكون المبيع غير مشغول بحاجات البائع، كالأرض المبيعة التي لم يُحصد ما فيها من زرع للبائع، أو الدار المؤجرة التي يشغلها أثاث البائع^(٢)، فهذا التسليم لا يُعتدُّ به شرعاً، فلا يستتبع بالتالي أثره الذي رتبته الشارع عليه فيما لو كان معتبراً، كانتقال «الضمان» إلى المشتري.

فالتسليم الفعلي إذن وإن وجد حساً، في هذه الحال، لكنه غير موجود شرعاً، أي

(١) هذا فيما عدا العقود غير اللازمة كالوكالة والإعارة والشركة. «المرآة»: (١/ ٣٢٢).

(٢) إلا أن يأذن البائع للمشتري باستلام حاجاته، فإذنه هذا ينطوي على عقد إيداع، فتصبح هذه الحاجات وديعة لدى المشتري، ويصحُّ التسليم حينئذ.

هذا، ويقوم التسجيل العقاري - فيما يتعلّق ببيع العقارات - مقام التسليم، ولو كان المبيع مشغولاً بحاجات البائع، من مثل الزرع في الأرض، أو الأثاث في الدار، بل ولو لم يأذن البائع للمشتري باستلامها، بل يصحُّ التسليم بمجرد التسجيل إذا كان مشروعاً قانوناً لنقل الملكية. «المدخل» للأستاذ الزرقاء: (١/ ٦٤٨).

لا يحكم الشارع باعتباره، فلا تترتب عليه آثاره، لفقدانه «المشروعية»، والآثار هي المقصودة أصلاً من التصرف الشرعي.

وكذلك العين المبيعة إذا تعلق بها حق مكتسب للغير، كالمستأجر والمرتهن مثلاً، فإن تسليمها للمشتري مُثَقَلَةٌ بحق الغير لا يعتبر صحيحاً، ولا يستتبع أثره شرعاً^(١).
وكإحياء الموات، فإنه «تصرف فعلي» جعله الشارع سبباً أو مناطاً لكسب الحق في ملك المُخَيَا، لكن ذلك لا يتم إلا بشروط منها:

أولاً: إذن ولي الأمر عند من يشترطه من الفقهاء.

ثانياً: أن يكون الإحياء مما يتعارفه الناس إحياءً لمثل المُخَيَا^(٢).

ثالثاً: ألا يكون قد سبق على هذه الأرض ملك لأحد.

فإذا تحققت هذه الشروط التي يتوقف عليها اعتبار الشارع للإحياء، انعقد سبباً لحكمه أو أثره، وهو اكتساب المُخَيَا مِلْكِيَةً الأرض التي أحيهاها شرعاً، لقوله ﷺ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ»^(٣) إذ رتب الملك «له» على الإحياء^(٤)، فإذا تخلف شرطٌ منها، فلا يكون لهذا الإحياء وجود شرعي، ولا يستتبع بالتالي أثره الشرعي المقصود منه، وهو المِلْك، لأن الشارع أراد أن يتم الإحياء على وضع خاص، وإلا كان وجوده الحسِّي مجرداً من أي اعتبار شرعي.

(١) المرجع السابق.

(٢) ماهية الإحياء، وحقيقته الشرعية، باعتباره تصرفاً فعلياً، تختلف باختلاف الشيء الذي يراد إحياءه، والشرع لم يحدّد ماهية الفعل الذي يتم به الإحياء، وعلى أي وضع يكون، بل تركه للعرف، ولذا قرر الفقهاء القاعدة العامة القاضية بأن الإحياء: «ما تعارفه الناس إحياءً لمثل المُخَيَا». «نهاية المحتاج» للرملي: (٣٨٢ / ٥)، و«مغني المحتاج» للشربيني: (٣٦١ / ٢)، و«المغني» لابن قدامة: (١٤٨ / ٦)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٣٥ / ٦).

(٣) أخرجه الترمذي: ١٣٧٩، والنسائي في «الكبرى»: ٥٧٥٧، وأحمد: ١٤٦٣٦، من حديث جابر بن عبد الله، وإسناده صحيح.

(٤) إذ من المقرر أصولياً، أن ترتيب الحكم على المشتق يُؤذَنُ بعَلْيَةٍ ما منه الاشتقاق، وهو المصدر، أي أن الحكم وهو الملك المستفاد من كلمة «له» والمشتق فعل «أحيا»، فحكم الملك مرتب على المشتق وهو فعل «أحيا».

ويتجه على هذا النظر من النقد، أن الأمر الحسي ذو وجود شرعي أيضاً، ذلك لأن الشارع جعل للأمر الحسي أركاناً وشرائط لا ينعقد سبباً لما رتب عليه الشارع من حكم أو عقوبة، إلا إذا تحققت في الوجود الخارجي الفعلي، كالسرقة، مثلاً، ألا ترى أنه اشترط الحرز والنصاب وغير ذلك، وكذلك في القتل العمد العدوان، وفي الزنا وما إليهما.

وإذا كان للأمر الحسي وجود فعلي، ووجود اعتباري، فلا يظهر الفرق إذن بينه وبين التصرف الشرعي، فلا يصلح هذا «الضابط» الذي حدده هذا الاتجاه فيصلاً للفرقة بينهما، كما ترى، لاختلاطهما فيه.

على أن هذا لا يمنع أن يكون فعل السرقة الذي تخلف شرط من شروطها في الواقع، فعلاً إجرامياً، كأن تكون السرقة من غير حرز مثل المسروق، أو يكون دون النصاب، فإن عقوبة أخرى تعزيرية تترتب على ذلك.

الاتجاه الثالث:

الضابط - في هذا الاتجاه - هو «توقف الحصول والتحقق على الشرع»^(١) وبيان ذلك، أن ما توقف تبيئته ومعرفته وتحققه على الشرع، بتوقيف منه، فهو تصرف شرعي، وإن لم يتوقف حصوله أو معرفته على الشارع، بأن كان معروفاً قبل الشرع، فهو أمر حسي، وكفي في تبيئه مجرد الإطلاق اللغوي عليه، فيدل على حقيقته، وذلك كالزنا مثلاً، فالشارع إنما قرر حقيقته المعروفة قبل الشرع، ولذا كان محرماً في جميع الملل، وقد وصفه القرآن الكريم بكونه ﴿فَاحْشَئْ وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء: ٣٢] إشارة إلى إفراطه في القبح، ولا تتوقف معرفة الزنا على الشرع، بل العقل يستقل بإدراك قبحه المفرط، لما فيه من تضييع النسب، والجناية على الولد، وقطع تعهد الآباء بالأبناء، وهدم الأسر والقربات، والعدوان على عصمة المرأة وعفتها، ومضادة لمقتضيات الفطرة السليمة وهدم لمبادئ الآداب، وقواعد الخلق!

(١) «نهاية السؤل» للأسنوي: (٢/ ٢٩٧)، و«التوضيح مع التلويح»: (٢/ ٢٢٣)، و«كشف الأسرار»:

وكذلك «الكفر» فإن قبحة مركزه في العقل، لما فيه من جحود الخالق والرسالة، وكنود للنعم، والظلم، لما فيه من العدوان على الناس في عصمة نفوسهم، وأعراضهم، وأموالهم. والظلم قبيحٌ عقلاً^(١). إلى غير ذلك مما كان معروفاً قبَّحه بمجرد الإطلاق اللغوي، كما أسلفنا، قبل الإسلام، كسرب الخمر، وقطع الطريق، والكذب.

بخلاف التصرف الشرعي، كالصوم والصلاة مثلاً، إذ لولا الشرع، كتاباً وسُنَّةً، لما عُرف لكل منهما حقيقته الشرعية، والكيفية التي رسمها الشارع لأدائه على وفقها، وكذلك المعاملات من التصرفات الشرعية القولية منها والفعلية، لم تُعرف حقائقها إلا بالشرع، وهذا الضابط لم يبلغ من التحديد ما يمنع الإشكال والتشابه، لذا كان هذا الاتجاه ضعيفاً.

ووجه الضعف، أن مثل هذه الأمور الحسبية، وإن كانت معروفة وموجودة حساً قبل الشرع - كما أسلفنا - لكنه قد تناولها أيضاً بتحديد حقائقها الشرعية، كالقتل العمد، وشبه العمد، والخطأ مثلاً، وترتيب عقوبات معينة على كلٍّ منها، ما لا يتسع المجال لتفصيله، ومن ثمَّ فإنها لا تعتبر معاصي مستوجبة عقوباتها المقررة لها شرعاً، إلا إذا وقع كلٌّ منها على الوضع الخاص الذي حدده له الشارع، فكانت لذلك مما يتوقف حصوله وتبينه على الشرع أيضاً، على الرغم من أن أصل الفعل قد كان معهوداً قبل الشرع، بوجوده الحسي^(٢)، ولكن دون أن يتخذ هذه الحقائق التي وضعها الشارع لكل منها في عُرفه هو، كما أسلفنا.

الاتجاه الرابع:

حدّد هذا الاتجاه^(٣) التصرف الشرعي بأنه «ما تصرف الشارع فيه بالجواز في

(١) غير أن الشارع حدد مفاهيم معينة للظلم والعدل في التصرفات لا ينكرها العقل، ولو استقل العقل لضلَّ عن تحديدها على الوجه الشرعي.

(٢) «كشف الأسرار»: (١/ ٢٥٧)، و«التلويح مع التوضيح» للفتازاني: (٢/ ٢٢٣).

(٣) «شرح المنار» ص ٢٥٨ وما يليها.

الجملة^(١) في غير محلّ العوارض^(٢) أي مع بيان الشارع لأركانها وشروطه^(٣).

ومعنى هذا، أن التصرف الشرعي - في الأصل - ذو حقيقة محدّدة في عُرف الشارع، يستلزم «المشروعية» إذ تحقق معناه فعلاً في الوجود الخارجي، هذا في الجملة وبوجه عام، أي في غير المواضع أو الحالات التي يُعرض له فيها النهي، بسبب خلل في كيانه ذاتاً أو وصفاً قائماً فيه، أو لأمر متصل به مجاورةً.

فعارضُ النهي إذن في تصرف شرعيٍّ ما، لعلّة من العلل التي أشرنا إليها، لا ينفي عن أصله مشروعيته في غير محلّ هذا العارض، لما قدّمنا من أن الشارع قد تصرف فيه - في الأصل - بالجواز في غير مواضع النهي هذه.

هذا، وعوارض النهي تختلف آثارها تبعاً لاختلاف عللها وأسبابها، أو أنواع الخلل الذي عرا التصرف واستوجب النهي، قوةً وضعفاً، أو حسب الغرض الذي قصده المُشرّع من النهي.

فأسباب النهي ليست على سواء، من حيث الأثر على مشروعية التصرف، لسبب بسيط: هو أن «أثر النهي» إذا كان من المؤيدات والجزاءات المدنية للنظام الشرعي في العبادات والمعاملات، ليجري تحصيلها وتنفيذها في الواقع الوجودي على استقامة، تحقيقاً لإرادة الشارع فيما شرع، على سننٍ من الحق والعدل والمصلحة، فإن الجزاء ينبغي أن يتقدّر بقدر المخالفة، وذلك على ضوءٍ من مقصد الشارع في «مُتعلّق»^(٤) النهي» أو علته، من جهة، وفيما توخّاه من جعل هذه التصرفات وسائل وأسباباً لغايات معيّنة مقصودة من شرعها وتنفيذها، وهي مصالح المكلفين، من جهة أخرى، على ما سيأتي بحثه مفصلاً.

(١) «في الجملة» أي: بوجه عام، أو في كثير من الصور.

(٢) المواضع والحالات التي تعرض فيها للتصرف مخالفة تستوجب النهي في نظر الشارع.

(٣) إذ لولا هذا القيد، لكان الأكل والشرب والنوم مثلاً مما يدخل في هذا المفهوم، لكون المشرع لم يحدّد لهذه أركاناً وشرائط، وهذا القيد أخرجها عن أن توصف بالبطلان والفساد لفوات شيء من مقوماتها، إذ لا أركان ولا شرائط لها من وضع الشارع.

(٤) بفتح اللام المشددة.

ومن هنا، ينبغي النظر الكليُّ إلى التصرف الشرعي على أنه سبب شرع وسيلةً لتحصيل ثمراته المقصودة للمكلفين، دون قَصْرِ النظر على السبب مجرداً^(١) من حيث كونه مأذوناً فيه شرعاً، بل إن الثمرات المقصودة للمكلفين التي تجعل التصرف الشرعي سبباً مَوْضِلاً إليها شرعاً، أولى بالنظر عند وزن السبب، لتبيُّن مواضع الخلل فيه، حتى إذا أمكن تصحيح متعلِّق النهي أو موضع الخلل، وجب المصير إليه، توكيلاً من إبطال التصرف جملةً، وذلك بإزالة سبب الفساد فيه إن كان لأمر خارج عن ذات التصرف، رعايةً لمصالح المكلفين التي ما شرع التصرف إلا وسيلةً إلى تحصيلها، أو بعبارة أخرى: إن التوكيُّ من إبطال التصرف أصلاً، ينبغي أن يُصار إليه، وذلك بالتوفيق - إن أمكن - بين مقتضى النهي في ضوء متعلِّقه ومقصود الشارع منه، من جهة، وبين أصل مشروعيته من جهة أخرى، لأن الأخذ بظاهر النهي في جميع الحالات دون استبطانٍ لعلته، أو موضع الخلل الذي استوجبه، ثم إبطال التصرف جملةً على أساس هذا الظاهر، نَظَرٌ مَبْتَسِرٌ إلى السبب مجرداً، بكونه مأذوناً فيه شرعاً بحسب الأصل، ومقتضى النهي - وهو الحرمة - يتضادُّ مع هذه المأذونية، أقول هذا: النظر قد يتنافى ومقصد الشارع في كثير من الصور والحالات التي لم يقصد الشارع في مواضع النهي إبطالها، إذ قد يكون أصل مشروعيتها متحققاً، أو بالإمكان تحقيقه، بوسائل تشريعية تُعيد إلى التصرف صلاحيته لاستتباع آثاره، أو بتصرفٍ في محلّه يُكسب الغير حقاً فيه، فيخرج المتصرف عن المعصية، ويظهر التصرف الثاني مما شاب الأول من أسباب الفساد فيه، فينقطع الحق في فسخه بإطلاق، كما سيأتي تفصيله.

(١) هذا النظر مَبْتَسِرٌ لأنه مقصور على كون السبب مأذوناً فيه شرعاً، للحكم عليه بما يناقضه من الحرمة التي يقتضيها النهي، لأن الإذن والحرمة لا يجتمعان، وقد أشرنا إلى أن السبب ينبغي أن يُنظر إليه على أنه وسيلة شرعها الشارع لآثار ربها عليه، تتعلّق بمصالح المكلفين، كالمعاملات، فيجب النظر إليها من هذا الوجه أيضاً، لا من حيث الإذن فقط، لتكون المشروعية بمعنى ترتب الأثر لا مجرد الإباحة والإذن.

على أن الشارع الحكيم ليس قصدهُ «إبطال» التصرفات الشرعية في جميع الحالات، بل قصده تحقيق مصالح المكلفين، فإذا أمكن تلافي أسباب الخلل، دون إبطال، كان ذلك أدنى إلى تحقيق مقصد المشرع من الإبطال أصلاً، ما دامت المشروعية قد سلمت.

هذا في اعتقادنا نظرٌ أولى بالاعتبار، لانساقه مع الأصل العام الذي قام عليه التشريع كله، من أن أحكامه معللة بمصالح العباد فيما خلا التعبدية، وأقرب إلى تحقيق مقصد الشارع.

فحكم النهي - كسائر الأحكام - معللٌ، وبعض علله قد لا يكون له علاقة بذات التصرف أصلاً، إلا مجاورةً، أو وصفاً خارجاً عن ذات التصرف، ولكن يمكن إزالته، ولو لازماً، بأن كان شرطاً فاسداً مقترناً به، ونزل عنه من كان هذا الشرط من أجل صالحه.

وعلى هذا، فليس البطلان هو المؤيدُ أو الجزاء المتعين لجميع حالات المخالفة بإطلاقٍ «لمنافاة» ذلك لمقصد الشارع الذي يتوخى تحقيق مصالح الناس.

ومما يوضح هذه «المنافاة» اجتهاد الظاهرية ومن معهم، في ذهابهم إلى إبطال التصرفات الشرعية ولو لأمر خارج مجاور، لا علاقة له أصلاً بكيان التصرف لا ذاتاً ولا جزءاً، ولا وصفاً لازماً متصلاً قائماً فيه، أخذاً بظاهر النهي دون اجتهاد منهم في تبين مقصد الشارع من النهي، أو مدى تأثيره على مشروعيته التي تتعلق بمصالح المكلفين، كالبيع وقت النداء مثلاً، وهو ما ذهب إليه أيضاً بعض الحنابلة ومنهم الإمام أحمد في رواية عنه، والإمام مالك في رواية عنه كذلك.

جاء في «الإحكام» للآمدي: «ولا نعرف خلافاً في أن من نهى عنه لغيره، أنه لا يُفسد، كالنهي عن البيع في وقت النداء، يوم الجمعة، إلا ما نقل عن مذهب مالك وأحمد بن حنبل في أحد الروايتين عنه»^(١).

فاستدعى ذلك أن نتناول هذه الحالة الثالثة بالبحث:

الحالة الثالثة:

قدّمنا أن النهي المطلق ينصبُّ أساساً على عين التصرف، وهذا هو الأصل عند

(١) «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي: (٢/٢٧٦)، تصوير دار الكتب العلمية، بيروت. ويقصد بقوله: «لا يفسد» أي: لا يُبطل، إذ يعتبرون الفساد مرادفاً للبطلان. وراجع أيضاً: «روضة الناظر في أصول فقه الحنابلة» للإمام ابن قدامة المقدسي ص ١١٣ - ١١٤.

الجمهور، ولا ينصرف إلى الغير إلا بدليل، خلافاً للحنفية الذين يرون أن الأصل أن ينصرف النهي المطلق بمعناه الحقيقي، إلى «الغير» لا إلى الذات، ولا ينصرف إلى عين التصرف، إلا بدليل، وحينئذ يكون النهي مستعملاً في معناه المجازي، وهو النفي، أعني: نفي المشروعية أصلاً، وحينئذ يكون بيان شرع لا طلب انتهاء.

ونستخلص من ذلك أن الاتفاق منعقد بين الجمهور من جهة، والحنفية من جهة أخرى، على أن النهي إذا انصبَّ على عين التصرف، أصالةً أو مجازاً، أفاد «القبح العيني» وهذا يستلزم انتفاء أصل المشروعية الذي هو البطلان.

أما إذا تعلق النهي بالغير - وهذا هو الأصل في النهي المطلق عند الحنفية، وهو خلاف الأصل عند الجمهور - فإن هذا الغير لا يخلو:

١ - إما أن يكون متصلاً بالتصرف الشرعي وصفاً لازماً قائماً فيه^(١)، وقد أشرنا إلى هذه الحالة الثانية، وحكمها، والاختلاف فيها، آنفاً.

٢ - وإما أن يكون وصفاً متصلاً بالتصرف الشرعي، مجاورةً، وهو منفكٌ قد يفارق أصل التصرف، إذ لا يتلازم بينهما، لأن المكلف هو الذي جمع بين التصرف المشروع، والمجاور غير المشروع.

وهذا النوع الأخير من «الغير» هو ما نعنيه بالحالة الثالثة، مثال ذلك، النهي في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢].

فالنهي في هذه الآية الكريمة لا تعلق له بذات التصرف الفعلي المشروع وهو «القربان» لأنه وطءٌ مملوكٌ بالنكاح، لأنها زوجته، بل لأمر خارج عنه، بدليل قوله تعالى قبل ذلك: ﴿وَسَأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَىٰ فَأَعْرِضُوا لِلنِّسَاءِ فِي الْمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢٢٢].

فالنهي للاقتران بالأذى، لا لأصل القربان، لأنه مشروع في الأصل، كما أشرنا، وهذا «الاقتران» إنما يكون بفعل المكلف، وهو منهي عنه.

(١) «أصول السرخسي»: (١/ ٧٦ وما يليها)، و«التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (٢/ ٢٢١)، و«المرأة» للأزميري: (١/ ٣٢٢).

هذا، والأذى ليس لازماً للقربان، إذ يفارقه حالة الطهر.

فمقصد الشارع إذن من النهي، تجنُّب الأذى، بتحريم مقارفته، أما أصل «القربان» فيبقى على مشروعيته بعد النهي، كما كان مشروعاً قبله، لأنه وطء مملوك بالنكاح، كما أشرنا، وبدليل ترتب آثاره كلها عليه لو وقع، ولكن مع الحرمة والإثم لمقام النهي. فترتَّب جميع آثار القربان حالة الحيض على الرغم من النهي المفيد للحرمة والإثم، للوصف المجاور، دليلٌ بينٌ على أن الحرمة الغيرية لا تنفي أصلَ المشروعية، لذات التصرف، وهذه الآثار هي:

١ - ثبوت نسب الحمل اتفاقاً، إذ لا يُعدُّ هذا الوطء زناً، وإن كان حراماً، فلم تَبْطُل سببته لآثاره.

٢ - ثبوت إحصان الزوج، كما في الوطء المباح في غير حالة الحيض، سواء بسواء.

٣ - تصبح الزوجة مدخولاً بها حقيقة، إن كان هذا أولَ وطءٍ، فتثبت لها أحكام الدخول، من وجوب المهر لها كاملاً.

٤ - تحلُّ هذه المرأة لزوجها الأول الذي طلقها ثلاثاً، إذا ما طلقها هذا الزوج الثاني، وانقضت عدتها.

وهكذا، ترى أن النهي لوصف مجاور، لا يمسُّ أصلَ مشروعية التصرف الشرعي الذي يقع صحيحاً مستتباً جميع آثاره.

إذن النهي لأمر مجاور مفارق لا يؤثر في أصل التصرف الشرعي، لا عيناً ولا وصفاً، ذلك لأن هذا الوصف المجاور منهِّي عنه على الخصوص، فحيثما وُجد كان النهي عنه.

ويدهي أنه إذا سلم الأصل، عيناً ووصفاً، استلزم المشروعية كاملةً، والمشروعية الكاملة معناها: ترتَّب جميع الآثار، ولكن مع الحرمة والإثم، لمكان الحرمة المستفادة من النهي عن المجاور، لكن هذه الحرمة لا تقضي على أصل المشروعية - كما قلنا - لأن صحة الأصل قد رُجِّحت على فساد المجاور.

هذا في التصرف الشرعي الفعلي .

وكذلك الحكم في التصرف القولي من العقود، من مثل «البيع وقت النداء»، فالبيع في أصله مشروع قطعاً، لقوله سبحانه: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

فأصل البيع إذن تصرف مشروع، وإنما عرض النهي عنه لا لذاته، بل قصداً من الشارع إلى عدم إيقاعه في هذا الظرف، لما فيه من الاشتغال عن السعي إلى صلاة الجمعة بغيره، بعدما تعيّن وجوب هذا السعي .

فمقصد الشارع إذن من النهي، إزالة العوائق التي تحول دون أداء هذا الواجب إذا تعيّن، كيلا تفوت الصلاة .

ألا ترى أنه لو اشتغل بغير البيع أو المعاملات جملةً، وفاتت الصلاة، لكان الحكم واحداً، وهو الحرمة، للمعنى نفسه، وهو الاشتغال عن السعي الواجب المتعين، لا خصوص البيع .

وأيضاً، ألا ترى أنه لو أوقع البيع قبل السعي أو بعده، لكان البيع صحيحاً لا شبهة فيه، وانعقد سبباً لجميع آثاره .

فالخلل الذي هو متعلق النهي في هذه الحال، لم يمسّ التصرف الشرعي، لا أصلاً ولا وصفاً، كما أشرنا، فاستلزم ذلك المشروعية التي تعني ترتب آثاره عليه كاملةً، من انتقال الملك في البدلين، وحل انتفاع كل من المتعاقدين بمال الآخر، ولو أوقعه وشغله عن صلاة الجمعة، ولكن مع الكراهة .

أدلة الحنفية على الحالة الأولى:

استدل الحنفية على الحال الأولى بأدلة نعرضها مع وجوه الاستدلال بها فيما يلي :

الأول: أن النهي المطلق عن المشروعات - في معناه الحقيقي - يوجب الانتهاء عن المنهي عنه، وترك أدائه، ولا يتأتى هذا المعنى الأصلي للنهي، ويتحقق موجبُهُ، - وهو وجوب الانتهاء - إلا إذا كان المنهي عنه «ممكناً» ومتصور الوجود شرعاً، بمعنى

أنه إذا أوجده المكلف - على وضعه الشرعي - وجد، أي حَكَمَ الشارع بوجوده، مع الإثم، لتركه وجوب الانتهاء، وإن امتنع عن أدائه، كان متمثلاً، مثاباً.

إذن، النهي المطلق عن المشروعات، يوجب حُكماً أصلياً، هو إمكان المنهي عنه، ليتحقق معنى الانتهاء الذي هو مُوجِبُ النهي، ويتأتى ابتلاء المكلف به. وقد بينا آنفاً، أن «الممكن» الشرعي، هو الفعل أو التصرف الذي يحكم الشرع بوجوده إذا أوجده المكلف، أي مما يتكوّن ويوجد شرعاً، وتَثَبُّتُ له الصلاحية والصحة مع الحرمة، أي صحة الأصل دون الوصف، بخلاف المستحيل الشرعي، فهو ما لا يُتصوّر وجوده شرعاً، وإن وُجِدَ حسّاً وصورَةً، كالتوجّه إلى بيت المقدس في الصلاة مثلاً، إذ رُفِعَت مشروعيته أصلاً، فأصبح مستحيلاً شرعاً، بمعنى أن التوجه إليه في أداء الصلاة، غيرٌ معتبرٍ في نَظَرِ الشارع، وكذلك الامتناع عن التوجه إليه في الصلاة، لا يعتبر امثالاً أيضاً.

أو بعبارة أخرى، لا يعتبر الأداء عصياناً، ولا الامتناع امثالاً، لأن المستحيل الشرعي «ممتنع بنفسه» لا بامتناع المكلف، فلا يتأتى بذلك انتهاء ولا ابتلاء، كما بينا آنفاً.

فمناطق الاستدلال عند الحنفية على اتجاههم، أنه: «إذا ثبت أن النهي المطلق عن المشروعات - في معناه الحقيقي - يوجب الانتهاء، وكان هذا المعنى يستلزم «إمكان» المنهي عنه، وأن وجوده واقعاً يقتضي صلاحيته ومشروعيته لا محالة، لانعقاد سببه بحكم الشرع، أقول إذا ثبت هذا، ثبت بالتالي، أن النهي المطلق لا يوجب قُبْحاً في عين المنهي عنه، حتى يعدم المشروعية ويوجب البطلان كما يرى الجمهور، وإنما يوجب قُبْحاً في غير المنهي عنه، وهو الوصف الخارج عن ذات التصرف، اللازم له.

فالكراهة إذن، لمعنى في غير ذات البيع، فأصل البيع سليم، ذاتاً ومحللاً وشروطاً، وهذا يستلزم المشروعية بلا ريب، على الرغم من عارض النهي الذي استوجب الكراهة، إذ قد تبين أن الكراهة بسبب إيقاع البيع في هذا الظرف الزمني الذي من شأنه أن يحول دون أداء الصلاة، ويشغل عنها، وهذا أمر وراء عقد البيع.

وليس المقصود بالنهي هو خصوص إجراء عقد البيع، بل علة النهي التي تنطوي على مقصد الشارع تستوجب حكم الكراهة بكل شاغل عن أداء الصلاة، وإنما خص البيع بالذكر، لكونه أكثر وقوعاً، لا لتقييد الحكم به، ونفيه عما عداه، أو بعبارة أخرى، ذكر على سبيل المثال لا الحصر، ويصبح معنى الآية الكريمة: «وذروا كل ما يشغل عن السعي إلى أداء صلاة الجمعة»، لأن هذا هو المنهي عنه بخصوصه حيثما وجد، وبأي معاملة اتصل.

وما يقال في البيع من المعاملات، يقال في العبادات، كالنهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة، فمن المعلوم بداهة، أن النهي منصبٌ أساساً على فعل الغُصْب لا على أداء الصلاة، لأن الصلاة عبادة مفروضة، فلا تنقلب بالنهي عن أمر مجاور لها، غير مشروعة، فتصح الصلاة، وتبرأ ذمة المكلف بأدائها، وتبقى الكراهة، للطرف المكاني الذي أدت فيه، حثاً للمكلف على الخروج من معصية الغصب والاعتداء على أموال الناس بالباطل، وهذا أمر وراء الصلاة^(١)، وفعل الغصب منهي عنه لذاته، حيثما وقع.

الدليل العقلي:

وأيضاً، يتأيد هذا النظر الأصولي بالعقل، ألا ترى أن البيع مشروع ليُحسِّن في ذاته، إذ لا يشرع الله تعالى أمراً، إلا إذا كان حسناً، لما فيه من مصلحة معتبرة مؤكدة، وإنما القبح لأمر متصل به مجاورة، ولا يُحكَّم عقلاً بترجيح القبح الغيري المجاور على الحسن الذاتي، تجنباً لمضادة مقصد الشارع في أصل المشروعية، وتحقيقاً لمصالح المكلفين الدنيوية، وذلك لسلامة التصرف أصلاً ووصفاً. خلاف الظاهرية، وبعض الحنابلة، ومنهم الإمام أحمد في رواية، والإمام مالك في رواية أيضاً، في النهي عن التصرف الشرعي لوصف مجاور:

(١) خالف في هذا الإمام الحسن البصري، أخذاً منه، بمأذونية السبب مجرداً، فذهب إلى بطلان الصلاة في الأرض المغصوبة، لأن المصلي أتى بغير المأمور به، لأن المنهي عنه لا يكون مأموراً به، ومن أتى بغير المأمور به فعمله مردود عليه، أي باطل، وقد رأيت مناقشتنا لهذا الاتجاه. «المعتمد في أصول الفقه» للإمام الحسن البصري ص ١٨٣، طبع المعهد الفرنسي بدمشق.

ذهب هذا الفريق إلى أن النهي لوصف مجاور يقتضي البطلان، لأن ما أتى به المكلف ليس هو المأمور به، فلم يكن على وفق ما رَسَمَ الشارع، فكان هذا التصرف على خلاف وَضْعِ المشروعات، فيكون لذلك غير مشروع أصلاً، وغير المشروع مردودٌ وباطل، لا يترتب عليه أثر، وهذا، نظراً إلى التصرف الشرعي من حيث كونه مأذوناً فيه شرعاً فحسب، لا من حيث كونه سبباً رتب عليه الشارع آثاراً هي مصالح المكلفين.

وجاء في روضة الناظر (لابن قدامة) الحنبلي: «إن النهي عن الأسباب المفيدة للأحكام، يقتضي فسادها^(١)» (بطلانها) هكذا بإطلاق.

ثم أتى بالأدلة التي تؤيد وجهة نظره منها:

أ - ما روت السيدة عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «مَنْ عَمِلَ عملاً ليس عليه أمرنا، فهو رَدٌّ»^(٢)، أي مردود، وما كان مردوداً على فاعله، فكأنه لم يوجد، أي باطل شرعاً.

الدليل العقلي لهذا الفريق:

ب - ثم أتى بحجة عقلية للتسوية بين متعلقات النهي في الحكم، وهو البطلان بقوله: «ثم لا فرق بين كون النهي عن الشيء لعينه أو لغيره، لدلالة النهي على رجحان ما يتعلق به من المفسدة، والمرجوح كالمستهلك المعدوم»^(٣) فلم يفصل الإمام ابن قدامة في قوله: «أو لغيره» بين كون ذلك الغير المنهي عنه، وصفاً خارجاً لازماً قائماً

(١) يعبر الحنابلة عن البطلان بالفساد، لأنهما مترادفان في اجتهادهم، وكذلك الشافعية والمالكية:

ص ١١٣ - ١١٤، نشر قصي محب الدين الخطيب - القاهرة ١٣٩٧.

هذا، والمقصود بالأسباب «التصرفات الشرعية» ومنها العقود، وقرر هذه القاعدة - كما ترى - بإطلاق، دون فصل وتمييز بين متعلقات النهي، ومعلوم أن النهي عن البيع وقت النداء يندرج تحت إطلاق هذه القاعدة، فينسحب حكمها عليه وهو البطلان.

(٢) أخرجه مسلم: ٤٤٩٣، وأحمد: ٢٥١٢٨، من حديث عائشة.

(٣) المرجع السابق ص ١١٣ - ١١٤.

بالتصرف^(١)، وبين كونه أمراً خارجاً مجاوراً منفكاً، فدل ذلك على شمول الحكم - وهو البطلان - للحالين.

فالأصل - كما ترى - أن ظاهر النهي في اجتهاد ابن قدامة ومن معه، يدل على بطلان المنهي عنه بإطلاق، سواء أكان النهي لعين المنهي عنه، أو لغيره، وأن فساد الغير يوجب فساد الأصل وبطلانه، لأن الشارع - في اجتهاده - يرجح فساد التصرف جملةً على صحته، لظاهر النهي، أيّاً كان متعلقه، إذ يصبح الشقّ الذي صحّ من التصرف، لعدم تعلق النهي به، بمنزلة العدم المستهلك، ولو كان هو أصل التصرف، ما دام قد لابسه الفساد الذي استوجب النهي، أيّاً كان متعلقه^(٢)، كما ذكرنا.

ويتجه على الإمام ابن قدامة، أن هذه التسوية بين الحالات الثلاث في الحكم نظر غير سديد، لمجافاته الدقّة في تفهّم مقصد الشارع في كل حالة على حدة، مما يقضي بوجوب تحليل التصرف الشرعي إلى عناصره الأساسية التي تنهض بأصل التصرف وتمييزه عن أوصافه اللازمة، وعن الأمور الملازمة المجاورة والمفارقة.

(١) ومن أمثلة العقود المنهي عنها لوصف لازم، البيع بشرط القرض، لنهي النبي ﷺ عن «بيع وقرض»، [أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٩٠٠٧، من حديث ابن عباس، وذكره الهيتمي في «مجمع الزوائد»: (٨٥/٤)، وقال: وفيه يحى بن صالح الإيلي، قال الذهبي: روى عنه يحيى بن بكير من كبار، وبقية رجاله رجال الصحيح]. والبيع باستثناء منفعة المبيع للبايع مدة معينة، كبيع المنزل بشرط أن يسكنه البائع مدة سنة أو أكثر أو أقل. وبيع الثلاجة بشرط أن يقوم البائع بإصلاحها لمدة خمس سنوات، كما في زماننا هذا، وشرط استثناء المنفعة، أو ضمان الإصلاح يصبح ملزماً ويصبح معه العقد إذا جرى به العرف في اجتهاد الحنفية، كما علمت. راجع بحث الشروط المقترنة بالعقد في هذا الكتاب.

(٢) وهذا مخالف لأصل الشافعية الذين يذهبون إلى أن فساد الوصف يوجب فساد الأصل، للتلازم بينهما، وذلك إنما يكون في حالة النهي عن الوصف الملازم، دون المجاور، لعدم التلازم. وهو مخالف لمذهب الحنفية أيضاً، لأن فساد الوصف ولو كان ملازماً، لا يوجب فساد الأصل، بلف «يبقى أصل المشروعية» ويكون التصرف الشرعي حينئذٍ فاسداً لا باطلاً، ومن هنا، كان منشأ نظرية الفساد عند الحنفية.

وأما إذا كان النهي لوصفٍ مُجاوِرٍ، فلا يُؤثّر على التصرف لا أصلاً ولا وصفاً، والمشروعية كاملة، وهو مذهب الشافعية أيضاً، وبعض الحنابلة والمالكية.

ومقصد الشارع من النهي يمكن تبينه في ضوء هذه المتعلقات، ليكون أثر النهي، وهو الجزاء، على قدر المخالفة، أو الخلل، قوة وضعفاً، كما أشرنا.

فلا يستوي أثر النهي عن بيع الخنزير أو تزوج المسلمة بالكافر مثلاً، لقبح عيني متعلق بجزء جوهرى في ذات التصرف، وهو المحل، - إذ لا يقبل هذا المحل حكم التصرف، فكان كالمعدوم - وبين أثر النهي عن البيع وقت النداء، منعاً من التشاغل عن وجوب السعي المتعين لأداء صلاة الجمعة، وهو ظرف زمانى ملابس غير ملازم، لا علاقة له بكيان التصرف أصلاً ولا وصفاً، كما قدمنا، فلا يؤثر بالتالي على «مشروعيته الكاملة» إذ الخلل في الأول ذاتي، وفي الثاني غيري مجاور ومفارق.

فمقصد الشارع من النهي في الحالين إذن مختلف، تبعاً لاختلاف متعلقه.

ففي الأول مقصده إعدام التصرف أصلاً، لعدم قبول محل العقد لحكمه، فانعدم وجوده شرعاً، لفساد في أصله، وخلل في ماهيته.

وفي الثاني مقصده إيقاع عقد البيع المشروع في غير هذه الظروف، حتى لا يحول دون أداء واجب السعي، فيؤدي إلى تفويت صلاة الجمعة^(١).

وأيضاً، ما نحن بصدد البحث فيه من النهي عن وصف مجاور مفارق منفك، لا تلازم بينه وبين الأصل، للمجاورة والانفكاك، فلا يلزم بالتالي من فساد الأول وهو الوصف المنفك، فساد الثاني، وهو ذات التصرف، لكمال هذا الأخير عيناً ووصفاً، مما يستلزم «الصلاحية» وهي ترتب آثاره عليه كاملة، بحكم الشرع، إذ هو الذي رسم سبب هذه الصلاحية والمشروعية قبل النهي، وهي باقية بعد النهي لم تنخرم، لا أصلاً ولا وصفاً.

وقدمنا، أن لا منافاة بين المشروعية للأصل والكراهة للوصف الغيري المجاور، فالجهة منفكة، والكراهة لأمر خارج عن التصرف ومفارق، لا تقوى على نقض أصل

(١) لأن المكلف هو الذي جمع بين التصرف المشروع، والمجاور غير المشروع، لا الشارع، ففي الأول على حاله، من المشروعية الكاملة بعد النهي، كما كان قبله، والثاني استوجب النهي المقتضي للحرمة، لفساد المجاور لا لخلل في التصرف، ولا منافاة.

التصرف المستجمع لأركانه وشرائطه شرعاً، لقوة هذا الأخير ورجحانه، شرعاً وعقلاً، لأنّ الصّحة أو الصّلاحية بسلامة الأصل، أرجح من البطلان بفساد الوصف المجاور.

فقول ابن قدامة فيما احتاج به على بطلان التصرف أثراً للنهي عن الوصف المجاور: «لدلالة النهي عن رجحان ما يتعلّق به من المفسدة، والمرجوح كالمستهلك المعدوم»^(١). أقول: إن قول الإمام ابن قدامة هذا، ينبغي - في نظرنا - أن لا يُحمّل على إطلاقه، بل على حالة كون المفسدة متعلقة بذات التصرف كلاً أو محلاً، أو شرط انعقاد وتكوين، لانعدام ماهية التصرف حينئذ شرعاً، بفوات بعض عناصره الجوهرية^(٢)، وهذا يستلزم القبح الذاتي الذي لا تُجامعه المشروعية أصلاً، كما أسلفنا.

أما إذا نهض التصرف بمقوماته الجوهرية التي وضعها الشارع له، فقد تحقق أصل ماهيته، وذلك يقتضي الحُسن الذاتي أولاً بحكم الشرع، وهو يستلزم أصل المشروعية.

ولا ريب أن الحُسن الذاتي لا يُرَجَّح عليه القبح الوصفي أو الغيبي، بفساد الوصف الخارج الملازم، فلأن لا يُرَجَّح عليه القبح الغيبي لوصف مجاور من باب أولى.

وعلى هذا، يتقرّر الجزاء في هاتين الحالتين الأخيرتين اللتين يشملهما النهي «للغير» بقدر الخلل في كلّ منهما.

فتكون الصحة والمشروعية في الأصل، والفساد في الوصف اللازم، ولا تناقض إذ الجهة منفكة، فتأخذ كلّ جهة حكمها الخاص بها، وهذه هي المرتبة الوسطى بين الصحة والبطلان، إذ المشروعية ناقصة، في الحالة الأولى.

وتكون الصحة والمشروعية الكاملة في التصرف أصلاً ووصفاً، والكرهية، بفساد الوصف المجاور المنفك، في الحالة الثانية.

(١) «روضة الناظر»: ص ١١٣ - ١١٤.

(٢) وفوات بعض عناصر التصرف الجوهرية، كفوات جميعها.

ولا تناقض في الحالين، إذ يجتمع أصلُ المشروعية والحرمة، من جهتين، كما قدمنا فلأن تجتمع المشروعية الكاملة مع الكراهة من باب أولى.

هذا، ولا ريب أن رجحان صحة الأصل على فساد الوصف، أولى من رجحان بطلان الأصل بفساد الوصف، كما أشرنا.

إذن، عوارض النهي في بعض صور البيع، ونظيره من صور الإجارة أو الرهن، أو الوصية مثلاً، لا تنفي عن أصل هذه التصرفات بوجه عام، أصل مشروعيتها، أي فيما خلا مواضع النهي، لأن الشارع قد تصرف فيها بالجواز في الجملة قبل النهي. هذا في المعاملات.

أما في العبادات، ففيما إذا كان النهي لوصف ملازم، فالحكم يختلف، ذلك، لأن الأثر المقصود من العبادة، حكم أخروي، هو الثواب المرجو من الله تعالى، إذ العبادة تصرف شرعي بقصد القرية إلى الله، وهذا الأثر الوحيد للعبادة يتناقض وأثر النهي، وهو الحرمة والمعصية، إذ لا يمكن أن يجتمع قصد القرية وقصد المعصية، فهذا التناقض - لاتحاد الجهة - يدل على القبح العيني في ذات التصرف، للتلازم بين الأصل والوصف اللازم، والقبح العيني^(١) لا يُجامع المشروعية أصلاً، لذا كانت العبادة باطلة، إذ لا يُعبد الله تعالى إلا بما شرع، هذا في اجتهاد الفريق الذي يرى أن العبادة تبطل بالنهي عن الوصف الملازم، دون المعاملات.

هذا، وألحقوا بالعبادات عقد «النكاح» كما سيأتي تفصيله، لوحدة أثره، وهو الحل، حتى إن المُلْك في عقد النكاح، ثابتٌ بالاقتضاء، أي مُلْكٌ ضروريٌ ثبت مقتضى للحل، فكأنه الحل نفسه، بالاقتضاء^(٢).

فالحل هو الأثر الوحيد، والملك ثبت شرطاً اقتضاءً لثبوت الحل، فكان الملك، إذ الشرط تابعٌ للمشروط، حتى لكأن الملك هو الحل نفسه.

(١) هذا، وقد يكون النهي راجعاً إلى فقدان ولاية أحد المتعاقدين، فالشافية يرؤن أن هذا النهي يتعلق بشرط تكوين أو انعقاد، فلا ينعقد التصرف سبباً لأحكامه بفقدانه، على حين يرى الحنفية أن هذا الشرط للنفاد، ويتخلفه يكون العقد منعقداً، ولكنه موقوف كبيع الفضولي.

(٢) «أصول السرخسي»: ج ١، ص ٧٨ وما يليها.

هذا والملك الثابت اقتضاء وضرورة، ليس له خصائص الملك الكامل في عقود المعاوضات، إذ ليس عقد النكاح عقداً مالياً أصلاً.

إذا ثبت هذا، فإن أثر عقد النكاح، وهو «الحل»^(١) لا يجتمع مع الحرمة الثابتة بمقتضى النهي للوصف الملازم، فكان التناقض، لاتحاد الجهة، شأنه في ذلك شأن العبادات.

وإذا انتفى الأثر الوحيد للنكاح وهو الحل، خرج السبب - وهو عقد النكاح - على أن يكون مشروعاً؛ لأن الأسباب الشرعية لا تتراد لذواتها، بل لآثارها وأحكامها المترتبة عليها؛ لأنها غاياتها التي شرعت تلك الأسباب من أجلها، ومن المقررات الشرعية: «أن كلَّ تصرف تقاعدَ عن تحصيل مقصوده باطل»، فتبين بذلك أن التناقض^(٢) يدل على القبح العيني، لأن المتناقضين لا يجتمعان، والقبح العيني يستلزم البطلان، بخلاف ما إذا كان النهي لوصف مجاور منفك عند الجمهور.

أو بعبارة أخرى، إذا انتفى الأثر الوحيد لعقد النكاح - وهو الحل - فقد غدا عقد النكاح بلا أثر، أو انتفى الحلُّ فيه، فأصبح حراماً، فبطل العقد أصلاً، لأن العقود لم تشرع لذواتها، بل لآثارها^(٣)، وما دام الأثر قد انعدم، لم يبق للعقد معنى، فبطل لذلك.

أما أن الأثر الوحيد لعقد النكاح - وهو الحلّ - قد انتفى، فلأن الحلَّ لا يجتمع مع الحرمة الثابتة مقتضى للنهي، للتناقض، والمتناقضان لا يجتمعان، وإذا انتفى الأثر سقط العقد وبطل، إذ العقد إنما (شرع) وسيلة للأثر لا لذاته، فلا معنى لوجوده، بعد سقوط أثره، وإلا كان عبثاً، والعبث لا يُشرع، بناءً على القول بالمصالح، كما أشرنا. وفي هذا المعنى يؤصّل الإمام الغزالي رحمه الله أصلاً عاماً بقوله: «كل سبب منصوب

(١) لأن الملك مغمور بالحل، بل ما ثبت الملك إلا لتصحيح الحكم بالحل.

(٢) راجع كتابنا: «نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون» ص ١٦، [ط. الرسالة ٢٠٠٨] و«الموافقات»: (٢/ ٣٨٥ - ٣٨٧).

(٣) يقصد بالسبب هنا التصرف، ومن الأسباب العقود. «أصول السرخسي»: (١/ ٧٨ وما يليها).

لحكم، إذا أفاد حكمه المقصود منه، يقال إنه صح، وإن تخلف عنه مقصوده، يقال إنه بطل»^(١).

تلك هي الفلسفة الأصولية التي يقوم عليها ضابط التصرفات الشرعية التي تصرف فيها الشارع بالجواز في الجملة في غير محال عوارض النهي، عبادات ومعاملات، وهي العوارض التي اعتبر النهي فيها مؤيداً أو جزءاً^(٢) مديناً في المعاملات، ودينياً في العبادات، ليجري تنفيذها من قبل المكلفين على استقامة.

التصرفات الشرعية وحدها هي التي يمكن أن تتصف بالبطلان والفساد كجزاء دنيوي أو ديني لمخالفة إيقاعها لنظامها الشرعي:

ومن هنا تدرك، أنه لا يوصف بالبطلان والفساد غير هذه «المشروعات» التي تصرف فيها الشارع بالجواز في غير مواضع النهي، لأنها - في الأصل - تصرفات مشروعة قبل ورود النهي، والنهي عارض عليها بسبب ما عسى أن يعروها من خلل في ذاتها، أو جزء من أجزائها التكوينية، كالمحل، أو في شرط انعقاد، أو في وصف ملازم لها قائم فيها، كالربا، إبان التطبيق، وفي مواقع الوجود الخارجي، فكان النهي والجزاء من أجل أن تتحقق لتلك التصرفات الشرعية الصلاحية الكاملة (الصحة) المبرأة من كافة وجوه الخلل، ولتكون بالتالي أسباباً شرعية يمنحها الشارع قوة الإنشاء والمشروعية التي تعني استتباع آثارها المقصودة منها، بحكم الشرع.

وأما الأمور الحسية التي ورد النهي فيها، فلم يتصرف الشارع فيها بالجواز أصلاً، لأنها محرمة لعينها، أو ملحقة بالمحرم لعينه^(٣)، كالسرقة والزنا، والقتل العمد

(١) «المستصفي»: (١ / ٦١).

(٢) أي جزاء قضائياً، احترازاً عن الجزاء الجنائي وهو العقوبات في الأمور الحسية غير المشروعة أصلاً، هذا في المعاملات، وأما في العبادات فالجزاء عدم الإجزاء أو عدم تبرئة الذمة.

(٣) كالزنا، إذا ذهب بعض الأصوليين إلى أن الزنا مُحَرَّم لغيره، وهو تضييع النسب، ثم ألحق بالمحرم لعينه، ولكننا لا نرى هذا الرأي الذي سنوجه إليه من الانتقادات التي تعارضه، «المرأة»: (١ / ٣٢٢ وما يليها)، و«التوضيح مع التلويح»: (١ / ٢٢١).

العدوان، وقطع الطرق، والكفر والظلم، وما إلى ذلك، لقبح ذاتي فيها، وبَدَّهي أن القبح الذاتي لا يجمع المشروعية أصلاً، فإذا كانت لا تتصف بالصحة أصلاً، فلا توصف بالبطلان، لأن البطلان وصف لما يمكن أن يوصف بالصحة.

ولذا، لم تشرع في أي ملة من الملل، لأنها مجرد معاصٍ وجرائم، جعلها الشارع أسباباً لعقوبات مقررة - نصاً أو دلالة - في الدنيا، فضلاً عن العذاب الأخروي.

من المقرر شرعاً أن النِّعَمَ ليس سبيلها المعصية أو المحذور:

هذا، وتظهر ثمرة التفرقة بين التصرفات الشرعية، والأمور الحسية، من قِبَلِ أَنَّ هذه الأخيرة، لم توضع في الشرع أسباباً لِنِعَمٍ مَحْضَةٍ بالنسبة لفاعليها إجمالاً، بخلاف الأولى، ولذا استقر في التشريع الإسلامي، مبدأ يقضي بأن المحظورات أو المعاصي، لم تُشرع أسباباً للنعم أصلاً، ولهذا يُحْرَمُ القاتلُ من الإرث والوصية، إذ لا يُنالُ فضلُ الله تعالى بمعصيته، كما تقرر في الحديث^(١)، وإلا كان الإغراء من الشارع بمباشرة تلك الأسباب، تحصيلاً لتلك النعم، وهذا لا يتفق وحكمة التشريع الإلهي على الإطلاق^(٢).

تحرير موقف الحنفية من مقتضى هذا الأصل في اجتهاداتهم في بعض المسائل:

غير أن اجتهاد الحنفية في بعض المسائل يبدو - بادئ الرأي - أنه يرتب بعض الثمرات والنعم على الأمور الحسية المنهي عنها لذاتها، لقبح عيني فيها، في حين أن الشارع إنما جعلها - في الأصل - نِعَمًا مرتبة على التصرفات الشرعية، الأمر الذي جعل الجمهور يعتبر تلك الاجتهادات نقضاً لذلك الأصل المجمع عليه.

(١) جاء في الحديث الشريف: «إن الله لا ينال فضله بمعصيته»، [أخرجه الحاكم: (٥/٢)، من حديث ابن مسعود، وابن عبد البر في «التمهيد»: (٤٣٥/٢٤) من حديث أبي أمامة]. وانظر «الرسالة» ص ٩٤ للإمام الشافعي.

(٢) «روض الناظر» لابن قدامة: ص ١١٣ - ١١٤.

وفي ضوء التحقيق، يبدو أن فلسفتهم الأصولية، تُرتب تلك الآثار والنعم على غير الأمور الحسية في حد ذاتها، فلا تجعل المحذور سبباً مباشراً للنعمة، اتساقاً مع منطق التشريع في تلك المسائل، ومقتضياته، وتأسيساً لتلك الأحكام على القواعد الفقهية التي تُسيغها، لا نقضاً لذلك الأصل.

ونعرض لبعض هذه المسائل وأحكامها، لنقف على عمق فلسفة الأحناف في تأصيل مصدرها، ومدى قوة حجيتهم في ذلك التأصيل.

الأصل المتفق عليه بين الأصوليين والفقهاء، أن النهي المطلق عن الأمر الحسي يوجب انتفاء المشروعية عنه أصلاً:

قدّمنا أن الأصل المختلف فيه، أن النهي المطلق عن الأفعال الشرعية يُوجب بقاء المشروعية، إلا إذا قام الدليل على أن النهي للذات لا للغير، وهو ما أخذ به الحنفية، وخالفهم في ذلك الجمهور.

أما الأصل المتفق عليه، فهو أن النهي المطلق عن الأمر الحسي يوجب انتفاء المشروعية أصلاً، للقبح الذاتي^(١).

وقد أورد الجمهور بعض المسائل التي اجتهد الحنفية في أحكامها، مما يعتبر في نظر الجمهور نقضاً لهذا الأصل المجمع عليه.

ونعرض فيما يلي للفلسفة الأصولية لاجتهاد الحنفية في هذه المسائل، ليتبين لنا مدى مناقضتهم في تأصيل مصدر أحكامها، لذلك الأصل العام.

الفلسفة الأصولية التشريعية في تأصيل مصدر أحكام بعض المسائل، في اجتهاد الحنفية، وقد بدت - في نظر الجمهور - مرتبةً على الأمور الحسية غير الشرعية المنهي عنها لذاتها مما اعتبروه نقضاً للأصل المجمع عليه شرعاً، من أن النعم المحضة لا يكون سبباً للمعصية أو المحذور.

(١) وقد علمت أن القبح الذاتي لا يجتمع مع المشروعية أصلاً، لعدم مناسبة السبب - وهو الأمر الحسي - للحكم الشرعي الذي تثبت به النعمة.

بيان هذه المسائل وأحكامها في اجتهاد أصولي الحنفية وفقهائهم:

- ١ - ثبوت حرمة المصاهرة^(١) بالزنا كما ثبتت بالنكاح.
- ٢ - ثبوت ملك المغضوب للغاصب عند الغصب.
- ٣ - ملك الكفار لأموال المسلمين بالاستيلاء عليها.
- ٤ - ثبوت حكم الرخصة للمسافر سفر معصية.
- ٥ - جواز بيع الدهن المذاب الذي وقعت فيه نجاسة، مع حرمة تناوله.

المسألة الأولى:

يرى الجمهور، أن حرمة المصاهرة نعمة، لأنها تلحق الأجنبي بالأقارب، من الآباء والأمهات والأبناء، وهي ثمرة من ثمرات النكاح الصحيح، فلا تثبت بالزنا، وإلا كان المحظور سبيلاً إلى النعمة، ومن ثم يكون الإغراء بالمعصية توضيلاً إلى النعمة، وهذا نقض للأصل العام المجمع عليه، من أن النعمة لا تُنال بمحظور، ولمنافاة ذلك للحكمة الإلهية.

وأيضاً، لا تظهر مناسبة الوصف - وهو الزنا - للحكم، وهو حرمة المصاهرة، لعدم المشروعية.

والواقع، أن الحنفية لا يجعلون الوطء الحرام سبباً مباشراً لحرمة المصاهرة، حتى يرد عليهم أن النعمة لا تنال بمحظور، بل ولا يرتبون حرمة المصاهرة على الوطء الحلال بعينه^(٢)، بل على «الولد» المسبب عنهما^(٣)، بخلق الله تعالى، لقوله سبحانه:

(١) حرمة المصاهرة معناها: حرمة تزوج الزاني بأم المزني بها، أو بابنتها، وكذلك حرمة تزوج الزانية بوالد الزاني بها ولا بولده.

أما إن حرمة المصاهرة نعمة، وهي من آثار النكاح الصحيح، فلأنها تلحق الأجنبي بالأقارب من الأمهات والآباء والأبناء.

(٢) «أصول السرخسي» ص ٩٢، و«كشف الأسرار»: (١/ ٢٨٧ - ٢٨٨)، و«التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (١/ ٢٢١ - ٢٢٢)، و«فتح القدير» للكمال ابن الهمام: (٢/ ٣٦٥ - ٣٦٦).

(٣) أي: عن الوطء الحرام أو الحلال، ويعبر الفقهاء عن «الولد» بلفظ «الجزئية» التي يعتبرونها علة الحكم بحرمة المصاهرة، وسواء أكان الوطء حلالاً أم حراماً.

﴿ثُمَّ أَشَانَهُ خَلْقًا آخَرَ﴾ [المؤمنون: ١٤] ولقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤].

فالولد مخلوق بخلق الله تعالى، وهو عينٌ لا حرمة فيه، ولا معصية في خَلْقِهِ^(١)، فتثبت به حرمة المصاهرة بالنظر لكونه إنساناً آدمياً^(٢)، والآدمية مناط الكرامة، لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠].

فحرمة المصاهرة تثبت بالآدمية كرامة للولد.

ألا ترى أن الزنا بالنسبة للمرأة جريمة، تُرجم عليها، إذا كانت محصنة، لكن إذا حملت بالولد، كان لذلك الولد من الكرامة والاحترام، ما لغيره من بني آدم، ويُتوقَّف في رجمها حتى تلد.

فإذا نُظر إلى الزنا من حيث كونه جريمة، أوجب حكم العقوبة، لأن سببته أصلية، بخلاف ما إذا نُظر إليه من وجه آخر، وهو أنه سبب مُفضٍ إلى الولد، فيتغير حينئذ فقه المسألة، إذ تُصبح سببية الزنا تبعية بالنظر إلى آدمية الولد الذي أصبح أصلاً بذاته، يستوجب أحكاماً أخرى تناسب آدميته الواقعية.

وقد يثبت للشيء أحكام من وجه دون وجه.

وإذا ثبتت حرمة المصاهرة بالولد، كرامة لآدميته الواقعية، ولأنه من صُنْعِ الله تعالى، تعدَّت هذه الحرمة منه إلى أطرافه، من فروع وأصوله، لعلة الجزئية أو البعضية، ألا ترى أن «الولد» يضاف إلى كلِّ من أضلِّيهِ الواقعيين كَمَلًا، فكان هو بعضاً منهما، وكان كلُّ منهما بعضاً منه.

لكن لا يثبت نسبه إلى الزاني، لأن النسب تشریف، والزاني لا يستحق ذلك شرعاً. غير أن «الولد» وهو الأصل الذي أوجب حرمة المصاهرة، بما هو مخلوق

(١) المراجع السابقة.

(٢) «كشف الأسرار»: (١/ ٢٨٨).

وقلنا إن الولد عَيْنُ أي: إنسان، والأحكام الشرعية من الحل والحرمة، تتعلق بالأفعال لا بالأعيان، وبذلك لا يمكن وصف الولد لا بالحل وبالحرمة، لعينيته.

بخلق الله، ومستكنٌّ في الرَّحِمِ، أُقيمُ مقامه السبب الظاهر، لخفائه، وهو الوطء، خَلْفًا عنه، لأن الأحكام تناط بالأسباب الظاهرة لا الخفية، كالسفر مع المشقة، فكان الوطء وهو السبب^(١) خَلْفًا عن الأصل، وهو الولد المسبب عنه.

فلم يكن الوطء هو الأصلُ في إيجاب حرمة المصاهرة، بل نُظِرَ إليه على أنه سبب مفضٍ إلى وجود الولد الذي هو الأصل.

وبرهان كون «الولد» هو الأصل الذي أوجب حرمة المصاهرة، وهو عينٌ مخلوق بخلق الله تعالى، لا يتعلق به تحريم ولا معصية، وليس الزنا من حيث هو، أقول برهان ذلك: أن الوطء الحرام في الصغيرة، لا يوجب حرمة المصاهرة، لأنه زنا مجردٌ لا يتسبب عنه الولد الذي هو الأصل، إذ لا يُخَلَقُ في رَحِمِهَا في هذه السن.

والزنا المجرد الذي لا يتسبب عنه الولد، لا يوجب حرمة المصاهرة.

فالمعتبر إذن هو الوطء الذي يتسبب عنه الولد، لا مجرد الوطء من حيث ذاته الذي لا يقترن بواقعة الحمل، إذ الزنا لذاته لا يصلح سبباً يُوجِبُ حكماً شرعياً يُثَبِتُ نعمة حرمة المصاهرة، بل هو خَلْفٌ عن الأصل^(٢) الذي هو الولد، وهو لا يتَّصِفُ بالحل ولا بالحرمة، إذ الحرمة تتعلّق بالأفعال لا بالأعيان.

وإذا انعدمت حرمة المصاهرة في حال الزنا بالصغيرة، لانعدام أصلها، وهو «الولد» فلا يُتصوّر تعدّيها إلى أَصْلِيه، ومن ثَمَّ فلا تثبت حرمة المصاهرة بينهما، كما ذكرنا.

(١) ألحق الحنفية بالسبب دواعيه، من النظر، والمس بشهوة، والقبلة، فكل أولئك يوجب حرمة المصاهرة عند الحنفية. المراجع السابقة.

هذا، وقد أشار عمر بن الخطاب إلى هذه «البعضية» حين نهى عن بيع أمهات الأولاد، حيث قال: «كيف يبيعونهن وقد اختلطت لحومكم بلحومهن، ودماؤكم بدمائهن» [أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»: (٤/٤٠٠)]. مما يشير إلى أن الاختلاط قد شمل الزوجين، فأصبح كلٌّ منهما بعضاً للآخر بواسطة الولد، وكما أن الوطء الحلال مفضٍ إلى ذلك، فكذلك الوطء الحرام، ثم ألغى وصف الحرمة من الوطء، اعتباراً بالأصل الذي هو الولد، والعبرة في المناسبة والمشروعية للأصل، لا للخلف الذي قام مقامه، وهو الوطء.

(٢) «العناية مع فتح القدير» للبايرتي: (٢/٣٦٦).

فتلخص، أن ليس مجرد الوطء - لا الحرام ولا الحلال - هو المعتبر في ثبوت حرمة المصاهرة، بل الوطء الذي هو سبب الولد والبعضية.

أو بعبارة أخرى هو الوطء المقترن بواقعة الحمل المستكن في الرحم المسبب عنه، ولا ريب أن إقامة حرمة المصاهرة على أساس الآدمية، والبعضية، تظهر فيها مناسبة الوصف للحكم بالمشروعية^(١)، ولا وجه حينئذ للقول بنقض الأصل العام المجمع عليه في هذه المسألة.

ولا يقال إن سبب الحكم هو الزنا، والولد مسبب عنه، ومناسبة الوصف للحكم بالمشروعية، إنما تُراعى في السبب لا في المسبب، وأنتم جعلتموها في المسبب الذي هو الولد، فظهر بطلان المناسبة بالمشروعية، لأننا نقول، إن الوطء - وهو السبب - أقيم خَلْفاً عن الأصل، وهو الولد، كما ذكرنا، لظهور السبب، وخفاء الولد، ونظير ذلك التيمم، أقيم خَلْفاً عن الماء الذي هو الأصل، في الطهورية، عند فقدانه، أو العجز عن استعماله، ومناسبة الوصف للحكم، إنما تظهر في الأصل، وهو الماء، لا في الخَلْف، وهو التراب، لأن التراب من خصائصه التلويث لا التطهير. فكذا ما نحن فيه، فمناسبة الحكم وهو حرمة المصاهرة، تظهر في الأصل، وهو الولد، وهو لا حرمة فيه، لا في الخَلْف وهو الزنا، فظهرت المناسبة بالمشروعية.

وإذا تحققت المناسبة كانت العلة (وهو الولد) مؤثرة في الحكم، (وهو حرمة المصاهرة) فيوجد الحكم كأثر لها، لا للزنا من حيث هو.

وأيضاً، يُقيم الحنفية دليلاً آخر على ثبوت حرمة المصاهرة، في هذه المسألة، وهو القياس.

ومؤداه: أن الوطء الحرام سبب مفضٍ لوجود الولد، فيتعلق بهذا الوطء حرمة

(١) فسبب حرمة المصاهرة إذن الولد لا الزنا، والولد بما هو مخلوق لله تعالى، لا يتعلق به حكم التحريم، بل تثبت له الكرامة الآدمية التي توجب حرمة المصاهرة، كما أسلفنا، ولأن «الولد» عين والأحكام الشرعية من الحل والحرمة، تتعلق بالأفعال لا بالأعيان.

المصاهرة، قياساً على الوطء الحلال، لأنه أيضاً سبب مفض لوجود الولد، بناء على إلغاء وصف الحِلِّ شرعاً في المناط^(١).

والشافعي يرى أن هذا قياس مع الفارق، لوصف الحِلِّ في الأصل المقيس عليه، وثبوت ضده في المقيس.

ويجيب الحنفية عن ذلك، بأن وصف الحرمة في الوطء الذي هو سبب حرمة المصاهرة مُلغى شرعاً^(٢).

وبيان إلغاءه، أن وطء الحائض، والنفساء، ووطء المُحْرِم، والصائم، كله حرام، ومع ذلك تثبت به حرمة المصاهرة، فَعَلِمَ أن المعتبر في الأصل، هو ذات الوطء، من غير نَظَرٍ إلى كونه حراماً أو حلالاً^(٣).

وبهذا قال جماعة من الصحابة، وجمهور التابعين، وأحمد، ومالك في رواية، خلافاً للشافعي^(٤).

ويَتَجَه على هذا الدليل القياس، أن وطء الحائض ومن إليها مُتَعَلِّقُ الحرمة فيه، وصفٌ مجاورٌ، لمكان الأذى، أو لانتهاك حرمة العبادة بالظرف المجاور أيضاً، وهو أمر وراء ذات الوطء، لأنه في أصله، ويقطع النظر عن الوصف المجاور، مباحٌ مملوكٌ بالنكاح، وليس كذلك الزنا، لأنه حرام لعينه، فافتراقاً^(٥)، فلا يقاس المحرّم لغيره على المحرّم لعينه.

(١) المراجع السابقة.

(٢) وخلاصة الدليل قياس الوطء الحرام على الوطء الحلال، بجامع أن كلا منهما سبب مفض إلى وجود الولد، مع إلغاء وصف الحل والحرمة فيهما، لأن الشارع ألغى ذلك.

(٣) «فتح القدير»: (٢/ ٣٦٥ - ٣٦٦).

(٤) المرجع السابق.

(٥) إذ الحرمة في الأولى لوصف غيري مجاور، وفي الثاني الحرمة عينيه، فالقياس مع الفارق، والاستدلال به متهافت.

ويقول الإمام ابن الهمام في استدلاله بالقياس ما نصه: «اعلم أن الدليل يتم بأن يقال: هو وطء سببٌ للولد، فيتعلق به التحريم، قياساً على الوطء الحلال، بناء على إلغاء وصف الحل في «المناط» أي في مناط حكم الأصل، ويقصد إلغاء الوصفين، الحل والحرمة ليكون مُطلق الوطء المفضي إلى وجود الولد، بخلق الله تعالى.

وبيان ذلك أن أصل مشروعية وطء الحائض ثابتٌ كَمَلًا، لأن الحرمة لغيره، لا لعينه، أي لا لذات الوطاء، لأنه مملوكٌ بالنكاح، إذ هي زوجته، كما ذكرنا، بل للأذى، وهو وصف مجاور، والمشروعية تجماع الحرمة لوصف مجاور، كما قدّمنا، لانفكاك الجهة، وعدم التلازم.

وإذا ثبتت المشروعية الكاملة، ترتبت عليها آثارها شرعاً.

أما الزنا، فالحرمة فيه عينية، فلم تثبت المشروعية أصلاً، للقبح العيني، والقبح العينيّ يستلزم عدم المشروعية أصلاً، كما أسلفنا.
فأتى يصح هذا القياس؟

لذا كان هذا القياس الذي أتى به الإمام الكمال بن الهمام ضعيفاً جداً لا يصمد أمام النقد الأصولي^(١) الذي أصّل أصوله هو، فالاستدلال به متهافت، كما ترى.
والأوجه - في نظرنا - أن يقال في إلغاء وصف الحرمة في الوطاء، أنه خَلَفَ قائمٌ مقام الأصل، وهو الولد، والولد لا حرمة فيه ولا عصيان، لأنه - كما ذكرنا - مخلوق بخلق الله تعالى، فيأخذ الخَلْفُ وصف الأصل لا وصف نفسه^(٢).

ألا ترى إلى التراب في التيمم، هو خَلَفٌ عن الماء الذي هو الأصل.
والقاعدة أن الخَلَفَ يأخذ صفة الأصل، لا صفة نفسه.

وعلى هذا، يُلغى من التراب وصف التلوّث، ويأخذ صفة الماء وهو الطهورية.
فالعبارة بخصائص الأصل لا بخصائص الخَلَفِ.

فكذلك ما نحن فيه، يُلغى من الوطاء - وهو الخَلَفُ - صفة الحرمة، ليأخذ صفة الولد، وهو الأصل الذي لا حرمة فيه ولا معصية، لأنه بخلق الله تعالى^(٣)، وذلك لقيام الوطاء مقام ما لا يُوصف بالحرمة، كقيام التراب مقام الماء الذي لا يوصف بالتلوّث.

(١) «فتح القدير» للإمام الكمال بن الهمام: (٢/ ٣٦٥ - ٣٦٦).

(٢) «كشف الأسرار» للإمام عبد العزيز البخاري: (١/ ٢٨٩).

(٣) «كشف الأسرار» للإمام عبد العزيز البخاري: (١/ ٥٨٩).

لكنّا نرى أنّ الدليل الأول^(١) أقوى حجةً، لما فيه من بيانٍ لحكمة التشريع، وبناء الحكم عليها، دون اقتصار على الأسباب الظاهرة التي لا تظهر فيها قُوّةُ المناسبة للمشروعية.

ويؤيّدُ هذا، استدلال الإمام السرخسي^(٢) في أصوله حيث يقول: «وحرمة الزنا ليست تثبُتُ بالزنا، ولا بالوطء الحلال بعينه، إنما الأصل فيه «الولد» المخلوق من المائتين، وهو محترم، مخلوق بخلق الله تعالى، على أيّ وجه اجتمع^(٣) الماءان في الرحم، كما قال تعالى: ﴿ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ﴾ [المؤمنون: ١٤] فلا يتمكن فيه صفة القبح، وتثبت الحرمة (حرمة المصاهرة) بطريق الكرامة له، ثم تتعدّى الحرمة إلى أطرافه^(٤) (فروعه وأصوله)، وإلى أسباب خَلْقِهِ، فيقام السبب وهو الوطاء في المَحَلِّ الصالح لحدوث الولدِ فيه مَقَامَ نفسِ الولد، في إثبات الحرمة، أي إثبات حرمة المصاهرة.

وبهذا التوجيه الأصولي، يتبدّى لك، أن الأصل العام المجمع عليه، من أن المحظور، أو الأمر الحسي المنهَيّ عنه لذاته - بما هو جريمة، لا يصلح سبباً لحكم شرعي تثبت به النعمة، والكرامة - لا يُنتقض.

والخلاصة: أن حرمة المصاهرة حكم شرعي سببه «الولد» ثبت كرامةً له، بحكم كونه إنساناً آدمياً بخلق الله تعالى، لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠] وليس سببه الزنا من حيث هو، بل من حيث إنه سبب للولد، والجزئية.

ودليل ذلك، أن الزنا الذي لا يفضي إلى وجود الولد، ولا ينتج منه حمل، لا يوجب حرمة المصاهرة، كما في الصغيرة.

(١) أي: السابق على دليل القياس.

(٢) «أصول السرخسي»: ص ٩٢.

(٣) وقوله: على أي وجه اجتمع الماءان، أي: ماء الرجل وماء المرأة في الرحم «أي على أي صفة، من الحل أو الحرمة»، لصيرورتهما خَلْقًا آخَرَ بخلق الله تعالى، وهذا لا يوصف بالحرمة.

(٤) «التوضيح مع التلويح»: (١/ ٢٢١).

ثم تتعدى حرمة المصاهرة من «الولد» إلى أطرافه من فروع وأصوله بالجزئية أو البعضية.

وهذا - في الواقع - إناطة للحكم بحكمة تشريعه، وتعليه بها.

وحكمة التشريع هي مقصود الشارع من الحكم، ولذا كانت مناطه الحقيقي دون السبب الظاهر.

ولا يغير من وجه المسألة أن يُنَاط الحكم بالسبب الظاهر وهو الوطء، لأنه أقيم مقام الولد، لخفائه، إذ الأحكام تُنَاط بالأسباب الظاهرة، ليستقيم أمر التشريع، وينضبط حكم القضاء، كإقامة السفر مقام المشقة، مناطاً لكم الترخيص.

فالزنا - في الواقع - وإن كان سبباً ظاهراً أفضى إلى وجود الولد، باختلاط المائتين، لكنه خَلَفَ في الأصل، والأصل هو المناط الحقيقي للحكم في اعتبار الشارع.

والمناط الحقيقي هو ما يسمى بحكمة التشريع، وهو مقصود الشارع، كما ذكرنا.

هذا، والخَلَفَ - وهو الزنا - لا يأخذ خصائص نفسه، من الحرمة، بل يأخذ خصائص

الأصل، وهو الولد، بحكم كونه إنساناً آدمياً لا حرمة فيه، لأنه من صنع الله تعالى.

نظير ذلك «التراب» سببٌ لحكم شرعي وهو التطهير، لكنه خلف عن الأصل،

وهو الماء، فيأخذ خصائص الأصل من الطهورية، لا خصائص نفسه من التلوث.

وإذا كان «الولد» هو المناط الحقيقي للحكم الشرعي من حرمة المصاهرة، فهو

سببٌ غيرُ محظور، لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ﴾ [المؤمنون: ١٤]، ولقوله

سبحانه: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤].

المسألة الثانية:

وأما الغضب - وهو فعلٌ ضارٌّ محظورٌ ومعصيةٌ، لما فيه من العدوان على مال

الغير بدون حق - فلا يصلح أن يكون سبباً لحكم شرعي ثبت به نعمة الملك^(١).

(١) فالمناسبة بين علة الغضب وحكم الملك، منعدمة شرعاً، بمعنى أنه لا يصح تعليلاً لحكم الملك بالغضب، إذ يُشترط أن تكون العلة مناسبة للحكم شرعاً.

إذ لو كان المحظور يصلح سبباً لحكم الملك، لُفْتُحَ باب الغضب وما إليه، وكان التسليط على اقرار المحظور، توصلاً إلى النعم، ولا تخفى منافاة ذلك لأصول التشريع كله، ومن الحق والعدل، فضلاً عن منافاة ذلك للحكمة الإلهية.

والحق، أن اجتهاد الحنفية ليس قائماً على أساس جعل الغضب سبباً مباشراً للملك، بحيث يكون الملك مقصوداً بالغضب قصداً أولياً، بل يثبت الملك - في اجتهادهم - شرطاً ضرورياً للقضاء بالتضمنين على الغاصب عند فوات المغضوب، ثابتاً بالاقتضاء.

وبيان ذلك: أنه لا نزاع في أن الغضب سببٌ مباشرٌ للضمان أصالةً، لا للملك، بمعنى أن الضمان حكم شرعي مقصود للشارع أصالة بسبب الغاصب.

هذا والضمان الذي مرده إلى الضرر المالي نوعان:

أ - ضمان الرد، وهو التزام على الغاصب، برد عين المغضوب إن كان قائماً، وليس في هذا الضمان معنى المعاوضة أصلاً.

ب - ضمان تلف أو فوات المغضوب، بالمثل أو القيمة، جبراً وتعويضاً عادلاً عن الفائت، بعد طروء عارض التلف أو ما في حكمه، فالضمان بدلٌ عن التالف، فمعنى المعاوضة أو البديلة ملحوظ، كما ترى.

وعلى هذا، فالغضب - عند هلاك المغضوب أو ما في حكمه^(١) - سببٌ مباشرٌ لضمانه، تعويضاً وجبراً، وهذا التضمنين أثرٌ مباشرٌ مقصودٌ مسببٌ عن الغضب.

إذن، الضمان حكمٌ شرعيٌ مقصودٌ بذلك السبب وهو الغضب، ويملكه المغضوب منه على سبيل المبادلة أو المعاوضة، نظيراً للمغضوب الفائت، وعضواً عنه.

فلو بقي المغضوب على ملك المغضوب منه بعد القضاء له بحكم الضمان،

(١) أو ما في حكم الهلاك، كما إذا أحدث الغاصب في المغضوب صنعة، فزاد فيه من ماله على نحو يتعدّر فصله عنه، وتتغير به ماهيته واسمه، فإن حق المالك ينقطع عن المغضوب، وينصرف حقه إلى الضمان بالمثل أو القيمة، ولا يحل له الانتفاع إلا بعد أداء الضمان، وترضية المغضوب منه، سداً لباب الغضب.

لاجتمع «البدلان» في ملكه، وذلك غير جائز، لانتفاء معنى البدلية والمثلية في الجزاء. لذا، اقتضى تصحيح الحكم الشرعي بالضمان على الغاصب، بدلاً من المغضوب الهالك، ثبوت الملك في هذا المغضوب للغاصب، لا لينتفع به الغاصب، كما هو الشأن في الملك التام، بل هو ملك من نوع خاص يُثبت ضرورة منع اجتماع البديلين في ذمة واحدة^(١)، أعني ذمة المغضوب منه، تحقيقاً لمعنى المبادلة التي هي أساس الحكم الشرعي بالتضمين.

إذن، ثبت الملك للغاصب شرطاً لتصحيح الحكم الشرعي بالتعويض العدل عوضاً، اقتضاءً، ولم يثبت مسبباً عن الغضب مباشرةً وأصالةً ومقصوداً لذاته. أو بعبارة أخرى: هو شرطٌ ثبت اقتضاءً، للضرورة، وليس أثراً مباشراً للغضب، ومقصوداً به.

وما ثبت اقتضاء لصحة الحكم شرعاً، يكون مشروعاً، لأنه ثبت تبعاً لغيره، وهو الحكم الشرعي بالتضمين، لا أصالةً مقصوداً لنفسه، إذ الشرط تابعٌ للمشروط بدهائه، فيستمد التابع مشروعيته من متبوعه من هذا الوجه، والحكم الشرعي هنا عدلٌ مشروعٌ، فكذلك التبع.

ألا ترى أن الشرط يسقط تبعاً لسقوط مشروطه، كالوضوء للصلاة^(٢). ونظير ذلك، جنس الشروط التي وضعها الشارع لصحة مشروطاتها، أو لتكميل حكمة مشروعيتها.

سألنا جديلاً أن الغضب سبب للملك في هذه الحال، لكن سببته غير مقصودة^(٣)،

(١) أي ضرورة منع اجتماع ملك المغضوب، وملك الضمان في ذمة المغضوب منه، لولم نقل بانتقال ملك المغضوب الهالك، إلى الغاصب، وذلك تحقيقاً لما تضمنته هذا الحكم الشرعي بالضمان من معنى المبادلة أو المعاوضة، وأساس المعاوضة العادلة، المثلية في البديلين أو القيمتين، ولا مبادلة ولا مثلية إذا اجتمع البدلان في ذمة واحدة، لذا، كان ثبوت الملك للغاصب اقتضاءً، لتصحيح الحكم بالتضمين معاوضةً، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعِدُّوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦].

(٢) «كشف الأسرار على أصول البردوي» للإمام عبد العزيز البخاري: (١/ ٢٨٦ - ٢٨٧).

(٣) لأنه ملك حرام سببه الغضب.

بل تابعة لسببته المقصودة للضمان، للضرورة، وما ثبت اقتضاءً وضرورةً لتصحيح الحكم شرعاً، يكون مشروعاً.

وعلى هذا، لم يثبت الملك مقصوداً بسبب محذور، حتى يناقض مقتضى الأصل العام المجمع عليه، من أن النعمة لا تنال بمحذور.

يؤيد ما ذهبنا إليه، ما جاء في السنة، من أن النبي ﷺ زار قوماً، فذبحوا له شاة، فجعل ﷺ يمضغ لحمها، ولا يستسيغه، فسألهم عن ذلك، فقالوا: شاة لفلان ذبحناها، حتى يحضر، فترضيه. فقال رسول الله ﷺ: «أطعموها الأسارى»^(١).

ووجه الاستدلال، أن ذبح الشاة صنعٌ أحدثه الغاصب في المغصوب، فأثْلَفَه، فقطع حقَّ المالكِ عنه، وانتقل حقه إلى الضمان، وثبت حقُّ الملك في المغصوب التالف للغاصب شرطاً لصحة الحكم بالتضمين، بدليل أن الرسول ﷺ أمرهم بالتصدق بها، ولولا أنهم ملكوها، لما صحَّ أمرهم بالتصدق، إذ التصدق لا يصح بملك الغير بدون ولاية.

وأيضاً لو لم ينتقل الملك إلى الغاصب، لأمرهم ببيعها، والاحتفاظ بثمنها، لأدائه لصاحبها حين حضوره.

فدل ذلك على أنهم ملكوها، إذ التصدق لا يصح بملك الغير بدون ولايته. غير أن هذا الملك ليس تاماً يحلُّ الانتفاع به، بل هو من نوع خاص - كما ذكرنا - لأنه ثبت اقتضاء للضرورة، فالمشروعية ثابتة، ولكنها ناقصة، ولهذا أمرهم الرسول ﷺ بالتصدق بها، لأن الملك الحرام سبيل الصدقة تخلصاً منه، وذلك لشبهة الغضب الذي يتنفي معه حكم الحلِّ، وهي لازالت قائمة، فثبت المشروعية مع حرمة الانتفاع، عملاً بمقتضى النهي عن المحذور، ولو كان الملك صحيحاً ثابتاً بسبب مشروع أصالة، ومقصوداً لذاته، لا تبعاً وضرورةً واقتضاءً، لحلِّ الانتفاع به.

فالسنة أثبتت ملك المغصوب التالف، للغاصب، مع عدم حلِّ الانتفاع.

(١) أخرجه أبو داود: ٣٣٣٢، وأحمد: ٢٢٥٠٩، من حديث رجل من الأنصار، وإسناده قوي.

إذن، الملك الثابت اقتضاءً وضرورةً، لتصحيح حكم شرعي، ليست له خصائص الملك التام الصحيح بسبب شرعي صحيح، فالمشروعية في الملك الضروي أو الاقتضائي ناقصة - كما ترى - للشبهة، كما أشرنا، فيثبت الملك بقدر، ولا يحل الانتفاع به.

ولأن ما ثبت للضرورة، يتقدر بقدرها، والضرورة في ثبوت أصل الملك، ولا ضرورة في أثره من حل الانتفاع، إلا بعد أداء الضمان، من القيمة أو المثل، وترضية المالك، منعاً لفتح باب الغصب، وهو فعل حسبي محرّم لعينه.

ونحن نرى أن تلف المصوب أو ما في حكمه، عارض طارئ نشأ عنه دليل شرعي جديد اقتضى ثبوت حكم الملك للغاصب، فلم ينشأ الملك عن الغصب بما هو مناط عام لضمان رد المصوب عيناً، قبل طروء هذا العارض.

وبيان ذلك:

أن الغصب سبب أو مناط عام يستوجب ضمان ردّ المصوب عيناً إذا كان قائماً، وهذا قدر متفق عليه، ولا نزاع فيه.

غير أن عارض هلاك المصوب، أو ما في حكم الهلاك، وقد طرأ فعلاً، نشأ عنه دليل جديد، هو وجوب ردّ المصوب معني، لتعذر رده صورة ومعني، وهذا ضرب من النظر في المآل.

ورد المصوب معني، حكم شرعي نشأ عن عارض التلف هذا، وهو يتضمّن معنى المعاوضة، أو البدلية، لأن الحكم الشرعي بالتضمين، معناه: الحكم بالبدل أو العوض، بمعنى أن ما حُكِمَ به من المثل أو القيمة للمصوب منه، إنما كان بدلاً أو عوضاً عن المصوب التالف، وإلا فلا يستند الحكم بالتضمين إلى أساس فقهي سليم، ولا على أصل الاعتداء بالمثل.

إذا تقرر هذا، فإن «معنى المعاوضة» الذي ثبت ضمناً، واقتضته ضرورة تخريج الحكم الشرعي بالتضمين على أساس فقهي سليم، لا يتحقّق، إلا إذا كان البدلان مملوكين لطرفي هذه المعاوضة، لا لواحد منهما، فلو لم ينتقل الملك للغاصب، لما

تحقق معنى المعاوضة أصلاً وبداهةً، ومن ثمَّ فلا يصحُّ الحكم الشرعي بالضمان، لأنه قائم على أساسها، وذلك لاجتماع البديلين في ذمة واحدة - هو المالك، ولا ينال الغاصب في نظر التعويض الذي يدفعه للمالك شيئاً، فلا تتحقّق بالتالي المثلية في الاعتداء، أي أن يكون التعويض مثلاً للمعوض عنه، وهذا ما أشار إليه الإمام الكاساني بقوله: «إن ملك الغاصب يزول عن الضمان^(١)، فلولم يزل ملك المغصوب منه عن المضمون^(٢)، لم يكن الاعتداء بالمثل».

ويقصد بذلك أن انتفاء معنى المعاوضة، ينفي كون الاعتداء بالمثل، وهو خلاف النص، من قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] أي: أن ما يناله المالك من العوض ينبغي أن يكون مثل المعوض عنه الذي ملكه الغاصب. ثم يتابع الإمام الكاساني قوله: «ولأنه إذا زال ملك الغاصب عن الضمان، وأنه بدل المغصوب، (معاوضة) لأنه مقدّر بقيمته، وملك المغصوب منه البديل^(٣) بكماله، لولم يزل ملكه عن المغصوب، لاجتماع البديل والمبدل منه في ملك المالك، وهذا لا يجوز^(٤)، أي لانتفى معنى المعاوضة التي لا يصحُّ الحكم الشرعي بالتضمنين عدالةً إلا على أساسها».

وبهذا يتبيّن لك أن الحكم الشرعي بالملك للغاصب، لم يكن منشؤه الغصب من حيث هو مناط عامّ، قبل عارض التلف، لأن الأصل أن الغصب مناط عام للحكم بضمان الردّ عيناً، وإنما اقتضى الحكم بالملك، دليلٌ جديدٌ نشأ عن هذا العارض. وهو التلف أو ما في حكمه، كما ذكرنا.

والعوارض الملازمة منشأً لأحكام جديدة تُناسبها عدلاً، لتحقق مناطاتها الخاصة فيها.

-
- (١) ملك القيمة أو المثل الذي حُكِمَ به على الغاصب عوضاً عن المغصوب التالف ينتقل إلى المالك.
 (٢) «المضمون» أي: المغصوب الذي هلك أو استهلك.
 (٣) إشارة إلى أن الحكم الشرعي بالضمان، يتضمن معنى المعاوضة والبديلية، بسبب عارض التلف.
 (٤) «البدائع» (٧/ ١٥٢ - ١٥٣)، و«المبسوط»: (١١/ ٦٩)، و«أصول السرخسي»: (١/ ٩٣).

رد على بعض الفقهاء المُحدثين في ذهابهم إلى أن المحظور قد يكون سبباً للحكم الشرعي الذي هو نعمة:

الشرع الإسلامي ليس من سماته التناقض، فالسبب المحظور لا يصلح سبباً لحكم شرعي هو نعمة يقصدها المكلف.

غير أن بعض الفقهاء المحدثين، ذهب به الظن إلى أن ذلك واقع، نتيجة للنظر البادي، دون التعمق في فقه المسألة، وضرب لذلك مثلاً، الصلاة في الأرض المغصوبة، فإنها محظورة، ومع ذلك فإنها تكون سبباً لسقوط الفرض، وحصول الثواب، وهو نعمة.

وهذا قول تعوزه الدقة، فالحظر هنا مقتضى لنهي المتعلق بالغضب نفسه لا بالصلاة، فالصلاة من حيث هي ليست سبباً محظوراً، لأنها مشروعة بل مفروضة، وإنما المحظور فعل الغضب، وهو وصف مجاور، فتثبت المشروعية للصلاة، ويترتب أثرها عليها من تبرئة الذمة وسقوط القضاء في الدنيا، والثواب في الآخرة، لعدم تأثير الوصف المجاور عليها، لا أصلاً، ولا وصفاً لازماً، ولأن الغضب وصف قائم بالمصلي لا بالصلاة من حيث هي، وهذه هي المجاورة، إذ الصلاة تامة الأركان والشرائط والخصوصيات، ولكن المكلف هو الذي جمع بين الصلاة والغضب، فكان لكل منهما حكمه، ولا منافاة.

فتبين لك، أن ترتب أثر الصلاة إنما كان بالصلاة نفسها، لكمال مشروعيتها من حيث هي، لا بالمحظور الذي هو فعل الغضب، فظهر الفرق.

غير أن الغضب، بما هو محظور في ذاته وأداء الصلاة بما هو فعل شاغل لملك المغصوب منه، قهراً، فقد لابس الأداء الفساد مجاورة، لا وصفاً لازماً قائماً فيه، وهذا لا تأثير له على المؤدى^(١) وهو الصلاة، لتحقق معناها، أركاناً وشرائط وخصوصيات، فاستلزم ذلك المشروعية، وهو ترتب الأثر مع الكراهة، لمقتضى النهي

(١) «المؤدى»: اسم مفعول من «أدى»، وهو هنا الصلاة.

المتعلق بالغضب لا بالصلاة التي بقيت مشروعةً كَمَلاً، على الرغم من النهي عن الوصف المجاور لها، وكلامنا في المحذور لذاته من الأمور الحسية لا الأمور الشرعية، فهذا في غير محلّ النزاع، كما ترى. وعلى هذا، فلم يكن المحذور سبباً للحكم الشرعي، كما ظن الباحث.

والخلاصة: أنّ الغضب ليس سبباً مباشراً لحكم شرعيّ يثبت به ملك المغضوب للغاصب، أثراً مقصوداً أصالةً بالغضب، لأن الغضب أمرٌ حسيّ منهي عنه لذاته، لا مشروعية له أصلاً، وإنما يثبت الملك للغاصب مقتضىً، لتصحيح الحكم الشرعي بتضمين الغاصب، عند فوات المغضوب، ليتمّ تخريج الحكم بالتضمين على أساس المعاوضة أو البدلية.

إذ الضمان بدل عن المغضوب الفائت^(١).

نظير ذلك، ترتيبُ الشارع انتقال الملك إلى المشتري بالعقد الفاسد، بعد القبض، يثبت مقتضىً، لتصحيح تصرف المشتري إلى الغير بعقد صحيح، لأن من لا يملك لا يستطيع أن يملك غيره - وإنما ثبت مقتضى لهذه الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، بدليل أن انتقال هذه الملكية، وسقوط حق البائع في الفسخ، لا لتمكين المشتري من الانتفاع، بل لتصحيح التصرف فقط على سبيل الاقتضاء، لأن الملك بالعقد الفاسد لا يُحلُّ الانتفاع بمحلّه.

ومعنى المعاوضة الذي تضمنه الحكم الشرعي بالتضمين أساساً شرعياً له هذا المعنى، ينتفي، لو لم ينتقل ملك المغضوب المعوّض عنه من المالك إلى الغاصب، منعاً لاجتماع البدلين في ذمة واحدة، كما تنتفي المثلية في الجزاء بين الطرفين، وهذا لا يجوز، فكان تقدير ثبوت الملك للغاصب اقتضاءً، كشرط يصحح الحكم الشرعي.

إذن هو ملك ضروريٌّ أو اقتضائيٌّ، من نوع خاص، ليست له خصائص الملك

(١) «الضمان في الفقه الإسلامي» للشيخ علي الخفيف ص ٢١٥.

وراجع في هذا البحث: «المبسوط»: (١١ / ٦٩)، و«البدائع»: (٧ / ١٥٢ - ١٥٣)، و«أصول السرخسي»: (٩٣ / ١).

التام كالمملك في العقد الفاسد بعد القبض، إذ لم يثبت للغاصب تمكيناً له من جِلِّ الانتفاع، لعدم اقتضاء الضرورة إلا لإثبات أصل الملك، تصحيحاً للحكم، والضرورة تقدّر بقدرها، وهو ما جاءت به السنة، على ما فصلنا.

على أنه يحل الانتفاع بعد أداء الضمان وترضية المالك، منعاً لفتح باب الغصب. وإذا كان الحكم الشرعي بالتضمن عدلاً، وثبت الملك للغاصب شرطاً لصحته، فإن الشرط تابعٌ للمشروط، فيستمدُّ شرعيته من متبوعه، وهو الحكم الشرعي، لا من الغصب المحظور لعينه.

ودليل تبعية الشرط، أنه يسقط بسقوط مشروطه، كالوضوء بالنسبة للصلاة.

وأيضاً، ما توقف عليه الحكم الشرعي بالعدل، هو عدلٌ لا محظور فيه.

على أن حكم الملك للغاصب ثبت بطرود عارض التلف وما في حكمه، لا بسبب الغصب مباشرةً، كأثر مقصود به، إذ الغصب مناطٌ عامٌ لضمان ردِّ المغصوب عيناً، إن كان قائماً، لكن عارض التلف الطارئ تضمنً مناطاً خاصاً اقتضى حكماً جديداً يناسبه، تحقيقاً لمعنى المعاوضة والعدل، وأخرجه من مقتضى المنطوق العام للغصب، فليس حكم الملك إذن منشؤه الغصب مباشرةً، بل الدليل الجديد الذي نشأ عن هذا العارض الملابس الطارئ^(١)، تحقيقاً للعدل، والمثلية في الجزاء، كما ذكرنا.

وبذلك تبين لك بجلاء أن الغصب - في اجتهاد الحنفية - ليس سبباً مباشراً لحكم شرعيّ تثبت به نعمة المملك مقصوداً أصالةً بالغصب، كما ذكرنا.

المسألة الثالثة:

هل استيلاء الكفار على أموال المسلمين من المنقولات والعقارات، وإحرازهم إيّاها في دار الحرب، سببٌ شرعيّ لثبوت ملكيتهم لها، وزوال ملك المسلمين عنها؟

إلى هذا ذهب الحنفية، وخالفهم الشافعية.

وتتلخص أدلة الحنفية فيما يلي:

(١) راجع «المناط الخاص» سبباً من أسباب اختلاف الفقهاء.

أولاً: إن الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة، فلم يثبت في حقهم حرمة ذلك، فكانوا كمن لم يخاطب من المؤمنين بحكم النهي عن ذلك أصلاً، فأصبح هذا الاستيلاء بالنسبة إليهم مباحاً، كاستيلائهم على الصيد المباح، سواء بسواء.

ولما شعر الحنفية بضعف هذا الدليل، لأن كثيراً من الأصوليين والفقهاء قد ذهبوا إلى أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة، أتوا بالدليل التالي^(١).

الثاني: إن أصل الاستيلاء - أي من حيث ذاته - ليس أمراً حسيماً منهيّاً عنه لعينه، حتى تنتفي مشروعيته أصلاً، فلا يصلح بالتالي سبباً لحكم شرعي يثبت به الملك الذي هو نعمة، لأنخراص أصل المناسبة بين العلة والحكم، بل الاستيلاء منهي عنه لغيره.

والأصل: أن المنهي عنه لغيره - في اجتهاد الحنفية - يوجب بقاء المشروعية^(٢) في الأصل دون الوصف، حتى يقوم الدليل على أن النهي ينصب على عين المنهي عنه، ولم يثبت.

هذا، ودليل كون الاستيلاء - في الأصل - مشروعاً، وأنه منهي عنه لغيره لا لعينه، أن الشارع اعتبره سبيلاً مشروعاً إلى تملك المباح العام، إذا قصد المستولي ذلك وأحرزه فعلاً.

وتأسيساً على هذا، فإن نهي الكفار عن الاستيلاء على أموال المسلمين، سببه «عصمة» هذا المال، لا عين الاستيلاء من حيث هو، حتى إذا زالت العصمة، سقط حكم النهي عن الكفار، وهو الحرمة، وأصبح الاستيلاء بالنسبة إليهم مشروعاً مباحاً، يثبت به ملكهم إياها، وذلك يقتضي زوال ملك المسلمين عن أموالهم، ضرورة أن الملكية لا تزول إلى غير مالك.

(١) وقد أكد هذا المعنى الإمام عبد العزيز البخاري، «لأنها - العصمة - إنما تثبت بالخطاب بالإجماع، ولم يثبت الخطاب في حقهم، لانقطاع ولاية التبليغ والإلزام، فكانوا في حق هذا الحكم، أعني ثبوت العصمة، بمنزلة من لم يبلغه الخطاب من المؤمنين»، «كشف الأسرار»: (١/٢٨٤).

(٢) «المرجع السابق»: (١/٢٦٥ وما يليها)، و«نهاية السؤل مع حاشية سلم الوصول»: (٢/٢٩٦ وما بعدها)، و«التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (١/٢٢١)، و«أصول السرخسي»: (١/٧٨ وما يليها)، و«المعتمد في أصول الفقه»: (١/١٨٣ وما يليها) طبع المعهد الفرنسي ١٩٦٤، و«الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي: (٣/٢٨٢ وما يليها).

أما أنّ هذه «العصمة» قد زالت، فلأن عصمة المال معناها: «كونه مُحَصَّنًا» محرّم التعرض له، لحق الشرع، أو لحق العبد^(١).

والعصمة بهذا المعنى، تنتهي وتسقط، بانتهاء سببها، وهو الإحراز، يداً وداراً^(٢)، لأنها تثبت به.

وبيان ذلك، أن الإحراز بالنسبة للمسلمين يتم بوضع اليد فعلاً، وحرية التصرف، وكون المحرز في دار الإسلام، وثبوت الولاية عليه، وكل ذلك قد انتهى، بإحراز الكفار المال في ديارهم، فتقطع بذلك ولايتنا عليهم، فتسقط العصمة ضرورةً، لانتهاء سببها.

وقد علمت أن قيام «العصمة» هي علة حكم النهي عن الاستيلاء، لا عينه، ويسقوطها يسقط حكمه، وهو الحرمة، فلم يبق الاستيلاء في حقهم محظوراً، بل مباحاً، والاستيلاء المشروع يثبت به الملك شرعاً.

لكن يتّجه على هذا، أن رقاب المسلمين يشملها هذا الحكم، لاستواء عصمة النفس وعصمة المال في الحكم، شرعاً، فلو أن مسلماً وقع في يد الكفار أسيراً: سقطت عصمته: حرية أو دماً، بالنسبة إليهم، لانقطاع ولايتنا عليهم، وهذا لم يقل به أحد.

غير أن فقه الحنفية يقيم التفرقة بين سبب كل من عصمة النفس، وعصمة المال، فالأولى سببها قائم بالمسلم نفسه، من حيث هو مسلم، فتأكد عصمة حريته ودمه بالإسلام نفسه، وهو وصف قائم فيه، فلا تنتهي بالأسر، بل لا تسقط بحال، إلا بارتداده، والعياذ بالله!

بخلاف الثانية - عصمة المال - لأن سببها معنى قائم بالمال نفسه^(٣) لا بمالكه

(١) المرجع السابق، و«التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (٢/ ٢١٦).

(٢) يقصد باليد: حرية تصرفه فيما استولى عليه، وأما الدار، فتعني دار الحرب، أي دولة الأعداء، «كشف الأسرار»: (١/ ٢٨٥)، و«أصول السرخسي»: (١/ ٧٨ وما يليها)، و«التوضيح» لصدر الشريعة: (٢/ ٢١٦ وما يليها).

(٣) والمال هو: محل الاستيلاء.

المسلم، وهو الإحراز في ديارنا، وذلك ينتهي باستيلائهم عليه، يداً وداراً، وبانتهائه تنتهي العصمة، لأنها منوطة به.

وإذا سقطت العصمة سقط حكم النهي عن الاستيلاء، وأصبح مشروعاً بالنسبة للكفار، فثبت به الحكم الشرعي وهو الملك، كما أشرنا.

فحكم الملك للكفار إذن لم يثبت بأمرٍ حسيٍّ، أو بسبب غير مشروع لعينه، بل بالاستيلاء المباح.

فتحقق بذلك التناسب بين السبب - وهو الاستيلاء المشروع - والحكم الشرعي المترتب عليه، وهو الملك، فلم يُعد للاعتراض وجه، لخروج هذه المسألة من محلّ النزاع.

واحتج الحنفية أيضاً بقوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلاً مِّنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا وَيَنْصُرُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ هُمُ الصَّالِحُونَ﴾ [الحشر: ٨].

ووجه استدلالهم، أن الآية الكريمة تدلُّ بطريق الإشارة، على أن المهاجرين قد زال ملكهم عن أموالهم التي تركوها في مكة، لأن وصفهم بكونهم فقراء - والفقير حقيقة من لا يملك شيئاً - يستلزم عقلاً وبالضرورة، ألا تكون أموالهم باقيةً على ملكهم بعد اضطهادهم وإخراجهم من ديارهم، وإلا ما كان لهذا الوصف وجه!

وزوال ملك المهاجرين عن أموالهم، حتى أصبحوا فقراء، يستلزم أيضاً انتقالها إلى الكفار بالاستيلاء عليها، وإحرازها في ديارهم.

ولا نعني بسقوط العصمة إلا هذا.

وإذا سقطت العصمة، فقد سقط حكم النهي عن الاستيلاء، وأصبح مباحاً بالنسبة للكفار، لأن حكم النهي سببه هذه العصمة، كما ذكرنا، فيزول الحكم بزوال علته.

واحتجوا أيضاً، بأن لو كانت أموال المسلمين باقيةً على ملكهم، رغم إخراجهم من ديارهم، واستيلاء الكفار عليهم، لأطلق عليهم القرآن الكريم كلمة «أبناء السبيل» وهم من انقطعت صلتهم بأموالهم لبعدهم عنها، ولم يُسمَّهم «فقراء» فدل ذلك على أنهم فقراء حقيقةً قد زالت ملكيتهم عنها، وهذا ما نقول به.

ويتجه على الحنفية في هذا الاجتهاد ما يلي :

أولاً: إن عصمة المسلم، حريةً ونفساً وملكيةً، مناطها «الإسلام» نفسه، وهذه «العصمة» لا تسقط شرعاً إلا بحق^(١)، وليس الاستيلاء منه، لقيام سببها، وهو الإسلام.

فمال المسلم إذن معصومٌ شرعاً، أينما كان، وفي أي يد ظالمة وقع، كعصمة حرّيته ودمه، فلا يجري حكمُ الرق في حقه لو ضربه الكفار عليه، ولا تسقط عصمة حرّيته بذلك، لتأكيدّها بالإسلام نفسه، كما لا تسقط عصمةُ دمه بتسلُّط الكفار عليه إجماعاً.

برهان ذلك في الكتاب والسنة، من مثل قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: ١٤١] مما يفيد النفي مستقبلاً وعلى التأييد.

ومن مثل قوله ﷺ: «أُمرْتُ أَنْ أَقَاتِلَ النَّاسَ، حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، فَإِذَا قَالُوا، فَقَدْ عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ»^(٢).

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة، أنّ وصف «الإيمان» هو مناط نفي مشروعية كل سبيل وسلطان للكافرين على المؤمنين، فلا ولاية لهم أصلاً، وبأي سبب كان، من الأسباب الشرعية، إذ ليس المراد السبيل الحسي بالإجماع.

ثانياً: وأما قول الحنفية، إنّ حكم الآية الكريمة خاصٌّ بالرقاب دون الأموال، أي بعصمة الحرية والنفس دون المال، فلا دليل عليه، بل الدليل قائمٌ على نفي هذا الخصوص، لأن كلمة «سبباً» في الآية، نكرةٌ في سياق النفي، فتعمُّ كل سبيل، سواء أكان سلطاناً على النفس أم المال.

إذن، التفرقة التي اصطنعها الحنفية بين النفس والمال، من حيث سبب العصمة في

(١) تسقط عصمة دمه بجريمة القتل العمد العدوان إذا ارتكبه، أو بالارتداد، كما تسقط عصمة ماله، بعدم أدائه الزكاة، فتؤخذ منه جبراً، أو بهتك الحرمات الدينية، أي بمباشرة سبباً غير مشروع، بخلاف استيلاء الكفار على ماله، لأنه مَحْظُ اعتداء عليه.

(٢) أخرجه البخاري: ٦٩٢٤، ومسلم: ١٢٤، وأحمد: ٦٧، من حديث أبي هريرة.

كلّ منهما، مجردٌ تحكُّم، لا ينهض بها أساس فقهي معتبر، بل ثمة من الأدلة ما ينفي أصلها، وذلك من مثل قوله ﷺ: «أمرتُ أن أقاتل الناس، حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها، فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم»^(١).

ووجه الاستدلال بالحديث الشريف، أنه جعل «الإسلام»^(٢) - وهو النطق بالشهادتين - مناطاً لعصمة النفس والمال، وهو صريح.

ثالثاً: أما قولهم إن الاستيلاء ليس مُحَرِّماً لذاته، لأنه في الأصل مشروع، وإنما حُرِّم لعصمة المال، وقد سقطت بالاستيلاء فصار مشروعاً.

ثم يردفون قائلين: إنّ ما كان مشروعاً في الأصل، ثم سقط سبب مشروعيته، بفعل يستمر كالاستيلاء، فإن هذا الاستمرار يجعل للاستيلاء حكم الابتداء، وقد كان مشروعاً ابتداءً، فيغدو مشروعاً بقاءً ودواماً، فيجاء عن ذلك بما يأتي:

أ - إن القول بأن هذا الاستيلاء ليس مُحَرِّماً لذاته، مردودٌ، لأنه حين وقع ابتداءً على هذا المال، فقد لاقى محلاً معصوماً محترماً، فكان اعتداءً محضاً منذ البداية، والعدوان المحض مُحَرِّمٌ لعينه، لا لغيره، لانتهاء مشروعيته أصلاً، فلا يصلح بالتالي سبباً لحكم شرعي يثبت به الملك للكفار بمباشرة هذا السبب بحال.

ب - أما قولهم: إن الاستيلاء من الأفعال الممتدة المستمرة، وإن استمرار استيلائهم على المال يكون سبباً لملكه، بحجة أن ما يستمرُّ من الأفعال ويدوم، يكون لدوامه حكم ابتداءه، وما كان مشروعاً ابتداءً، يغدو مشروعاً في البقاء، فقد ثبت أنه مُحَرِّمٌ ابتداءً، لأنه عدوانٌ مَحْضٌ، فيبقى مُحَرِّماً بقاءً، إذ الاستمرار لا يغير من طبيعته شيئاً، باعتباره أمراً حسيباً مُحَرِّماً لعينه.

(١) أخرجه البخاري: ٦٩٢٤، ومسلم: ١٢٤، وأحمد: ٦٧، من حديث أبي هريرة.

(٢) ثبت بالإسلام أمور ثلاثة: «العصمة - الحرية - المالكية» كما يقول الإمام صدر الشريعة: «أما العصمة، فهي عصمة المال والنفس والعرض، وأما الحرية، فهي الحريات العامة جميعاً، ومنها الحرية في أن يتملك، وحرية الرأي، وحرية الجهر بالحق، وحرية العمل، وحرية التنقل وما إلى ذلك. وأما المالكية، فهي مصدر صناعي من المالك، أي كونه مالِكاً تثبت له هذه الصفة بحكم كونه إنساناً وتضان حرمة ملكه وماله». «التوضيح»: (٣/٢٢١).

على أن الاستمرار لا يُغيّر من حكم الشرع في محلّ الملك شيئاً. ألا ترى إلى الخمر مثلاً، ليست محلاً للملك ابتداءً، فإذا ورد البيع عليها، بطل العقد، لملاقاته محلاً غير قابل للملك منذ البداية، ولا يتغير حكم العقد هذا بالاستمرار والدوام، حتى ولو زالت حُمريّتها بالتخلل، إلّا بابتداء عقد جديد يلاقي محلاً مشروعاً منذ البداية، فكذلك استيلاء الكفار على أموال المسلمين، فقد لاقى محلاً معصوماً محترماً منذ البداية، فلا يغيّر من حكم الاستيلاء هذا دوامه واستمراره. والواقع الباطل لا ينقلب صحيحاً مشروعاً بالاستمرار والبقاء.

رابعاً: أما قياس استيلاء الكفار على الاستيلاء على المباحات العامة، من الصيد وغيره، فقياسٌ مع الفارق، لمكان الحرمة العينية في الأول، والمشروعية الأصلية في الثاني.

وهذا الفارق يجب اعتباره، إذ لم يثبت شرعاً إلغاؤه. وذلك، لأن المباح العام، لم يجزّ عليه ملك لأحد أصلاً، بالنسبة للمسلم، فانتفى معنى العدوان على حق الغير أصلاً، بخلاف مال المسلم، فهو محلّ لملك مستقر معصوم محترم شرعاً، فكان الاستيلاء عليه قهراً، عدواناً محضاً، فافترقا.

على أن حكمة التشريع من جعل الاستيلاء والإحراز سبباً مُكسباً للملك في المال المباح إباحة عامة، لا تجد لها محلاً في الاستيلاء العدواني القهري من جانب الأعداء، وذلك مما ينفي صحة الاستدلال بهذا القياس.

صحيح أن الشارع يربط الحكم بالسبب الظاهر دون حكمة التشريع، غير أن العلة ينبغي أن تبقى مظنةً للحكمة، بمعنى أن يبقى ترتيب الحكم على العلة، محتملاً احتمالاً قوياً غالباً إفضاؤه إلى تحقيق حكمة التشريع.

أما إذا قام الدليل القاطع على انتفاء كونها مظنة للحكمة، فلا يصحّ اعتمادها أصلاً في القياس.

وبيان ذلك أن الاستيلاء على المباح العام، إنما اعتبر شرعاً مكسباً للملك، تشجيعاً للجهد الإنساني الفردي، للانتفاع بما وُجد في الطبيعة، من خيرات وثروات،

وتطويرها لصالح الإنسان، وذلك معقول، لأن من بذل جهداً، فاجتنى مما وُجِدَ في الطبيعة من خيرٍ مُباحٍ لا مالك له، كان أولى من غيره بامتلاكه، والتمتع به، ممن لم يبذل أدنى مشقة في هذا السبيل، وهذا أمرٌ وراء استلاب الحقوق والثروات، واغتصاب الديار والأوطان بعد تشريد أهلها منها، عَنوةً وبقوة السلاح، لمكان الظلم الذي هو عدوُّ الإسلام الأول.

خامساً: لا يصح الاحتجاج بأصلٍ مختلفٍ فيه، من أن الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة، إذ لا إلزام فيه للمخالف لعدم الاتفاق عليه، وإنما يلتزم المخالف بأصل يُقرُّ بحجيته هو.

وعلى هذا، فالاستدلال بأن الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة، توضلاً إلى أن حكم النهي عن الاستيلاء على مال المسلم غير متوجّه عليهم، فكان لذلك مباحاً في اعتقادهم، استدلال متهافت، قد عدلوا هم عنه، إذ العبرة بمقتضى أحكام شريعتنا دون أحكام معتقداتهم.

سادساً: أما استدلالهم بالآية الكريمة: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ﴾ [الحشر: ٨] فغير سديد، من وجهين:

أولهما - أن الآية الكريمة مسوقة أصالة وقصدًا أولاً لتقرير حقهم في الغنيمة، وهي عبارة في هذا المعنى، ولم تُسَقِّ لحكم ملكية الكفار لأموال المسلمين بالاستيلاء القهري.

وأما الاستدلال على ذلك بطريق الإشارة، فجمهور الأصوليين على أن الحكم الثابت بالإشارة غير مقصود للشارع أصلاً^(١).

الثاني - سلّمنا أنه مقصود للشارع تبعاً، عند صدر الشريعة، لكن استدلالهم هذا يتنافى ومقتضى أدلة كثيرة منصوبة في الشرع توجب تفسير الآية الكريمة في ضوءها،

(١) خلافاً لصدر الشريعة، حيث ذهب إلى أن المعنى اللازم عقلاً من العبارة، مقصود للشارع تبعاً. «التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (١/١٣٠ وما بعدها)، وراجع بحث إشارة النص، كتابنا «المناهج الأصولية» ص ٢١٩ - ٢٣٨. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

تحريماً لمقصد الشارع، وإرادته الحقيقية، وتلافياً من الوقوع في التناقض في شرع الله، وقد ذكرنا بعضاً من هذه الأدلة من الكتاب والسنة.

سابعاً: ومن ذلك أيضاً، ذهابهم إلى أن كلمة «الفقراء» محمولة على معناها الحقيقي حتى يستلزم ذلك الدلالة عقلاً وإشارةً، على زوال ملك المهاجرين عن أموالهم بحكم كونهم فقراء حقيقة، ولكنها - في الواقع - مصروفة عن معناها الحقيقي إلى معناها المجازي، بقرينة إضافة الأموال والديار إليهم، بقوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ﴾ [الحشر: ٨].

فقد أضاف الله تعالى الديار والأموال إلى المهاجرين، مالكيها الأصليين، على الرغم من إخراجهم من ديارهم وأموالهم واستيلاء الكفار عليها، وهذه «الإضافة» «حقيقية» تفيد الملك والاختصاص.

فكلمة الفقراء إذن، استعارة، للإشارة إلى أن المهاجرين لما بَعُدَتْ أيديهم عن أموالهم، وانحسر سلطانهم الفعلي عنها، بإخراجهم من ديارهم، ظلماً وقهراً بقوة السلاح، أصبحوا كأنهم فقراء، لا فقراء حقيقة، بقرينة إضافة ديارهم وأموالهم إليهم حقيقة، كما أشرنا، مما يدل صراحة على عدم زوال ملكهم عنها على الرغم من إحراز الكفار لها، واحتيازهم إياها في ديارهم.

فملك المهاجرين إذن، لم يَزُلْ عن أموالهم باضطهادهم، والاستيلاء القهري على تلك الأموال من جانب أعدائهم.

ذلك - لما قَدَمْنَا - من أن إحراز الكفار لتلك الأموال والديار، ظلماً وعدواناً، بالقهر وقوة السلاح، لا يُسْقِطُ عصمتها الثابتة بالإسلام، كما لا يُسْقِطُ عصمة المسلم في حريته ودمه شرعاً، بوقوعه أسيراً في يد أعدائه، لتأكد عصمته بإسلامه.

وقد قامت الأدلة متضافرة على أن منطق القوة المجرد من الحق، والعدوان المحض، والقهر، والتسلط، كل أولئك وما في معناه، لم يعهد في الإسلام سبباً مشروعاً لإزالة يد محقة عن مال معصوم شرعاً، وتقرير يد مبطله، لأنه محضُ بغي وعدوان، وذلك محرماً بالنص القاطع. من مثل قوله سبحانه: ﴿وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ﴾ [النحل: ٩٠].

ثامناً: على أن هذا قد تأيّد بالسنة^(١).

ويتجه على الحنفية في ذهابهم إلى أن الحكم ببقاء أموال المسلمين على ملكهم يقتضي تسميتهم «أبناء السبيل» لا «الفقراء» أن ابن السبيل هو «المسافر» الذي انقطعت به الطريق، وفقد ماله، وله طماعة في الرجوع إلى بلده، لتمكّنه من ذلك، وهذا المفهوم يختلف بالبداهة عن أخرج من دياره وأمواله عنوة، وليس في وسعه أن يعود إليها، لذا صحّ اعتباره كأنه فقير، لا فقير حقيقة.

أضف إلى ذلك، أنهم قد توطنوا بالمدينة، فلم يعد وجه لإطلاق وصف «أبناء السبيل» عليهم.

على أن هناك سرّاً بلاغياً في إطلاق كلمة «الفقراء» عليهم مجازاً دون أبناء السبيل، هو ما في وصف الفقراء، من إثارة للتعطف الداعي إلى رعايتهم، وتدبير مصالحهم، والاهتمام بشئونهم، والتخفيف من وقع الظلم عنهم، تحقيقاً لما تقتضيه الأخوة نحوهم، وهو ما تحقق في الوقائع التاريخية بالفعل.

تاسعاً: وأيضاً، لو كان الاستيلاء القهري بقوة السلاح من قبيل الأعداء سبباً شرعياً لامتلاك ديار المسلمين وأموالهم، لما وجب الجهاد - في مثل هذه الحال - فرضاً عينياً على كل قادر على حمل السلاح رجالاً ونساءً من المسلمين إجماعاً، إذ

(١) فقد روي أن المشركين أغاروا على المدينة، واستولوا - فيما استولوا عليه - على ناقة رسول الله ﷺ تسمى «الغضباء» وأسروا امرأة من المسلمين. وذات ليلة، أتت المرأة على ناقة رسول الله ﷺ ولم تكن تعلم أنها ناقته، فركبتها، ونجت من الأسر، ونذرت لئن نجاها الله عز وجل، لتنحرنها، نذراً لله تعالى، فلما قديمت المدينة، عرف الناس الناقة، فأتوا بها إلى رسول الله ﷺ فأخبرته بنذرها، فقال عليه الصلاة والسلام: «بئس ما جرّبتها، لا نذرت في معصية الله، ولا نذرت فيما لا يملك ابن آدم». [أخرجه مسلم: ٤٢٤٥، وأحمد: ١٩٨٦٣، من حديث عمران بن حصين].

ووجه الدلالة: أن الكفار لو ملكوا الناقة بالاستيلاء، لملكها المرأة بعد ذلك بالاستيلاء أيضاً، لكن النبي ﷺ أخبرها أنها لم تملكها، لأن ملكيته باقية عليها.

«أصول السرخسي»: (٦٩/١)، و«كشف الأسرار»: (١٠٩/١ - ١١٠)، و«التلويح على التوضيح»: (١٣٠/١)، و«حاشية الأزميري على المرأة»: (٧٦/٢) وما يليها.

من التناقض الظاهر أن يقرّ للكفار بالملك شرعاً، ثم يكون الجهاد لنفي إقرارهم عليه، واسترداده منهم، والله تعالى يقول: ﴿وَأَخْرِجُوهُمْ مِنْ حَيْثُ أَخْرَجْنَاكُمْ وَالَّذِينَ أَشَدُّ مِنْ الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ١٩١].

ولا ريب أن وجوب الجهاد - فرضاً عينياً - إذا داهم العدو دار الإسلام، واستولى على بعض أراضي الدولة الإسلامية، واستلب أموال المسلمين، إنما يقوم أساساً على دفع العدوان المحض الذي لا يستند إلى أي سبب شرعي مُسوِّغ، لصريح قوله سبحانه: ﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعِدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

وإذا حرّم الإسلام على أهله الاعتداء، فأحرى أن يحرم عدوان غيرهم عليهم، ولا يجعله سبيلاً لامتلاك أموالهم وديارهم، لأنّ العدوان في ذاته شرٌّ محض، بل ما أنزلت الشرائع، وأرسل الرُّسل، إلّا لإقرار الحق والعدل، ودفع الظلم والعدوان^(١)، لقوله تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [الحديد: ٢٥].

تحرير محل النزاع في هذه المسألة:

اتفق الفريقان على أن عصمة المسلم دماً وحرية، مناطها الإسلام، فلا تسقط بالإحراز أسراً، ولا باختلاف الدار ولاية، أو بالاعتقال أو النفي تقييد حرية، بدون سبب شرعي في دار الإسلام.

وعلى هذا، فسواء أكان المسلم في الدولة الإسلامية (دار الإسلام) أم في دولة معادية (دار الحرب)، فهو معصوم الدم والحرية شرعاً، لتحقق مناط الإسلام وصفاً قائماً فيه، ولتأكيد عصمته به، نفساً وحريةً وملكيةً، كما أشرنا.

أما في الدولة الإسلامية فواضح، للإسلام وللولاية في التبليغ والإلزام^(٢).

(١) راجع بحثاً مستفيضاً في هذا المعنى، في كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي»، ص ٢٢٣ - ٢٢٨ [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٢) يقصد بذلك، أن دار الإسلام قد تم فيها التبليغ لأحكام الشريعة كلها، ومنها حرمة التعرض لدم المسلم وحرية، فلا يجوز قتله ظلماً.

وأما في الدولة المعادية (دار الحرب)، فلقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

فقد جعل الله تعالى، الإيمانَ مناطاً لنفي مشروعية كلِّ سبيل عليه من قبَل الكافرين.

وليس المراد بالسبيل التسلُّط المادي، أو القهر الحسي، كالاستعمار، إجماعاً، لأنه أمر واقع عنوةً، ومشاهدٌ محسوسٌ، وإنما المراد التصرف الذي يترتب عليه حكم شرعي^(١).

هذا فضلاً عما في الآية الكريمة من إشارة إلى أنه ينبغي على المؤمنين أن يتحرروا من كل هيمنة يفرضها عليهم الكافر.

فإذا وجد «المسلم» في «الدولة المعادية» أسيراً مثلاً، فعلى الرغم من انقطاع ولايتنا عليه، ووقوعه تحت ولايتهم الواقعية، وسلطانهم المادي الفعلي، فلا يملك بالاستزقاق لو ضربه الكافر عليه، ولا تجري عليه أحكامه شرعاً، إذ الإسلام عاصمٌ، بل لقد تأكدت عصمة حرته بإسلامه، ولا تنتهي هذه العصمة بوجوده في دار الحرب، لأن الإسلام وصفٌ قائمٌ فيه أينما كان، لا يؤثر فيه اختلاف الدار، وإنما تنتهي عصمته بانتهاه إسلامه هو، لأنه سببها، وذلك بالارتداد والعياذ بالله^(٢)! كما أسلفنا.

فعصمة المسلم - نفساً وحريةً - ليست منوطة بالوجود في الدولة الإسلامية، حتى إذا انتهت العصمة بانتهاه سببها - وهو الإحراز في دار الإسلام - سقطت ليصبح غير معصوم الدم والحرية بالاستيلاء عليه من قبل الكفار، وإحرازه في دارهم، لأن سبب عصمته حرته، وهي متأكدة بإسلامه، كما ذكرنا.

= وأما الإلزام فمناطُ السلطة التي تتمثل في ولي الأمر، حيث يُلزم الأمة بها، فضلاً عن الأعداء، ويعاقب من يخرج عليها بالعقوبة المقررة شرعاً، كما يُلزم أهل الذمة، بدخولهم تحت ولايته، بحكم عقد الذمة الذي يقوم مقام الإسلام بالنسبة إليهم.

(١) «كشف الأسرار»: (١/ ٢٨٥)، و«التوضيح مع التلويح»: (١/ ٢٢٣).

(٢) المرجع السابق.

واتفقوا أيضاً على أن (الكافر) لا يملك مالَ المسلم بالاستيلاء عليه في دارنا، لأنه مقهورٌ حكماً، فلم يكن الاستيلاء تاماً مطلقاً، فلا يصحُّ سبباً للملك.

واتفقوا كذلك على أن النهي عن هذا الاستيلاء - بالنظر إلى الحكم الأخروي - باقٍ، وموجه التائيم والعقاب^(١).

واختلفوا في «عصمة ماله».

وهذا هو محلُّ النزاع.

فذهب الحنفية إلى أن أموال المسلمين يملكها الكفار (الأعداء) بالاستيلاء الفعلي عليها عنوةً، لأن الاستيلاء - من حيث الحكم الدنيوي - ليس محرماً لعينه، بدليل اعتبار الشارع له سبباً لتملُّك المباح العام بالإجماع، بل هو منهيٌّ عنه لغيره، وهو العصمة في محلِّه، أي المال.

هذا، وسبب عصمة مال المسلم شرعاً، هو وجوده في الدولة الإسلامية، وتحت سلطانتها، أو إحرازه فيها، فإذا سقط الإحراز باستيلاء الكفار عليه، فقد سقط سببُ العصمة، فتنتهى العصمة بانتهاؤها سببها، وهو الإحراز في (دار الحرب) وسقط حكم النهي عن الاستيلاء في حق الأعداء، وأصبح المال غير معصوم، أي مباحاً، بالنسبة إليهم، فيكون استيلاؤهم عليه حينئذ استيلاءً على مباح، وهو سببٌ شرعيٌّ يصلح لإيجاب الملك شرعاً، حكماً دنيوياً كالاستيلاء على الصيد سواء بسواء كما بينا.

إذن، علة تحريم الاستيلاء بالنسبة (للأعداء)، هي العصمة في المحلِّ، لا ذات الاستيلاء، فإذا سقطت العصمة لسقوط سببها، لم يبقَ لحكم النهي - وهو التحريم - وجودٌ، لزوال الحكم بزوال علته، فيصبح استيلاء الأعداء الذي تمَّ بإحرازهم الفعلي مباحاً، لوقوعه على مالٍ زالت عصمته، فأصبح سبباً شرعياً، لا أمراً حسيماً، والسبب الشرعيُّ يوجب الملك، لأنه استيلاء على مالٍ غير معصوم، لسقوط عصمة محلِّه.

وبذلك خلَّص الحنفية إلى أنهم لم يخالفوا القاعدة المجمع عليها، ومقتضاها: أن

(١) أقول: وهل هذا العقاب الأخروي أشد من العذاب الذي سيلقونه بكفرهم يوم القيامة؟

الأمر الحسي لا يصلح سبباً لحكم شرعي هو نعمة، لأنهم رأوا - باجتهادهم - أن استيلاء الأعداء ليس أمراً حسيّاً محرّماً لعينه، بل لغيره، فيغدو تصرفاً شرعياً موجباً للملك شرعاً، لسقوط علة النهي عنه وهي العصمة.

وإنما تسقط عصمة أموال المسلمين بإحراز الأعداء لها في دار الحرب، لانقطاع ولايتنا، وسريان ولايتهم عليها.

إذ العصمة^(١) إنما تثبت بحكم شرعيّ، وليس في الوُسْع إلزامهم به، لانقطاع ولايتنا عليهم، تبليغاً وإلزاماً.

وخالف في ذلك الشافعية.

فذهبوا إلى أن العدو لا يملك مال المسلم بالاستيلاء التام المطلق قهراً وعنوة وذلك بإحرازه في دولته المعادية (دار الحرب).

واستدلوا على ذلك بأدلة ثلاثة:

أولاً: لأنه مالٌ معصومٌ محترمٌ، والاستيلاء عليه منهيٌّ عنه لعينه، فيكون حراماً ومعصيةً كالغصب، فلا يصلح بالتالي سبباً مشروعاً يوجب الملك الذي هو نعمة، إذ الملك يستدعي السبب المشروع، وهذا ليس منه.

ثانياً: أن الأعداء مخاطبون بفروع الشريعة، فيكون استيلاء العدو على هذا المال - في حكم الشرع - كاستيلاء المسلم، سواء بسواء^(٢)، وأنه حرام، كالغصب، فلا يوجب الملك شرعاً، كما أسلفنا.

ثالثاً: أن عصمة مال المسلم ليس سببها «الإحراز» في دار الإسلام حتى تسقط بسقوطه، بل بالإسلام نفسه^(٣).

(١) أشرنا إلى أن معنى العصمة: «كون الشيء مُحَصَّنًا، مُحَرَّم التعرض له، لحق الشارع، أو لحق العبد، وهذا يثبت بالحكم الشرعي». «كشف الأسرار»: (١/ ٢٨٥).

(٢) «كشف الأسرار»: (١/ ٢٦٤)، و«أصول السرخسي»: (١/ ٩١ وما يليها)، و«التلويح مع التوضيح»: (٢/ ٢٢١ وما يليها).

(٣) المراجع السابقة.

والإسلام قرر هذه العصمة بحكم شرعي، والكافر مخاطب به، حيثما كان، واختلاف الدار لا يخرج الاستيلاء عن كونه معصيةً في ذاته.

وأيضاً، الإسلام عاصم لمال المسلم ونفسه وحرية، فاستيلاء الكافر على ماله، هو استيلاء على مال معصوم محترم، فيكون حراماً لعينه، كما قدمنا.

فصار استيلاء الكافر على مال المسلم في دار الحرب كاستيلائه عليه في دار الإسلام حكماً، فلا ينعقد سبباً مشروعاً لحكم شرعي يُوجب الملك.

وإذا كان المسلم معصوماً بالإسلام نفساً ومالاً، فأنتى وجد المسلم هو أو ماله، فقد وجدت معه دار الإسلام حكماً، وذلك يوجب حرمة الاستيلاء عيناً.

وعقد الذمة يقوم مقام الإسلام في العصمة، بالنسبة للذمي، فكان معصوماً دماً، حريةً ومالاً، كالمسلم.

وعقد الذمة - في واقع الأمر - يوجب ما يُسمّى اليوم «حقوق المواطنة» بوجه عام. وهذه العصمة لا تتعدد حقيقةً ولا سبباً، سواء بالنسبة للنفس أم المال، لأن مناطها الإسلام.

فكان استيلاء الأعداء على أموال المسلمين، محرماً لعينه، لا لغيره - كما أشرنا - لأنه عدوان محض على مال معصوم محترم ابتداءً وبقاءً، بحكم الشرع، والمحرّم لعينه، لا يصلح سبباً لحكم شرعي لنعمة الملك، بالإجماع.

وعلى هذا، فلو أحرز الأعداء مال المسلمين يداً وتصرفاً في الدولة المعادية إحراراً مطلقاً، فلا تسقط عصمته بهذا الإحراز، لأن الإحراز ليس هو سبب العصمة، حتى تسقط بسقوطه، بل مناطها الإسلام نفسه، وصفاً قائماً في أصحابه، وحكماً شرعياً مخاطباً به الكفار أنفسهم، ولو وجد محرزاً في دار الحرب، فكأنه موجود في دار الإسلام حكماً، كما ذكرنا، واستيلاء العدو على مال المسلم في دار الإسلام، محرّم لعينه، شرعاً، فلا يُوجب ملكاً على الإطلاق.

الثمرة التشريعية لهذا الخلاف:

يترتب على هذا الخلاف ثمرة خطيرة جداً، من ناحية العلاقات السياسية الخارجية، والقانون الدولي العام في الإسلام.

فعلى مذهب الحنفية، تصبح أموال المسلمين ملكاً للأعداء، باستيلائهم عليها، وإحرازهم إياها في دار الحرب، فلا ترد إلى أصحابها المسلمين لو ظفرنا بها بقتال وحرب، بل تعتبر غنيمة، إذ ينطبق عليها مفهوم الغنيمة شرعاً، وهو مال الكفار الذي استحوذ عليه المسلمون عنوة وبِقُوَّةِ السِّلَاحِ.

أما مذهب الشافعية - وهو الصَّحِيح الذي يتفق وروح الشريعة وقواعدها العامة - فيقتضي بأن هذه الأموال لا تعتبر غنيمة، بل هي أموال المسلمين - في حكم الشرع - فوجب رَدُّهَا إلى مالكيها الأصليين الشَّرْعِيِّين، لأنها سُلِبَتْ منهم ظُلْماً، وملكتهم باقية لم تَزُلْ عنها بالقهر والغلبة والعدوان، لعصمتها بالإسلام، لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: ١٤١].

منشأ الخلاف:

هل عصمة المسلم مالاً، تثبت بالإحراز في دار الإسلام، أو تثبت بمجرد الإسلام كعصمته نفساً وحرية.

بالأول قال الحنفية، وبالثاني قال الشافعية.

المسألة الرابعة:

ذهب الحنفية إلى تجويز بيع الدهن المذاب إذا وقعت فيه نجاسة، خلافاً للشافعية.

وحجة الحنفية أن مورد النهي ليس هو الدهن المذاب في حد ذاته، لأنه مال مُتَقَوِّم، فصلح محلاً للعقد، فاستلزم المشروعية، وترتَّب الأثر، وإنما تعلق النهي بأجزاء النجاسة المجاورة، فكان النهي إذن لوصف مُجاوِرٍ مقترن مُنفك أي مفارق، والفساد لأمر مجاور، لا لخلل في أصل التصرف، لا يعدم المشروعية أصلاً، ألا

ترى أن فرض الصلاة يتأدى في الأرض المغسوبة، ويسقط القضاء، والبيع يصح وقت النداء، مع الكراهة.

غير أن النجاسة لما كان من المتعذر فصلها عن أصل الدهن المذاب، فقد حرّم تناوله.

والبيع يغير التناول، من حيث أثر النهي، لأن الأول تصرف شرعي قولي، والثاني تصرف شرعي فعلي، ولكل حكمه على ضوء تعلق النهي به أو عدمه.

والأول يكفي في جوازه إمكان تصوّر انفصال حقيقة الدهن المذاب عن أجزاء النجاسة عقلاً، بمعنى أنه يكفي تصور الانفصال ولو حكماً واعتباراً، فقالوا بالمشروعية لهذا.

وأما من حيث الواقع، فلما تعذر هذا الانفصال، أعطى حكمه من حيث التناول. نظير ذلك، الثوب النجس، يجوز بيعه، ولكن لا تجوز الصلاة فيه.

فكان البيع تصرفاً قولياً، بالنظر إلى أصل الثوب، باعتباره - في حد ذاته - مالاً متقوماً، أمكن تصور انفصال النجاسة عنه، ولو حكماً واعتباراً.

وأما من حيث النجاسة الملازمة المجاورة، فلا يجوز التصرف الشرعي الفعلي فيه، كالصلاة، لخلل في شرط صحتها، من طهارة الثوب والمكان^(١).

وبذلك أعطيت لكل حال حكمها على ضوء متعلق النهي في كل منها.

وهذا، ليس من الأمور الحسية التي لا تصلح سبباً لحكم شرعي، لأنه منهى عنه لغيره، لا لعينه، كما ذكرنا.

على أن الصلاة لا تصح في الثوب النجس، لا لخصوص الثوب، بل لعين النجاسة المجاورة، وهي مورد النهي لذاتها، ولذا، لا تصح الصلاة معها أيّاً كان متعلقها: الثوب أو البدن أو المكان.

(١) «أصول السرخسي»: (١/ ٩١ وما يليها).

المسألة الخامسة:

يرى الحنفية، أن سفر المعصية يُوجب الترخُّص^(١)، لأن السبب الذي يقتضي مشروعية الرخصة، قد وُجدَ كَمَلًا، أصلاً ووصفاً، لا خلل في أيٍّ منهما، وهو السَّفَر مسافةً حدَّدَ الشارعُ أَدْنَاهَا، وليس محرماً لعينه.

غير أن «القصْد» إلى المعصية قد جاور هذا السفر، فيكون القبح لمعنى مجاور للسفر، وهو القصد، لا لأصل السفر، بأن يقصد إلى قطع الطريق، أو البغي.

فالسفر المحددُ شرعاً تصرف مشروع تنعقد سببته للرخصة، والقصد إلى المعصية - إن وقع - منهئٍ عنه، ويوجبُ الإثم، والجهتان منفكَّتان، إذ لا تلازم، بدليل أنه يخرج من المعصية والإثم، تغييرُ قصده، بأن يقصد إلى أداء فريضة الحج مثلاً، فيتغيَّرُ حينئذ إلى حكم المثوبة، ولكن سفره باقٍ، لم يتغيَّر، فدل ذلك على أن سبب النهي هو «القصْد» لا عين السفر، وأن لا تلازم بينهما.

وإذا توافر السبب كَمَلًا، اقتضى المشروعية، وهو ترتُّب حكم الترخيص كاملاً. وإذا لم يكن السفر منهياً عنه لعينه، فلا يكون أمراً حسيماً غير مشروع أصلاً، حتى لا يصلح أن ينعقد سبباً لحكم شرعي ثبت به النعمة، كنعمة الترخيص، بل هو - من حيث ذاته - تصرفٌ شرعي، ولكن جاوره وصفٌ منهئٍ عنه، وهو «القصْد إلى المعصية» كما أشرنا.

ولكلِّ حكمه، ولا تنافي، والمكلف هو الذي جمع بينهما، لا الشارع. ويرى الشافعية، أن النهي المطلق عن التصرف الشرعي، يوجب رفع المشروعية أصلاً، فالسفر الذي هو معصية، كسفر قاطع الطريق، والباغي، لا ينعقد سبباً للرخصة لهذه النعمة، وهي الرخصة، لأنها شُرعتْ لدفع الحرج، والمشقة غير المعتادة في السير المديد، والنعمة تستدعي سبباً مشروعاً، والمعصية ليست منه^(٢).

(١) الرخصة: ما شُرِعَ ثانياً مبنياً على أَعذار العباد، والعزيمة: ما شُرِعَ أولاً غير مبنية على أَعذار العباد، «التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (١٢٨/٢).

(٢) «كشف الأسرار» للإمام عبد العزيز البخاري: (١/٢٦٤).

ونحن نرى، أن القصد أو الباعث غير المشروع بوجه خاص، ذو أثر على صحة التصرف الشرعي ذاته، وبطلانِهِ، بالرغم من توافر مقوماته، لما يأتي:

أولاً: لأنه وإن كان خارجاً عن كيان التصرف الشرعي، غير أنه يتناقض ومقصد الشارع من حيث الغاية النوعية الدنيوية التي رسمها الشارع لهذا التصرف، إذ قد يتخذ التصرف الشرعي الذي استجمع مقوماته أصلاً ووصفاً، وسيلةً إلى تحقيق غرض غير مشروع، احتيالياً على مقاصد الشرع، لهدم واجب، أو تحليل محرّم.

فالقول بصحة مثل هذا التصرف، واستتباعه لآثاره، في مثل هذه الحال، بحجة أن القصد وصفٌ مجاوزٌ، يفضي غالباً إلى الإعانة على الإثم والعدوان، وذلك محرّم بالنص، لمنافاته لمقاصد التشريع، من حيث المآل.

ثانياً: أن الأعمال معتبرة - صحة وبطلاناً - بالنوايا والقُصود، لقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»^(١).

وهذا في الأحكام الدنيوية.

ثالثاً: لا يقال إن «القصد قد يتغير» وذلك دليلٌ مجاورته، وفساد المجاور لا يقضي على أصل المشروعية، لأننا نقول: إن هذا الاحتمال يقابله احتمال مكافئٌ أو أرجحٌ منه، وهو «عدم التغير».

والواقع أن البواعث غير المشروعة قد دلل الاستقراء على أن احتمال بقائها، والإصرار عليها، أغلب من احتمال تغيرها.

فإذا ثبت هذا، فإن تصحيح التصرف الشرعي الذي دفع إليه باعثٌ غير مشروع، أو قصدٌ هو معصية، يفضي غالباً إلى مآل غير مشروع واقعاً وعملاً.

وأنت عليم بأن المآلات معتبرة في التصرفات الشرعية والعقود، صحةً وبطلاناً، تبعاً لكونها مشروعة أو غير مشروعة.

لذا كان هذا الوصف يختلف عن الأوصاف اللازمة والمجاورة كليهما، من وجهين:

(١) أخرجه البخاري: ١، ومسلم: ٤٩٢٧، وأحمد: ١٦٨، من حديث عمر بن الخطاب.

أولها: أن القصد غير الشرعي، أو قصد المعصية، هو الدافع النفسي على التصرف الشرعي، فكان هذا التصرف تجسيدا له بحيث يغدو مظهراً مادياً للباعث النفسي، الأمر الذي يبعده عن الاتِّصافِ بالمجاورة.

الثاني: أن هذا القصد الذي هو معصية، وإن كان عنصراً نفسياً خارجاً عن كيان التصرف تصوراً، غير أنه ملازم له وقوعاً، لأن التصرف تنفيذ له، وتجييداً، غالباً كما ذكرنا.

لذا، كان الوصف الملازم من حيث الغاية يختلف عن القصد غير الشرعي الذي يبعث على التصرف الشرعي، في أن هذا الأخير ذو أثر على الغاية النوعية الدنيوية للتصرف الشرعي التي شرع من أجلها، لأنها تمثل المصلحة الاجتماعية أو الاقتصادية للتصرف، أو تحقق العدل، فيعدها، ليحقق صاحبه غرضاً آخر غير مشروع، وفي هذا مناقضة للمشرع أيما مناقضة.

وهذه المناقضة تتصل بالمصالح الدنيوية، لا الأحكام الأخروية فحسب، وذلك من مثل بيع العنب ممن يعصره خمراً، أو وصية الضرار.

ومعلوم أن المناقضة باطلة بالإجماع، فما يؤدي إليها باطل بالضرورة.

لذا، نرى أن هذا التصرف الشرعي الذي يبعث عليه أو يُلايسه، قصد غير مشروع، باطل، لا يترتب عليه أثر معاملة لصاحبه بنقيض قصده، مما يرجح اعتبار الباعث المشروع، شرط انعقاد، لا مجرد شرط صحة عند المناقضة، لأنها مبطلَةٌ للعقد، ليردَّ قيداً هاماً على سلطان الإرادة، ولا ريب أن هذا أقرب إلى العدل والحق والمصلحة وروح التشريع^(١).

ومن هنا كان اجتهاد الحنفية في هذه المسألة ضعيفاً.

غير أن اجتهاد الحنفية بوجه عام - فيما قدمنا من بحوث - يبدو أنهم لا ينظرون إلى السبب أو التصرف الشرعي، من حيث كونه مأذوناً فيه شرعاً فحسب، حتى إذا

(١) راجع بحثاً مستفيضاً في «الباعث وأثره في التصرفات».

ورد النهي عنه أبطلوه بإطلاق، للتضاد بين الإذن والنهي، بل ينظرون إلى السبب من حيث كونه وُضِعَ شرعاً، لِيُنتِجَ آثاره التي رتّبها الشارعُ عليه من المصالح الدنيوية التي يقصدها المكلفون، رعاية لها، ولهذا يمحّصون المعاملة أو التصرف، ليتبيّنوا مواقع النهي فيه، وحكمة التشريع من حكم النهي، حتى إذا سلّم ذاتاً، أو ذاتاً ووصفاً، رتّبوا عليه من تلك المصالح، بالقدر الذي سلّم من أصل مشروعيته.



منشأ نظريتي البطلان والفساد في فلسفة أصول الفقه الإسلامي المقارن

وفاء للمنهج العلمي في البحث التشريعي، رأيتُ لزماً عليّ أن أحرّر - بين يديّ هذا الموضوع - الأصل الذي نشأت عنه هاتان النظريتان، معنىً، وحكماً، وأدلة، وما تفرع عن ذلك من تطبيقات عملية في الجزئيات، في مختلف المذاهب الفقهية، والمناهج الأصولية، ذلك هو «أثر النهي المطلق في العبادات والمعاملات».

ولقد كان لتحديد مدى هذا الأثر في المشروعات - في اجتهادات الأصوليين والفقهاء - انعكاسٌ على مفهوم «النهي» نفسه، مما استدعى تحليلَ تصوّر كلِّ فريقٍ وفلسفته الأصولية في تكوين هذا المفهوم، على نحو يتفق وما رتب عليه هو من أثرٍ في مورده.

لذا، كان البحث المقارن في مفهوم النهي المطلق أولاً، مما يستلزمه تحديد مدى أثره في المشروعات المنهي عنها، للصلة الوثقى التي تربط بينهما. وأشرنا إلى أن تحديد مدى هذا الأثر هو منشأ الخلاف في النظريتين.

مفهوم النهي المطلق عن المشروعات في اصطلاح الأصوليين والفقهاء:

عرّف بعض الأصوليين «النهي المطلق» بأنه: «استدعاءُ ترك الفعل بالقول ممّن هو دونه» والاستدعاء هو الطلب.

بمعنى أن «الناهي» في مرتبة أعلى من المنهيّ، إذ يصدر نهيّه على جهة الاستعلاء

قولاً، وهو ما صرح به بعضهم قيلاً في التعريف، بقوله: «النهْيُ هو قولُ القائل لغيره: لا تفعل على جهة الاستعلاء»^(١).

وقيل: هو اقتضاء كَفُّ عن فعلٍ حتماً على جهة الاستعلاء.

ومعلوم أن «الاقتضاء» هو الطلب، والكفُّ هو الامتناع، أي طلب الامتناع حتماً عن فعل، وهذا يُفيد لزومَ أو وجوبَ الامتناع أو الانتهاء، كما أن الأمر يفيدُ وجوبَ الائتمار والامثال^(٢) على سبيل الحتم.

غير أن الإمام السرخسي عرّف النهي المطلق أصولياً بأنه: «طلبٌ مقتضى الامتناع عن الإيجاد على أبلغ الوجوه، مع بقاء اختيار المخاطب فيه، وذلك بوجوب الانتهاء».

القدر المشترك بين هذه التعاريف:

تتفق هذه التعاريف على موجبٍ للنهي مشترك، هو «وجوب الانتهاء» أي على سبيل الإلزام.

غير أن الإمام السرخسي أشار إلى قيد أساسي في ماهية أو حقيقة النهي أصولياً، وهو «بقاء اختيار المخاطب فيه» بحيث لو انتفى هذا العنصر، لانتفت حقيقة النهي. ولما كانت حقيقة النهي ذات أثر في موجبِه ومقتضاه، وجب أن نتبينها، لصلتها بحقيقة كلِّ من البطلان والفساد.

فالنهي المطلق عن المشروعات - في اجتهاد أصوليي الحنفية، كما استخلص من

(١) «كشف الأسرار، على أصول الإمام فخر الإسلام البزدوي» للإمام عبد العزيز البخاري: (١/ ٢٥٦).

وراجع «أصول السرخسي»: (١/ ٧٨ - ٧٩).

هذا، والنهي بالمعنى المصدرى، وهو طلب الكف عن الفعل حتماً على جهة الاستعلاء مما يُعنى ببحثه المتكلمون.

أما النهي بالمعنى الاسمي، أي بصيغة «لا تفعل» فذلك مما يُعنى به الأصوليون، لأنهم يبحثون عن أحوال الأدلة اللفظية السمعية.

(٢) «أصول السرخسي»: (١/ ٧ - ٨٩).

بحوثهم الأصولية فيه - هو حقيقة في وجوب الامتناع على نحو يتم به ابتلاء المكلف فيما نُهي عنه، كما رأيت، إذ المقصود في النهي هو الابتلاء، كالأمر.

غير أن الأمر طلبُ إيجاد المأمور به على أبلغ الوجوه، مع بقاء اختيار المخاطب فيه، والنهي هو وجوبُ الامتناع عن الإيجاد على أبلغ الوجوه، مع بقاء اختيار المخاطب فيه أيضاً. إذن، قيد «بقاء اختيار المخاطب في كل من الأمر والنهي» عنصراً أساسياً في حقيقة كل منهما شرعاً.

وبدهي أن لا ابتلاء بلا اختيار.

فإن أقدم المكلف على إيجاد المنهي عنه، كان آثماً، عاصياً، لمخالفته موجب النهي^(١)، وإن امتنع عن إيجاده كان مُمثلاً مثاباً، وبذلك يتم ابتلاؤه في الإقدام والإحجام، أي لا بد من تحقق اختياره، إذ لا ابتلاء بلا اختيار، ولا اختيار إلا في شيء مُمكن الوجود شرعاً.

معنى الإمكان:

اتضح لك معنى «الإمكان» وهو «كون الشيء متصور الوجود شرعاً بحيث يسع المكلف إيجاداً بمعناه الشرعي^(٢) كلما أراد، حتى إذا أوجده وجد بحكم الشرع».

أما المستحيل شرعاً، فهو الأمر المشروع الذي نُسخت مشروعته، كالتوجه إلى بيت المقدس في الصلاة، فلا يسع المكلف أن يُوجدَ توجُّهاً إلى بيت المقدس مشروعاً، إذ يستحيل عليه إعادة هذه المشروعية من جديد بعد رفعها، لأن هذا ولاية شرع، وهو لا

(١) «أصول السرخسي»: (١/ ٧٨ وما يليها).

(٢) لا الحسي، أو اللغوي المجرد.

يقول الإمام عبد العزيز البخاري في حاشية كشف الأسرار على أصول البيهقي (١/ ٢٦٤ - ٢٦٥): «إن الله تعالى ابتلى عباده بالأمر والنهي، بناء على اختيارهم، فإن أطاعه باتت بما أمر، والانتهاه عما نهى، باختياره، والابتلاء بالنهي إنما يتحقق إذا كان المنهي عنه متصور الوجود، بحيث لو أقدم عليه يوجد، وهذا موجب النهي حقيقة».

وانظر في هذا المعنى أيضاً: «حاشية المرأة» للإزميري: (١/ ٣٢٥).

يملكها، أو بعبارة أخرى، أصبح مستحيلاً على المكلف أن يوجد تَوَجُّهاً إلى بيت المقدس في الصلاة بمعناه الشرعي بعد نسخه، لأن هذا من تصرفات الشارع.

إذا تقرر هذا، فإن الشارع الحكيم، إذ ينهى عن المشروعات، فإنما يطلب من المكلف الامتناع عن إيجاد المنهي عنه بمعناه الشرعي لا الحسي، ولا اللغوي، أي يطلب إليه الكف عن إيجاد الشيء المشروع الممكن لا المستحيل المنسوخ الذي رفعت مشروعيته.

فمن ذلك، مثلاً، النهي عن أداء الصلاة بالنسبة للحائض، لقوله ﷺ: «دَعِيَ الصلاة أيام أقرائك»^(١).

وكذلك، النهي عن الصوم يوم العيد.

فالمراد طلب الامتناع عن أداء الصلاة والصوم في معناهما الشرعي المقترن بالنية، لا مجرد المعنى اللغوي للصلاة بمعنى الدعاء، أو مجرد الإمساك الحسي عن الطعام، لحمية، أو مرض، أو عدم اشتها، مما يطلق عليه الصوم لغةً أو حساً.

فتأدى بنا هذا إلى أنه لا بد - ليكون المنهي عنه ممكناً - أن تبقى مشروعيته بعد النهي، كما كانت قبله، ليتأتى معنى الامتناع باختيار المكلف، فيتحقق بذلك معنى النهي حقيقة، حتى لا يكون نهياً عن المستحيل، ويلزم العبث، إذ لا يتأتى الامتناع عن شيء إلا بعد إمكان وجوده شرعاً^(٢).

وأيضاً، لو رَفَعَ النهي المطلق عن المشروع مشروعيته، كما في النهي عن الصلاة أيام الحيض، والصوم يوم العيد، لكان كلُّ منهما قبيحاً في ذاته، لكنه مشروع، بل هو عبادة مفروضة، فتعيّن بقاء مشروعيته في ذاته بعد النهي، كما كانت قبله، وإنما المحرم الأداء في هذا الظرف، لا المؤدَّى وفرق بين الأداء والمؤدَّى^(٣).

(١) أخرجه أحمد: ٢٤١٤٥، من حديث عائشة بلفظ: «أيام حيضك»، وهو حديث صحيح، وانظر: «التلخيص الحبير»: (١/١٧٠).

(٢) وسيأتي تفصيل ذلك في بحث الأدلة.

(٣) اسم مفعول من أدى، وسنفضل القول، في ذلك أيضاً في مقامه.

فتلخص، أن حقيقة النهي المطلق عن المشروع، لا يوجب البطلان، أي لا يرفع أصل مشروعيته، بل ينصرف إلى غيره، خلافاً للجمهور، ولو رفعها، لأصبح إيجادها بمعناه الشرعي مستحيلاً، إذ ليس للمكلف ولاية الشرع، بإعادة المشروعية بعد نسخها لأن هذا من تصرفات الشارع، والنهي عن المستحيل عبث، لأن المستحيل ممتنع بنفسه^(١)، لا بامتناع المكلف عنه باختياره^(٢)، فلا يتأتى طلب الامتناع عن الممتنع في ذاته، كقولك للأعمى لا تبصر، وللأصم لا تسمع، وللمقعّد الزّمن لا تمش، إذ البصر، والسمع، والمشي، بالنسبة إلى هؤلاء أمور ممتنعة بذواتها، أي مستحيلة، فلا يتصور امتناعهم عنها، إذ ليس لهم في ذلك اختيار، فلا يتأتى بالتالي نهيم عنها، لأنه عبث، والشارع الحكيم ينزه عنه.

فثبت أن حقيقة النهي المطلق من المشروعات، لا يوجب البطلان، أي رفع أصل المشروعية، بحيث يصبح المنهي عنه مستحيلاً، بل يوجب بقاء أصل المشروعية بعد النهي كما كان قبله، حتى يكون ممكناً، فلا تلزم الاستحالة، والعبث، مما لا يتحقق معه امتناع، ولا ابتلاء، ولا مثوبة، ولا عقوبة.

وإذا كان النهي المطلق عن المشروعات يوجب بقاء أصل مشروعية المنهي عنه، كما بينا، فإنه لا يكون مُنصباً على عين المنهي عنه، بل على غيره، مما هو متصل به وصفاً أو مجاورة، إلاً بدليل.

فيكون المنهي عنه مشروعاً بأصله، وغير مشروع بوصفه، حتى يقوم الدليل على أن النهي منصب على الذات، فترتفع المشروعية، وحينئذ لا يكون النهي مستعملاً في معناه الحقيقي، بل في معناه المجازي، من التقي الذي هو سبيل النسخ: إخباراً عن عدم المشروعية، لا طلباً للانتهاك والامتناع، وهذا خارج عن محل النزاع.

(١) جاء في «حاشية المرأة» للإزميري: (٣٢٥/١) في هذا المعنى ما نصه: «ولولا تصور وجود المنهي عنه ممكناً، لكان عدم المنهي عنه، لعدم إمكانه في نفسه، استحالته، لا لامتناع المكلف عنه باختياره».

(٢) معنى قوله: «مع بقاء اختياراً لمن طلب فيه». «أصول السرخسي»: (٧٨/١ وما يليها).

وإنما يعرف استعمال النهي في النفي مجازاً، بقريئة استحالة المنهي عنه لرفع مشروعيته، ووجه المجازان، العلاقة بين النهي والنفي، هي كون كل منهما يدل على الحرمة. غير أن الحرمة في النفي لعدم وجود أصل التصرف شرعاً. والحرمة في النهي مدلول له.

فالنفي بيان شرع، بمعنى إخبار من الشارع بارتفاع أصل المشروعية عن المنفي كالنسخ. بخلاف النهي المطلق، فإنه طلب الامتناع حتماً عن الأداء، لمعنى في غير المؤدّي، فالمحرم هو الأداء، لا المؤدّي، كما أشرنا.

نظير ذلك الامتناع عن الخمر، لعدم وجدانها، فإنه لا يتحقق الامتناع باعتباره فعلاً يتعلق باختيار المكلف، لأنها ممتنعة بنفسها، فإذا انتفى الاختيار، فلا يتأتى الابتلاء^(١)، بخلاف ما إذا كانت موجودة، وكان بوسع المكلف أن يتناولها باختياره، ولكنه امتنع امتثالاً وتعظيماً لحق الناهي، وهو الله تعالى، فيكون حينئذ مثاباً بفضله سبحانه، لتركه تناول الحرام باختياره، وهذا هو الابتلاء الذي يتم على أساس الاختيار.

لذا، نص الإمام السرخسي على هذا «القيد» عنصراً جوهرياً في حقيقة النهي المطلق عن المشروعات.

هذا في النهي المطلق الذي لا يتصور معناه الحقيقي إلا مع بقاء أصل مشروعية المنهي عنه، وهذا يستلزم بالتالي انصرافه إلى غير المنهي عنه، لا إلى عينه، حتى لا تنعدم تلك المشروعية، فيفقد النهي بذلك حقيقته، وإذا بقي أصل المشروعية انتفى البطلان، إذ لا يجتمعان.

فلا حجة للجمهور في أن أثر النهي المطلق عن المشروعات يوجب البطلان، لما بينا.

أما إذا اقترن النهي بما يدل على أنه منصرف إلى «عين» التصرف المشروع،

(١) «المرأة» للإزميري: (١/٣٢٥ وما يليها).

وماهيته، بحيث ينسخ أصل المشروعية، ويرفعها، لخلل جوهرى - في ذات التصرف - فقد استفيد هذا من القرينة، لا من النهي، لأن حقيقة النهي طلب الامتناع، لا الإخبار عن رفع المشروعية الذي سبيله النفي، فيكون النهي المقترن مستعملاً في معناه المجازي، وهو النفي، كما بينا، بما اقترن به دليل صرفه عن معناه الحقيقي.

ولكن النهي المقترن بدليل خارج عن موضوع النزاع، لأن بحثنا في موضوع النهي المطلق عن المشروعات، لا النهي المجازي المقيد.

مثال ذلك، نهي الشارع عن بيع الأجنة في بطون أمهاتها من الحيوانات، فقد اقترن بهذا النهي دليل على بطلان هذا النوع من البيع، ورفع مشروعيته أصلاً لانعدام محله، لا من النهي المطلق، بل من قرينة كون الأجنة معدومة، ومن كونها ليست مالا متقوماً.

ونحن نعلم أن الشارع الحكيم قد جعل «محل البيع» المال المتقوم حال إبرام العقد، والأجنة غير موجودة، حال العقد، ولا مالية فيها، فحقيقة التصرف غير موجودة أصلاً، لانتفاء جزء من أجزائه وهو «المحل» وانتفاء جزء جوهرى في العقد، كانتفاء جميع أجزائه، أن الجزء ما يتوقف تصور وجود الشيء على وجوده، فانعدم التصرف أصلاً في اعتبار الشارع، وهذا هو البطلان. لكن هذا البطلان لم يكن أثراً للنهي المطلق الذي نحن بصدد البحث فيه، بل للدليل الذي اقترن بالنهي، حتى جعله بمعنى النفي، إخباراً عن عدم المشروعية أصلاً، لا طلباً للانتفاء، فافتراقاً. فكأن الشارع قد أخبرنا بهذا النهي المقترن، بأن المنهى عنه، قد نسخ، وأصبح غير مشروع أصلاً، وهذا مفهوم النفي لا النهي.

والعبرة للمعاني لا للصور والمباني.

وإذا أخبرنا الشارع بأن هذا التصرف غير مشروع أصلاً، فلم يعد بالتالي ممكناً إيجاده من قبل المكلف إذا أراد، مخالفةً للشارع وعصيانياً، وإن كان ممكناً إيجاده حساً، لأن غير المشروع قد أصبح مستحيلاً، ممتنعاً بنفسه، فلا يتأتى ابتلاؤه، لعدم اختياره على ما أسلفنا.

ذلك هو تحليل الفلسفة الأصولية لمفهوم النهي المطلق عن المشروعات، كما حدده الإمام السرخسي بقوله: «هو طلب مقتضى الامتناع عن الإيجاد على أبلغ الوجوه مع بقاء اختيار المخاطب».

حتى إذا انتفى هذا القيد، وهو قوله: «مع بقاء اختيار المخاطب»، انتفت بالتالي حقيقة النهي المطلق، وكان بمعنى النفي الذي هو إخبار عن تصرف الشارع برفع المشروعية أصلاً، ونسخها، إذ لا اختيار للمكلف في ذلك^(١)، ولا ولاية.

الفرق بين النهي المطلق عن المشروعات، والنفي الذي هو سبيل النسخ:

هذا، والنسخ تصرف من الشارع في المشروع برفع مشروعيته، فينعدم المنهي عنه شرعاً، بفعل الشارع، فإذا امتنع المكلف عنه، كان كمن يمتنع عن الشيء لعدم وجدانه إياه، فلا يثاب على امتناعه هذا^(٢)، إذ لا يتعلق بهذا الامتناع اختياره، ولا يتم به ابتلاؤه، لأنه ممتنع بنفسه، بخلاف النهي، لأنه تصرف من المخاطب بالمنع من فعل المنهي عنه باختياره، بمعنى أنه منع للمخاطب عن أداء ما هو مشروع في الأصل، فيكون امتناعه عن أدائه، انتهاء عما نهى عنه، فيتحقق بذلك موجب النهي ويثاب عليه.

هذا، ومقتضى النهي المطلق حرمة المنهي عنه، لا نسخ أصل مشروعيته، فيفسد الأداء فقط ويحرم، لأن فيه ترك الانتفاء الواجب بالنهي^(٣)، ولكن يبقى الأصل مشروعاً كما كان قبل النهي، وقد أتينا بأمثلة توضيحية فارجع إليها، إن شئت.

وفيما تقدم رد على الجمهور، حيث يذهبون - كما سيأتي - إلى أن النهي المطلق عن المشروعات، يوجب رفع المشروعية أصلاً عن المنهي عنه.

(١) جاء في «المرآة» للإزميري: (١/٣٢٥) في هذا الصدد ما مفاده: «لولا تصور وجود المنهي عنه ممكناً، لكان عد المنهي عنه، لعدم إمكانه في نفسه - استحالة - لا لامتناع المكلف عنه باختياره. فيصير النهي نسخاً (نفيًا) والنهي خلاف النسخ».

هذا، ونذكرك بما أشرنا سابقاً، من أن المشروعية إنما ترفع عن المنهي عنه، إذا انصب النهي على عين التصرف - ذاتاً أو جزءاً - لأنه حينئذ يقتضي القبح العيني، وهذا يستلزم البطلان.

(٢) وموجب النهي هو الانتفاء، فيكون ممثلاً ومثاباً. (٣) المراجع السابقة.

الفرق بين موجب النهي ومقتضاه:

قلنا، إن النهي - أصولياً - طلب مقتضى الامتناع عن فعل حتماً على وجه الاستعلاء، أثر ذلك أو موجبُه هو «وجوب الامتناع، والترك»^(١).

وهذا يقتضي «القبح» بالإجماع.

فالقبح إذن ليس مدلولاً عليه بمنطوق النهي، بل هو مقتضى، أو لازم عقلي من لوازمه، إذ العقل يحكم بأن الشارع إذا طلب الامتناع عن أداء فعل ومباشرته، لزم عقلاً أن يكون قبيحاً، لأن الشارع لا ينهى عما هو حسن، لقوله تعالى: ﴿وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ﴾ [النحل: ٩٠].

وفي «المرأة»: «والقبح مقتضى للنهي لا موجبُه»^(٢).

«القبح يثبت مقتضى للنهي، لازماً عقلياً متقدماً على نهي الشارع لا متأخراً (في اجتهاد الحنفية)».

ذهب الحنفية إلى أن النهي يقتضي القبح، فيثبت لازماً متقدماً على نهي الشارع، بمعنى أن المنهي عنه، لما كان قبيحاً، نهى الشارع عنه، فثبت القبح إذن في المنهي عنه سابق على ورود النهي الشرعي عنه، خلافاً للشافعية الذين يذهبون إلى أن الشيء لما نهى الشارع عنه، فقد قبح، فيثبت القبح - في اجتهاد الشافعية - مقتضى للنهي، لازماً متأخراً عن النهي لا متقدماً^(٣).

(١) «أصول السرخسي»: (١ / ٨٦)، و«المرأة»: (١ / ٣٢٥).

(٢) الموجب - بفتح الجيم - اسم مفعول من أوجب أي أثبت، والمراد هنا أثره الذي يثبت في المنهي عنه، «أصول السرخسي»: (١ / ٧٨ وما يليها).

(٣) «التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (١ / ٢٢١ وما يليها).

ووجهة نظر الحنفية في هذه المسألة، فرع عن أصلهم في مسألة الحسن والقبح، ولا يتسع المجال هنا لتفصيل القول فيها.

غير أن الحنفية يرون، أن للأفعال حسناً وقبحاً ذاتياً، وأن الله تعالى لا يأمر بشيء إلا إذا كان متصفاً بالحسن، ولا ينهى عن شيء إلا إذا كان متصفاً بالقبح، عقلاً.

وفيما نحن بصدد البحث فيه، يرى الحنفية، أن متعلقات النهي قسمان: أمور حسية، وهذه نوعان: =

النهي المطلق يقتضي التحريم بالإجماع إن ثبت بدليل قطعي:

يلزم من النهي المطلق الذي هو شرعاً: طلب الكفّ عن فعل على سبيل الحتم والإلزام، أن يكون المنهي عنه حراماً.

فالتحريم لازم للنهي، مدلول عليه بطريق الاقتضاء.

غير أن الحنفية يرون أن النهي إذا تعلق بعين المنهي عنه، أو بوصف لازم غير منفك، يفيد التحريم، إن ثبت بدليل قطعي الثبوت، ويفيد الكراهة التحريمية إن كان الدليل ظنياً.

أما إن كان النهي متعلقاً بأمر مجاور مُنفك، يفيد الكراهة فحسب عند جمهور الأصوليين والفقهاء، كالبيع وقت النداء، سواءً أكان الدليل قطعياً أم ظنياً^(١).

أما الظاهرية والإمام أحمد^(٢)، فذهبوا إلى أنه يفيد التحريم والبطلان، أخذاً بظاهر النهي، بقطع النظر عن مورده، ومقصد الشارع من النهي فيه.

وذهب أبو الحسين البصري^(٣) إلى أن النهي لوصف مجاور، يفيد البطلان في العبادات دون المعاملات، ويتفق مع الحنفية في المعاملات، وسيأتي تفصيل القول في بحث الأدلة.

= الأول: ما يكون قبيحاً لذاته، بحيث يستقل العقل بإدراك قبحه، ولذا جاء محرماً في جميع الملل، ومُحكماً لا تقبل حُرْمَتُهُ النسخ، منذ عهد النبوة، كالكفر والعبث، لما في الأول من جحود الخالق والرسالة، وجحود النعمة، ولما في الثاني من الخلو عن الفائدة، مما يتنافى مع قيام الشرع على الحكمة والمصلحة.

الثاني: ما يكون قبيحاً، ويرجع قبحه لجهة تُرْجَح على غيرها، كالزنا، فإنه قبيح لما فيه من تضييع النسب، وحرمة لا تقبل النسخ.

ويرى فريق من الأصوليين أنه قبيح لعينه شرعاً.

وهذان النوعان - في واقع الأمر - جرائم، ولذا لا يقر الشرع اتخاذها سبباً للنعمة، فلا إرث في الزنا، ولا في القتل العمد والعدوان.

ومن هنا، لا يتصور أن يكون النهي المطلق عن البيع يوجب بطلانه في ذاته، لأنه حسن في ذاته، ويدرك العقل حسنه قبل ورود الشرع به، فلو قلنا برفع مشروعيته بالنهي المطلق، لكان قبيحاً في ذاته، ولأدّى ذلك إلى التناقض، كما سيأتي تفصيل ذلك في بحث الأدلة.

(١) المرجع السابق.

(٢) «الفروق» للقرافي: (١/٨٢ وما يليها) «الفرق السبعون».

(٣) «المعتمد في أصول الفقه»: (١/١٨٣ وما يليها)، طبع المعهد العلمي الفرنسي للدراسات العربية بدمشق، بتحقيق الدكتور محمد حميد الله: ١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤م.

النهي في الشرعيات يفيد حكمين: أحدهما دنيوي قضائي، والثاني أخروي:

أما الحكم الدنيوي، فمن مثل الصحة والبطلان عند الجمهور، ويضيف الحنفية حكم الفساد، كجزء وسط بين الصحة والبطلان.

وأما الأخروي، فالتحريم، والكراهة، ويزيد الحنفية «الكراهة التحريمية»، بناء على أصلهم من التفريق بين الدليل الثابت قطعاً، والثابت ظناً.

وهذا يستدعي بحث مفهوم كل من الصحة والبطلان والفساد أصولياً، وهل هذه الأحكام شرعية أو عقلية؟

وإذا كانت شرعية، فهل هي تكليفية أو وضعيّة؟

مفهوم الصحة والبطلان والفساد أصولياً:

ميزنا - فيما سبق - بين الأحكام الدينية المباشرة لأفعال المكلفين، وهي الأحكام التكليفية الخمسة: من الوجوب والندب والإباحة والحرمة والكراهة^(١)، وبين الأحكام الدنيوية من الصحة والفساد والبطلان، فهذه الأخيرة أوصاف يضيفها المشرع على المشروعات من العبادات والعمالات، أحكاماً دنيوية وقضائية، تبعاً لكونها قد تحققت حقائقها الشرعية، من أركان وشروط تكوين وانعقاد، أو شرائط صحة، فيحكم عليها بالصحة، أو تخلف شيئاً من مكوناتها أو شروطها فيحكم عليها بالبطلان أو الفساد، على الخلاف في ذلك بين الأصوليين والفقهاء.

فالحكم بالصحة أو عدمها إذن، إنما هو حكم يتعلق بالمشروعات نفسها، وليس حكماً على من يباشر هذه المشروعات، من المكلفين.

مفهوم الصحة في عرف المتكلمين والفقهاء:

ذهب المتكلمون إلى أن «الصحة» في «العبادات» هي: «كون المأتي به منها موافقاً لما أمر به الشارع»^(٢).

(١) يضيف الحنفية - كما تعلم - حكم الكراهة التحريمية، وهو أقرب إلى الحرام.

(٢) «التلويح على التوضيح» لسعد التفتازاني: (١/٩٣ - ٩٤)، و«فواتح الرحموت» لابن عبد الشكور: =

وأما في المعاملات، فالصحة - في اصطلاحهم - هي: «كون المعاملة مُستتبعَةً لآثارها المقصودة منها» أي تلك الآثار التي شرعت المعاملة من أجلها، وهذا المعنى هو ما عبر عنه بعض الأصوليين بقولهم: الصحة هي: «استتباع الغاية».

أما الفقهاء فيرون أن الصحة في العبادات، هي: إسقاط القضاء، وتفرغ الذمة. فصحة العبادة هي كونها مُجزئةً، ومُسقطَةً للقضاء فيما فيه قضاء ومُفرغَةً للذمة مما شغلها من وجوب الأداء.

وأما في المعاملات، فهي «كون المعاملة محصّلةً للملك والحل» أي حِلُّ الانتفاع بالعوضين.

أما الملك، فثمرة المعاملة في الدنيا، وأما الحل، فحكم أخروي يترتب عليه الثواب، ومقابله الحرمة التي يترتب عليها العقاب.

والواقع من الأمر، أن مفاهيم الصحة في العبادات والمعاملات في اجتهاد المتكلمين والفقهاء، ليس بينها تباين أو اختلاف جوهري في التصور، ذلك لأن تعريف الفقهاء لصحة العبادة بكونها مجزئة، ومبرئة للذمة، ومسقطه للقضاء، لا يختلف عما ذهب إليه المتكلمون من تعريفها بكونها موافقة المأتي به من العبادة لأمر الشارع، إذ من المعلوم بدهاء أنّ العبادة لا تكون مُجزئةً إلا إذا كانت موافقةً لما أمر به الشارع من استكمالها لأركانها وشرائطها.

وكذلك المعاملات، فإنها لا تستتبع غايتها التي شرعت من أجلها، أو آثارها التي رتبها الشارع عليها مما يتعلق بمصالح المكلفين، إلا إذا كانت حقائقها قد توافرت، إذ لكل منها وضع شرعي خاص، أو كيان ذاتي شرعي مستقل، ينبغي أن يأتي به المكلف ويحققه في الوجود الخارجي على وفق ما رسم الشارع، وبذلك يتأتى الوجود الاعتباري للتصرف الشرعي الذي يستتبع خصوصياتها وآثارها المقصودة منها.

= (١٢١/١ - ١٢٣)، و«نهاية السؤل مع سلم الوصول»: (١/٩٤، وما يليها) للأسنوي، والشيخ بخيت المطيعي.

ولا ريب أن ترتب الآثار المقصودة من التصرف عليه، حكم دنيوي، ومن ثمراته الملك^(١)، وحل الانتفاع بالعوضين.

الامتثال والإجزاء في العبادات:

والواقع، أن «الصحة» في العبادة ثمرة الامتثال، وهو الإتيان بالمشروع على الوجه المطلوب شرعاً.

والامتثال على هذا الوجه يوجب الإجزاء الذي هو الصحة^(٢).

ومن هنا، عرف بعض الأصوليين «الإجزاء» في العبادات، بأنه سقوط القضاء «أي عدم المطالبة بتحصيل تلك العبادة مرة أخرى، وهذا هو تفرغ الذمة».

فتلخص أن الإتيان بالمشروع على الوجه المطلوب شرعاً هو الامتثال، والامتثال يوجب الإجزاء الذي هو الصحة، لموافقة المؤتى به لما أمر به الشارع، وتنعدم المطالبة التي تعني سقوط القضاء، مطلقاً، لا في الوقت ولا بعده، وتفرغ الذمة مما شغلها من الأمور به.

وعلى هذا، فليست «الصحة» هي الإتيان بالأمور به، فذلك هو الامتثال، وإنما الصحة هي: «كون الأمور به قد تحقق على وفق ما أمر به الشارع» وهذا هو الإجزاء.

(١) وقد تطلق الصحة على العبادات والمعاملات ويراد منها الحكم الأخروي، فحسب، فيقال: هذه العبادة أو المعاملة، صحيحة، بمعنى أنها تترتب عليها المثوبة من الله تعالى.

غير أن الصحة في المعاملات لا توصف بالإجزاء، فلا يقال هذا العقد مجزئ، بل يقال صحيح، ولا توصف بالإجزاء بمعنى الصحة إلا العبادة.

(٢) غير أن بعض الأصوليين يفسر الإجزاء بمعنى الامتثال، ليصبحا مترادفين، فيعرف الإجزاء بأنه الأداء الكافي لسقوط ما عليه.

والأداء الكافي هو الامتثال لما أمر به الشارع على أبلغ الوجوه فيما يتحقق فيه اختيار المكلف وابتلاؤه، كما تقدم.

أما المعنى الآخر للإجزاء الذي ذهب إليه بعض الأصوليين فهو: «سقوط القضاء» مطلقاً، أي عدم المطالبة بتحصيل ذلك الأمور به مرة أخرى لا في الوقت ولا بعده.

ونرجح هذا المعنى الأخير للإجزاء في العبادة.

فالاتثال أو الائتثار إذن يوجب الصحة أو الإجزاء.

مفهوم البطلان أصولياً عند الجمهور^(١):

جمهور الفقهاء على أن البطلان ضدُّ الصحة، ومقابلٌ لها، ولا يوصف بهما إلا «التصرفات الشرعية» ولا واسطة.

أما الأمور الحسية المنهي عنها لذاتها، فلا توصف بالبطلان، لأنها لا توصف بالصحة، فإذا كانت «الصحة» هي كون المشروع المؤدَّى موافقاً لما أمر به الشارع بحيث يكون مُجزئاً، ومُسقطاً للقضاء^(٢)، ومفرغاً للذمة، في العبادات، أو هي موافقة التصرف المشروع الذي أتى به المكلف من المعاملات، لما أمر به الشارع، بحيث يستتبع آثاره المقصودة منه شرعاً، فيثبت بها الملك والحل، كما أسلفنا، فإن البطلان - إن في العبادات أو المعاملات - هو «مخالفة الأمر المشروع الذي أتى به المكلف لما أمر به الشارع».

(١) أما البطلان لغة:

فقد جاء في لسان العرب ما يفيد أن البطلان هو الهذّر والضّيع والخُسْر، من بطل الشيء بطلًا (بضم الباء وتسكين الطاء)، وبطلاناً: ذهاب الشيء ضياعاً وخُسراً، فهو باطل. والقرآن الكريم يقابل الحق ضدّاً بالباطل، فإذا كان الحق هو الأمر الثابت من كل وجه، فإن الباطل لا يثبت، إذ لا يقوم على أساس، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ زَهُوقًا﴾ [الإسراء: ٨١]. ومن ذلك ما جاء في السنّة من حديث الرسول ﷺ حينما دخل عليه شاعر، وكان في حضرته عمر، فقال عليه السلام للشاعر: «اسكت إن عمر لا يحب الباطل» [أخرجه أحمد: ١٥٥٨٥، من حديث الأسود بن سريع، وإسناده ضعيف]. نهياً له عن التكسب بالشعر، ابن الأثير «غريب ألفاظ الحديث»، «لسان العرب». وأشار القرآن الكريم أيضاً إلى معنى آخر للباطل في ميدان التعامل، بمعنى السبب غير المشروع، ويقتضي ذلك التحريم: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩] لأن ما أفضى إلى الباطل فهو باطل.

وجاء في أساس البلاغة ما يفيد أن الباطل ضدُّ الصدق: قال فلان قولاً بطلًا (بضم الباء وتسكين الطاء). وهذه المعاني لا تتفق مع معنى البطلان في عرف الأصوليين والفقهاء «لسان العرب»: (١٣/٨٥)، طبع بولاق، «أساس البلاغة»، «المصباح المنير»، «مختار الصحاح».

(٢) «المعتمد»: (١/١٨٥)، لأبي الحسين البصري.

ويدل على مخالفة التصرف لما أمر به الشارع، إذا تحقق فيه ما ورد النهي عنه، أو كان بيان من الشارع بتحريمه.

ويرى الجمهور أن النهي المطلق^(١) عن المشروعات يوجب البطلان، وانعدام أصل المشروعية، سواء أكان مورد النهي عين التصرف أم جزأه أم وصفاً لازماً قائماً فيه، لأنّ التصرف - أصلاً ووصفاً لازماً - يؤلف - في نظر الجمهور - وحدة كاملة، لا انفصام لها، والخلل في الوصف يورث الفساد في الأصل، لأن التصرف وحدة كاملة لا تقبل التجزيء.

يؤكد هذا، أن النهي المطلق يوجب القبح المطلق، والقبح المطلق ينصرف إلى الكامل^(٢)، وهذا هو القبح الذاتي الذي يستلزم البطلان، وينسخ المشروعية أصلاً ووصفاً.

أما إذا كان النهي مقترناً بما يدل على أنه لمعنى في غير التصرف، أي لوصف مجاور منك، فإنه يقتضي القبح في المنهي عنه لغيره، لا لذاته.

وعلى هذا فالجمهور يرى أن الأصل العام في النهي المطلق، انصرافه إلى «الذات» أصلاً ووصفاً لازماً، واقتضاؤه القبح الذاتي^(٣)، وهذا هو المعنى الحقيقي للنهي، وموجبه ومقتضاه، والقبح الذاتي يستلزم البطلان.

أما النهي المقترن بما يدل على أنه لوصف مجاور، فإن المنهي عنه يكون صحيحاً، لسلامة التصرف عن المفسدة، أصلاً ووصفاً، ويفيد الكراهة، لمكان النهي عن المجاور.

وانصراف النهي إلى الوصف المجاور، إرادة للمعنى المجازي للنهي، لأن حقيقة انصرافه إلى الذات، لا إلى المجاور.

(١) المراد بالنهي المطلق الذي لم يقترن به ما يدل على أنه للذات أو للوصف الملازم.

(٢) المطلق ينصرف إلى الكامل، لأنه حقيقة فيه، ولا يصرف عنه إلا بدليل، ولا دليل.

(٣) وهذا يستلزم البطلان، كما قدمنا، لأن المشروعية لا تجتمع مع القبح الذاتي إجماعاً، ومعنى ذلك أن حقيقة النهي المطلق رفع المشروعية عن التصرف أصلاً ووصفاً أي نسخها عند الجمهور.

ويستقرئ الجمهور الحالات التي يكون فيها النهي منصرفاً إلى عين التصرف - أصلاً ووصفاً لازماً - فيوجب البطلان في كل منهما، فوجدوها في ثلاث:

أولها: النهي المطلق عن القرينة.

الثانية: النهي الذي يقترن بما يدل على أنه لذات^(١) المنهي عنه، وهذا بالإجماع.

الثالثة: النهي الذي يقترن بما يدل على أنه لوصف ملازم^(٢).

فالمنهي عنه في هذه الحالات باطل وغير مشروع أصلاً.

فالتصرف إما صحيح، وإما باطل، ولا واسطة.

وأن الباطل يطلق عليه الفاسد، لأنهما مترادفان^(٣) مفهوماً، وسبباً، وحكماً.

أما المفهوم فهو ارتفاع المشروعية أصلاً وانعدامها.

وأما السبب فلفوات الركن، أو شرط الركن، أو وصف لازم.

وأما الحكم، فانعدام الآثار المقصودة من التصرف، إذ لا يترتب أي أثر منها،

لأنه إذا كان معنى الصحة، هو استتباع الغاية، فالبطلان، عدم استتباعها، والبطلان والفساد يقابلها، فالقسمة ثنائية، كما قدمنا.

فالنهي المطلق عن التصرف الشرعي - في اجتهاد الجمهور - كالنهي عن الأمر

الحسي، كلاهما يدل على عدم المشروعية أصلاً.

رجوع النهي إلى فقدان ولاية أحد العاقدين، يوجب بطلان التصرف عند الشافعية،

خلافاً للحنفية:

هذا، وقد يكون موردُ النهي، فقدان ولاية أحد المتعاقدين، كبيع الفضولي، إذ لا

ولاية له على محل العقد الذي يشترط فيه أن يكون موجوداً، أو ممكناً، حال إبرام العقد،

ليتأتى إمكان تسليمه، ومالاً متقوماً، وملكاً لأحد المتعاقدين، أو لمن ينوب عنه.

(١) كالنهي عن بيع الأجنة، أو بيع الميتة، أو الخمر.

(٢) كالبيع الربوية.

(٣) «نهاية السؤل مع سلم الوصول»: (١/ ٩٦ - ٩٧).

وكذلك بيع الراهن المرهون، وبيع السفية، وبيع الصبي المميز.
فهذه العقود باطلة في اجتهاد الشافعية، خلافاً للحنفية الذين يرونها صحيحة جائزة، ولكنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن^(١).

إذ يرى الشافعية أن النهي عنها لوصف ملازم قائم في التصرف^(٢).
ويرجع فقدان الولاية إلى عدم ولاية العاقد في التصرف في محل العقد، لعدم الملك، أو النيابة عن المالك.

وقد يرجع إلى نقصان الأهلية، كالصبي المميز، والسفيه.
أو إلى تعلق حق الغير، كبيع الراهن المرهون، دون إذن المرتهن الذي تعلق حقه بالرهن، احتباساً، لاستيفاء دينه من ماليته عند عجز المدين عن الوفاء، وفي تصرف الراهن بالمرهون دون إذن المرتهن، تضييع حقه، لذا، منع الشارع ولاية الراهن على التصرف بالمرهون، لتعلق حق الغير به.

ولا يرى الحنفية أن النهي لفقدان الولاية، في وصف لازم^(٣) على ما سيأتي بيانه.
أدلة الجمهور:

استدلَّ الجمهور على أن النهي المطلق الذي لم يقترن بما يدل على أنه للوصف المجاور^(٤) يوجب البطلان، بما يأتي:
أولاً: بالسنة:

فقد روت السيدة عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «مَنْ عَمَلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا، فَهُوَ رَدٌّ»^(٥)؛ أي أن الفعل المنهي عنه مردود.

(١) ومنشأ الخلاف هل الولاية على محل التصرف، أو على التصرف نفسه، شرط انعقاد، أو شرط نفاذ، بالأول قال الشافعية، وعلى هذا لا يعترفون بالعقد الموقوف، ويعتبرونه باطلاً، غير منعقد، وبالثاني قال الحنفية، واعتبروا الموقوف من أقسام العقد الصحيح، منعقداً غير نافذ، وسيأتي البحث فيه.

(٢) أسباب اختلاف الفقهاء: ص ١٢٨ للشيخ علي الخفيف.

(٣) وعلى هذا، فالخلاف في تحقيق المناط في التطبيق في النظر والحكم.

(٤) إذ لا فرق عند الجمهور بين انصراف النهي إلى الذات أو الوصف اللازم، فيوجب البطلان في كلتا الحالتين، أما حالة انصرافه إلى الوصف المجاور فبالدليل كما علمت.
«روضة الناظر» ص ١١٤، لابن قدامة المقدسي موفق الدين.

(٥) أخرجه مسلم: ٤٤٩٣، وأحمد: ٢٥١٢٨.

ووجه استدلالهم أن قوله - عليه السلام - مردود، أي على فاعله.
والأصل أن الرد للذات، فإذا لم يمكن، لوجوده حساً، فيقتضي رد ما يتعلق به،
ليكون وجوده وعدمه سواء، وهذا هو البطلان، لأن الباطل معدوم شرعاً، والمعدوم
شرعاً كالمعدوم حساً، فتحقق بذلك أقرب معنى إلى رد الذات.
والتصرف الشرعي المنهي عنه نهياً مطلقاً، ليس على وفق ما أمر الله تعالى،
فيكون مردوداً، أي باطلاً لا وجود له، ولا اعتبار في نظر الشارع.

لا يقال إن معنى قوله ﷺ: «فهو رد» أي الفعل المنهي عنه، غير مقبول، فلا
يكون قرينة أو طاعة مثاباً عليها، وهذا شيء وراء البطلان، إذ لا يلزم من كون الفعل
غير مثاب عليه، أن لا يكون سبباً لترتب أحكامه الخاصة به عليه^(١)، لا يقال هذا،
لأن المتبادر من كلمة «فهو رد» أنه مردود الذات، والتبادر أمانة الحقيقة، فإذا لم
يمكن، لوجوده حساً، فيصار إلى أقرب المتعلقات معنى للحقيقة، وهو البطلان، لأن
الباطل معدوم شرعاً، والمعدوم شرعاً، كالمعدوم حساً^(٢)، فأضحى وجوده وعدمه -
في نظر الشارع - سواء، وهذا أقرب معنى لرد الذات حساً.

وفي معنى الحديث الأول، قوله ﷺ: «من أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد»^(٣)
تأكيد لعدم اعتبار التصرف المنهي عنه أصلاً وأثراً.

ثانياً: احتجاج السلف، من الصحابة والتابعين ومن بعدهم، بل العلماء في جميع
الأعصار على بطلان^(٤) التصرف بمجرد النهي عنه.

(١) وهذا ما يقول به الحنفية، ورَدَ الجمهور على ذلك بقولهم: «لا يقال هذا»، وأتوا بالدليل الذي ينقض
دعوى الحنفية.

(٢) «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي: (٢/٢٨١)، وراجع «روضة الناظر» لابن قدامة: ص ١١٤.

(٣) أخرجه البخاري: ٢٦٩٧، ومسلم: ٤٤٩٢، وأحمد: ٢٦٠٣٣، من حديث عائشة، بلفظ: «من أحدث
في أمرنا...».

(٤) «إرشاد الفحول» للشوكاني: ص ١١٠، ويقول حاكياً مذهب الجمهور: «استدل الجمهور على اقتضائه
للفساد - البطلان - شرعاً، بأن العلماء في جميع الأعصار لم يزالوا يستدلون به على الفساد - البطلان -
في أبواب الربويات، والأنكحة، والبيوع، وغيرها».
وراجع «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي: (٢/٢٧٩).

فقد استدل عمر رضي الله عنه على بطلان نكاح المشركات بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [البقرة: ٢٢١] دون نكير، فكان إجماعاً.

واحتجوا على بطلان عقود الربا بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وبقوله عز وجل: ﴿وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٨] وهو في معنى النهي، وبقوله عليه السلام: «لا تبيعوا الذهب إلا مثلاً بمثل»، وفي رواية: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، والورق بالورق، إلا مثلاً بمثل»^(١) وغير ذلك كثير^(٢).

ثالثاً: واحتجوا بالمعقول:

قالوا: إن العقد المقترن بوصف الفساد كالبيع المقترن بشرط ربوي، لو اعتبر منعقداً في نظر الشارع - كما يقرر الحنفية - على الرغم مما يقوم به من وصف الفساد، فلا تخلو هذه الحال من افتراضات ثلاثة:

الأول - ألا يكون له أثر، ولا تترتب عليه ثمراته المقصودة منه، وحينئذ لا يكون ثمة فرق بينه وبين الباطل، وهذا ما نقول به.

الثاني - أو ترتب عليه الآثار التي اتفق عليها المتعاقدان، وهذا غير جائز أيضاً، لما يتضمن من إقرار الشارع لوصف الفساد الملازم، فكأن الشارع يحل ما حرم، وإذا كان هذا باطلاً، فيكون التصرف مع فساد الوصف باطلاً أيضاً، لأن ما يؤدي إلى الباطل باطل بالبداهة، وهو ما نقول به أيضاً.

الثالث - أن نجعل هذا التصرف الذي اتصل به وصف الفساد، آثراً تتفق مع مقصد الشارع، دونما اعتبار لمقصد المتعاقدين، وهذا غير جائز أيضاً، لما فيه من نقض لمبدأ التراضي، وهو أساس العقد لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحُكْمٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] والمقصود بالتجارة المعاوضة، ولقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»^(٣).

(١) أخرجه البخاري: ٢١٧٧، ومسلم: ٤٠٥٤، وأحمد: ١١٠٠٦، من حديث أبي سعيد الخدري. والورق - بفتح الواو، وكسر الراء - الفضة.

(٢) ومن ذلك استدلالهم على بطلان نكاح المحرم بالنهي، وبطلان بيع الطعام قبل قبضه بالنهي، المراجع السابقة.

(٣) أخرجه أحمد: ٢١٠٨٢، من حديث عمرو بن يثري، وهو صحيح لغيره.

وهذا ينفي جواز إلزام المتعاقدين بما لم يلتزم به، بمحض رضاهما، فوجب الحكم ببطلانه، وهو مذهبنا.

فتلخص أن اعتبار مرتبة وسطى بين الصحة والبطلان وهي مرتبة الفساد، في كل حال من هذه الحالات المفترضة، يؤدي إلى مناقضة أحكام الشريعة، ومقاصدها، ومنطق التشريع، فيكون ذلك باطلاً بالضرورة، فالقول بوجود العقد الفاسد لا أساس له في الشرع^(١)، في اجتهاد الجمهور.

رابعاً: إن النهي عن الشيء يدل على تعلق المفسدة بعين التصرف، أو بما يلزمه من وصف متصل، لأن الشارع لا ينهى عن المصالح، وإنما ينهى عن المفسد، وفي الحكم عليها بالبطلان أبلغ طريق لإعدام المفسد.

خامساً: إن النهي عن المشروع لو أفاد بقاء مشروعية الأصل، وصحته، لانصراف النهي إلى غير عين المنهي عنه، مما يستلزم القول بانعقاده سبباً لحكمه، لترتب على ذلك نقض حكمة الشارع في النهي من وجهين:

أولهما - أن اعتبار أصل المنهي عنه سبباً منعقداً لترتب بعض الأحكام عليه، فيه تسليط للمكلف على مباشرة هذا السبب المنهي عنه تحصيلاً لثمرته، وفي النهي منع له من التوسل، وبين التسليط والمنع تناقض ظاهر.

الثاني - إن مقصود المكلف متعلق بالأثر المترتب على السبب المنهي عنه، وفي القول بانعقاده تمكين من الشارع للمكلف بتعاطيه، وفي النهي منع من التمكين، ولا يتأتى هذا من الشارع الحكيم، للتناقض، وهذا الاستدلال قريب من معنى سابقه.

سادساً: إن تعلق النهي بالوصف الملازم للتصرف، كتعلقه بعينه سواء بسواء، لكونهما وحدة كاملة لا تنقسم، فالخلل في الوصف يوجب الفساد في الأصل الموصوف.

وأيضاً، ما كان النهي من الشارع عن التصرف أصلاً أو وصفاً، إلا لغلبة المفسدة

(١) «الفروق» للإمام القرافي: (٢/٨٦).

ورجحانها على ما فيه من مصلحة ، فإذا كان الأصل سالماً عن المفسدة، لتوافر أركانه، فإن هذا الأصل أصبح مغموراً بالفساد، لعارض النهي، في وصفه الملازم له، فوجب القول ببطلانه جملةً، لأن مشروعية الأصل أضحت مرجوحة، لرجحان مفسدة النهي في الوصف اللازم عليها، والمرجوح كالمستهلك المعدوم^(١)، والمعدوم قد خرج عن اعتبار الشارع، فأوجب ذلك البطلان أصلاً ووصفاً، وهو ما نتجه إليه.

سابعاً: إن النهي عن التصرف المشروع يدل على البطلان ظاهراً، لا نصاً^(٢)، بمعنى أن الأصل أن النهي المطلق يدل على البطلان، ويحتمل الدلالة على الصحة بالدليل، فيكون ذلك استثناء من الأصل العام، ولا تناقض، حتى إذا انتفى الدليل كان العمل بالظاهر واجباً، ولا يجوز صرفه إلى غيره أو تأويله إلاً بدليل، كما في النهي عن الوصف المجاور، إذ لا تأويل بلا دليل.

فثبت ما قلنا من أن الأصل في النهي المطلق أنه يدل على البطلان، وأن النهي عن الوصف اللازم يدل على البطلان أيضاً، لرجحان فساد الوصف على مشروعية الأصل.

ثامناً: قياس النهي المطلق على الأمر المطلق.

الأصل في الأمر أنه يدل على الحسن الذاتي، إلاً لدليل يصرفه إلى غيره إجماعاً، فكذلك النهي، يدل على القبح الذاتي الذي يستلزم البطلان، إلاً إذا دلّ الدليل على أنه نهى لوصف مجاور.

والفرق تحكّم.

وأيضاً، النهي المطلق ينصرف إلى الكامل، أخذاً بالمعنى الحقيقي للنهي،

(١) «الإحكام في أصول الأحكام»: (٢/ ٢٧٩ وما يليها)، و«روضة الناظر» ص ١١٤ في أصول الفقه الحنبلي.

(٢) راجع بحثاً أصولياً مستفيضاً في الظاهر والنص، مفهوماً وحكماً، والفرق بينهما، ومدى قوة وضوح مقصد الشارع في كل منهما، واحتمالهما للتأويل، في كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي»: ص ٣٩-٤٨. [ط. الرسالة ٢٠٠٨]، وكتابنا «أصول التشريع الإسلامي»: ص ٧٥ وما يليها - المقرر على السنة الرابعة من كلية الحقوق بجامعة دمشق - طبع جامعة دمشق ١٩٧٦

والأصل في الكلام الحقيقة، ولا يصرف إلى المجاز إلا بدليل، ولا دليل مقترناً يصرفه عن هذا المعنى، لأن المفروض أنه مطلق لا مقيد بما يدل على أنه لوصف مجاور.

وإذا كان المطلق ينصرف إلى الكامل عملاً بالحقيقة، فالقبح الكامل هو القبح الذاتي، وهذا يستلزم البطلان، أو عدم المشروعية أصلاً، كما بينا.

تاسعاً: إن موجب^(١) النهي هو وجوب الانتهاء حتماً، أو لزوم الامتناع والترك، وهذا يستلزم التحريم، وكون الفعل معصية، والمعصية لا تجامع المشروعية، للتضاد، فوجب القول برفع مشروعية التصرف المنهي عنه أصلاً، ونسخها، دفعاً للتناقض، إذ الحرمة والمشروعية لا يجتمعان^(٢).

عاشراً: وأيضاً، لو قلنا أن النهي المطلق يقتضي بقاء أصل المشروعية، مع فساد الوصف - كما يقرر الحنفية - لكان معناه، وجود التصرف من وجه دون وجه أي مشروع أصلاً، وغير مشروع وصفاً، وهما مما يتنافى والقبح الذاتي الذي هو مدلول إطلاق النهي حقيقة، واللازم للقبح الذاتي - كما علمنا - هو البطلان، أو عدم مشروعية^(٣) التصرف أصلاً في اعتبار الشارع من كل وجه.

(١) موجب النهي - بفتح الجيم - الأثر الثابت به، أو حكمه - كما أسلفنا.

(٢) «المرأة» للإزميري: (١/ ٣٢٤)، و«التقرير والتجسير شرح التحرير» للكامل ابن الهمام: (١/ ٣٢٩)، و«شرح المنار وحواشيه»: ص ٢٥٨-٢٨٤، و«فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت بها من المستصفى»: (١/ ٣٩٨-٤٠٥)، و«كشف الأسرار»: (١/ ٢٥٧-٢٩٨)، و«بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/ ٥٩-٦٠ و١٩١-١٩٢).

(٣) سيأتي تحديد مفهوم «المشروعية» في اجتهاد كل من الجمهور، الحنفية، ويبدو من وجهة نظر الجمهور أن «المشروعية» تعني الإباحة والطاعة، ولا ريب أن الإباحة أو الطاعة، لا تجتمع مع الحرمة للتنافي. غير أن الحنفية يرون أن «المشروعية» تعني «الصحة» وهي ترتب الأثر، أو استتباعه، كما قدمنا، لوجود المقتضي، وهو الوضع الشرعي، وانتفاء المانع، إذ الشارع هو الذي وضع الأفعال والتصرفات أسباباً جعلية تستتبع آثارها، فإذا وجدت أركانها، سالمة عن المفسدة، استتبع أثرها الأصلي وهو الملك، وهذا حكم دنيوي، وقد يجتمع الملك مع الحرمة، ولا تناقض، أو بعبارة أخرى، قد تجتمع المشروعية - بمعنى استتباع الأثر - مع الحرمة، على ما سيأتي بيانه. «التوضيح مع التلويح»: (٢/ ٢٢١)، و«نهاية السؤل» للأسنوي: (١/ ٩٦)، و«كشف الأسرار»: (١/ ٢٥٧).

مفهوم البطلان أصولياً في اجتهاد الحنفية، والفرق بينه وبين الفساد، معنى، وسبباً،
وحكماً، مع الأدلة:

قدمنا، أن الأثر الثابت بالنهي المطلق عن التصرفات الشرعية، هو «منشأ
الخلاف» في نظريتي البطلان والفساد، بين الأصوليين والفقهاء.

وأن «محل النزاع» هو «التصرفات الشرعية» لا الأمور الحسية.

ويبينا، أن الجمهور يرى أن الأصل في النهي المطلق عن المشروعات، يدل على
البطلان، لما أتوا به من أدلة.

وأنه لا فرق - في اجتهادهم - بين كون مورد النهي أصل التصرف، أو وصفه
اللازم.

وعلى هذا، فلا فرق بين البطلان والفساد، فكلاهما - عند الجمهور - سواء
معنى، وسبباً، وحكماً، كما أسلفنا.

وأنه يجب العمل بمقتضى هذا الأصل العام، ولا يعدل عنه إلا للضرورة، وذلك
بأن يقوم الدليل على أن مورد النهي وصف مجاور منك، وحينئذ لا يكون له تأثير
على كيان التصرف الشرعي، أصلاً ووصفاً، فيصح، وينعقد سبباً لآثاره جميعاً، مع
الكراهة.

أما الحنفية، فيرون أن الأصل العام في النهي المطلق، أنه لا يوجب البطلان،
فلا تأثير له في صحة التصرف، ولا في بطلانه، وإنما ينحصر تأثيره في «التحريم»
لاقتضاء النهي للقبح إجماعاً، أو بعبارة أدق، إن النهي المطلق يوجب قبح المنهي
عنه، لمعنى في غيره، متصل به، لا لعينه، حتى يبقى التصرف في أصله مشروعاً.

وبيان ذلك، النهي ينصرف إلى الوصف اللازم، لا إلى الذات، فيكون التصرف
مشروعاً بأصله، وغير مشروع بوصفه، لتعلق النهي بهذا الأخير، وهذه هي مرتبة
«الفساد» بين الصحة والبطلان.

وذلك، كالبيع مع شرط لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولا جرى به العرف، ولا

ورد به نص يجيزه، وفيه نفع لأحد المتعاقدين^(١)، أو لكليهما، أو البيع بالخمير ثمناً للمبيع بين المسلمين، وكالبيع مع الربا، والطلاق أو القربان حال الحيض، أو صوم الأيام المنهي عن صومها، فالنهي في مثل هذه الأحوال، يدل على الفساد^(٢)، لا البطلان، لتعلق النهي بالوصف دون الذات، فيبقى الأصل مشروعاً، ويعتري الفساد الوصف^(٣).

وعلى هذا، فإن الأصل يبقى مشروعاً بعد النهي، كما كان مشروعاً قبله، لأن النهي لمعنى في غيره.

ويجب العمل بمقتضى هذا الأصل العام، ولا يُعدل عنه إلا للضرورة، وذلك في حالتين:

إحدهما - إذا قام الدليل على أن مورد النهي هو عين التصرف، لفقدان ركن من أركانه، كبيع الأجنة في بطون أمهاتها، أو بيع الخمر محلاً للبيع بين المسلمين، أو الميتة، أو الخنزير، مما ليس محلاً للبيع شرعاً، ولعدم قبوله حكم العقد، فيكون حينئذ باطلاً وهذا بالإجماع.

والثانية - إذا قام الدليل على انصراف النهي لوصف مجاور منفيك، كما أسلفنا، ليكون التصرف صحيحاً منتجاً لجميع خصوصياته وآثاره المقصودة منه، مع الكراهة.

وعلى هذا، فالباطل هو ما كان معدوماً شرعاً من كل وجه، وخارجاً عن اعتبار الشارع، فلا ينعقد سبباً لحكمه، لخلل في أركانه، بخلاف الفاسد، فهو ما كان أصله

(١) راجع بحث «الشروط المقترنة بالعقد تقييداً».

(٢) ونحن نرجح أن يكون النهي لوصف ملازم في العبادات يدل على البطلان، إذ لا يجتمع قصد القرينة وقصد المعصية فيها، للتناقض، فتبطل، وليس كذلك المعاملات، على ما سيأتي تفصيله.

(٣) «الإحكام في أصول الأحكام»: (٢/٢٧٩)، و«التوضيح مع التلويح»: (٢/٢٢٢ وما يليها)، و«كشف الأسرار»: (١/٢٥٧)، و«المرآة»: (١/٣٢٤ وما يليها)، و«شرح المنار وحواشيه» ص ٢٥٨ وما يليها، و«التقرير على التحرير»: (١/٣٢٤ وما يليها)، و«التقرير على التحرير»: (١/٣٢٩)، و«نهاية السؤل»: (١/٩٤ وما يليها)، و«إرشاد الفحول»: ص ١١٠، و«الفروق»: (٢/٨٣).

مشروعاً، ومنعقداً، لسلامة أركانه عن المفسدة، فاستلزم صحة الأصل، أو المشروعية الناقصة، بمعنى ترتب بعض الآثار عليه إذا تأيّد بالقبض، ويكون واجب الفسخ، لفساد وصفه، ولأنه متعلّق النهي، ولمكان الحرمة فيه، حقاً للشرع، إلا إذا تعذر ذلك، حماية لحق مكتسب للغير، أو تحقيقاً لمقتضيات العدالة في العقد بين طرفيه بعد القبض، على ما سيأتي بيانه.

فالفساد يعتمد المشروعية الناقصة بالنظر إلى الأصل، وتتعلق به المفسدة والحرمة بالنظر إلى الوصف، فهو عقد ناقص المشروعية تشوبه الحرمة، ولذا كان واجب الفسخ، وجاز التصرف فيه للغير تصرفاً ناقلاً للملك يُظهِرُهُ، ويُخرج الصحة عن المعصية.

مفهوم المشروعية - أصولياً - بين الحنفية والجمهور:

تبدى لك مما سبق، أن «مفهوم المشروعية» أصولياً - في اجتهاد الحنفية - آنفاً يعني ترتيب الأثر المقصود من التصرف الشرعي.

وأصل المشروعية، لا يوجد إلا بوجود أصل التصرف، أثراً له، ولا ينعقد التصرف سبباً لحكمه الشرعي بداهة إلا إذا وجدت أركانه الجوهرية فيه، وشروط تكوينه أو انعقاده، حتى إذا وجد أصل التصرف فقد وجد أصل المشروعية، لوجود المقتضي، وهو وضع الشارع التصرف سبباً لحكمه، وانتفاء المانع، فالتلازم - كما ترى - قائم بين عين التصرف وأصل المشروعية.

أما إذا انعدم عين التصرف، فقد انعدمت المشروعية أصلاً، لأنها مرتبطة به، وجوداً وعدمًا، ارتباط المعلول بالعلة.

وهذه هي الصورة الوحيدة «للپطلان» في اجتهاد الحنفية.

وعلى هذا، فالمشروعية - في اجتهاد الحنفية - لا تعني الإباحة، ولا الطاعة أو القربة، كما أسلفنا، خلافاً للجمهور، وإنما تعني ترتب الأثر، أو استتباع الغاية. وقد علمت، أن استتباع الغاية هي «الصحة».

إذن، فالمشروعية أو الصحة، هي موجب النهي المطلق عن التصرف المشروع، لانصراف النهي إلى غير الذات، وهو الوصف الملازم، لكنها مشروعية أو صحة ناقصة تشوبها الحرمة. ذلك، لأن بقاء الأصل سالمًا عن المفسدة، يستلزم أصل المشروعية، وليس من ضرورة ثبوت الحرمة مقتضى للنهي، انتفاء الأصل، ولا انتفاء المشروعية التي تفيد الملك بالتالي، إذ الحرمة تجامع الملك، كما بينا.

ذلك، لأن التحريم والقبح، وإن كان مقتضى للنهي بالإجماع، أيًا كان مورده، تحقيقاً لحكمة الناهي، وهو الله سبحانه، لكنه حكم ضروري.

وأما المشروعية، بمعنى استتباع الغاية، أو «الصحة» أو ترتب الأثر، فحكم دنيوي، أو قضائي من أحكام الوضع، لا من أحكام التكليف.

غير أن هذه «المشروعية» ناقصة، لمكان النهي في الوصف الملازم، كما بينا.

ومن هنا، لم يرَ الحنفية تناقضاً في اجتماع «المشروعية» التي تفيد الملك، لوجود المقتضى، وهو انعقاد أصل التصرف سبباً لحكمه، بوضع الشارع، ولخلوّه من المفسدة، وبين الحرمة، إذ الحرمة والملك قد يجتمعان، كما نوّهنا، لأن كليهما بحكم الشارع، وبذلك يتم التوفيق بين أصل المشروعية، ومقتضى النهي، وإعمال الدلائل جميعاً.

مذهب الجمهور في أثر النهي المطلق على التصرف الشرعي:

وأما الجمهور، فرأوا أن «المشروعية والحرمة» متنافيان، بناءً على أن «المشروعية» - في اجتهادهم - تعني الإباحة، أو القرية، أو الطاعة، ولا يجتمع قسداً القرية وقسداً المعصية، أو حلاً وحُرمةً، للتنافي، كما هو الشأن في العبادات سواء بسواء.

إذن، لا فرق - في اجتهاد الجمهور - في موجب النهي المطلق - وهو البطلان - بين العبادات والمعاملات، كما ترى.

ولا فرق أيضاً - عندهم - في موجب - وهو البطلان - بين ما إذا كان متعلّقهُ عين التصرف، أو وصفهُ اللازم، كما قدّمنا.

وعلى هذا، فإن فكرة الفساد في التصرفات الشرعية - في اجتهاد الجمهور - تستلزم التناقض، لتفسيرهم المشروعية بالحلّ أو الإباحة. بينما الحنفية، إذ ميّزوا بين الأصل والوصف، متعلّقاً للنهي، وحدّدوا مفهوم المشروعية، بترتّب الأثر لم يروا هذا التناقض. ونستنتج من ذلك، أن «عدم الصحة» - عند الجمهور - لا يتعدّد، وهو «البطلان» في حالتي فساد الأصل أو الوصف اللازم.

أما عدم الصحة - عند الحنفية - فيتعدّد، فهو فساد وبطالان. وترتّب على هذا، أن الجمهور لم تستدع نظرتهم الأصولية القائمة على عدم التمييز بين حالتي تعلق النهي، إلى التفرقة بين البطلان والفساد، مفهوماً وحكماً، فكلاهما بمعنى واحد (مترادفان)، ولذا كانت القسمة في المشروعات سواء في العبادات أم في المعاملات - ثنائية: الصحة والبطالان، ولا واسطة، كما أشرنا. وذلك لما رأوا من التلازم بين الأصل والوصف اللام له، حتى غدا التصرف أصلاً ووصفاً، وحدةً كاملة لا تتجزأ.

فإذا عرا الوصف خلل، تسرّب إلى الأصل^(١).

وأما الحنفية، فقد استدعت نظرتهم الأصولية القائمة على التمييز بين الأصل والوصف، متعلّقاً للنهي، إيجاد مرتبة وسطى بين الصحة والبطالان، وهي الفساد، كما قدّمنا.

وبذلك، اختلف البطلان عن الفساد - في اجتهاد الحنفية - منشأً، ومفهوماً، وحكماً، على ما سيأتي تفصيله.

فتحرّر لدينا، أن منشأ الخلاف بعبارة أدق، هو:

مدى أثر النهي المطلق في - مفهوم المشروعية - في التصرف الشرعي، في اجتهاد الأصوليين والفقهاء.

(١) «نهاية السؤل مع سلم الوصول» للأسنوي: (١/٩٤ وما يليها)، و«الفروق»: (٢/٨٢ وما يليها).

التمييز بين البطلان، والفساد، منشأً، ومفهوماً، وحكماً، في اجتهاد الحنفية:

أما منشأ البطلان، فخللٌ جوهريٌّ في أصل التصرف، من أركانه وما يتعلّق بهذه الأركان من شروط الانعقاد.

ومنشأ الفساد خللٌ في الوصف اللازم، وهو أمرٌ خارجٌ عن ذات التصرف، ولكنه متّصل به.

أ - وأما معنى أو مفهوم «البطلان» فيعني انعدام معنى التصرف، لخللٍ جوهريٍّ في أركانه، فتتعدم بذلك المشروعية أصلاً، بحيث يُخرجه عن اعتبار الشارع، والمعدوم شرعاً كالمعدوم حسّاً، إذ لم تتعقد سببية التصرف لحكمه، لانعدام معناه شرعاً. فلا يكون مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً، ولا يترتب عليه أيُّ أثر من الآثار المقصودة منه.

ب - وأما الفساد، فهو عدم مشروعية الوصف خاصة، دون الأصل، لتعلق النهي بالوصف، مع بقاء الأصل منعقداً سبباً لحكمه، لخلوّه عن المفسدة، فيستدعي أصل المشروعية، مقابلةً للأصل بالأصل^(١)، لكنها مشروعية ناقصة، كما أشرنا، لمكان النهي في الوصف.

وأما حكم البطلان، فعدم ترتّب أيِّ أثرٍ من آثار التصرف المقصودة منه، فيما لو كان صحيحاً^(٢)، إذ المعدوم في اعتبار الشارع، لا ينتج أثراً.

وأما حكم الفساد، فلا يترتب عليه أثرٌ قبل القبض، فهو والباطل سواء، ويجب فسخه، حتى إذا تم القبض ترتّب بعض آثاره، ومنها المِلْك الحرام، لمكان النهي في الوصف، ووجب الفسخ حقاً للشرع، إلا لمانع، على ما سيأتي بيانه.

(١) «الفروق» للقرافي: (٢/٨٣ وما يليها).

(٢) أوردنا هذا القيد احترازاً عن بعض الآثار التي تترتب على العقد الباطل، من مثل ضمان المشتري للمبيع بيعاً باطلاً، بعد القبض، حتى لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء.

كل ذلك فيما خلا «العبادات» على الأرجح، وألحق مُتقدِّمو الحنفية عقد النكاح بالعبادات إذ لا فرق فيها بين بطلان وفساد^(١).



(١) سيأتي أن الأرجح عدم التفرقة بين البطلان والفساد في النهي المطلق عن العبادات، إذ المقصود منها أثر واحد، هو الطاعة والقربة، والثواب الأخرى، وهذا لا يُجامع قصد المعصية، للتناقض، فلذا رجَّحنا البطلان.

تأصيل نظرية الفساد في الفلسفة الأصولية عند الحنفية

اعتمد الحنفية في تأصيلهم لنظرية الفساد في العبادات والمعاملات، على بحوثهم الأصولية في أثر النهي عن المشروعات في حالتين، وأقاموا الأدلة على اتجاههم فيه، حيث انتهوا فيهما إلى أن النهي لا يوجب البطلان، إذ لا أثر له على مشروعية أصل التصرف، ولا عدمها، وإنما ينحصر أثره في التحريم، مع بقاء أصل المشروعية، إلا إذا قام الدليل على انصراف النهي إلى أصل المشروعية.

وأما المشروعية وعدمها، في المنهي عنه من المشروعات، فتقوم - في اجتهادهم - على أصل آخر، يجب على المجتهد أن يتبينه في ضوء مقصد الشارع. وأقاموا الأدلة على ذلك.

أما الجمهور فلم تنهض أدلتهم بصحة اتجاههم، من أن النهي يوجب البطلان ورفع المشروعية أصلاً عن المنهي عنه، فيما عدا النهي للوصف المجاور حيث يفيد الكراهة.

ولهذا، قرّر الحنفية أن النهي عن المشروع، إذ لا يمس أصل مشروعيته، تعيّن انصرافه إلى وصف خارج عنه، مُلَازِم له، فيكون مشروعاً بأصله، وغير مشروع بوصفه، أي ينصرف النهي إلى هذا الوصف العارض المتصل بالتصرف.

أما الحالتان فهما:

أولاً: حالة النهي المطلق عن المشروعات

والإطلاق هنا معناه: عدم اقتران النهي بقريئة أو دليل، يبدل على أن النهي منصرف إلى ذات التصرف، أو إلى وصفه.

ثانياً: حالة ما إذا اقترن النهي بدليل يبدل على أنه لوصف ملازم.

ففي كلتا الحالتين، الأصل العام^(١) - في اجتهاد الحنفية - أن النهي يوجب الفساد لا البطلان خلافاً للجمهور^(٢).

(١) هذا هو الأصل العام - في اجتهاد الحنفية - في الحالتين:

أما إذا قام الدليل على أن النهي منصرف إلى الذات، لخلل في أركانه، أو شرائط هذه الأركان، فإنه يوجب «البطلان» حينئذ، لانعدام معنى التصرف، فيستلزم عدم المشروعية أصلاً، وهذا بالإجماع، كما في بيع الأجنحة في بطون أمهاتها، وبيع الخمر، وبيع الخنزير، ونكاح المسلمة بالكافر، ونكاح المحارم، لعدم قابلية المحل لحكم العقد، ومعلوم أن العقد لا ينعقد إلا إذا ترك أثره في المعقود عليه، بأن كان موجوداً، وقابلاً لحكمه، ويكون النهي حينئذ بمعنى النفي مجازاً، لأنه مستعمل بمعنى الإخبار عن رفع المشروعية، وحقيقة النهي، ليست كذلك، لأنها تصرف من الشارع في منع المخاطب من أداء المشروع المنهي عنه، فهو طلب وإنشاء لا إخبار، والنفي سبيل النسخ، لأنه - كما قلنا - بيان وإخبار عن رفع المشروعية أصلاً، فهو نهي صورة، ونفي معنى، والعبارة بالمعاني لا بالصور والمباني. غير أن هذا خارج عن النزاع، لأن البحث في حقيقة النهي لا في مجازه، ولا في النسخ، ولا في النفي. وكذلك النهي الذي اقترن به ما يدل على أنه منصرف إلى وصف مجاور منفك، فإنه يوجب الصحة الكاملة، أو المشروعية الكاملة، لتوافر أركان التصرف وبشرائطه، ولكن مع الكراهة وهو رأي الجمهور، وليس البحث فيه.

(٢) جاء في «التلويح» للتفتازاني: (١/ ١٠٥ - ١٠٧) من مصادر أصول الحنفية: «الفعل المتعلق بمقصد دنيوي، إن وقع بحيث يوصل إليه، فصحيح، وإلا فإن كان عدم إيصاله إليه من جهة خلل في أركانه وشرائطه، فباطل، وإلا ففساد».

ثم أخذ يحدد معنى كل من الصحيح والفساد والباطل، باعتبار أنها معانٍ متقابلة بقوله: «فعلى ما ذكرنا: الصحة والبطلان والفساد، معانٍ متقابلة، حاصلها أن الصحيح ما يكون مشروعاً بأصله، ووصفه، والباطل ما لا يكون مشروعاً بأصله، ولا بوصفه، والفساد ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه». وبين الإمام التفتازاني مضمون كل من هذه المصطلحات في فقه أصول الحنفية، ومدى ما يكون له من أثر في حق الحكم، فيقول: «وهذا معنى قولهم: الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه، بحيث يكون معتبراً في حق الحكم، والفساد ما كان مشروعاً في نفسه، فائت المعنى من وجه، لملازمة ما ليس =

أو بعبارة أخرى، يوجب قبحاً في وصف التصرف لا في عينه، وإلا أصبح مستحيلاً شرعاً، والمستحيل لا يتأتى فيه معنى الانتهاء، ولا يتم به الابتلاء، فيبطل النهي نفسه.

مثال ذلك: النهي عن «البيع» لشرط مقترن يستثني منفعة المبيع للبائع لمدة معينة من الزمن، ولم يجرِ العرف بذلك، فالشرط الفاسد في مذهب الحنفية، ممنوعٌ بنهي الشارع، لما فيه من مصلحة لأحد طرفي العقد، والرسول ﷺ نهى عن بيع وشرط، ولأنه ليس من مقتضى العقد، ولا مما يلائمه، ولا ورد به نصٌ يجيزه.

والعلة هي «الربا» أو شبهته.

= بمشروع إياه بحكم الحال، مع تصور الانفصال في الجملة، والباطل ما كان فائت المعنى من كل وجه، مع وجود الصورة (الوجود الواقعي الحسي) إما لانعدام معنى التصرف، كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية المتصرف، على التصرف نفسه، كبيع الصبي والمجنون». هذا، ويلاحظ أن الإمام التفتازاني، لم يذكر انعدام أهلية المتعاقدين على محل التصرف نفسه، لعدم الملك، كالفضولي، أو نقصان أهليته على التصرف، لتعلق حق الغير، لأن انعدام هذه الأهلية أو نقصانها، ليس من أسباب البطلان، كما هو الشأن في اجتهاد الشافعية، بل من أسباب التوقف وعدم النفاذ، على ما سيأتي.

أما في فقه المالكية، فلا تفرقة بين الفساد والبطلان، كجمهور الشافعية. جاء في «الدسوقي على الشرح الكبير»: «اعلم أن النهي إما لذاته، كالدم والميتة، والخنزير، أو لوصفه، وهو الإسكار، أو لخارج عنه لازم، كصوم يوم العيد، لأن صومه يستلزم الإعراض عن ضيافة الله، فإن كان النهي لواحد مما ذكر، كان مقتضياً للفساد (البطلان)، وإن كان النهي عن الشيء الخارج غير اللازم، كالصلاة في الدار المغصوبة، فلا يقتضي الفساد (البطلان)». (٥٣/٣).

وجاء في «شرح الجلال على متن جمع الجوامع» للشافعية: «ويقابلها - أي الصحة - البطلان، فهو مخالفة الفعل ذي الوجهين وقوعاً، الشرع، وهو.. الفساد أيضاً، فكل منهما مخالفة ما ذكر الشرع، خلافاً لأبي حنيفة».

وجاء في أصول الحنابلة، ما يقرر البطلان حتى في النهي للوصف المجاور ما نصه: «إن النهي عن الأسباب المفيدة للأحكام يقتضي فسادها» (بطلانها) هكذا بإطلاق، وبدليل ما أورد من تفصيل للمذاهب المخالفة. «روضة الناظر» لابن قدامة المقدسي، ص ١١٣ - ١١٤.

وراجع أيضاً، «الفروق» للإمام القرافي: (٨٣/٢) وما يليها) حاكياً مذهب الحنابلة وما فيه من المبالغة والتطرف.

فالنهي - كما ترى - منصبٌ على هذا الشرط الممنوع شرعاً، للنهي عنه وتحريمه، والشرط وصفٌ، وليس منصباً على ذات البيع الذي هو مشروعٌ قطعاً، لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ولقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] والتجارة هي المعاوضة، والبيع منها.

ولكن المكلف هو الذي جمع بين البيع المشروع، والشرط الممنوع، فكان لكلِّ حكمه، بتصرف الشارع، وبوضعه، فيجبُ إعمال الأدلة كلها، ما أمكن.

فالنهي المطلق إذن لا يؤثر على أصل مشروعية البيع، ولا يبطله، بل يبقى مشروعاً، بعد النهي، إذا أوجده المكلف، وهذا هو معنى «الإمكان» الذي يستلزمه النهي الحقيقي عن المشروع.

ولو أوجد المكلف البيع مقترناً بهذا الشرط، الممنوع، وجد البيع شرعاً، أي حكم الشرع بوجوده سالماً عن المفسدة، وبصلاحيته أيضاً، لأن يترتب أثره الأصلي عليه، وهو الملك، بالقبض، لأن هذا بوضع الشارع، ولكن مع الإثم، لمكان الحرمة التي يقتضيها النهي عن وصفه، وهو الشرط الممنوع، فيكون مشروعاً بأصله، معيماً في وصفه.

ويكون هذا السبب (البيع) ضعيفاً، لملازمة الشرط غير المشروع لأصل التصرف، وصفاً قائماً فيه، لا خلافاً أو عيباً متمكناً في أركانه، أقول: لكونه سبباً ضعيفاً، لعل فساد وصفه، لا يقوى على إفادة حكمه الأصلي، وهو الملك، إلا بالقبض الصحيح المعتبر بإذن البائع ورضاه، قطعاً للمنازعة، أو تخفيفاً لها، مع وجوب الفسخ، خروجاً من معصية ترك موجب النهي في الشرط، أو وجوب إزالة سبب الفساد إن أمكن، إلا إذا تعدّر الفسخ، لتعلق حق الغير، أو تحقيقاً لمقتضى العدل، في بعض الحالات، على ما سيأتي تفصيله في آثار العقد الفاسد.

فالشارع إذن هو الذي وضع البيع بمعناه الشرعي سبباً للملك، وحكم بترتب أثره عليه عند إيجاده على وضعه الشرعي، والنهي المطلق لا علاقة له بمشروعية البيع في ذاته، أو عدم مشروعيته - كما يرى الجمهور - وإنما يقتصر أثره على التحريم فسحب، وهذا هو حكمه التبعي.

أما المشروعية وعدمها في أصل التصرف، فأساسها غير أثر النهي المطلق، إذ قد ثبت بأدلة أخرى، كما سيأتي.

وكما حكّم الشارع بوجود أصل التصرف إذا أوجده المكلف، على وضعه الشرعي، حكم أيضاً بالحرمة، لمكان النهي عن الوصف.

فاجتمع بذلك المشروعية والحرمة، بحكم الشارع، في كليهما، ولا تناقض.

هذا، وقد أشرنا آنفاً، إلى أن هذه «الحرمة» تبقى مُلازمةً للتصرف المشروع في أصله، مادام الوصف أو الشرط ملازماً له، لأنه سببها، ووجب فسخه حقاً للشرع، على كلا طرفيه، بل وعلى القضاء، إلا إذا زال سبب الفساد، بأن تنازل عن الشرط مَنْ له المصلحة فيه، فحينئذ يصحّ البيع أصلاً ووصفاً. وتثبت له الصلاحية الكاملة لترتب جميع خصوصيات آثاره عليه، دون توقّف على القبض، «إذ الشارع قد منح التصرف الصحيح قوّة الإنشاء، كما منحه قوّة الإلزام»^(١).

والخلاصة: أنّ النهي المطلق عن المشروع يوجب حُكْمَيْنِ على التحقيق في اجتهاد الحنفية:

أحدهما: حكم أصلي وهو إمكان المنهي عنه، بالمعنى الشرعي، على ما بيّنا، وهذا يستلزم المشروعية بحكم الشرع، ولا يوجب البطلان، إذ لا علاقة للنهي بالمشروعية أو عدمها، كما أشرنا.

الثاني: حكم تباعي، وهو «القبح» الذي يستلزم الحرمة، وهذا بالإجماع، إذ الشارع لا يأمر إلا بما هو حسن، ولا ينهى إلا عما هو قبيح، تحقيقاً لحكمة الشارع فيما أمر به، ونهى عنه، وهو الله سبحانه، والحرمة توجب المعصية والإثم.

غير أن «القبح» الذي يقتضيه النهي المطلق عن المشروع، هو وصف قائم بالمنهي عنه، فهو قبح وصفي لا قبح ذاتي أو عيني، خلافاً للججمهور.

وبذلك، يتأتى اجتماع حكمي النهي: الأصلي والتباعي، بحكم الشرع، ولا تناقض.

(١) هذا في عقود المعاوضة، وثمة عقود أخرى غير لازمة، كالوكالة والشركة، والعارية.

أما الأصلي، فهو المشروعية.

وأما التبعي، فهو القبح الوصفي أو الغيري، وهذا يقتضي الحرمة.

ومن ثمّ، كان الأصل في النهي المطلق عن المشروعات، أن المنهي عنه مشروعٌ بأصله، وغير مشروع بوصفه، وعلى هذين الحكمين للنهي: الأصلي والتبعي، يقوم تأصيل معنى الفساد في اجتهاد الحنفية.

أما الجمهور فيرى أن النهي لا يوجب إلّا حكماً واحداً أصلياً، هو «القبح العيني» الذي يستلزم البطلان، والمعصية، ولا يعترف بمرتبة الفساد، لما تستلزم من التناقض في اجتهادهم، لاجتماع المشروعية أو الإباحة مع الحرمة.

نقد مذهب الجمهور:

ويتّجه على الجمهور من النقد لما أتى به من أدلة لا تنهض لإثبات إفادة النهي المطلق عن المشروع، أو النهي الذي يقترن بما يدل على انصرافه للوصف اللازم، عدم المشروعية، أو البطلان، أقول: يتجه عليه ما يلي:

أ - أن النهي المطلق لو كان يرفع أصل المشروعية، أي يوجب البطلان، كما يرى الجمهور - لأصبح المنهي عنه معدوماً شرعاً، والمعدوم شرعاً كالمعدوم حسّاً، فلا يتحقق الانتهاء حينئذ عن المعدوم، وإنما يتحقق الانتهاء عن شيء، والمعدوم ليس بشيء، فلا بد - ليصح النهي موجباً لوجوب الانتهاء - أن يكون المنهي عنه ممكناً، أي مما يمكن أن يتكون ويوجد بمعناه الشرعي بفعل المكلف، حتى إذا أوجده وُجد، كما ذكرنا، ووجوده الشرعي يقتضي مشروعيته بحكم الشرع، لا بطلانه.

إذن، القول بأن النهي يوجب البطلان، يبطل معنى النهي نفسه، إذ لا يتحقق موجبه، وهو الانتهاء، ما دام المنهي عنه معدوماً شرعاً، وليس في وسع المكلف إيجاد المعدوم وتكوينه شرعاً على فرض إلغاء مشروعيته ورفع أصله بالنهي.

أما أن الانتهاء لا يتحقق في المعدوم أو المُلغى، فلأن الانتهاء امتناع، والمعدوم ممتنع بنفسه، لا بفعل المكلف، ولو فعّله المكلف، ففعّله مُتعدِّم، وأداؤه لا عبرة به،

ولا يعتبر عاصياً بهذا الأداء، وليس للمكلف ولاية الشرع بإعادة المشروعية للتصرف الملغى، أو الباطل حتى يوجد، أو يتحقق الانتهاء عنه، ويتمّ الابتلاء فيه، فثبت أن النهي عن المعدوم أو المستحيل الشرعي عبثٌ، والعبث لا يشرع، لأن الله تعالى، منزّه عنه، كما بينا آنفاً.

ب - هذا وإعدام المشروعية بالنهي نسخٌ وإلغاءٌ، والنهي ضدّ النسخ، كما بينا.

ج - وأيضاً لو أعدم النهي المشروعية، لكان في معنى النفي مجازاً، والنفي طريق النسخ، وهذا خارج عن محلّ النزاع.

وقد بينا آنفاً الفرق بينهما، فقلنا: إن النسخ تصرفٌ الشارع في المشروع يرفعه ويلغيه، بحيث لا يبقى المنسوخ متصوّر الوجود شرعاً، أي ليس ممكناً، ولو وُجد حسّاً وصورةً، أي يصبح مستحيلاً شرعاً، كما مثلنا بالتوجه إلى بيت المقدس في الصلاة، على ما بينا، بخلاف النهي المطلق - في معناه الحقيقي - فهو تصرف من الشارع في منع المكلف من أداء ما هو مشروع، والمنع من الأداء بالنهي تحريم له، فالمحرم هو الأداء، حتى إذا امتنع المكلف عن أداء هذا المشروع المنهي عنه، لتحقق الانتهاء الذي هو موجب النهي، وتتحقق بالتالي معنى النهي، وكان بهذا الانتهاء ممثلاً مثاباً.

أما إذا أدى المشروع المنهي عنه، وأوقعه، فإنه يكون عاصياً.

وبذلك يتحقق ابتلاؤه في الأداء والامتناع، على السواء.

إذن، أداء المشروع المنهي عنه هو المحرّم، لا المؤدّى^(١)، وذلك كالنهي عن الصوم يوم العيد، فأداء الصوم في هذا اليوم هو المحرم، وأما الصوم في ذاته فيبقى مشروعاً بل مفروضاً بعد النهي، كما كان قبله، لأنه عبادة، ولا أثر للنهي المطلق على مشروعية الصوم وعدمها، بل على الأداء فقط.

(١) بفتح الدال المشددة، اسم مفعول من أدى، لأن المفروض أنه مشروع في ذاته، والنهي وارد على ما يجاوره.

وبذلك ظهر أن النهي المطلق عن المشروع لا يُبطل أصل مشروعية، وإنما يفسد الأداء فحسب.

أما أن الأداء فاسدٌ وحرامٌ، فلأن فيه ترك الانتهاء عن الواجب بالنهي . فالنهي المطلق عن المشروع إذن يوجب منع المكلف من الأداء، لا نسخ المؤدى، وإعدام مشروعيته، حتى يكون باطلاً، كما يرى الجمهور . وإذا بقي الأصل مشروعاً، فقد ثبت أن النهي انصرف إلى غيره وهو الوصف، وهذا ما نقول به، لا إلى عين المنهي عنه، كما يرى الجمهور . هذا، ولا يسع المكلف أن يوجد صوماً مشروعاً يوم العيد، لينتهي عنه، ويتحقق ابتلاؤه به، على فرض أن النهي عنه يوجب بطلانه، ورفع مشروعيته .

فثبت أن الصوم بعد النهي عن أدائه في يوم العيد، لم يكن لمعنى في ذات الصوم، لأن الصوم عبادةٌ ومفروضٌ لذلك، بل النهي لمعنى في غيره، وهو الإعراض عن ضيافة الله تعالى، في ذلك اليوم، وإليه الإشارة بقوله ﷺ: «إنها أيام أكلٍ وشربٍ»^(١).

فتبين لك مقصد الشارع في مؤرد النهي، وأنه لا علاقة له بأصل مشروعية المنهي عنه من حيث ذاته .

د - ويتَّجه أيضاً على الجمهور في قولهم: إن النهي يقتضي القبح العيني، وهذا يستلزم البطلان، ما يلي:

أما أن النهي يقتضي «القبح» فهذا بالإجماع، ولا نزاع فيه، تحقيقاً لحكمة الناهي، لأن الله تعالى لا ينهى إلا عما هو قبيح .

غير أن النزاع في «موقع القبح» و«مورده» أهو عين المنهي عنه أم وصفه؟ من المقرر أصولياً، أن «المقتضى»^(٢) لا يصح إثباته على وجه يُبطل المقتضى^(٣)،

(١) أخرجه مسلم: ٢٦٧٩، وأحمد: ١٥٧٩٣، من حديث كعب بن مالك .

(٢) بفتح الضاد - وهو هنا القبح .

(٣) بكسر الضاد - وهو هنا النهي؛ وذلك بأن نجعل القبح عينياً .

لأن المقتضى - أصولياً - إنما يثبت ليصحح المقتضي^(١)، ويحقق معناه، لا ليُبطله. وبيان ذلك، أن مقتضى (بالفتح) النهي هو «القبح» بالإجماع، فلو قلنا أن مقتضى النهي المطلق عن المشروع، هو القبح العيني، كما يرى الجمهور، لأصبح المنهي عنه قبيحاً لعينه، والقبح العيني يستلزم البطلان، كما تعلم، والبطلان يعني «العدم» و«العدم» لا يتحقق به الانتهاء الذي هو موجب النهي - كما بيّنا - فيبطل بذلك معنى النهي نفسه، وذلك غير جائز.

وأيضاً النهي عن المستحيل الشرعي (المعدوم) عَبَثٌ، إذ المستحيل ممتنعٌ بنفسه، لا بفعل المكلف، كما أشرنا.

تعيّن إذن، أن نثبت مقتضى النهي وهو «القبح» على وجه لا يبطل معنى النهي نفسه، وهو «المقتضى»^(٢)، أو يمنع تحقق معنى موجهه، وهو الانتهاء، بل يجب أن نثبتته على وجه يُصَحِّحُ النهي، ويحقق معناه، ومعنى موجهه شرعاً، لذا قلنا: إن مقتضى النهي - وهو القبح - ينصرف إلى الوصف، دون الأصل، وبطلان الوصف، لا يوجب بطلان الأصل، لأن فساد الوصف لعارض النهي لا يرجّح على صحة الأصل ومشروعيتها، أي أن القبح العارض لا يقتضي الحُسن الذاتي للتصرف، فيبقى الأصل مشروعاً بعد النهي، ضرورة تصحيح النهي موجباً للانتهاء. إذ لا يصحُّ النهي موجباً للانتهاء إلا إذا بقي المنهي عنه مشروعاً، وممكن الوجود بمعناه الشرعي، لا الحسي أو اللغوي المجرد، من جهة، وترجيحاً لمشروعية الأصل على عارض الوصف، من جهة أخرى.

وقد قدّمنا، أن النهي المطلق عن المشروع بما هو تصرفٌ من الشارع في منع المخاطب عن الأداء، لا رفعاً لمشروعية المنهي عنه بحيث يصبح باطلاً، يجعل الأداء الممنوع حراماً لا المؤدى (بفتح الدال المشددة)، كما فضلنا.

وإذا بقي المؤدى مشروعاً ترتب عليه أثره الدنيوي بوضع الشارع، إذا تقوّى بالقبض، ولكن مع الحرمة التي توجب الفسخ، لفساد الوصف.

(١) بكسر الضاد - وهو النهي، أو معناه.

(٢) بالياء.

وفي ذلك توفيقٌ بين المشروعية والحرمة، ولا تناقض، إذ الشارع هو الذي حكم بكلّ منهما، فوجب إعمال الأدلة ما أمكن.

هـ - ويتجه عليهم أيضاً، في استدلالهم بالقياس، أي قياس النهي المطلق على الأمر المطلق، من حيث إن الثاني يوجب الحُسن الذاتي إجماعاً، فيكون الأول موجِباً للقبح الذاتي، عملاً «بالإطلاق» في كلّ منهما، لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، والكامل إنما يكون في الذات لا في الوصف، أقول: يتجّه عليهم في هذا ما يلي:

أن المأمور به لا يصير موجوداً بمقتضى الأمر، بداهةً، بل لا بدّ من أداء المكلف وإيجاده له على وضعه الشرعي، ليتم ابتلاؤه به، فكذلك النهي، فإن المنهي عنه لا يصير منعدماً وباطلاً بمجرد النهي، بل ولا يتحقق معنى الانتهاء أو الامتناع عن الأداء شرعاً إلا فيما يتكوّن، أي فيما يمكن إيجاده بمعناه الشرعي، لا فيما هو معدوم ومستحيل شرعاً، لأن هذا ممتنع بنفسه، كما قدّمنا، لا بامتناع المكلف عنه، فكيف يتأتى مع هذا انتهاء وابتلاء؟

و - ويتجه عليهم أيضاً في القاعدة نفسها التي استمسكوا بها، من أن المطلق ينصرف إلى الكامل، أن هذا مجمّع عليه، ولا نزاع فيه، لكن المطلق هنا صُرف عن معناه الحقيقي، وهو الانصراف إلى الكمال والذات، إلى معناه المجازي، وهو الانصراف إلى الوصف، والقرينة هي «النهي المطلق نفسه» إذ الشارع لا ينهى عن المعدوم أو المستحيل الشرعي، كما علمت، فوجب حَمْلُ الإطلاق على المجاز، وهو هنا الوصف دون الذات.

على أن هذا قياس في اللغة، وليس بحجّة، ولأن بحثنا في المعاني الشرعية.

ز - ويتجه عليهم في ذهابهم إلى أن «المشروعية» لا تجتمع مع القبح الذاتي، للتناقض بين الإباحة والحرمة، أقول: يتجه عليهم أن هذا مسلم ولا نزاع فيه، إذا فُسِّرَت المشروعية بالإباحة، أو الجِلّ، ولكنا نعني بالمشروعية - كما أسلفنا - ترتُّب الأثر، وهذا حكم دنيويّ، قضائيّ، لوجود سببه، وهو أصل التصرف المشروع الذي أوجده المكلف سالماً عن المفسدة، لانصراف النهي عنه إلى غيره، فيستلزم

المشروعية بوضع الشارع، إذ الشارع هو الذي وضع السبب ليرتب عليه مسببُهُ، والمشروعية بهذا المعنى، حكمٌ أصليٌ لحقيقة النهي - كما قَدّمنا - فتجتمع مع الحرمة، ولا تناقض، لاختلاف الجهة، ونوعية الحكم^(١).

ح - ويتجه عليهم في قولهم، إنه يكفي - لتحقيق معنى الانتهاء الذي هو موجب النهي - إمكان المنهي عنه بالمعنى اللغوي الحسي لا الشرعي، إذ المنهيات مستعملةٌ في معانيها اللغوية أو الحسية، لا الشرعية، والنهي عن الأمور الحسية يوجب البطلان بالاتفاق. أقول: لا يقال هذا، لتهافت الحجة فيه، ووهن الاستدلال به، وذلك من وجوه ثلاثة:

الوجه الأول: أن المنهي عنه هو المعنى الشرعي، فنهيه ﷺ عن الصوم يوم العيد، وأيام التشريق^(٢). وكذلك قوله ﷺ: «دعي الصلاة أيام أقرائك»^(٣) مثلاً، إنما هو نهى عن كلٍّ من الصوم والصلاة بمعناهما الشرعي قطعاً، لا بمعناهما اللغوي، وهو مطلق الإمساك، أو مجرد الدعاء، للإجماع على أن المكلف لو أمسك عن الطعام يوم العيد، لمرض، أو قلة اشتها، أو حمية، لا يكون عاصياً، بالإجماع، كما بيّنا، لأن مراد الشارع الامتناع عن «الصوم» في هذا اليوم بمعناه الشرعي، وبنية الطاعة، ولم يوجد، كذلك لو أخذ في الدعاء في هذا اليوم لا يأثم.

الوجه الثاني: أن من المتفق عليه، أن نهى الشارع عن الشيء إنما يكون لمفسدته، والمعنى اللغوي المجرد، لا يوجب المفسدة التي من أجلها ورد النهي.

فالربا مثلاً في معناه اللغوي، الزيادة، ومطلق الزيادة ليس محرماً، بل المحرم هو الربا بالمعنى الشرعي، وهو الفضل الخالي عن العوض في الأموال الربوية في عقد

(١) أما اختلاف الجهة، فلأن المشروعية، هي حكم الأصل وأثره، وأما الحرمة، فلأنها حكم النهي المتعلق بالوصف، دون الأصل، وفرق بين الأصل والماهية، وبين الوصف اللازم الخارج عن الماهية. فالأول حكم دنوي، والآخر أخروي، فلا تناقض.

(٢) أيام التشريق هي الأيام الثلاثة بعد يوم النحر.

(٣) أخرجه أحمد: ٢٤١٤٥، من حديث عائشة، بلفظ: «أيام خيضمك»، وهو حديث صحيح، وانظر:

«التلخيص الحبير»: (١/١٧٠).

معاوضة، كبيع درهم بدرهمين، فهذه مفسدة تترتب على المعنى الشرعي، لا اللغوي، كما ترى.

وأيضاً، الشرع هو الذي اشترط «المساواة» في الأموال الربوية بين البديلين^(١) قدرأ، إذا اتحدا جنساً، في المعاوضة، لتكون مشروعة يترتب الأثر الكامل عليها، من الملك والحلّ، وتخلف^(٢) شرط «المساواة» هذا، بأن يكون في أحد البديلين فضلٌ خالٍ عن العوض، يُفسد هذه المعاوضة، ويوجب فسخها، أو إزالة السبب المُفسد، لتصحّ شرعاً، فهذه المعاني كلها - كما ترى - من المفسدة وسببها، معانٍ شرعيةٍ محضة، لا لغويةٍ حسية.

لذا، كان الاستدلال بهذه الحجّة متهافتاً.

ومقصد الجمهور من هذا، هو نفي وجود التصرف بمعناه الشرعي، لئلا تلزم المشروعية التي تنافي مذهبهم من القول بالبطلان.

الوجه الثالث: إن الشارع، إذ ينهى عن المشروع يجب حمل المنهي عنه على المفهوم الشرعي الذي حدّده هو، لأن ذلك عُرفه في المنهيات الشرعية التي وضع لها ألفاظاً خاصة نقلها من معانيها اللغوية، إلى معانٍ شرعية، هي حقائق من أركان وشرائط، والشارع له عُرفٌ خاص في الاستعمال، فيجب حمل ألفاظ على عرفه هو، تحريماً لمقصده فيما شرع، وإلا كانت المناقضة التي تبطل ما ذهب إليه الجمهور من حمل المنهي عنه على معناه اللغوي أو الحسي المجرد.

يؤيد هذا، أن المفسدة التي من أجلها نهى الشارع عن الطلاق حال الحيض مثلاً، هي إطالة العدة عليها، إضراراً بها، وهذه مفسدة في عُرف الشارع سببها الطلاق الشرعي أيضاً في حال معينة يفضي معها إلى هذه المفسدة، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢] لملاسة الأذى حال الحيض.

(١) في قوله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والحِنْطَةُ بالحِنْطَةِ... الحديث». [أخرجه مسلم: ٤٠٦٨، وأحمد: ٧٥٥٨، من حديث أبي هريرة].

(٢) فكما أن فقدان شرط الجواز يوجب الفساد، فكذلك اقتران الشرط الفاسد، يوجب الفساد.

فالقربان، والطلاق، حال الحيض، يترتب على كلٍّ منهما آثاره، على الرغم من النهي المتعلق بالأداء أو الفعل في هذا الظرف، وهو أداء محرم لإفضائه إلى الضرر والأذى، فيثبت الإحصان، وكما المهر، والنسب، وجِلّ الزوجة لزوجها الأول الذي طلقها ثلاثاً، بهذا القربان، إن فعله الزوج، وتقع الفرقة الزوجية بالطلاق، إذا أوقعه - كما فصلنا آنفاً - وهذه هي المشروعية وهي حكم دنيوي، قضائي، ولكنه آثم، بالفعل أو الإيقاع المحرّم في هذه الحال، وهو حكم أخروي، لأنه منهيٌّ عنه، لإفضائه إلى المفسدة، وإنما آثم لعدم امتثاله بتركه وجوب الامتناع أو الانتهاء، فالأداء محرّم، ولكن أصل القربان، وأصل الطلاق من حيث ماهية كلٍّ منهما، لا يزال مشروعاً، لأنه مملوك بالنكاح، إذ هي زوجته، ولم يؤثر النهي في أصل مشروعية كلٍّ منهما، لاقتصار أثره على الحرمة في الفعل، ولأن الشارع هو الذي وضع كلاً منهما سبباً لآثاره، فهو الذي حكم بترتب تلك الآثار، وهو الذي حكم بالحرمة أيضاً لفساد الوصف الملازم، وهو حال الحيض، وكلُّ هذه معانٍ شرعيةٌ لا لغوية.

ومما يؤكد هذا أيضاً، أن الشارع لم يضع للطلاق مفهوماً شرعياً في عرفه هو، واطرح المعنى اللغوي فحسب، بل نقل أيضاً الصيغة الزمنية للطلاق من معنى الإخبار لغةً، إلى معنى الإنشاء شرعاً، بحيث إذا صدرت هذه الصيغة، أنشأت الطلاق إنشاء في الحال، في حكم الشرع؛ لأنه هو الذي وضعها سبباً لذلك، على الرغم من أن معناها اللغوي لا يفيد إلا الإخبار عن الحصول في الزمن الماضي، وهو غير مرادٍ للمشرع، فخالف عن المعنى اللغوي، إلى معنى شرعي خاص، فأصبح هو المراد وحده من هذه الصيغة في عرفه هو^(١)، فيجب حملها على هذا المعنى الشرعي لا اللغوي، وذلك كقول الزوج: «أنت طالق»، فهذه «الصيغة» تفيد الإخبار عن كونها موصوفة بالطلاق في الزمن الماضي، لغةً وهذا غير مرادٍ للشارع، ولكنها - في المعنى الشرعي - تفيد إنشاء الطلاق ووقوعه في الحال، أثراً للتلفظ به، فوجب المصير إلى هذا المعنى الشرعي، دون اللغوي، فكذا ما نحن بصدد البحث فيه من المشروعات المنهي عنها.

(١) راجع تفصيل ذلك في بحث «المقتضى» في كتابنا: «المناهج الأصولية» ص ٢٧٧ وما يليها. [ط].

ط - ويتجه عليهم في الحديث الذي روته السيدة عائشة رضي الله عنها: «مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»^(١) أنا نعمل بمقتضى هذا الحديث كما يلي:

أ - أن نقول إنه يجب التماسخ، أي التراد، جبراً عن المتعاقدين، ولا خيرة لهما فيه، بل وعلى القضاء أن يفسخه إذا علم به، ولو لم يطلب إليه ذلك أحد، لأنه ثبت حقاً للشرع، وحق الشرع لا يجوز التهاون فيه، أو التنازل عنه، تعظيماً لحق الناهي، وخروجاً من الحرمة والمعصية، وهذا نوع ردّ.

ب - وأيضاً، الملك الثابت بمقتضى التصرف الفاسد خبيث وحرام، ولذا قلنا إنه لا يحل الانتفاع به.

إذن، وجوب الترادّ، وعدم جِلّ الانتفاع بالملك الثابت بالعقد الفاسد، بعد القبض، كلاهما عمل بمقتضى هذا الحديث في هذا النوع من التصرف الفاسد.

غير أنا لا نقول ببطلانه أصلاً، لأن في ذلك تسويةً بين هذا التصرف المشروع من وجه دون وجه، أي من حيث أصله دون وصفه، وهو الفاسد، وبين غير المشروع أصلاً من كل وجه، وهو الباطل، وهذا غير جائز، لما فيه من مخالفة الشارع في حكمه بمشروعية الأصل في الأول، لوجود المقتضي، وانتفاء المانع، وعدم مشروعية الثاني من كل وجه، فوجب التوفيق بين مقتضى هذا الحديث، وبين حكم الشرع في التصرف الفاسد، فعملنا بالحديث بالقدر الذي يقتضيه مدى المخالفة، ونوعها، في كلّ منهما، جزاءً وفاقاً، وتحريماً لمراد الشارع وقصده في كلّ مورد من موارد النهي.

ك - ويتجه عليهم في استدلالهم بإجماع الصحابة وعلماء الشرع في الأعصار، على أنهم كانوا يحتجون بمجرد النهي على القبح العيني الذي يستلزم البطلان، من مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكُحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمَنَ﴾ [البقرة: ٢٢١]. أن هذا لم يقع إلّا في بعض الأفعال التي كان حكمها يناقض حكم النهي، كالعبادات والنكاح، أما سائر التصرفات الشرعية فكان استدلالهم بالنهي على التحريم فقط، دون البطلان، إذ

(١) أخرجه مسلم: ٤٤٩٣، وأحمد: ٢٥١٢٨.

الحرمة تجماع المشروعية بحكم الشرع في كلٍّ منهما، كما أسلفنا، ولا تناقض، عملاً بالدلائل جميعاً.

برهان ذلك، حديث ابن عمر: أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ فقال: «مُرّه فليراجعها، ثم ليطلقها طاهراً، أو حاملاً»^(١).

فالنهي عن طلاق المدخول بها حال الحيض، منعاً من الإضرار بها، بإطالة العدة عليها، لم يُبطل حكم الطلاق، بل ثبت حكمه وأثره الدنيوي، وهو «الفرقة الزوجية»، مع ثبوت الحرمة، بحكم الشرع، يدلك على هذا، أمرُ الرسول ﷺ المطلق^(٢) بالخروج من المعصية، بالقدر الممكن، وهو المراجعة، ولو لم يقع الطلاق المنهي عنه، لما أمره الرسول بذلك، والمراجعة ترفع المعصية فقط، ولكنها لا ترفع أثر الطلاق الواقع^(٣)، ولا تناقض، وغير ذلك كثير.

وهذا ما لم يدل الدليل على البطلان، كما في العبادات، لتناقض حكم النهي مع حكم العبادة، أو يدل على الكراهة مع صحة التصرف كماً، كما في البيع وقت النداء.

فثبت بالنسبة وعمل الصحابة رضوان الله عليهم أن النهي المطلق، أو النهي لوصف ملازم، لا يقتضي القبح العيني الذي يوجب البطلان، ما لم يقم دليل آخر يدل على ذلك.

الدليل الثاني (على الحال الأولى للحنفية):

لو أن النهي المطلق عن الشرعيات، أو النهي الذي اقترن بما يدل على أنه للوصف اللازم، يوجب القبح العيني - كما يرى الجمهور - لارتفعت المشروعية أصلاً، عن المنهي عنه، وصار كالمسوخ، ممتنعاً، لتنافي القبح العيني والمشروعية،

(١) أخرجه البخاري: ٥٢٥١، ومسلم: ٣٦٥٢، وأحمد: ٥٢٩٩.

(٢) بتشديد اللام المكسورة، وهو ابن عمر رضي الله عنهما.

(٣) «التوضيح مع التلويح»: (٢/ ١٢٣ وما يليها).

وبذلك يحرم ذات الصلاة والصوم، لورود النهي عن بعض أفرادهما، وهذا باطل، لأن كلاً من الصلاة والصوم عبادة مفروضة أبد الدهر، فبطل ما أدى إليه، وهو القول بوجوب القبح العيني الذي يستلزم البطلان.

الدليل الثالث:

أن النهي المطلق عن المشروع، مشروعيته ثابتة قطعاً، كالنهي عن البيع مثلاً، فيبقى بعد النهي بيعاً مشروعاً، وبرهان ذلك ما يلي:

أ - أما أنه يبيع، فلأن البيع في الشرع، مبادلة مال مُتَقَوِّمَ بمال مُتَقَوِّمَ، وهذا واقع.

ب - وأما أنه مشروع، فللنصوص العامة المطلقة الدالة على مشروعيته وحله، من مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الذِّبْرُ مَأْمُونًا لَا تَأْكُلُوهَا إِذْ يَبْنَطُونَ بِهَا لَئِنْ أَرَادَ الْبَائِغُونَ أَنْ يُبَدِّلُوا بَيْعَهُمْ إِلَىٰ آخَرَ مِنْهَا لَنَنْصُرْهُمْ فِي ذَٰلِكَ إِنَّهُمْ يَلْمِزُونَ﴾ [النساء: ٢٩] والتجارة هي المعاوضة، والبيع نوع منها، لثبوتها بالنصوص القاطعة.

هذا، ومن المقرر أصولياً أن كلاً من العام والمطلق يجب إجراؤه على عمومه وإطلاقه، ومن ادعى التخصيص فعليه بالدليل، وأدلة الجمهور - كما رأيت - لا تنهض بهذا التخصيص، فبقيت المشروعية قائمة.

الدليل الرابع:

أن البيع المطلق الذي لم يقترن بشرط فاسد، يفيد الملك والحل، بالإجماع، واقتران الشرط الفاسد بالبيع لا يصح في حكم الشرع، فكان ذكره كالعدم، إذ الموجود الملحق بالعدم، هو والعدم الأصلي سواء، فإذا ألحق بالعدم شرط في نفس البيع، كان كالبيع خالياً عن المُفسد، والبيع الخالي عن المفسد مشروع، ومفيد للملك بالإجماع^(١)، وهذا استدلال قوي.

هذا في البيع المشروع.

وأما النهي عنه، فهو نهي عن غير البيع لا عنه، لوجهين:

(١) «البدائع»: (٥/٢٩٩).

أولهما - أن البيع حُسْنُه ذاتي، يدرك العقل حُسْنَه قبل ورود الشرع به، لأنه معقول المعنى، وما عُرِفَ حُسْنُه بالعقل لا ترتفع مشروعيته أصلاً بورود الشرع بالنهاي عنه، لأنه يؤدي إلى التناقض، إذ كيف يكون حسناً لذاته وقبيحاً لذاته، في آن معاً، وهذا لا يتصور أن يكون مراداً للشارع.

أما أن حسن أصل البيع ذاتي، ومعروف بالعقل، فلأنه سبب لثبوت الاختصاص والملك، واندفاع المنازعة، ويدهي، أن لا سبيل إلى استبقاء النفوس وبقاء البشر إلى الأجل المقدر لهم في هذا العالم إلا بالأكل والشرب والسكن واللباس، وهي قوام حياتهم، ولا يتأتى ذلك إلا بالاختصاص والملك الذي سببه البيع والشراء، فلا يعقل أن ترتفع مشروعية السبب وهو البيع، فوجب - لهذا المعنى حمل النهي على غير المنهي عنه، وهو ما صرنا إليه.

الوجه الثاني - أن حمل النهي عن بعض صور البيع، على غيره، أولى من حمله على أصل البيع المشروع، لأمرين:

الأول: لأن فيه إعمالاً للدلائل الشرعية بقدر الإمكان، وإعمال الأدلة خير من إهمالها أو إهمال بعضها، فقد عملنا بدليل أصل مشروعية البيع، وعملنا أيضاً بدليل النهي، وهو الحرمة، على نحو يُوفِّق بين المشروعية والحرمة، كما أسلفنا، إلا في ما يؤدي إلى التناقض بين حكم التصرف وحكم النهي، حيث يستحيل التوفيق.

ثانيهما: أننا لو حملنا النهي على أصل البيع - كما يقول الجمهور - لكان ذلك نسخاً للمشروعية، وفي الحمل على غيره، ترك العمل بحقيقة الكلام (النهي) إلى المجاز لأن الأصل أن ينصبّ النهي على المنهي عنه بالذات، ونحن قلنا، أنه ينصرف إلى غيره، حتى لا يصبح مستحيلاً شرعاً، لا يتحقق معه معنى النهي نفسه، ولا موجبه، ولا يتحقق الابتلاء.

غير أن الحمل على المجاز - كما نقول - رُفِعَ للحقيقة اللغوية، وهي وسيلة، ولكن الحمل على ذات البيع رُفِعَ للمشروعية وللحكم الشرعي، وهو مقصود.

ولا ريب أن رفع الوسيلة أولى من رفع المقصود^(١).
لذا قلنا بانصراف النهي المطلق إلى الغير لا إلى الذات مجازاً.

أدلة الحنفية على الحال الثانية في صدد تأصيلهم لنظرية الفساد:

استدل الحنفية على الحال الثانية^(٢)، وهي ما إذا قام الدليل على أن النهي مورده الوصف الملازم، لا يوجب البطلان، كما يرى الجمهور، بل يفيد الفساد أيضاً، بما يلي:

أولاً: أن المشروع المنهية عنه، قد شرع أولاً لحسن ذاتي فيه، وإنما ورد النهي عنه، لوصف عارض، فكان قبيحاً لهذا العارض، لا لذاته، إذ لو كان النهي لهذا العارض يفيد القبح الذاتي، لكان الشيء حسناً وقبيحاً لذاته، وهذا لا يتصور، للتناقض.

فثبت أن النهي لوصف عارض، لا يتسرب أثره إلى الأصل - كما يرى الجمهور - بل يفسد الوصف وحده دون الأصل، دفعاً للتناقض، ولكن يجب الفسخ ما دام ذلك الوصف الممنوع قائماً في التصرف، ومُلَازماً له.

ثانياً: أن القبح لعارض خارجي لا يقضي على الحسن الذاتي، لقوة هذا الأخير فيبقى الأصل مشروعاً لا يؤثر فيه النهي للوصف، وهذه هي المنزلة الوسطى بين الصحة والبطلان، وهي منزلة الفساد.

ثالثاً: أن البطلان ضرورةٌ تقدّرُ بقدرها، إذ ليس من مقصد الشارع إبطال التصرفات في جميع موارد النهي.

وقد أثبتنا بالأدلة، أن الأصل في المنهية عنه من المشروعات، أن يكون صحيحاً

(١) «البدائع»: (٢٩٩/٥)، و«فتح القدير»: (٢٢٧/٥ - ٢٢٩)، و«تبيين الحقائق»: (٦٤/٤ و٦٢/٤)، و«الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ١٨٥، و«البحر الرائق»: (٩١/٦).

(٢) الحالة الثانية حالة النهي الذي اقترن بدليل يدل على أن النهي منصرف إلى الوصف لا إلى الذات، وهذا يختلف عن الحالة الأولى التي يكون فيها النهي مطلقاً غير مقترن بأي دليل يدل على أنه منصرف إلى الذات أو الغير، من الوصف اللازم أو المجاور.

بأصله، فيجب إعمال هذا الأصل، ولا يجوز الخروج عليه إلا عند الضرورة، ولا ضرورة إلا أن يدلّ الدليل على قبح ذاتي، فترتفع المشروعية أصلاً بهذا الدليل الزائد عن أصل النهي، ويكون حينئذ مجازاً عن النهي، وليس البحث فيه.

أو يدلّ الدليل على أن النهي لوصف مجاور، فيفيد صحّة التصرف الشرعي أصلاً ووصفاً، فتثبت له الصلاحية الكاملة لأن يُنتج جميع آثاره التي شرع من أجلها، مع الكراهة، ولا ضرورة في غير ذلك. فتلخص أنه يجب إجراء الأصل على مقتضاه، من مشروعية الأصل، وفساد الوصف^(١)، مع وجوب الفسخ ما دام ذلك الوصف مقترناً بأصل التصرف، لما قدّمنا من الأدلة التي نهضت بهذا الأصل، ولا يعدلّ عنه إلا للضرورة التي ينهض بها دليلٌ زائدٌ عن أصل النهي.

ولهذا قال الحنفية: يجب التفريق بين النهي الوارد على الأصل، والنهي الوارد على الوصف، ليكون الجزاء على قدر المخالفة، إذ البطلان أبلغُ جزاءً لقطع المشروعات وإلغائها، وذلك لا يجوز إلا للضرورة، على النحو الذي بينا، ولا ضرورة، إلا عند قيام الدليل على انصراف النهي إلى الذات أو الوصف المجاور، ولكلّ حكمه وأثره.

د - أن عدم التفريق بين موارد النهي، يقتضي التسوية في الجزاءات، وذلك غيرُ جائزٍ، لتفاوت أثر النهي في المنهي عنه، تبعاً لمدى الخلل الذي عرا التصرف، وموقعه منه، ومقصد الشارع فيه.

فلو ذهبنا إلى أن النهي الوارد على الوصف الخارج اللازم يسري إلى ماهية التصرف، ويُبطل التصرف جملةً - كما يرى الجمهور - لكان في هذا تسوية بين الماهية

(١) راجع في هذا المصادر الأصولية الآتية:

«التلويح مع التوضيح»: (٢/ ١٢٢ وما يليها)، و«كشف الأسرار»: (١/ ٢٥٦ وما يليها)، و«أصول السرخسي»: (١/ ٧٨ وما يليها)، و«المرآة»: (١/ ٣٢٤ وما يليها)، و«مختصر المنتهى» لابن حاجب: (٢/ ٩٥ وما يليها)، و«إرشاد الفحول»: (١/ ١١٠ وما يليها)، و«الفروق» للقرافي: (٢/ ٨٣ وما يليها)، و«نهاية السؤل»: (١/ ٩٨ وما يليها)، و«روضة الناظر» لابن قدامة المقدسي: ص ١١٣ - ١١٤.

السالمة عن المفسدة، والماهية التي عراها خَلَلٌ في ذاتها، أو جزء من أجزائها، وذلك غيرُ جائزٍ.

ولو قلنا بالصحة مطلقاً، لسوينا بين الماهية المسالمة في ذاتها، وفيما اقترن بها من أوصاف، وبين الماهية السالمة من الخلل، في ذاتها، ولكنها مقترنة بالخلل في صفاتها، وذلك خلافُ القواعد.

فتعيّن أن يقابل الأصلُ بالأصل، والوصفُ بالوصف، وعلى هذا تتأصلُ نظريةُ الفساد.

ومثال ذلك في المعاوضة الربوية: أن الأصل السالم عن الخلل، يقابله أن الأصل في التصرفات الشرعية الصحة، حتى يردَ دليل المنع، فيثبت لأصل التصرف، أصل الصحة، ولكنها ناقصة.

وأما الوصف، وهو الزيادة الربوية، وهي علّة الفساد، فيثبت لها الوصف العارض وهو النهي، فيفسد الوصف دون الأصل، وهذه هي مرتبة الفساد التي يتعيّن القول بها، دفعاً للمحاذير.

ويصِفُ الإمام القرافي هذا الاتجاه الأصولي للحنفية بقوله: «وهو فقه حسن».

والخلاصة: أن التصرف الشرعي المنهي عنه لوصف لازم، لا يسري إليه النهي الوارد في هذا الوصف، إلا بمقدار اقترانه به، وملازمته إياه، فيكون منعقداً، ولكنه واجبُ الفسخ، مادام هذا الوصف مقترناً به، فإذا زایلَهُ هذا الوصف زالَ عنه.

تأصيل نظرية الفساد في الفقه الأصولي الحنفي، يقوم على التفريق بين الأصل، والوصف اللازم، في التصرف المشروع، وأن النهي المطلق عنه، أو الوارد على وصفٍ لازمٍ له، بالدليل، لا يوجب القبح العيني، ولا لازمه، وهو البطلان، لانصراف النهي إلى غير المنهي عنه، وهو الوصف، لا إلى عينه، بل يوجب «الإمكان» الذي يستلزم مشروعية الأصل دون الوصف، ويقتضي التحريم، وهو الأثر الوحيد للنهي، فتجتمع المشروعية والحرمة، وهذا هو معنى الفساد.

تأدى بنا البحث والتحليل الأصولي إلى أن تأصيل نظرية الفساد - وهي حنفية

المنشأ - يقوم أساساً على التفريق بين الأصل والوصف اللازم في التصرف المشروع، وأن النهي المطلق^(١)، أو الذي تعلق بالوصف اللازم بالدليل^(٢)، في كلتا الحالتين، لا ينصرف النهي إلى عين المنهي عنه، بل إلى وصفه، وأن الخلل في الوصف اللازم الذي يدل عليه نهى الشارع أو تحريمه ومنعه، لا يتسرب إلى الأصل، ولا يوجب الفساد فيه، ولكل حُكْمُهُ، فيبقى الأصل مشروعاً، سالمًا عن المفسدة، لانصراف النهي عنه، ويستلزم بالتالي مشروعيته، وهي ترتب أثره الأصلي عليه، بالقبض، ولكن الوصف غير مشروع، لتعلق النهي به وحده، وتترتب الحرمة مقتضى للنهي في الوصف، فيكون مشروعاً بأصله لا بوصفه، إلا إذا أزيل سبب الفساد، إن أمكن، أو تعلق به حق الغير، كما قدمنا.

أما أن فساد الوصف لا يتسرب إلى الأصل، فلأن الفساد لعارض لا يقضي على الحسن الذاتي في الأصل، ولا يرجح عليه، لقوة هذا الأخير.

فالتصرف الفاسد، لا هو صحيح، ولا هو باطل.

أما أنه غير صحيح، فلمكان الفساد في الوصف، فمشروعته ناقصة، ولذا وجب فسخه، أو إزالة سبب الفساد فيه.

وأما أنه غير باطل، فلمكان المشروعية في الأصل.

لذا، كان التصرف الفاسد وسطاً بينهما.

ولا يستوي الفاسد والباطل، لأن الفاسد مشروع من وجه دون وجه، والباطل غير مشروع من كل وجه.

كما لا يستوي الفاسد والصحيح، لأن الفاسد مشروع من وجه دون وجه، والصحيح مشروع من كل وجه.

فتعين المصير إلى مرتبة وسطى بينهما، وهي الفساد.

(١) وهذه هي الحال الأولى التي وقع الخلاف فيها بين الحنفية والجمهور.

(٢) وهذه هي الحال الثانية التي اختلف فيها، وقد قدمنا آنفاً أدلة الحنفية، ووجوه استدلالهم بها على ما ذهبوا إليه، وردودهم على الجمهور بالتفصيل.

وأما البطلان، فلا يكون في الفقه الأصولي الحنفي إلا في حالة واحدة، وهي ما إذا قام الدليل على أن النهي عن المشروع ينصرف إلى ذات المنهي عنه. وهذا الدليل أو القرينة أمرٌ زائدٌ على أصل النهي.

وذلك، لخلل في ركن التصرف، أو جزء من أجزائه، أو شرط من شروط انعقاده، فلا يوجد معنى التصرف شرعاً، وليس له اعتبارٌ في حق الحكم^(١).

غير أن النهي في مثل هذه الحال، يكون مستعملاً في معناه المجازي، وهو النفي، وفرق بينهما، وحكمُ النفي لا نزاع فيه، لأنه يفيد البيان والإخبار برفع أصل المشروعية.

فهذه هي الصورة الوحيدة للبطلان في أصول الحنفية.

ولكنها خارجة عن محلّ النزاع، لأن البحث في النهي المطلق لا في النفي.

ويتبين لك، أن تأصيل الفساد لا يقوم على أثر النهي المطلق عن المشروعات - كما يرى الجمهور - لأن هذا الأثر - عند الحنفية - لا علاقة له بالمشروعية وعدمها، بل ينحصر أثره في التحريم.

وكذلك النهي المقترن بما يدلُّ على انصرافه إلى الوصف، لا يقتضي إلا الحرمة فيه. أما المشروعية وعدمها، فتنهض بهما أدلةٌ أخرى وتقوم على أصلٍ آخر.

بل إن النهي - في اجتهاد الحنفية - يوجب الإمكان لا البطلان.

وإمكان المنهي عنه - موجباً للنهي^(٢) - ووجوده بالمعنى الشرعي، يستدعي المشروعية، لا البطلان.

وهذا هو الحكم الأصلي للنهي.

وأن حكمه التبعي، وهو الحرمة، مقتضى للقبح الغيري المتعلق بالوصف دون الأصل، حتى لا يصبح المنهي عنه مستحيلاً شرعاً، وحينئذ يبطل معنى النهي نفسه، ولا يتحقق بالتالي انتهاء ولا ابتلاء، وهذا غير جائز، لأنه غير مقصود للشارع قطعاً.

(١) أي: بالنسبة للأثار المقصودة منه.

(٢) بفتح الجيم، أي: أثره.

وقد أقمنا الأدلة التي تنهض بهذا التأصيل.

هذا في المعاملات.

وأما في العبادات فالأرجح أن النهي عنها يوجب البطلان، لا الفساد، أيًا كان مُتَعَلِّقُهُ، الأصل أو الوصف اللازم، لتناقض أثر العبادة وحكم النهي، إذ الأول قَصْدُ القربة، والثاني معصية، فيتناهيان، فدفعاً لهذا التناهي، وجب المصيرُ إلى الحكم بالبطلان.

وَمُتَقَدِّمُو الحنفية ألحقوا النكاح بالعبادات، فلا يفرقون بين فاسد النكاح وباطله.

والأرجح التفريق بين الباطل والفاقد في النكاح، وهو ما انتهى إليه المتأخرون^(١) منهم، للفرق بين المخالفة في النكاح بلا شهود، والمخالفة في نكاح المحارم، مثلاً. وأيضاً، الآثار التي رتبها الحنفية على كلٍّ منهما، توجب هذه التفرقة، فيجري البطلان والفساد في عقد النكاح، كما سيأتي.

والقاعدة العامة المستخلصة من الفقه الأصولي الحنفي، فيما يتعلّق بموضوع النهي المطلق عن المشروع، أو النهي للوصف، من حيث إفادته الفساد أو البطلان أو عدم إفادته أيّاً منهما، نقرّها فيما يلي:

«إنه إذا تناقض أثر النهي - وهو الحرمة - وأثر المنهي عنه^(٢)، كالعبادات^(٣)، أفاد النهي البطلان، دفعاً للتناقض، وإن لم يتعارض أثر النهي مع أثر المنهي عنه، كالحرمة والملك^(٤) في المعاملات، أوجب الفساد لا البطلان، إذ كان النهي لوصف ملازم.

(١) «رد المحتار» لابن عابدين: (٢/٣٦٠).

(٢) وهو التصرف المشروع كالصيام يوم العيد، وأثر الصوم الأصلي الوحيد هو المثوبة في الآخرة، لكونه عبادة تقوم على قصد القربة، ويدهي أن قصد القربة وقصد المعصية بإيقاع الصوم المنهي عنه، لا يجتمعان للتناقض، فكان الأرجح أن هذا الصوم باطل، على الرغم من تعلّق النهي بالوصف، وهو الإيقاع في يوم العيد لا لذات الصوم.

(٣) إذ العبادات ذات أثر واحد، وهو حجة، والقربة والمثوبة، وهذه تتنافى مع قصد المعصية، فحكم النهي وهو الحرمة، ينفي الأثر الوحيد للعبادة، وهو القربة، فلا يجتمعان، فوجب القول بالبطلان.

(٤) وذلك كالبيع الذي اقترن به شرط ممنوع، فوجود البيع يستدعي المشروعية، وهي الملك، والنهي يقتضي الحرمة، ولا تنافي، فأوجب النهي الفساد.

وأما النهي عن المشروع للوصف المجاور، فقد اتفق الجمهور والحنفية، على أن التصرف صحيح، تترتب عليه جميع آثاره مع الكراهة^(١)، خلافاً لأبي الحسين البصري في العبادات، وبعض الحنابلة والمالكية في العبادات والمعاملات حيث يوجبون البطلان، وهذا مبالغة وتطرّف، وتعلّق بظواهر النصوص، دون تمييز بين موارد النهي، وقصد الشارع، تبعاً لمدى المخالفة في كلّ منهما، وأثرها على كيان التصرف المشروع، وأن الجزاء ينبغي أن يكون على قدر المخالفة، كما أشرنا.

وأما الجمهور، فلا يفرقون بين الأصل والوصف اللازم في مقام النهي عن التصرف المشروع، فهو يوجب البطلان في كليهما.

والأصل الذي اعتمده في عدم التفرقة بين الأصل والوصف اللازم، هو أثر النهي، وأنه يوجب القبح العيني الذي يستلزم البطلان، لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، والكمال في الذات لا في الوصف.

وأما النهي المقترن بما يدلّ على أنه للوصف اللازم، فيدل على البطلان أيضاً في اجتهادهم، لأن فساد الوصف يوجب فساد الأصل، لأن التصرف وحدة كاملة لا يتجزأ أصلاً ووصفاً.

ويرى الجمهور أيضاً، أن مرتبة الفساد هذه تؤدّي إلى التناقض، إذ لا تجتمع المشروعية والحرمة مطلقاً، لتفسيرهم المشروعية بالحلّ والإباحة خلافاً للحنفية، كما أسلفنا.

والتناقض في الشرع باطل، فما يؤدّي إليه باطل بالضرورة، فوجب القول برفض نظرية الفساد، لذلك.

(١) وأما الكراهة، فهذا في حالة النهي عن المشروع لوصف مجاور منفك، حيث يسلم التصرف المشروع أصلاً ووصفاً، فيستلزم المشروعية كاملة، والكراهة للنهي عن الوصف المجاور، الذي يفارق الموصوف.

أما النهي الذي اقترن به ما يدل على انصرافه إلى ذات التصرف، فيفيد البطلان، وهذا بالإجماع، ولكنه خارج عن محل النزاع.

وأنة لا فرق - في اجتهاد الجمهور - بين الأمور الحسية، والتصرفات الشرعية من المعاملات والعبادات، فالنهي عنها - في الأصل - يوجب القبح الذاتي، وعدم المشروعية أصلاً - بل النهي عن المشروعات - في اجتهاد الجمهور - كالنهي عن الأمور الحسية، سواء بسواء، يوجب انعدام المشروعية أصلاً.

وفرق بينهما، إذ الأولى مشروعة في الأصل والثانية غير مشروعة لعينها، إذ المشروعية لا تجامع الحرمة في أي منها، ما خلا النهي عن المشروع لوصف مجاور. هذا، وقد نُقِضَتْ أقوال الجمهور من أساسها، كما نوقشت أدلتهم بالتفصيل، بما يبين وجوه الضعف فيها، بحيث لا تقوى على النهوض بصحة اتجاههم هذا. هذا، وتحرر لك جلياً «منشأ الخلاف» الذي نقره فيما يلي:

- هل النهي المطلق عن المشروعات معاملات وعبادات، والنهي المقترن بدليل يدل على تعلق النهي بالوصف اللازم، يوجب القبح العيني الذي يستلزم البطلان، لانصرافه إلى عين المشروعات، أو يوجب الفساد، لانصرافه إلى غير المنهي عنه، فيوجب مشروعية الأصل وفساد الوصف.

- إلى الأول اتجه الجمهور.

- وإلى الثاني اتجه الحنفية.

- ووصف الأصولي المحقق الإمام القرافي اتجاه الحنفية بأنه «فقه حسن».

تحليل الإمام القرافي للفلسفة الأصولية، لتأصيل نظرية الفساد عند الحنفية، غير

مستقص لعناصره الأساسية:

يتناول الإمام القرافي تحليل فلسفة الحنفية في تأصيل نظرية الفساد، لتمييز عن نظرية البطلان - في اجتهادهم - العناصر الأساسية بوجه عام، دون استقصاء للعناصر المكتملة الضرورية لانعقاد العقد، ووجود ماهيته، سالمًا من الخلل والمفسدة، باعتبار أن تحقق ماهية التصرف كَمَلًا، عنصرٌ جوهريٌّ في هذا التأصيل، إذ بانعدام الماهية لتخلُّف الركن، أو شرطه التكويني المكتمل له، نكون بصدده حالة بطلان، أو انعدام شرعي، فلا تجد نظرية الفساد أصلاً تستند إليه.

إذن، لا بد لانعقاد العقد، أو وجود ماهية التصرف، من توافر الأركان^(١) وشروطها المكملة لها، وهي شروط الانعقاد أو التكوين.

وشروط الانعقاد تُغيّرُ شروط الصحة، وتختلف عنها مفهوماً وحكماً، فالدقة في تحليل «العناصر» التي ينهض عليها هذا التأصيل في فلسفة الحنفية، يستلزم استقصاء العناصر التكوينية المكملة أيضاً، لتمييز عن نظرية البطلان، ولتتمكّن الباحث من الحكم الدقيق، نظرياً أو عملياً قضائياً، على التصرف الشرعي، بالفساد أو البطلان، تبعاً لوجودها وانتفائها.

فالإمام القرافي - رحمه الله - إذ يأتي على هذه العناصر على الجملة، وبوجه عام، دون استقصاء، إنما يأتي ببيان لها في معرض الاحتجاج، دون تحليلٍ علميٍّ دقيقٍ مستقصٍ، إذ يقول ما نصّه: «احتج أبو حنيفة - رحمه الله - بأن النهي إذا كان في نفس الماهية كانت المفسدة^(٢) في نفس الماهية، والمتضمن للمفسدة فاسدٌ، فإن النهي إنما يعتمد المفسد، كما أن الأمر إنما يعتمد المصالح، كالنهي عن الخنزير والميتة، وبيع السفية.

ثم يشرع في تحرير أو تحديد العناصر التي يتم بها تأصيل النظرية، ومعيّارها الذي تميز به عن البطلان بقوله: «وتحريره»^(٣)، أن أركان العقد أربعة: عوضان^(٤)، وعاقدان، فمتى وجدت الأربعة، من حيث الجملة، سالمة عن النهي، فقد وُجدت الماهية^(٥)

(١) الواقع أن الحنفية لا يجعلون للعقد إلا ركناً واحداً هو الصيغة، غير أن الجمهور يطلق على طرفي العقد والعوضين، اصطلاح الأركان تجوّزاً، إذ هي شرائط أساسية للركن، يتوقف عليها وجوده، وليست داخلية في ماهيته.

(٢) يريد بالمفسدة هنا الخلل، وهذا يستلزم البطلان، وهو لا يفرق في تعبيره بين البطلان والفساد، بل يطلق الفساد على البطلان، وإن كان يُفهم الفرق من السياق.

(٣) تحديد أو تبين مضمون الكلام السابق.

(٤) «العوضان»، هما محل العقد، والثلث أو الأجرة، في عقود المعاوضة، كالبيع والإجارة.

(٥) يقصد بالماهية، حقيقة التصرف، أو معناه الشرعي، دون الأوصاف الخارجية الملازمة له، كشرط الصحة.

المعتبرة شرعاً، سالمة عن النهي^(١)، فيكون النهي إنما تعلق بأمر خارج^(٢) عنها، ومتى انخرم^(٣) واحد من هذه الأربعة، فقد عُدِمَت الماهية، لأن الماهية المركبة^(٤)، كما تُعَدَّم لعدم كلِّ أجزائها، تُعَدَّم لعدم بعض أجزائها، فإذا باع سفية من سفية حمراً بخنزير، فجميع الأركان معدومة^(٥)، فالماهية معدومة^(٦)، والنهي والفساد في نفس الماهية.

ويلاحظ أن في قوله: «باع سفية من سفية»، إشارة إلى شرط من الشروط المكملة للركن، وهو العاقد، أعني: شرط أهلية الأداء، وإلا فإن السفيهين عاقدان، ولكن تخلف فيهما شرط تكويني، فانعدم أصل الماهية، لتخلف هذا الشرط الركني، ففهم أنه شرط انعقاد^(٧)، لا شرط صحة، ولكن هذا مفهوم ضمناً وإشارة، لأنه صرح بالعاقدين دون شروطهما المكملة.

ثم يتابع قوله: «وإذا باع رشيداً من رشيد ثوباً بخنزير، فقد فقد ركن من الأربعة، وهو أحد العوضين، فتكون الماهية معدومة^(٨) شرعاً، ولا فرق في ذلك بين واحد من الأربعة، أو اثنين، أو أكثر».

- (١) يقصد بالسلامة عن النهي، أي: عن مقتضى النهي وهو القبح العيني، أو الفساد.
- (٢) أي: بوصف أو شرط خارج عن الذات، وقد يكون متصلاً أو مجاوراً منفكاً.
- (٣) يقصد بالانخرام: الفقدان، يقال: «فلان اخترمته المنية»، أي: توفي وفقد، وانخرام الركن أو الوصف الخارج، بمعنى سقوطه وتخلفه، وفقدانه، وانعدامه.
- (٤) المؤلف من عدة عناصر أو أجزاء.
- (٥) عبر بالعدم عن الانخرام، مما يفيد أنهما بمعنى واحد.
- (٦) مفهوم التصرف، أو معنى العقد شرعاً، معدوم، لأن العقد «ارتباط إيجاب بقبول، على نحو مشروع، يترك أثره في محله»، فتبين بذلك معنى العقد الذي يقوم على أربعة: عاقدان يصدر عنهما الإيجاب والقبول، والمحل الذي يترك العقد أثره فيه، والثمن أو الأجرة، ومعلوم أن أثر العقد نقل الملكية في العوضين، فصارت أركانه: عاقدين وعوضين.
- (٧) «الملكية ونظرية العقد»، أبو زهرة، وهذا عند الصاحبين.
- (٨) الخنزير هنا ثمن، بدليل دخول الباء عليه، وليس محلاً للعقد، أو مثمناً، ومعلوم أن الثمن وصف، أو يقوم مقام الوصف، لأن المقصود الأصلي في البيع هو المحل لا الثمن، إذ الثمن تابع، فكان ينبغي أن يكون العقد فاسداً لا باطلاً، لأن الخلل في الوصف.

ثم يأتي بفرع تطبيقي يبيّن فيه الأصل الذي تقوم عليه فكرة الفساد في التصرفات الشرعية، وهو الخلل في الوصف دون الأصل، وذلك متفرّع عن التفرقة بينهما، من حيث ورود النهي، ومتعلّق الخلل، حتى إذا تعلّق بالأول فسد العقد، بخلاف ما إذا تعلق بالثاني فإنه يبطل، فيقول:

«فإذا باع رشيداً من رشيد^(١) فضةً بفضة، فالأركان الأربعة موجودة، سالمة عن النهي الشرعي^(٢)، فإذا كانت إحدى الفضتين أكثر^(٣)، فالكثرة وصفت حصل لأحد العوضين، فالوصف متعلّق النهي^(٤)، دون الماهية، فهذا تحريراً كَوْنِ النهي في الماهية أو في أمرٍ خارجٍ عنها».

= ويُجاب عن ذلك، أن الثمن ركن، إذ لا يتصور «البيع» أو معناه الشرعي، بدونه، وهذا معنى الرُكينة، غير أنه ركن تابع من حيث القصد، لذا فإن الحنفية يشترطون في الثمن أصلَ المالية، لينعقد العقد، حتى إذا تخلّف التقوّم، كان العقد فاسداً، كما في الخمر، فأصل المالية متحقق فيها، وتخلّف التقوّم، فينعقد فاسداً، بخلاف ما إذا كان الخمر مُتَمَّنّاً، أي محلاً للعقد، فيبطل.

(١) في هذا إشارة إلى شرط توافر أهلية الأداء في المتعاقدين، وهو الرشد، وهو وصف مكمل للركن، فيكون شرط انعقاد لا شرط صحة، إذ الرشد ضدّ السّفه.

أما توافر الأركان الأربعة، فقد تحقق في «العاقدين» بوصفهما المكمل، وهو الرشد، وفي «العوضين» الفضة بالفضة وهما مال متقوّم شرعاً، وبذلك تحقق معنى البيع شرعاً أصلاً ووصفاً، أو أصلاً وشروطاً.

(٢) والسلامة عن النهي هي السلامة عن الخلل والفساد، لأنهما متعلّق النهي الشرعي.

(٣) لأن الفضة من الأموال الربوية، ويجب أن يتساويا قدرأً وجنسأً، مع التقابض، ليصح العقد، ويلزم، وينتج جميع آثاره.

(٤) لأن الزيادة وصفت في المزيد، إذن: هي خلل أو عيب يعتري العقد في وصفه لا في أصله، لسلامة هذا الأخير من الفساد.

ويمكن أن يقال أيضاً: إن شرط التساوي في البديلين قدرأً، في الأموال الربوية، إذا اتحداً جنساً، هو وصف خارج عن ماهية العقد، والشرط وصف، فإذا تخلّف شرط التساوي هذا، وهو وصف، كان الخلل فيه لا في الأصل، والخلل في الوصف يوجب الفساد لا البطلان، لسلامة الأصل عن النهي والفساد، كما تقدم.

هذا، وتخلّف الشرط الواجب وجوده للجواز والصحة، كشرط التساوي، يفسد العقد، كوجود الشرط الفاسد المقترن بالعقد، يفسده كذلك.

ذلك مبلغ الإمام القرافي من بيان تأصيل نظرية الفساد عند الحنفية، وبيان العناصر التي ينهض بها، ولكنه تحليل غير مستقص كما ذكرنا.

مقومات الانعقاد أو وجود ماهية العقد:

إن «الصيغة» من الإيجاب والقبول، أو ما يقوم مقامهما، هي الركن الوحيد للعقد في اجتهاد الحنفية، وأما التراضي فشرط.

ذلك لأن «التراضي» وإن كان هو - في الواقع - العنصر الأساسي في تكوين العقد ثنائي الطرف، أو كان الرضا هو الأساس في عقود التبرع، بمقتضى قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ يَجْزَاءً عَنِ الرَّضَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، والتجارة هي المعاوضة، وبمقتضى قوله تعالى في التبرع: ﴿فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: ٤]، غير أنه لما كان كل منهما عنصراً نفسياً يتعدى الوقوف عليه، فقد أقيم مقامه، أمارات ظاهرة تدل عليه، قولاً أو كتابةً أو إشارةً، أو فعلاً، كما في المعاوضة، وهذه الأمارات الظاهرة هي ما تسمى بالصيغة.

فكانت «الصيغة» - وهي الأمانة الظاهرة - هي ركن العقد، ولكن يشترط التراضي لصحة هذه الصيغة، حتى إذا ثبت الإكراه، فقد فسد العقد، لاختلال الوصف، على ما هو رأي الأئمة الثلاثة: أبي حنيفة والصاحبين، ما عدا الإمام زُفر^(١).

إذن، تحقّق التراضي «شرط صحة» عند جمهور الحنفية، ما عدا زُفر، «وشرط انعقاد» عند الشافعية، و«شرط لزوم» عند المالكية، وفي رواية عند الحنابلة.

فهذا شرطٌ مختلفٌ فيه من حيث كونه شرطاً زكناً أو شرطاً صحةً أو شرطاً نفاذاً أو شرطاً لزوماً.

= وعلى هذا، يصحّ العقد بإيجاد الأول، وإزالة الثاني إن أمكن، لأن تخلّف شرط الصحة، كاقتران الشرط الفاسد، كلاهما يفسد العقد.

(١) يرى الإمام زُفر أنّ عقد المُكره موقوف غير نافذ، ويرى الإمام مالك أنه نافذ غير لازم، وعند الإمام الشافعي باطل.

هذا وتطابق الإيجاب والقبول، شرط انعقاد للصيغة، بحيث إذا لم يتوافر هذا الشرط، لا ينعقد العقد، لتوقف قيام وجود الركن وهو الصيغة عليه، وليس شرط صحة. كذلك، اتحاد مجلس العقد.

هذا في «الصيغة».

ب - أما العاقدان، فلأنه لا يتصور صدور الصيغة إلا بإرادتين متطابقتين، فوجب التعدد، أو أن يتولى العقد أحد طرفيه أصالة عن نفسه، ونيابة عن غيره، مثلاً، ويشترط فيهما شرط ركني مكمل هو «التمييز» حتى إذا انعدم، كما في الصبي والمجنون، لا ينعقد العقد، إذ لا عبرة بإرادتهما ولا بتعبيرهما.

ج - أما «المحل» وهو المعقود عليه، فيشترط فيه أن يكون موجوداً أو مُمكناً وجوده، حتى تترك الصيغة أثرها فيه، فلا ينعقد العقد، وتوجد ماهية بدون محل يترك العقد أثره فيه.

وأخيراً، أن يكون صالحاً لجريان التعامل فيه، بأن يكون مالاً متقوماً مملوكاً ملكية فردية.

لأن ما كان مملوكاً «ملكية عامة» لا يجري فيه التعامل الذي يتنافى مع المقصد من إعداده لذلك، أو كان من المباحات العامة التي لم يجر عليها ملك لأحد.

فإذا توافرت هذه الشرائط التكوينية بعد قيام الصيغة، فإن العقد ينعقد، وتوجد ماهيته التي هي عنصر أساسي في تأصيل نظرية الفساد عند الحنفية.

والإمام القرافي لم يفضل القول فيها، وهي من الأهمية بمكان، حتى إذا تخلف وصف مكمل من هذه الأوصاف يخرج العقد عن اعتبار الشارع، ويجعله في حكم العدم. فكان بيانها بل تفصيلها ضرورياً، ليكون المتعاقدان والقضاء على بينة من تحقق الماهية التي هي العنصر الأساسي الذي يقوم عليه تأصيل نظرية الفساد في الفقه الحنفي، وليتم بيان الفرق بينها وبين وجهة نظر الجمهور في البطلان.

وعلى أن «الباعث» يعتبر في المذهب الحنبلي، والراجح في مذهب المالكية، أنه شرط انعقاد.

ويراه الحنفية كذلك بشرط أن يكون مُصَرَّحاً به في الصيغة، أي في صُلب العقد، أو أمكن استخلاصه من «محل العقد» خلافاً للحنابلة والمالكية الذين يكتفون بدلالة القرائن عليه.

وتارة نرى الحنفية يعتبرون «الباعث» من الوصف المجاور، كما أسلفنا.

فبيع العنب من خَمَار باطل في مذهب الحنابلة، وصحيح في المذهب الحنفي، ولو قامت القرينة على كونه سَيِّخُ خَمْرًا، لكون المشتري خَمَّارًا، فتلك أمانة كافية على ذلك، وهذا هو الراجح.

أما شرائط الصحة، فقد أشرنا إلى أنها خارجة عن كيان التصرف، فخالفت بذلك شرائط التكوين مفهومًا وأثرًا في اجتهاد الحنفية.

أما مفهومًا، فلأن شرائط الانعقاد تتصل بالعناصر الأساسية للماهية، وأما شرائط الصحة فخارجة عن الماهية، وإن كانت متصلة بها.

وأما حكمًا، فلأن تخلف شرط من الأولى يبطل العقد، بخلاف تخلف شرط من الثانية، فإنه يفسده، وفرق بين البطلان والفساد، مفهومًا وأثرًا.

ومن الأوصاف المكملة التي تتوقف عليها صحة العقد بعد وجود ماهيته سالمة عن المفسدة، ما يلي:

أولاً: التراضي وصفٌ مكمل للصيغة، تتوقف عليه صحتها - عند الحنفية - كما أشرنا.

فالصيغة موجودة مع قيام الإكراه مثلاً، ولكنها معيبة ناقصة.

ثانياً: بالنسبة للمعقود عليه، يجب أن يكون «معلومًا» بتعيينه، أو إمكان تعيينه، دفعاً للنزاع.

ثالثاً: الضرر الزائد الذي لم يُلتزم بالعقد في تسليم المعقود عليه.

ومن وسائل تعيين المحل قدرًا، المدة في عقد الإجارة، أو المسافة، دفعاً للجهالة التي تفضي إلى النزاع الذي يتعدّر حسمه.

وأما بالنسبة إلى العقد، فيشترط ألا يقترن به شرطٌ مفسد، لا يقتضيه العقد، أو لا يلائمه، أو لم يجبر به عرفاً، أو لم يرِدْ به نصٌّ، في اجتهاد الحنفية.

ومقصد الشارع من الأوصاف المكمّلة للتصرف المشروع التي تتوقّف عليها صحته هي - كما رأيت - تحقيق الرضا الكامل، إذ لا إلزام في الشرع بدون رضاً خُرّ تام، وتحقيق التوازن بمنع الربا، وأخيراً دفع المنازعة التي يفضي إليها الغرر والجهالة، كما رأينا في اشتراط تعيين المحل أو إمكان تعيينه.

أما الغرر، فإن كان ناشئاً عن انعدام محل العقد، فإن انتفائه يعتبر شرط تكوين وانعقاد، إذ لا بدّ من وجود المحل أو إمكان وجوده، لينصبّ أثر الصيغة عليه، كما قدّمنا، إذ لا عقد حيث لا محلّ يترك فيه أثره.

وأما إن كان منشأ الغرر عدم تعيين المحلّ، بعد وجوده، فإن انتفائه يعتبر خللاً في شرط صحة، لخلل الوصف، ويكون من باب الجهالة المفسدة.

وأما شرط «الربا» فقد تقدم أنه يورث خللاً في الوصف لا في الأصل.

لذا، قلنا إن الإمام القرافي يُجمل في أركان العقد إجمالاً لا يُستَساغ في مقام المقارنة وبيان الفرق بين مذهبين في نظرية عامة، كنظرية الفساد، حيث يقول: «الماهية: عاقدان وعوضان».

ويُستَحْلَصُ من هذا أسباب الفساد العامة في العقود في اجتهاد الحنفية.

أهم أسباب الفساد العامة في العقود في الاجتهاد الحنفي، وهي تتصل بالمعقود عليه ما عدا الإكراه:

أولاً - الإكراه عند جمهور الحنفية ما عدا الإمام زُفَرٌ.

ثانياً - الشرط الفاسد المقترن بالعقد.

ثالثاً - الغرر.

رابعاً - الجهالة بجميع أنواعها التي تفضي إلى النزاع الذي يتعذر حَسْمُهُ.

خامساً - الربا.

سادساً - الضرر الزائد الذي لم يلتزم بالعقد في تسليم المعقود عليه، كما لو باع ساحة من خشب في سقف بيت، أو ذراعاً من ثوب يضره التبويض، فإن في تسليم المبيع في كليهما ضرراً زائداً يلحق البائع، وهو نقض السقف، وإتلاف الثوب. ولم يُقْلُ ببطلانه، إذ للبائع أن ينفذ العقد مع تحمل هذا الضرر، وهناك أسباب للفساد خاصة بكل عقد، ووجود أي سبب من الأسباب العامة أو الخاصة للفساد في العقد يفسده، فبالنظر لأهميتها، سنتناول هذه الأسباب بالبحث في مقامه إن شاء الله تعالى.

عقد النكاح بين الفساد والبطلان في أصول فقه الحنفية:

قدّمنا أن موجب مطلق النهي عن المشروعات - عند الجمهور - هو نسخ المنهية عنه، ورفع أصل مشروعيتها، أي خروجه من أن يكون مشروعاً أصلاً، إلا بدليل. والجمهور لا يفرق بين النهي المطلق عن المشروعات، والنهي عن الحسيات، لقبح عيني فيها، فكلاهما غير مشروع أصلاً.

ولا يفرق أيضاً بين النهي المطلق عن المشروعات، والنهي لقبح في وصف ملازم لها، فكلاهما يوجب البطلان.

١ - وذلك عملاً بحقيقة إطلاق النهي في الحالة الأولى، وحقيقة الإطلاق تتناول الكامل، لا الوصف وحده، والكمال في النهي أو طلب الإعدام، يوجب إثبات صفة القبح في إيجاداه لعينه، لا لوصفه فحسب، فيخرج المنهية عنه من أن يكون مشروعاً أصلاً، وهذا هو معنى الانتساح، عملاً بمقتضى النهي وحكوه^(١)، كما قدمنا.

أ - أما مقتضاه، فلأن أدنى درجات المشروعية أن يكون مباحاً^(٢)، والقبح لعينه، لا يجوز أن يكون مباحاً، فكذلك لا يجوز أن يكون مشروعاً، لأن الإباحة هي أساس المشروعية.

(١) فرّقنا أنفاً بين مقتضى النهي وحقيقته.

(٢) هذا تفسير للمشروعية بالإباحة أو الحل، وهو صريح.

ب - وأما حكمه، فوجوب الانتهاء، ليكون المنهي - وهو المكلف - مطيعاً معظماً للناهي في الامتناع، ويكون عاصياً - لا محالة - في ترك الانتهاء، وإنما يكون عاصياً بمباشرة ما هو خلاف المشروع، فدل ذلك على أن المنهي عنه يخرج بالنهاي من أن يكون مشروعاً أصلاً، وهذا هو البطلان.

هذا في النهي المطلق عند الجمهور.

٢ - أما في النهي الذي دلّ الدليل على أنه لوصف ملازم، فكذلك، لكون الوصف متصلاً غير مُفارق، فيتسرب فساد الوصف إلى الأصل، كما بيّنا، فيخرج من أن يكون مشروعاً كالنكاح بغير شهود.

والأصل العام عند الجمهور في الحالين: «أن كل ما يكون المرء بمباشرته عاصياً، لا يكون مشروعاً»^(١)

فكما أن للشارع ولاية الشرع، فكذلك له ولاية نفي الشرع، بالنهي الذي هو دليل القبح العيني في المنهي عنه، إلا للدليل، فَصُلِحَ النهي أن يكون مُخرِجاً للمنهي عنه من أن يكون مشروعاً أصلاً، وهذا هو النسخ، فلهذا لم يبق مشروعاً بعد النهي^(٢)، بخلاف ما قبل النهي، وإلا لم يكن للنهي من معنى، ويتنفي بالتالي، مقتضاه وحكمه، وهذا باطل. وأتى الجمهور بغير ذلك من الأدلة، قد ناقشناها، ثم نقضناها من أساسها، على النحو الذي فصلنا.

وقد تبينت - فيما سبق - اتجاه الحنفية في النهي المطلق عن المشروعات وفي النهي لوصف ملازم لها، وأن الأصل - في اجتهادهم - أنه يفيد «بقاء المشروعية» مع الحرمة، إذ المشروعية تعني ترتب الأثر.

وهذا فيما عدا الحال التي يرجع فيها النهي إلى ولاية أحد المتعاقدين، أو نقصانها، سواء أكانت ولاية على التصرف نفسه، أو على محله، كما في الصورة الآتية:

(١) لأن المشروعية تعني الحل والإباحة والطاعة، كما يستفاد من هذا الاستدلال.

(٢) «أصول السرخسي»: (١/ ٧٨ - ٨٥).

- ١ - بيع السفه، عند مَنْ يرى أن انتفاء السفه شرط صحة لا شرط انعقاد^(١).
 - ٢ - بيع الصبي المميز.
 - ٣ - بيع الفضولي.
 - ٤ - بيع الراهن والمؤجر المرهون والعين المؤجرة.
- فهذه التصرفات ليس النهي فيها راجعاً إلى وصف ملازم للعقد، بل لأسباب أخرى تتعلق بالولاية.
- ففي بيع السفه، لنقصان الولاية، محافظةً على ماله.
- وفي بيع الصبي المميز، لنقصان تقديره في التصرفات التي تتراوح بين النفع والضرر، صوناً لمصلحته التي لا يتأتى حفظها بمحض تقديره، لنقصان أهليته.
- وفي بيع الفضولي، لانتفاء ولايته على محلّ العقد، إذ لا ملكية له عليه، ولا سلطةً شرعيةً، ولا نيابةً ليمكن من التصرف فيه تصرف المالك أو نائباً عنه، فتوقف نفاذ تصرفه على إجازة صاحب الحق فيه، عند الحنفية.
- وفي بيع المرهون والعين المؤجرة، وإن كان كلٌّ من الراهن والمؤجر مالكاً، غير أن ولايته ليست كاملةً، لتعلُّق حق الغير، من المرتهن والمستأجر، وهو حقٌّ مكتسبٌ بتصرف مشروع سابق على هذا التصرف، فيجب احترام هذه المراكز الشرعية المكتسبة حتى لا ينقض حقٌّ لاحقاً حقاً سابقاً ثابتاً محترماً، لاستوائهما من حيث القوة والمشروعية.
- فهذه التصرفات المشروعة في الأصل، لم يرجع النهي عنها إلى وصف ملازم لها - كما ترى - بل إلى الولاية، فلا يفيد الفساد - على ما يقضي به الأصل العام عند الحنفية - بل يفيد الصّحة أصلاً ووصفاً، لصدور التصرف من أهله مضافاً إلى محله، غير أنه موقوف على إجازة^(٢) صاحب الشأن، للمعاني التي ذكرناها.
- أو بعبارة أخرى، وإنما كان التوقف لمانع، فإذا زال المانع نفذت، خلافاً للجمهور.

(١) «الملكية ونظرية العقد» للشيخ أبي زهرة: ص ٢٨٨، ص ٢٩٩.

(٢) «أسباب اختلاف الفقهاء» للشيخ علي الخفيف ص ١٢٧ وما يليها.

أما في حال النهي لوصف مجاور، فقد اتفق الجمهور والحنفية - كما علمت - على أن التصرف صحيح أصلاً ووصفاً، وأنه مُنْتَجَجٌ جميع آثاره من حيث الحكم القضائي، مع الكراهة، لاعتبارات دينية، خلافاً لبعضهم.

أما «العبادات» فقد أشرنا إلى أن الأرجح اعتبارها باطلة، سواء أكان النهي مطلقاً أم لوصف ملازم، لتنافي حكمها^(١) مع مقتضى النهي، إذ لا يتصور أن تكون العبادة قرينة ومعصية في آن معاً، لأنه محال.

هذا، وقدامى الحنفية ألحقوا النكاح بالعبادات، تغليياً لجانب الحل على المِلْك فيه، بحيث غدا الحل - في اعتبارهم - هو الأثر الوحيد للنكاح، ولا يجتمع مقتضى النهي، وموجب النكاح، من المعصية والحل، للتنافي، فقالوا ببطلانه.

غير أن هذا هو اتجاه المتقدمين من أصوليي الحنفية وفقهائهم - كما ذكرنا - خلافاً للمتأخرين منهم، حيث ذهبوا إلى التفريق بين باطل النكاح وفساده، ونحن نتناول بالبحث اتجاه كل فريق وأدلته، لتبيين وجه الحق في هذه المسألة الحيوية.

اتجاه المتقدمين من مجتهدي الحنفية في باطل النكاح وفساده:

يفرق المتقدمون من مجتهدي الحنفية بين الباطل والفساد في المعاملات، ما عدا النكاح، فسواء أكان هذا العقد قد ورد النهي عنه لخلل في أركانه وشرائطها، أم لخلل في أوصافه وشروط صحته، فهو - في الحالين - باطل، ويطلق عليه أحياناً الفساد، ولا فرق.

ويقول صاحب «فتح القدير» تعليقاً على الهداية في إطلاق الفساد على الباطل تارة والباطل على الفساد تارة أخرى: «وذكر الفساد فيما تقدم، ولا فرق بينهما في النكاح، بخلاف البيع»^(٢).

(١) حكم العبادات.

(٢) «فتح القدير» للكمال بن الهمام: (٣٨٢/٢)، وجانب الحل حكم أخروي بخلاف جانب الملك فهو حكم دنوي، وقضائي.

وكذلك الإمام الكاساني في كتابه «البدائع» إذ يقول: «إن النكاح الفاسد، ليس بنكاح حقيقة، لانعدام محله، أعني محل حكمه، وهو الملك»^(١).

ومعلوم أن انتفاء «محل العقد» خللٌ في ذاته، فيكون باطلاً، وقد سمّاه فاسداً.

هذا، ويستدل الإمام المحقق البزدوي في «أصوله»^(٢) على بطلان عقد النكاح بلا شهود، مع أن الخلل في الوصف لا في الأصل، بالمناقضة بين مقتضى النهي، وهو الحرمة، وموجب عقد النكاح وهو الحلُّ، بقوله: «ولأن النكاح شرع لملك ضروري، لا ينفصل عن الحلِّ، حتى لم يُشرَع مع الحرمة، ومن قضية النهي التحريم، فبطل العقد، لمضادةً ثبتت بمقتضى النهي، بخلاف البيع، لأنه وُضِعَ لملك العين، والتحريم لا يضاده، لأن الحل فيه تابعٌ، ألا ترى أنه شرع في موضع الحرمة، وفيما لا يحتمل الحل أصلاً.. كملك الخمر»^(٣).

ثم يسوّى بين النكاح بلا شهود، وبين نكاح المحارم، والأول - كما تعلّم - النهي عنه لخلل في الوصف، وهو انتفاء شرط الصحة، والثاني، لانتفاء المحل، وهو خلل ذاتي، فلم يفرق بين فساد الوصف وخلل المحل، فكلاهما يوجب البطلان في النكاح، خلافاً لمقتضى الأصل العام عندهم، في العقود المالية، من أن الأول يوجب الفساد، والثاني البطلان، أقول: يسوّى بينهما في البطلان بقوله: «وكذلك نكاح المحارم، منفي لعدم محله»^(٤).

ويوضّح هذا المعنى الإمام صدر الشريعة، حيث يقرّر أن علة بطلان النكاح بلا

(١) «البدائع»: (٢/ ٣٣٥).

(٢) «أصول البزدوي»: (١/ ٣٨٢)، مع «كشف الأسرار» للبخاري.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق ص ٣٨٢-٣٨٣.

إذن، النكاح موجه الأصلي هو الحل، والملك تابع، لأنه قدر اقتضاء للضرورة، بخلاف البيع، موجه الأصلي هو الملك، لأنه مقصود قصداً أولياً، والحل تابع فافتراقاً. وثمره هذا الافتراق تظهر في التفرقة بين الباطل والفاسد في البيع لعدم التناقض، إذ يجتمع الملك والحرمة، بخلاف النكاح، فلا تتصوّر هذه التفرقة.

شهود، التناقض بين موجب النكاح، «وهو الحل» ومقتضى النهي، وهو الحرمة، وبذلك يختلف عن البيع، لأن موجبهُ الأصلي، هو المِلْكُ، والحِلُّ تابع، والملك يجتمع مع الحرمة، بل يجتمع مع ما لا يحتمل الحلَّ أصلاً، إذ يقول: «وكذا النكاح بغير شهود... أي كون باطلاً».

ثم يتابع في ذلك قوله معللاً الحكم بالبطلان: «وإن سُلِّمَ النكاح^(١) منهي عنه، فإن نهيهِ يوجب البطلان، لأنه لا خلاف في أن النهي يوجب الحرمة، والنكاح عقد موضوعٌ للحل^(٢)، فلما انفصل عنه ما وضع له^(٣)، يكون باطلاً، بخلاف البيع، لأن وضعه للملك^(٤)، لا للحل، بدليل مشروعيته في موضع الحرمة، فإذا انفصل عنه الحل^(٥)، لا يبطل البيع^(٦)، أي لأن الحل تابع».

ولما اتجه على ذلك أن النكاح الباطل، نتيجته سلبية، فلا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح، بينما يُثبِت الحنفية بالنكاح بغير شهود: النسب، والعدة، والمهر دون النفقة، والتوارث، وحلَّ الاستمتاع، أجاب عن ذلك، بأن ثبوت تلك الأحكام إنما كان لشبهة الحل القائمة في صورة العقد لا حقيقته، وصورة العقد هي مجردُ الإيجاب والقبول مضافاً إلى محلّه، بل إن هذه الآثار تثبتُ بمجرد الشبهة، ولو لم يكن ثمة عقد أصلاً، كمن زُفَّتْ إليه امرأة على أنها زوجته، ثم تبين أنها غيرها^(٧) فلأن تثبت مع صورة العقد من باب أولى!

- (١) وسياق كلامه في النكاح بلا شهود، ولكنه أطلق هنا، فشمّل النكاح المنهي عنه بإطلاق.
- (٢) أي موجبهُ الأصلي وأثره الوحيد، هو الحل، وأما الملك، فهو ثابت اقتضاءً. لضرورة الحل، لا لذات الملك، فكان ملكاً ضرورياً من نوع خاص، لا ملك مطلق، كالبيع.
- (٣) أي عندما نهي عنه انفصل الحل، وهو موجبهُ الأصلي، وثبتت الحرمة، فبطل النكاح لسقوط موجبهِ وأثره، لأن النكاح لم يشرع لذاته، بل لأثره وهو الحل.
- (٤) وهذا موجبهُ الأصلي، والحل تابع.
- (٥) أثر للنهي عنه.
- (٦) «التوضيح» لصدر الشريعة: (٢/ ٢٢٠ - ٢٢١).
- (٧) «الملكية ونظرية العقد» للشيخ أبي زهرة: ص ٣٦٢ وما يليها.

وشبهة الحل تكفي في درء الحدّ، لأن الحدود تُدرأ بالشبهات، وإذا انتفى الحدّ، وجب المهر ضرورةً، إذ الدخول في دار الإسلام لا يخلو من عَقْرٍ^(١) أو عَقْرٍ^(٢)، كما تعلم. ثم إن النسب يثبت احتياطاً لإحياء الولد، وعدم تضييعه. وكذلك العِدَّة، ثبتت أثراً لواقعة الدخول بشبهة الحل^(٣)، فيُحتاط في إثباتها رعايةً لحق الأنساب أيضاً.

فإذا روعي ثبوت المهر في هذا النكاح، فَلأن يُحتاط في إثبات النسب والعدة من باب أولى، لأن المهر لا يحتاط في إثباته بالقدر الذي يُحتاط في إثبات الأنساب، لأن حرص الشارع على إثبات هذا الأخير أشدّ.

أدلة متقدّمي الحنفية في عدم التفرقة بين باطل النكاح وفاسده:

استدلوا بما يلي:

أولاً: إن النكاح بغير شهود كنكاح المحارم، وكبيع المضامين والملاقيح من حيث البطلان، منفي لا منهي عنه، والنفي غير النهي، إذ الأول يوجب رفع المشروعية أصلاً، ونسخها، من مثل قوله ﷺ: «لا نكاح بغير شهود»^(٤). وكذلك نكاح المحارم - كما يقول الإمام البزدوي - منفي، لعدم محله^(٥)، إذ

(١) بفتح العين، وهو الحدّ، وحدّ الزاني المحصن هو الرجم، وغير المحصن مائة جلدة.

(٢) بضم العين، وهو المهر.

(٣) وشبهة الحل قائمة في صورة العقد وصيغته من الإيجاب والقبول المضاف إلى محله.

«التلويح مع التوضيح» للتفتازاني: (١/٢٢١)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٢/١٥٢ وما يليها)،

و«البدائع»: (٢/٣٣٥)، و«أصول البزدوي مع كشف الأسرار»: (١/٣٨٢)، و«فتح القدير»: (٢/٢٨٣).

(٤) أخرجه ابن حبان: ٤٠٧٥، بلفظ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، من حديث عائشة، وإسناده حسن.

(٥) ويُعلّق الإمام البخاري صاحب «كشف الأسرار» على ذلك بقوله: «وكذلك نكاح المحارم منفي، أي محمول على النفي، لعدم محله، لأن النص الوارد فيه، يوجب تحريم العين، والحرمة متى أضيفت إلى العين أخرجتها من محلية الفعل، لأن الجلّ والحرمة لا يجتمعان في محلّ واحد، فكانت إضافة الحرمة إلى العين، نفيّاً للمحل، لا نهياً».

التحريم^(١) مضاف إلى العين^(٢)، في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ الآية [النساء: ٢٣]، والحرمة متى أضيفت إلى العين أخرجتها من محلية الفعل، فوجب حمل التحريم على النفي.

أما قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٢٢] فإن ظاهره وإن كان نهياً، لكنه مستعار للنفي مجازاً، لأنه كما يقول الإمام البخاري: ثبت بالدليل أن الحرمة الثابتة بالمصاهرة^(٣)، هي عين الحرمة الثابتة بالنسب، على أن تقوم المصاهرة مقام النسب، فكان تقديره قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ . . . [النساء: ٢٢]: حرمت عليكم ما نكح آباؤكم من النساء. أي من إضافة الحرمة إلى العين.

= ذلك من مثل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ الآية [النساء: ٢٣]. «كشف الأسرار على أصول البزدوي»: (١/ ٢٨٣)، و«المرأة»: (١/ ٣٢٧).

(١) في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ الآية [النساء: ٢٣].

(٢) وجاء في «المرأة»: (١/ ٣٢٧-٣٢٨) ما يقرر أن النكاح الفاسد والباطل بمعنى، قوله: «المراد بالفساد في باب النكاح هو الباطل، لأن ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي، وإنما يثبت الملك ضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع، للتوالد والتناسل فلا حاجة إلى عقد لا يتضمن المقاصد، ولا يثبت الملك، وهو الفاسد، لأن ما ثبت ضرورة يتقدر بقدرها، فظهر منه، أن كل نكاح ورد فيه التحريم، كنكاح المحارم، ونكاح المتعة، والمؤقت، وغيرها باطل، وإنما عبروا عن بعضها بالفساد، إشارة إلى الفرق بين المختلف فيه في صحته وفساده، وبين المتفق على بطلانه، فعبروا عن الخلافة بالفساد، وعن الاتفاقية بالباطل».

ثم تسأل كيف يكون باطلاً وتترتب عليه بعض الأحكام، بقوله: «وهل يترتب عليه أحكام النكاح مع بطلانه، قلت: نعم يترتب عليه بعض أحكامه، من سقوط الحدّ (العقوبة) وثبوت النسب، ووجوب العدة، والمهر، لشبهة العقد».

«وعارض بما في الاستروشي، أن نكاح المحارم قيل فاسد، فتترتب عليه الأحكام، وقيل باطل، فلا تترتب عليه الأحكام، فإنه صريح في الفرق بين الفاسد والباطل». وانظر «التوضيح»: (١/ ٢٢٢ وما يليها).

(٣) وتحريم نكاح منكوحة الأب، على الابن، ثابت بالمصاهرة، لأن حرمة المصاهرة، هي تحريم أصول وفروع كل من الزوجين على الآخر، وحرمة المصاهرة كحرمة النسب، لأنها قائمة مقامها، فكان تقدير نص الآية الكريمة: حرمت عليكم ما نكح آباؤكم من النساء، وإضافة التحريم إلى العين، توجب إخراجها عن محلية الفعل، وهو النكاح، وهذا هو معنى النفي الذي يفيد انتساخ المشروعية.

وقد أشرنا إلى أن إضافة التحريم إلى العين يوجب إخراجها عن محلية الفعل، وإذا انعدم المحلُّ بطلَّ النكاح، وهذا هو رفع المشروعية أو نسخها، وهو معنى النفي لا النهي، كما أشرنا، وليس البحث فيه.

ويؤكد هذا، قوله تعالى بعد ذلك: ﴿إِنَّكُمْ كَانُمْ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾

[النساء: ٢٢].

ومعنى الفاحشة هو الإفراط في القبح، وكذلك المقت، وسوء السبيل، فكان أدنى إلى القبح العيني منه إلى القبح الوصفي، والقبح العيني لا يجتمع مع المشروعية أصلاً، لأنه يستلزم البطلان.

ومن هنا - كما يقول الجمهور - لم نجد للفرقة بين باطل النكاح وفاسده من معنى أو أصل ينهض بها.

ثانياً: سلمنا أن النكاح بغير شهود، منهيٌّ عنه لا منفي، غير أن الموجب الأصلي للنكاح، بل أثره الوحيد، هو «الحل» لا الملك، وإنما يثبت الملك ضرورةً واقتضاءً، لا مقصوداً أصلياً، وذلك ليظهر أثره في الحلِّ، أي لتصحيح ابتناء الحلِّ عليه، أثراً له، فكان ملكاً ضرورياً، يثبت لازماً متقدماً على سبيل الاستلزام والاقضاء، فهو ملك من نوع خاص، لتصحيح الحكم الشرعي وتخريجه على قاعدة شرعية، وليس الملك مقصوداً أصلياً للنكاح - كما ذكرنا - فكان حكماً تابعاً للحل^(١).

وإذا كان موجب^(٢) النكاح وأثره الأصلي الثابت به هو «الحل» ومقتضى النهي هو الحرمة، فإن الحلَّ والحرمة لا يجتمعان في محلٍّ واحدٍ بداهةً، للتضادِّ، فكان باطلاً.

(١) «البدائع»: (٢/ ٣٣٥)، وهو ملك من نوع خاص، الزوج لا يملك سائر أجزاء المرأة، بل ينتفي ملكه لها بعد النكاح، كما كانت قبله وأنه من لا يملك من التصرف الفعلي إلا حل الاستمتاع، ومن التصرف القولي، غير رفع قيد الزوجية بالطلاق.

(٢) الموجب - بفتح الجيم - الأثر الثابت للنكاح، ويعبر أحياناً عن هذا الأثر بحكم النكاح، فكان حكم النكاح وموجباً بمعنى واحد، وهو الأثر الثابت به.

لذلك^(١) لا نفرِّقُ في النكاح المنهي عنه بين الباطل والفاسد، سواء أكان النهي راجعاً إلى الأصل أم إلى الوصف.

ثالثاً: إن النكاح الفاسد على تقدير أن حكمه وموجبه هو «الملك» ليس بنكاح حقيقة^(٢)، لانعدام محلّه، أو بعبارة أدق، لانعدام محلّ حكمه^(٣).

ولا مِرْيَة أن انعدام المحلّ، خللٌ ذاتي، يُعَدُّ معنى التصرف شرط، إذ لا بدّ للتصرف من محلّ يُترك أثره فيه، وإلا كان معدوماً، في نظر الشارع، وخارجاً عن اعتباره، والمعدوم لا يترتب عليه أثر، وهذا هو معنى البطلان. وتفصيل ذلك:

أن الأصل في النكاح، ألا يكون مشروعاً أصلاً، لانعدام محلّ حكمه كما ذكرنا، لأن حكمه الملك الضروري، والملك محله منافع البضع، وهذه المنافع ملحقةً بأجزاء جسم المرأة كلّها، من حيث الحرية، والملك لا يثبت فيها، لأنه ينافي الحرية، إذ المرأة حرّةٌ بجميع أجزائها، ومنافعها ملحقة بها، فليست محللاً للملك كذلك، لأن الملك ينافي الحرية، فانعدم محل الملك، ولا وجود للعقد إذا انعدم محل حكمه.

هذا هو القياس، الذي يقضي بأن النكاح غير مشروع أصلاً.

غير أن الشارع أسقط اعتبار المنافي، وأثبت الملك للضرورة، ليظهر أثره في حلّ الاستمتاع، إذ لا حلّ على وجه الاختصاص بلا ملك، وإلا كان الحلّ على سبيل الشيوخ والإباحة العامة، فيجتمع الذكور والإناث على وجه السفاح بداعية الشهوة، على النحو الذي يتنتاج الحيوان، وفيه من إهدار الكرامة الإنسانية، وضياح الأنساب والقربات، وانقطاع تعهد الآباء بالأبناء، ومعاندة الفطرة، وشيوع الفساد والتهاجر، ما لا يخفى، فكان لا بُدّ من تقدير معنى الملك اقتضاء واستلزماً، حكماً وأثراً

(١) «التوضيح مع التلويح»: (١/ ٢٢١ - ٢٢٢).

(٢) «البدائع»: (٢/ ٣٣٥).

(٣) قلنا إن حكم النكاح هو أثره الثابت به، وأثره قد افترضناه الملك، ومحل الملك هو - كما سيقول - منافع البضع، وهي لا تملك لأنها ملحقة بأجزاء جسم المرأة الحرة.

للنكاح، لتسند إليه حل الاستمتاع الذي هو سبيل التناسل وبقاء النوع الإنساني على وجه مشروع، وليفيد الاختصاص في الحل للزوج وحده، أثراً للملك، ويصون الكرامة، ويحفظ الأنساب، وهذا هو معنى الفراش.

وبقيت المرأة مالكة سائر أجزائها ومنافعها بعد النكاح، كما كانت قبله.

إذن، النكاح الصحيح ثابت على خلاف القياس، حفظاً لبقاء النوع الإنساني، على وجه مشروع، فينعد مفيداً للملك الضروري الذي يظهر أثره في الحل على وجه الاختصاص، أي ينعد سبباً للملك في حق الفراش^(١)، بحيث يتعين ثبوت نسب الولد الذي أتت به المرأة من الرجل الذي ثبت له هذا الحل بمقتضى ذلك الملك الضروري^(٢).

وهذا معنى قوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(٣).

أو بعبارة أخرى، أصبحت المرأة متعينة لثبوت نسب الولد الذي أتت به من زوجها الذي ثبت له حل الاستمتاع بها على وجه الاختصاص، بمقتضى ذلك الملك

(١) «البدائع»: (٢/٣٣٥)، و«المرأة»: (١/٣٢٧-٣٢٨)، و«فتح القدير»: (١/٣٨٢ وما يليها).

(٢) جاء في «البدائع»، للإمام الكاساني (٢/٢٣٥) ما يقرر هذا المعنى: «الأصل فيه، أن النكاح الفاسد، ليس بنكاح حقيقة، لانعدام محله، أعني محل حكمه، وهو - أي الحكم - الملك، لأن الملك يثبت في المنافع، ومنافع البضع ملحقه بالأجزاء، والحر بجميع أجزائه ليس محلاً للملك، لأن الحرية خلوص - أي من الملك والرق - والملك ينافي الخلوص، ولأن الملك في الآدمي لا يثبت إلا بالرق، والحرية تنافي الرق، إلا أن الشارع أسقط اعتبار المنافي في النكاح الصحيح، لحاجة الناس إلى ذلك، وفي النكاح الفاسد بعد الدخول، لحاجة الناكح إلى درء الحد، وصيانة مائه عن الضياع، بثبوت النسب، ووجوب العدة، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة، ولا عقوبة، فوجب المهر، فجعل منعقداً، في حق المنافع المستوفاة، لهذه الضرورة، ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع، وهو ما قبل الدخول، فلا يجعل منعقداً قبله».

أقول: وإذا لم يجعل منعقداً قبله، كان باطلاً فالعقد الفاسد قبل الدخول عقد باطل لا أثر له، كما ترى، ولكنه بعد الدخول منعقد في حق المنافع المستوفاة، فثبت به بعض الآثار التي ذكرها.

(٣) أخرجه البخاري: ٢٢١٨، ومسلم: ٣٦١٣، وأحمد: ٢٤٩٧٥، من حديث عائشة.

الضروري، أي المقدر اقتضاء^(١)، حكماً لعقد النكاح، ليظهر أثره في ذلك الحل^(٢) الخاص بالزوج.

فالفراش هو قيام الزوجية^(٣).

ولذا، حرم الله تعالى التزوج «بالمحصنات»^(٤) أي النساء المتزوجات، وسبب الحرمة، هو حفظ الأنساب، منعاً للجمع بين الفراشين.

فالمراة أضحت متعينة لثبوت نسب الولد الذي أتت به من الرجل الذي عقد نكاحها.

فالفراش هو قيام الزوجية، كما ذكرنا.

تلك هي فلسفة تشريع النكاح في أصول الحنفية، مؤداها ثبوت مشروعية النكاح على خلاف القياس الذي يقتضي المنافاة بين الحرية والملك، والشارع الحكيم أسقط اعتبار المنافي، وأثبت الملك، ليظهر حكمه في الحل على وجه الاختصاص، ضرورة حفظ بقاء النوع الإنساني.

هذا في النكاح الصحيح.

أما في النكاح غير الصحيح، فلا ضرورة، فيبقى على أصل عدم المشروعية، واعتبار المنافي، إذا لم يحصل دخول، وهذا ما أشار إليه الإمام الكاساني بقوله:

(١) راجع بحث دلالة الاقتضاء في كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي».

(٢) الحل على وجه الاختصاص، هو موجب النكاح وأثره الأصلي الثابت به أصالة، وإنما الملك قدر اقتضاء واستلزماً، مقدماً، لتصحيح الحكم الشرعي بحل الاستمتاع. فالملك ثابت اقتضاء وضرورة، وأما الحل فثابت بالنكاح أصالةً.

(٣) جاء في «العناية» و«فتح القدير»: تعريف الفراش، بأنه «صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منه، وكل من كانت فراشاً لشخص، لا يجوز نكاحها، لثلا يحصل الجمع بين الفراشين، فإنه سبب الحرمة في المحصنات من النساء» أي: المتزوجات. «فتح القدير مع شرح العناية»: (٢/٣٨٢).

(٤) المحصنات تعني العفيفات، كما تعني النساء المتزوجات. ففي قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [المائدة: ٥] أي: أحل لكم العفيفات منهن، بخلاف كلمة المحصنات فيما نحن فيه، إذ تعني المتزوجات..

«وأما النكاح الفاسد، فلا حكم له قبل الدخول^(١)، وأما بعد الدخول، فيتعلق به أحكام، منها ثبوت النسب، ومنها وجوب العدة، وهو حكم الدخول حقيقة، ومنها المهر^(٢).

فالنكاح الفاسد كتصرف شرعي غير مقترن بالدخول، باطلٌ، لا يترتب عليه أثر ما، كما رأيت^(٣).

أما إذا اقترن بواقعة الدخول، ترتب عليه بعض الآثار للضرورة أيضاً.

فقد سوى الإمام الكاساني بين الزواج الصحيح والفاسد بعد الدخول، حيث إن كلا منهما أسقط الشارع اعتبار المنافي فيه، للضرورة^(٤).

والواقع أن الحنفية لا يقولون بترتب بعض أحكام النكاح على مجرد واقعة الدخول، بل مضافاً إليها شبهة العقد الفاسد، على ما سيأتي بيانه.

المتأخرون من أصولي الحنفية وفقهائهم يفرقون بين باطل النكاح وفاسده، كسائر العقود:

يفرِّق المتأخرون من الحنفية بين باطل النكاح وفاسده، فالنكاح المتفق على بطلانه، مما فقد ركناً من أركانه، بأن انعدم محله، لعدم قابليته لحكمه، بأن كانت من

(١) وهذا هو الباطل.

(٢) «البدائع»: (٢/ ٣٣٥).

وإنما وصف الملك بأنه ضروري، أي ثابت للضرورة، لتصحيح الحكم بالحل بالاستمتاع على وجه الاختصاص وليس ملكاً أصلياً صحيحاً مقصوداً أصالة من عقد النكاح، كما هو الشأن في الملك الثابت بعقد البيع.

فالحكم الأصلي للنكاح إذن هو الحل لا الملك.

(٣) «البدائع»: (٢/ ٣٥٣)، و«فتح القدير»: (٢/ ٣٨٢)، و«كشف الأسرار على أصول البزدوي»: (١/ ٣٨٢)، و«المرأة» للإزميري: (١/ ١٢٧ وما يليها)، و«تبيين الحقائق»: (٢/ ١٥٢ وما يليها)، و«شرح المنار وحواشيه»: ص ٢٥٨-٢٨٤، و«فواتح الرحموت بهامش المستصفي»: (١/ ٤٠٥-٤٩٨)، و«التوضيح مع التلويح»: (١/ ٢٢٢ وما يليها).

(٤) واعتبر عقد النكاح الفاسد منعقداً بعد الدخول في حق المنافع المستوفاة. «البدائع»: (٢/ ٣٣٥).

المحارم، أو من مثل تزوج الكافر بالمسلمة، أو نكاح زوجة الغير، أو معتدته، أو زواج عديم الأهلية إذا باشر العقد بنفسه، فالدخول في هذا النكاح الباطل لا يوجب العدة، بل لا يترتب عليه أثر ما مِنْ آثار النكاح الصحيح البتة، إذ لم يقل أحدٌ بجوازه، فلم ينعقد أصلاً، ولهذا يجب الحد، لأنه زنى محض^(١).

وينبغي أن نبيّن أحكام عقد النكاح الباطل، ليتّضح الفرق بينه وبين الفاسد، حتى في اجتهاد الحنفية أنفسهم.

أحكام العقد الباطل:

- ١ - لا يحل به دخول ولا غيره مما يحلُّ بالعقد الشرعي الصحيح، بل الدخول فيه معصيةٌ وجريمةٌ توجب الحدَّ، إذا كانا بالغين عاقلين عالمين بالحرمة.
- ٢ - لا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة.
- ٣ - لا تجب به العدة.
- ٤ - لا يثبت به نسب، ولا توارث ولا مصاهرة^(٢).
- ٥ - لا يقع فيه طلاق، لأن الطلاق فرع وجود الزواج الصحيح، وهذا باطل معدوم شرعاً.
- ٦ - يجب به الحدَّ، كما ذكرنا، إذا كانا عاقلين بالغين عالمين بالتحريم^(٣)، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى.

(١) إذا كانا عاقلين بالغين عالمين بالتحريم.

(٢) أي عند الجمهور خلافاً للحنفية الذين يشترطون حرمة المصاهرة بالزنا، كما تقدم. «رد المحتار»: (٣/ ١٣١ وما يليها)، و«الأحوال الشخصية» للشيخ عبد الرحمن تاج: ص ٦٦-٦٧.

(٣) يرى الإمام أبو حنيفة أن النكاح الباطل لا يوجب الحد، لشبهة صورة العقد لا حقيقته، ولم يقل أحد باعتبار صورة العقد شبهة سواه، خلافاً للصاحبين والأئمة الثلاثة.

هذا، ولا خلاف بين علماء المسلمين أن النكاح الباطل زنى محض، وإنما الخلاف في وجوب الحد - كما رأيت - فالجمهور على وجوب إقامته - خلافاً لأبي حنيفة - ثم قال: إذا سقط الحد، وجب المهر، لأن الدخول في دار الإسلام لا بد أن يثبت به أحدهما، والمهر هنا على سبيل الغرامة المالية، أو التعويض. «البدائع»: (٢/ ٣٣٥).

هذا ويرى الشيعة الجعفرية أن الدخول في النكاح الباطل زنى لا شبهة فيه، فيجب به الحد إذا لم تكن المدخول بها محرماً، فإن كانت محرماً وجب القتل^(١).

وهذا صريح في التفرقة بين الفاسد الباطل.

أما النكاح المختلف فيه^(٢)، من مثل النكاح بلا شهود، فقد فُقد شرطاً من شرائط الصحة، بعد استيفائه لأركانه وشرائطها، وكالزواج المؤقت، وزواج أخت مطلقته طلاقاً بائناً في عدتها، لأنه مختلف في حرمة، وكتزوجه بامرأة محرمة عليه بسبب الرضاع، وهو لا يعلم بحرمته، بناءً على إخبار الناس بأنه لا يوجد بينهما صلة محرمة، ثم ظهر بعد الدخول أنها محرمة عليه، وغير ذلك من الأنكحة المختلف فيها.

أحكام النكاح الفاسد:

١ - يحرم به الدخول.

٢ - لا يترتب عليه أثر من حيث ذاته، مجرداً عن الدخول، فهو كالباطل إذا لم يقترن به دخول، غير أن الفرق بينهما أن الأول منعقد لوجود ماهيته، ولهذا يجب فسخه، بخلاف الثاني، فإنه معدوم.

٣ - تجب المتاركة والافتراق اختياراً، ومن تلقاء أنفسهما، حتى إذا لم يفترقا، فَرَّقَ القاضي بينهما جبراً.

أما بعد واقعة الدخول، فترتب عليه بعض الأحكام، التي اقتضتها الضرورة:

١ - لا يجب الحد، لوجود شبهة الحل القائمة في العقد، والحد يُدرأ بالشبهة.

٢ - يثبت به الأقل من المهر المسمى ومهر المثل. أما إذا لم يكن قد سُمِّي لها مهر، فيجب حينئذ مهر المثل بالغاً ما بلغ، اتفاقاً، ويرى زُفر أنه يجب مهر المثل مهما بلغ، في الحالين: في التسمية وعدمها، لفساد التسمية بفساد العقد^(٣).

(١) «مسائل الخلاف»: (٢/ ١٧٥)، و«الأحوال الشخصية» للشيخ مصطفى شليبي: ص ٣٢٠.

(٢) فالخلاف فيه قائم بين المالكية والجمهور. «رد المحتار» لابن عابدين: (٣/ ١٣١ - ١٣٢)، الطبعة

الثانية (مصطفى الباهي الحلبي، ١٣٨٦هـ / ١٩٦٦م).

(٣) المراجع السابقة.

٣ - تثبت به حرمة المصاهرة^(١).

٤ - تجب به العدة من وقت الافتراق التلقائي، أو التفريق الجبري من جانب القاضي. وقال زُفر: تحسب العدة من آخر الوطآت.

ويلاحظ أن عدتها بالأقراء أو الأشهر، إذا لم تكن حاملاً، حتى ولو كانت عدة وفاة، إذ لا تجب هذه إلا في النكاح الصحيح، تَعْرِفُ عَلَى بَرَاءَةِ الرَّحْمِ، وإظهاراً للتحسر على فوات نعمة الزواج الصحيح^(٢)، وليس كذلك العقد الفاسد.

٥ - لا تجب لها نفقة في العدة، إذ لا عدة في نكاح باطل.

٦ - يثبت به النسب، إحياءً للولد، ومحافظةً عليه من الضياع، والأنساب يُحتاط في إثباتها.

هذا، ولا يجب غير ذلك، من التوارث، والنفقة، والطاعة، ولا يقع به طلاق على المرأة، وأما المتاركة والافتراق أو التفريق من قبل القاضي، فلا يعتبر طلاقاً أو تطليقاً على الغير في النكاح الفاسد.

لا تعتبر الخلوة الصحيحة دخولاً كما في النكاح الصحيح، فلا يترتب عليها أي أثر، لعدم التمكّن شرعاً من الوطء، إذ الدخول حرام، بل يجب التفريق، بخلاف النكاح الصحيح، فالتمكّن من الدخول قائم، إذ يحل فيه الدخول، لذلك اعتبرت الخلوة الصحيحة فيه قائمةً مقام الدخول^(٣)، لوجود التمكّن فيه، وانتفائه في العقد الفاسد.

(١) وحرمة المصاهرة تثبت عند الحنفية بالزنا المحض، على تأويل فيه، كما سبق، فلان تثبت بالنكاح الفاسد القائم على شبهة الحل، من باب أولى.

(٢) بدليل وجوب عدة الوفاة قبل الدخول، لإطلاق الآية الكريمة: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] فلم يرد تقييدها بما إذا كان قبل الدخول أو بعده، والمطلق يجري على إطلاقه.

(٣) المراجع السابقة.

تأصيل الفرق بين أحكام النكاح الباطل وأحكام العقد الفاسد في أصول فقه الحنفية:

لا مناصَ لمُتقدِّمي الحنفية في ذهابهم إلى عدم التفرقة بين باطل النكاح وفاسده، من بيان الأصل الذي ابتنوا عليه أحكام كل منهما، إذ الشرع يقوم على تأصيل الأحكام. وإنا لا نرى أصلاً ترتدُّ إليه أحكام كلِّ منهما إلا البطلان والفساد، وهو ما ذهب إليه المتأخرون منهم وهو الحق.

ذلك لأن اختلاف أحكامهما صريح في التفرقة بينهما معنىً وأصلاً، وهو ما أشار إليه ابن عابدين، وصاحب «مرآة الأصول»^(١).

فما كان معنى التصرف فيه منعدماً شرعاً، لخلل في أركانه، أو محله، أو شرائط انعقاده، فهو باطل لا يترتب عليه أثر ما من آثار العقد الصحيح، بل تترتب عليه أحكامٌ أخرى على النحو الذي ذكرنا، وهذا بالاتفاق.

وأما إذا كان معنى التصرف متحققاً وقائماً فيه، وإنما الخلل في وصف من أوصافه اللازمة، فذلك هو الفاسد، فاعتبر منعقداً بالنظر إلى أصله، وترتبت عليه بعض الآثار لا جميعها بعد الدخول، لنقصان مشروعيته، بسبب فساد وصفه، فهو كسائر العقود، والدخول فيه كالقبض في العقود الأخرى، ولا يستوي ما كان مشروعاً من وجهٍ مع غير المشروع من كلِّ وجه.

ما يتَّجه على مذهب مُتقدِّمي الحنفية من النقد الأصولي:

أولاً: يتجه على مُتقدِّمي الحنفية أن الأحكام المختلفة أو المتباينة التي رتبوها على صُورٍ من النكاح المنهي عنها، دون الصور الأخرى، تقضي بتأصيل الفرق بينهما، إذ لو كانت هذه الصور كلها باطلةً - كما يقولون - لا تَحدت أحكامها، لاتحاد الأصل، لكنها اختلفت بل تباينت.

(١) «رد المحتار»: (٤/١٣١ وما يليها)، و«المرآة»: (١/٣٢٧ وما يليها).

ولم نجد تأصيلاً للفرق بين هذه الأحكام المختلفة إلا رجوعها في أصلين لا أصل واحد، هما: البطلان والفساد، فبطل ما ذهبوا إليه من أن باطل النكاح وفساده سواء. وهذا ما ذهب إليه متأخروهم^(١)، وهو الحق.

ثانياً: إنهم يُصرِّحون بأن عقد النكاح الفاسد «منعقد» بالنسبة لما رتب عليه من أحكام وجوب العدة، والنسب، والمهر، بعد الدخول، للضرورة، ولذا ثبت هذا النكاح مع المنافي.

أما الضرورة، فلِدَرْءِ الحَدِّ، وصيانة الولد عن الضياع، وحفظ الأنساب. وأما المنافي، فلثبوت المِلْك في حق المنافع، وهو يتنافى مع حرية المرأة بجميع أجزائها، ومنافعها.

وهذا ما نصَّ عليه الإمام الكاساني بقوله:

«إن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة، لانعدام محلِّه^(٢)، أعني محلَّ حُكْمه^(٣)، وهو الملك، لأن المِلْك يثبت في المنافع، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء^(٤)، والحرُّ بجميع أجزائه ليس محلاً للملك، لأن الحرية خلوصٌ، والملك ينافي الخلوص، ولأن الملك في الآدمي لا يثبت إلا بالرق، والحرية تنافي الرق، إلا أن المشرع أسقط اعتبار المنافي^(٥) في النكاح الصحيح، لحاجة الناس إلى ذلك، وفي النكاح الفاسد، بعد الدخول، لحاجة النكاح إلى درء الحدِّ، وصيانة مائه عن الضياع، بثبوت النسب، ووجوب العدة، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة،

(١) «رد المحتار»: (٣/١٣١ وما يليها).

(٢) وإذا انعدم المحل فلا وجود للعقد، إذ لا عقد بلا محل.

(٣) المراد بحكم النكاح هنا، هو الأثر الثابت به، وهو الملك، ومحلَّ الحكم أو الملك هو منافع البضع، واستيفاء المنافع هو الاستمتاع.

(٤) ومنافع المرأة بمنزلة أجزاء جسمها، لا تملك، إذ الملك بالرق، والمرأة حرة، فكان الملك منافياً لحرية المرأة، لكن الشارع أسقط اعتبار المنافي هذا، لضرورة التناسل، وبقاء النوع، كما سيذكر بعد قليل.

(٥) أسقط اعتبار منافاة الملك لحرية المرأة، فأثبتت الملك على الرغم من ذلك، للضرورة، وهي حاجة الناس إلى ذلك، أي للتناسل وبقاء النوع الإنساني.

فوجب المهر، فجعل «منعقداً» في حق المنافع المستوفاة، لهذه الضرورة، ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع، وهو ما قبل الدخول.

ولا ريب أن اعتبار العقد «منعقداً» بعد الدخول، يُنافي القول ببطلانه، لأن الباطل غير منعقد أصلاً.

ثالثاً: يتجه على قدامى الحنفية أيضاً، أنهم غلبوا جانب العبادة في النكاح نظرياً، فألحقوه بها، إذ جعلوا أثره الوحيد هو الحل على وجه الاختصاص، أثراً للملك الضروري، على النحو الذي رأيت.

وتأسيساً على هذا، كان النهي عن بعض صور النكاح، أيّاً كان متعلقه - الركن أو الوصف الملازم - يوجب البطلان، في اجتهادهم، لأن مقتضى النهي التحريم، وموجب النكاح الحل، وهما ضدّان لا يجتمعان، إذ الحل هو أساس مشروعيته.

لكن هذا غير مسلم، لأن للزواج - فيما نرى - أثراً هاماً أيضاً، ومقصداً أساسياً شرع الحل سبيلاً إليه، وهو إنجاب النسل والذرية، فكان الحل تابعاً له، لقوله ﷺ: «تناكحوا تناسلوا، فإني مباء بكم الأمم يوم القيامة»^(١)، ولهذا رُكِّبَت في الإنسان الشهوة، داعيةً إليه.

وعلى هذا، فإن المشروعية التي يستلزمها وجود «ماهية» عقد النكاح، معناها ترتيب هذا الأثر الأصلي عليه، وهو تحصيل الولد، وبقاء النوع الإنساني، وهو عرض دُنْيَوِيٌّ، فضلاً عن الحل.

والمشروعية بمعنى تحصيل الولد، قد تجتمع مع الحرمة للوصف الملازم، فيثبت النسب لثبوت ماهية العقد، وكذلك المهر والعدة، مع ثبوت الحرمة، لمعنى الفساد في الوصف الملازم. ولذا قالوا: إنه واجب الفسخ، أو التفريق بينهما، بالنظر إلى فساد الوصف، وبقاء أصل المشروعية، وإن كانت ناقصة، بالنظر لوجود الماهية سالمة عن المفسدة.

(١) أخرجه أبو داود: ٢٠٥٠، والنسائي: (٦٥/٦ - ٦٦)، وابن حبان: ٤٠٥٦ و٤٠٥٧، من حديث معقل بن يسار، وهو حديث قوي.

فأعطوا لكل من جهتي العقد - أصلاً ووصفاً - الحكم الذي شرع من أجله، أو يناسبه، ولا تناقض، لأن كليهما من وضع الشارع.

وهذا الذي انتهوا إليه باجتهادهم، هو في الواقع تطبيق عملي لنظرية الفساد، وإن أنكروها في التأصيل نظرياً في عقد النكاح.

ذلك، لأنهم بترتيبهم تلك الآثار بعد الدخول، قد اعتبروا العقد مشروعاً من وجهٍ دون وجه، ثم أوجبوا الفسخ أو التفريق، وهذا هو معنى العقد الفاسد بعينه.

بخلاف العقد الباطل المتفق على عدم مشروعيته أصلاً، حيث عرا الخللُ ركنه أو شرط انعقاده، فكان معدوماً أو غير مشروع من كل وجه، ولذا لم يرتبوا عليه أي أثر من الآثار المقصودة في عقد النكاح الصحيح، كما في نكاح المحارم، أو تزوج الكافر بالمسلمة.

وبذلك تراهم قد خالفوا في التطبيق والعمل ما أصّلوه في النظر^(١).

هذا، ولما كان الأصل في العلاقة بين الرجل والمرأة هو «الحرمة» حتى يوجد الحلُّ شرعاً، فإن عقد النكاح الباطل لا ينعقد سبباً لحكمه وهو الحل، ولذا كان الدخول فيه معصية وجريمة كبرى توجب الحد في شرع الإسلام، كنكاح المحارم، ونكاح الكافر بالمسلمة، إذا كان المتعاقدان عاقلين بالغين عالمين بالحرمة، كما أسلفنا.

نخلص من هذا، إلى أن ليس للزواج أثرٌ أصليّ واحد هو الحل، حتى يكون النهي عن النكاح - أيّاً كان متعلقه - موجباً للتحريم الذي يتناقض مع أثره الأصلي، وهو الحل فيلزم البطلان، بل إن للزواج أثراً أصلياً آخر هاماً، هو تحصيل الولد، وبقاء النوع الإنساني، الذي تتمُّ به عمارة الكون إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وما شرع الحل إلا حكماً شرعياً تبعياً للوصول إلى ذلك الغرض الأصلي.

ومن ثم لا يلزم التناقض في كل صور النهي التي وردت في النكاح، حتى يستوي

(١) «فتح القدير»: (١/ ٣٨٢ وما يليها)، و«البدائع»: (٢/ ٣٣٥).

باطله بفساده، إلا ما كان منه متعلقاً بالماهية، دون الوصف، فيبطل لانعدام معنى التصرف، بخلاف ما إذا كان متعلقاً بوصفٍ من أوصافه اللازمة، أو كان نكاحاً مختلفاً فيه بين العلماء، لقيام شبهة الحِلِّ، فتثبت بعض الآثار للضرورة، على النحو الذي فصلنا، ولا تناقض، لأن أثره الأصلي يثبت بثبوت الماهية بوضع الشارع، وهو غرض دنيوي، يجامع الحرمة التي توجب التفريق والفسخ لا البطلان، إذ لا يستوي - في نظر الشرع - العقد المشروع من وجه مع العقد غير المشروع من كل وجه، كما أشرنا، وإلا فلم رتب المتقدمون أنفسهم تلك الآثار على بعض عقود النكاح دون بعض؟ فما هو جوابهم هو جوابنا.

لا يقال: إن هذه الآثار مبنية على أصل آخر سوى عقد النكاح الفاسد، وهو «مجرد الشبهة» لأن شبهة الحِلِّ كافية لدرء الحدِّ، وثبوت العدة والنسب، وشبهة الحِلِّ هذه، قائمة بقيام صورة العقد على حدِّ تعبيرهم^(١).

لا يقال هذا، لأن تحليلهم صريحٌ في تأصيل هذه الأحكام على «العقد نفسه» مقترناً بالدخول، ولو كانت الشبهة وحدها القائمة في صورة العقد هي مستند تلك الأحكام، لاختلفت في مقاديرها، وتاريخ جريان ثبوتها عمّا قرّره، وبيان ذلك:

أ - أن مهر المثل الذي يثبت حقاً للمرأة في هذا النكاح الفاسد، يجب - في اجتهاد الإمام وصاحبيه ما عدا الإمام زُفر - أن لا يزيد عن «المهر المسمّى» في العقد، وهذا اعتبار للعقد، بدليل اعتبار ما ورد فيه من تسمية، دون ريب، ولو كان الحكم

(١) والضرورة في النكاح الفاسد، هي الحاجة إلى درء العقوبة، وحفظ الولد من الضياع، بثبوت نسبه من أبيه، وصيانة بضع المرأة من الاستعمال دون غرامة أو عقوبة، كما يقول الإمام الكاساني، لأن من المقرر شرعاً، أن الدخول - في دار الإسلام - لا يخلو من أحد أمرين: إما المهر، وهو ثابت على سبيل الغرامة في النكاح الفاسد، بالنسبة للزوج، وعلى سبيل التعويض بالنسبة للمرأة.

وإما العقوبة أي الحد، إن كان زنى محضاً، فإذا سقط الحد، وجب المهر.

هذا، والمهر ثابت في النكاح الفاسد بقوله ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَنْكَحْتَ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا، فَلَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا». [أخرجه أبو داود: ٢٠٨٣، والترمذي: ١١٠٣، وابن ماجه: ١٨٧٩،

وأحمد: ٢٤٢٠٥، من حديث عائشة، وهو حديث صحيح].

بوجوب المهر مستنداً إلى مجرد الشبهة، وواقعة الدخول وحدها، لوجب مهر المثل بالغاً ما بلغ، وهو قول زفر.

ب - إن العدة تحتسب في العقد الفاسد عند جمهور الحنفية - ولاسيما القدامى منهم خلافاً لزُفر - من وقت المفارقة أو تفريق القاضي، لا من وقت وقوع آخر الوطآت، كما يرى زُفر، فدل ذلك على أن حكم «العدة» ناشئ عن العقد لا عن الشبهة وخدها، إذ التفريق في العقد الفاسد، كالطلاق في العقد الصحيح، وبذلك أقام مُتقدِّمو الحنفية العقد الفاسد مقام العقد الصحيح، إذ اعتبروا التمكن من الوطء قائماً مقام حقيقته، وينتهي هذا «التمكن» بالتفريق الذي يشبه الطلاق في العقد الصحيح، لا بانتهاء الوطء كواقعة مادية.

والاعتداد بالعقد الفاسد أصلاً ينشأ عنه حكم وجوب العدة، وانتهائه يعتبر بدءاً لاحتساب مدتها، يُنافي القول ببطلانه بداهةً.

ج - إن أبا حنيفة وأبا يوسف قد ذهبوا إلى أن نسب الولد يثبت إذا أتت به لسته أشهر أو أكثر من «تاريخ العقد»، ولو كان ثبوت النسب للشبهة وحدها، دون العقد، لكان ينبغي أن يكون النسب من تاريخ الدخول لا من تاريخ العقد.

كل ذلك صريح الدلالة على الاعتداد بالعقد الفاسد بعد الدخول، وهو ينافي القول بالبطلان، إذ الباطل لا يترتب عليه شيء، كما تعلم.

فتبين لك بوضوح، أن اتجاه مُتقدِّمي الحنفية إلى عدم التفريق بين باطل النكاح وفساده أصل نظري مجرد، ينافيه ما رتبوه هم من أحكام عملية تطبيقية على صور من النكاح منهي عنها، حيث لا يمكن تأصيل الفرق بين تلك الأحكام إلا على أساس نشوئها عن نظريتي البطلان والفساد، وهو ما أتجه إليه متأخروهم، وهو الحق، فكان عقد النكاح كسائر العقود، منه الصحيح، والفساد، والباطل.

وقد علمت، أن العقد الفاسد - في المعاوضات - لا يفيد شيئاً قبل القبض، فهو والباطل سواء، من حيث انعدام الأثر.

غير أن العقد الفاسد منعقد ولكن يجب فسخه، طوعاً أو كرهاً، حقاً للشرع.

أما بعد القبض، فيفيد حكمه الأصلي، وهو الملك، ولكنه ملك من نوع خاص، يفيد حرية التصرف الشرعي بالبيع ونحوه تخليصاً منه، ولا يفيد جِلَّ الانتفاع، حتى لا يستقر هذا الملك للمشتري، لشائبة الحرمة المتصلة به.

وإنما اشترط تأيده بالقبض، وبإذن البائع، لضعف سبببته لحكمه، بملازمة الوصف المنهي عنه له، فلا بدّ من القبض ليتأيد به، وينتج ذلك الحكم. هذا، ويجب فسْخُه بعد القبض أيضاً إلا لمانع.

وكذلك النكاح الفاسد، لا أثر له قبل الدخول، إذ لا ضرورة لاعتباره منتجاً آثاره، فلم يسقط الشارع اعتبار المنافي فيه.

وهذا معنى قول الإمام الكاساني: «وأما النكاح الفاسد، فلا حكم^(١) له قبل الدخول^(٢)» ويجب فسْخُه حقاً للشرع.

أما بعد الدخول، فتنشأ الضرورة التي تقتضي ترتيب بعض الآثار عليه، من المهر، وقد ثبت ذلك بدليل من الشرع، كما قدّمناه.

وإذا ثبت المهر شرعاً في العقد الفاسد بالدليل، وجب أن تثبت به العدة والنسب من باب أولى، لأن الشارع يحتاط في إثبات الأنساب وحفظها، أكثر مما يحتاط في إثبات المهر، إحياءً أو حفظاً للولد من الضياع.

ويجب فسْخُه بعد الدخول أيضاً، حقاً للشرع، لمكان النهي في وصفه الملازم. فكان الدخول في النكاح الفاسد، بمثابة القبض في عقد المعاوضة، يتأيد به كلٌّ منهما، لتقوى سبببته على إنتاج حكمه، ولكن مع وجوب الفسخ، على النحو الذي بينا، والله أعلم.



(١) فلا أثر.

(٢) «البدائع»: (٢/٣٣٥).

البحث الخامس
نظرية الاستصحاب
في أصول الفقه الإسلامي المقارن

قوة استمرار الحكم السابق، والثابت بدليل في الماضي، هل هي ثابتة بحكم الاستصحاب شرعاً أو عقلاً؟
منهج البحث مفضلاً وموجهاً:

- ١ - غير مُجدد الاستدلال على حجّية الاستصحاب شرعاً، باستمرار أحكام الشريعة إلى يوم القيامة، لأن خلود الشريعة، ثابت بالأدلة التي نهضت به، وهي صريحة الدلالة على أنها دين الله إلى الزمن المُقدّر لبقاء هذا العالم، وهذا ليس بحكم الاستصحاب، على ما ذهب إليه كثير من الأصوليين.
- ٢ - تعريف الاستصحاب لغةً واصطلاحاً.
- ٣ - إنَّ ظن بقاء الحكم واستمراره - وهو الاستصحاب - باعتباره أثراً لازماً لعين دليل وجوده، هو أقوى من مجرد احتمال تغييره.
- ٤ - ظن البقاء والديمومة، لا يساوي يقين البقاء، فافترقا، نوعاً وحكماً.
- ٥ - الأحكام العقلية، ليست محلاً للاستصحاب، إذ ليس مناطه متحققاً فيها، فينبغي استبعادها من أنواع الاستصحاب التي أوردتها الأصوليون في مصنفاتهم.
- ٦ - الشرع جاء مؤيداً لحكم العقل بالبراءة الأصلية، أو العدم الأصلي، عند انتفاء الدليل الشاغل للذمة بالتكاليف.
- ٧ - تأييد الشرع لحكم العقل بالبراءة الأصلية لا يُلغي حقيقة كَوْنِ العقل هو دليل

استمرار العدم الأصلي، أو استدامة الحكم بالبراءة الأصلية حتى يرد دليل من الشرع يشغل الذمة بالتكاليف.

٨ - الإمام البزدوي يقع في التناقض، إذ تراه يعتبر الحكم المبين المبني على سبب، استصحاباً، وتارةً يعتبر استمراره بمقتضى السبب الذي بنى عليه تشريعه، لا بالاستصحاب.

٩ - أنواع الاستصحاب عند الأصوليين.

١٠ - المالكية، ووجهة نظرهم في استصحاب «الوصف» من حيث تطبيقه على بعض المسائل، أو الوقائع المتجددة، يخالفون جمهور الفقهاء من حيث اجتهادهم في هذا التطبيق، وبيان رأي ابن حزم في ذلك، والأمثلة التطبيقية المعروضة من العلاقات الزوجية.

١١ - تقدير موقف الأصوليين من اعتبار أنواع أخرى من الاستصحاب، وتحليلها، ومناقشتها في ضوء علم الأصول وفلسفته:

أ - النوع الأول: العدم الأصلي، أو براءة العدم الأصلية من التكاليف.

١٢ - العقل المحض، لا يملك إثبات الأحكام ابتداءً، لأن دلالاته مقصورة هنا على «العدم الأصلي» أو البراءة من التكاليف، قبل ورود الشرع، ومع ذلك، فإن للعقل مدخلاً دلالياً في تجاوز أصل الإباحة، أو الحِلِّ العام، إلى إيجاب أمر ثبت بمقتضى حكم العقل العلمي المتخصص، أن فيه نفعاً عظيماً، وكذلك للعقل حُكْمٌ بالمنع أيضاً في كل أمر يثبت بمقتضاه، أن فيه ضرراً كبيراً بيّناً، وإن لم يرد في الشرع دليل خاص به، من نص، أو إجماع، أو قياس، لأن فهم نفس الشرع وروحه العام، يوجب ذلك، ومردُّ هذا - فيما نعتقد - إلى استلهام القواعد العامة في التشريع، ومقاصده الأساسية.

١٣ - الأصوليون يُقرّرون في مصنفاتهم، أن «البراءة الأصلية» أو «العدم الأصلي» حكم عقلي محض، وهو سابق على ورود الشرع به، ومع ذلك يدرجونه في أنواع الاستصحاب!!.

١٤ - الأمثلة التطبيقية لاستمرار العدم الأصلي، أو البراءة الأصلية، بحكم العقل.

١٥ - هل الحكم الثابت بالإجماع، أو القياس محل للاستصحاب؟

١٦ - الحكم الثابت عن طريق القياس، في الفرع المقيس، ليس محلاً للاستصحاب في ذاته، لأن الفرع تبع للأصل، فإذا كان أصله محلاً للاستصحاب، كان الفرع محلاً له، تبعاً لذلك، وإلا فلا.

١٧ - مدى حجّية الاستصحاب عند الأصوليين.

١٨ - موقف ابن حزم من مسلك المالكية في تطبيقهم لقواعد الاستصحاب على الوقائع والحالات المعروضة، حيث يذهبون - كما علمت - إلى تغليب جانب الحيطة والحذر، في الحكم باستصحاب الحال، فتراهم أحياناً يُصيبون شاكلة الرمي، وأخرى يجافون غاية ما حرصوا عليه من الاحتياط، ونعرض رأي ابن حزم، ونقده لمثل هذا المسلك، وما يترتب عليه من لوازم يُنكرها الشرع، وتقديرنا لهذا الموقف أصولياً.

١٩ - تحديد محلّ النزاع في حجّية الاستصحاب.

٢٠ - مدى حجّية الاستصحاب عند الأصوليين.

٢١ - منشأ الخلاف.





مقدمة

لم تتفق كلمة الأصوليين والفقهاء على «مفهوم موّحد» «للاستصحاب» ولا على «أنواعه» التي يتحقق فيها مناطه، ولا على مدى «حجّيته» في الاستدلال الأصولي، من حيث كونه خطة منهجية علمية، ينبغي أن يلتزمها المجتهد، ويعمل بما تؤدّي إليه من أحكام، حين لا يظفر المجتهد بدليل من الكتاب أو السنة، أو الإجماع، أو القياس - بعد البحث والتحريّ - ليغطي به الحالة، أو الحادثة المعروضة التي ثبت لها حكم سابق في الماضي، ولا يدرى طروء دليلٍ مغيرٍ لها في الحاضر، على الرغم من مرور الزمن، حتى إذا أعيى المجتهد البحث عن الدليل المغير، فلم يجده، لجأ حينئذ إلى «الاستصحاب» على أنه آخر الأدلة، أو على حدّ تعبير الأصوليين «آخر مدار الفتوى»^(١).

وعلى هذا فقد تبين لك، أن شرط اللجوء إلى الاستدلال بالاستصحاب، أصولياً عند القائلين بحجّيته، هو البحث عن الدليل المغيرٍ لحكم الحادثة المعروضة الذي ثبت

(١) «إرشاد الفحول» للشوكاني ص ٢٣٧، و«كشف الأسرار»: (٣/ ١٠٩٧)، يقول شارح «أصول البزدوي»: «إن استصحاب حكم ثبت بدليل مطلق، غير معرض للزوال والبقاء، ليس بحجة قبل الاجتهاد في طلب الدليل المزيل».

لها في الماضي، وعدم إمكان العثور عليه أو وجدانه، فيحصل لدى المجتهد - بعد البحث والاستقصاء في المصادر التشريعية الأربعة المعروفة من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس، ولم يظفر بأي دليل مغير - فيحصل لديه عندئذ ظنٌ بعدم الدليل، والظنُّ بعدم الدليل المغير أو المنزّل، يستلزم النقيض وهو الظن بالبقاء والاستمرار للحكم السابق، وهذا الملحوظ هو الذي ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار، إبان الاستدلال على مدى حجّية الاستصحاب عند الأصوليين، على ما سيأتي تفصيله.

ونودُّ أن نشير هنا، إلى أنّ الظنَّ بالعدم^(١) ثمرة للبحث أو التحريّ مما يستلم الظن بالبقاء والاستمرار ينزّل منزلة «العلم»، لأن «العلم» أو «الإدراك» مفهومٌ عام يندرج فيه كل من اليقين، أو الظن القوي، فكان الظن أو الإدراك القوي «علماً» أو بمنزلة العلم، وهذا كافٍ في حجّية المعاملات، إجمالاً، على ما سيأتي بيانه في بحث «مدى حجّيته».

هذا وإذا كان البحث أو التحريّ، شرطاً مجمعاً عليه، من أجل الظفر بالدليل المغير، فلا يجوز إذن الاستدلال بالاستصحاب على حكم الوقائع المعروضة، قبل هذا البحث^(٢) لفقدان شرط العمل به، والشيء لا يوجد بدون شرطه، بل لا يصح، لأن «حكمة» هذا الشرط، هي جعلُ «الاستصحاب» آخر الأدلة، فأبى دليل من المصادر التشريعية المعروفة، يعثر عليه يقدم عليه إذا عارض الحكم السابق، لأن إرادة الشارع اتجهت إلى تغيير ما كان ثابتاً قبلاً، فيرجّح الدليل المغير الطارئ على الدليل السابق الثابت في الماضي، سواء أكان عقلياً أم شرعياً، على ما نفصل القول فيه في مقامه.

(١) وإنما يحصل الظن بعدم الدليل، بعد البحث والنظر، ولم يظفر به، لأنه لو وجد، لنقل إلينا عادة، آحاداً أو تواتراً، وإلا لزم القول بضياع شيء من الشريعة، وهذا باطل.

(٢) راجع في بحث الاستصحاب: «الإحكام في أصول الأحكام» للأمدني: (٤/ ١٦٠ - ١٧٠)، و«الإحكام في أصول الأحكام» لابن حزم الأندلسي: (٥/ ٥)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني ص ٢٣٧، و«التلويح والتوضيح» لصدر الشريعة: (٣/ ٣٦)، و«كشف الأسرار» لعبد العزيز البخاري: (٣/ ١٠٩٧ وما يليها).

فتلخص، أن المجتهد إذا بذل أقصى ما في وسعه العلمي في البحث عن الدليل المزيل، أو المغير، لحكم سابق للحالة الماضية، فلم يظفر به، لجأ حينئذ إلى الاستدلال بالاستصحاب، فيسحب هذا الحكم السابق الثابت للحالة في الماضي، ليجعله قائماً مستمراً في الحاضر، والمستقبل، لأن مجرد مرور الزمن، لا يغير حكمها الذي شرع لها ابتداءً دون دليل مؤثر جديد يقطع هذا الاستمرار والبقاء، وهذا معنى قول الأصوليين: «الأصل بقاء ما كان على ما كان»^(١) حتى يوجد الدليل المغير، فهل يعتبر هذا أصلاً عاماً من أصول الاستدلال والاستنباط شرعاً، تقوم به الحجة، عند عدم وجود الدليل المغير؟ ذلكم هو موضوع البحث!

على أنه قبل تناول هذا البحث، لا بد أن نشير - بادئ ذي بدء - إلى أن فريقاً من الأصوليين اختلط عليه الأمر، فتجده لا يكاد يميّز بين حكم العقل المحض الذي يقضي بوجود الحكم، كما يقضي باستمراره أيضاً، وبين الاستصحاب على الاستمرار، إذاً فالدليل هو العقل لا الاستصحاب.

هذا وتجد فريقاً آخر يشبه الأمر عليه بين الاستدلال بالاستصحاب على استمرار الحكم الثابت به أصل وجود الحكم في الماضي، بدليل شرعي، وبين ما يدل العقل والشرع معاً، على وجود هذا الحكم واستمراره أيضاً، مما يدل على أن الشرع جاء مؤيداً لحكم العقل، ولو أراد تغييره، لورد الدليل الشرعي الطارئ بتغييره، ولما لم يوجد هذا الدليل، نشأ الظن القوي بإرادة استدامة^(٢) الحكم العقلي واستبقائه، فيبقى على ما كان.

هذا، ويقع «التخليط» أيضاً، بين استمرار الحكم الشرعي بالاستصحاب، وبين استمراره، نتيجة لازمة لحكم أصل وجوده الثابت له شرعاً في الزمن الماضي ابتداءً^(٣)، مما يتبين، أن المشرع، قد أقام الحكم السابق للحادثة على «سبب» اقتضى

(١) المراجع السابقة.

(٢) «المستصفي» للغزالي: (٢١٧/١).

(٣) «كشف الأسرار» لعبد العزيز البخاري: (١١٠١/٣).

أصل وجوده، كما اقتضى استمراره معاً - في الوقت عينه - فيكون استمرار الحكم واستدامته - كما ترى - ثابتين باقتضاء «السبب» لا بحكم الاستصحاب، فينبغي ملاحظة هذا الفارق الحاسم، وهذه هي الأحكام الشرعية الممتدة^(١).

وأيضاً، إن ما كان استمراره من الأحكام - حاضراً ومستقبلاً بمقتضى «سببه» الذي أقام الشارع نفسه الحكم على أساسه، ينبغي أن يكون هذا النوع أثراً مسلماً به شرعاً، مراعاة للسبب المؤثر بجعل الله تعالى في هذا الإيجاد والاستمرار كليهما، فخرج بذلك، من أن يكون مثاراً للاختلاف في استمراره أو بقاءه، وما يستوجب هذا البقاء من استتباع «الآثار» الواجب العمل بها، لقوة حجتها، بقوة المؤثر فيها، وهو السبب، وهذا لا يمتُّ إلى «حقيقة الاستصحاب» مطلقاً، لما عرفت من أن «مناط» الاستصحاب والاستدلال به إنما يكون حيث لا دليل، وهذا دليل قائم وهو «السبب» الشرعي الذي اقتضاه، بل الذي أقام الشارع الحكم عليه أصلاً .

وعلى هذا، فحجّة استمراره، وما يستوجب هذا الاستمرار من استتباع آثاره، مستمدٌ من حجّة «السبب» نفسه الذي اعتبره الشارع، بدليل إقامته الحكم عليه ابتداءً، فالبقاء إذن - في هذه الحال - أثر للعلة أو السبب، وليس أثراً للاستدلال بالاستصحاب، أو عملاً بحكمه!!

فتلخص، أن دليل ثبوت الوجود الذي اقتضاه السبب، هو بعينه دليل البقاء والاستمرار، لقيام الحكم أصلاً على «سبب» حتى يوجد الدليل الطارئ المؤثر في تغييره.

مثال ذلك: «الملك الثابت شرعاً، أثراً لعقد البيع، وحكماً أصلياً له، والزوجية الثابتة بعقد الزواج، والقرض، والضمان أو التعويض الثابت شغل الذمة به، بفعل

(١) قد وقع في هذا الخلط صاحب «كشف الأسرار»، إذ يعتبر استمرار حكم بقاء الزوجية من الاستصحاب، في حين أن الزوجية قائمة على السبب وهو العقد، فيكون البقاء مقتضى للسبب لا للاستصحاب، حيث يقول (٣/ ١٠٩٩): «إذا تيقن بالنكاح، ثم شك في الطلاق، لا يزول النكاح بما حدث من الشك، وهذا كله استصحاب».

الإتلاف مع التعدي، فإن أدلة ثبوت أصل وجود هذه الأحكام، هي عقد البيع، وعقد الزواج، وعقد القرض، وفعل الإتلاف تعدياً، وهي «أسباب جعلية» بمعنى أن الشارع قد جعلها «أسباباً» و«عللاً» مؤثرة في أصل وجود هذه الأحكام، أو نشوئها بعد أن لم تكن، كما جعلها تقتضي استمرارها وبقاءها، حتى يطرأ الدليل المغير، بأن يبيع «المالك» ما اشتراه، أو يهبه، أو تنتهي عقدة النكاح بالطلاق، أو يؤدي من شغلت ذمته بالمال المُقرض إلى المقرض، أو يبرئه المقرض، أو يعوض المتلف عما أتلف، على صاحبه، ولولا هذا الدليل المغير، لبقى حكم الزواج قائماً مستمراً، حاضراً ومستقبلاً، وكذلك «الملكية» مستمراً حكمها لصاحبه، بعين السبب الذي أنشأ أصل وجودها في الماضي، ولوسع كل من شاهد عقد البيع إبان إبرامه، أن يشهد أمام القضاء، إذا ما دُعي إليه، عند التنازع، أن يشهد بأن الملك لمن اشترى بعقد شاهد إبرامه في الماضي، بينه وبين البائع، وما ذاك إلا لقوة استمرار الحكم شرعاً، بعين دليل وجوده، أي بالعقد أو السبب. ولكن الأصوليين - وإن اتفقوا على هذا الحكم - أدخلوا هذا النوع من استمرار الوجود، في بحث «الاستصحاب» على الرغم من عدم تحقيق مناطه فيه، والاستدلال به على حجّية الاستصحاب، وهو غير داخل في محلّ النزاع أصلاً، كما رأيت^(١).

هذا، وقد أشرنا آنفاً، إلى صحّة هذا الأصل، من أن الاستمرار هو أثر لازم لأصل وجود الحكم القائم على سبب يقتضيه، لا للاستصحاب، بدليل أن هذه «العقود» التي هي «أسباب» لنشوء أحكامها، لا تقبل «التوقيت» بل التوقيت يُفسدُها، وعلّلوا ذلك، بأنه «ينافي مقتضى «السبب» وهو «ديمومتها» أي استمرار أحكامها، فعقد الزواج المؤقت باطل، وعقد البيع لا يقبل «التوقيت»، فلو قلنا: اشترت هذه الأرض لسنتين، بطلّ العقد، وغير ذلك من العقود التبادلية، مما يدلُّ على أنها أحكام شرعية ممتدة، ما عدا ما يقبل «التوقيت» بحكم طبيعته، كعقد الإجارة، لأنه عقد على المنافع لا على الأعيان، وهي بطبيعتها تتحدّد شيئاً فشيئاً، وإذا كان استمرار الحكم

(١) المراجع السابقة، وراجع بوجه خاص «كشف الأسرار على أصول البزدوي»: (٣/١١٠١ وما يليها).

في جريانه، واستتباع آثاره ثابتاً بالسبب الذي اقتضى أصل وجوده، لا بحكم الاستصحاب كما بيّنا، ولم يكن ثمة وجه لاستدلال الأصوليين على «حجية الاستصحاب» بمثل هذه العقود، إذ لا صلة لها بالاستصحاب أصلاً، لا من قريب ولا من بعيد، فكان الاستدلال بها، استدلالاً في غير موضعه!!».

١ - غير مجد الاستدلال على حجية الاستصحاب، باستمرار أحكام الشريعة إلى يوم القيامة، لأن خلود الشريعة ثابت بالأدلة التي نهضت به، وهي صريحة الدلالة على أنها دين الله إلى الزمن المُقدَّر لبقاء هذا العالم، وهذا ليس بحكم الاستصحاب، على ما ذهب إليه كثير من الأصوليين!

من عجب، أن ترى فريقاً من الأصوليين، يستدلُّ على حجية الاستصحاب باستمرار أحكام الشريعة إلى الزمن المقدر لبقاء هذا العالم، وهذا تخليط بين ما قام الدليل القاطع على استمراره وبقائه، بل وخلوده، وبين الاستمرار بحكم الاستصحاب، حيث لا دليل، ولا سبب، فوجب التمييز!!.

أما أن «الإسلام» خالد إلى يوم القيامة، فهذا ليس من قبيل «الاستصحاب» في شيء، لأن دوامه وبقائه ثابت بالدليل الذي يوجب البقاء، والخلود، ذلك لأن رسالة الإسلام خاتمة الشرائع، وليس ثمة من رسالة تأتي بعدها لتسخنها أبداً^(١) بعد وفاته ﷺ وكذلك لا رسول بعد محمد ﷺ بل هو خاتم النبيين والمرسلين، بنص الكتاب العزيز: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ﴾ [الأحزاب: ٤٠]. ولا يقبل عند الله من يتغى غير الإسلام ديناً: ﴿وَمَن يَتَّبِعْ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ﴾ [آل عمران: ٨٥].

هذا، وإذا ثبت يقيناً أن الإسلام هو «النعمة الكبرى» التي أسبغها الله تعالى على العالمين، باعتباره الرسالة الكاملة، وأنه هو الدين الذي ارتضاه لخلقه، أن يتعبده به، فليس بعد «النعمة الكبرى» و«كمال الرسالة» وارتضاء الله تعالى لنا الإسلام ديناً، شيء يتغى!!

(١) «التلويح على التوضيح» لصدر الشريعة: (٢/ ٣٦)، و«تسهيل الوصول إلى علم الأصول» لعبد الرحمن المحملاوي ص ٢٣٧.

هذا، وقد علمت، أن الاستدلال بالاستصحاب، لا يكون إلا حيث لا دليل على التغيير، ولا سبب يقتضي الاستمرار بعد البحث والنظر، فيحصل للمجتهد حينئذ «ظن البقاء»، لكن ما نحن فيه، ليس مظنون البقاء، بل مستيقن البقاء والخلود، لقيام الأدلة القطعية على ذلك، فافترقا!!

هذا، وترى فريقاً آخر من الأصوليين، ينكر «حجية» الاستصحاب أصلاً، دون تفصيل في «الأنواع» التي تفرعت عن أصل حقيقته - في تصوّر كلّ منهم - وفريقاً آخر يراه «حجة» في بعض الحالات دون بعض، بمعنى أنه يراه «حجة» إذا كان الحكم السابق سليماً، لا إيجابياً، لأدلة استندوا إليها وستأتي مناقشتها، هذا عدا الفريق الذي يرى أن الاستصحاب «حجة مطلقاً» لأنه - في تصور هذا الفريق - مما يوجبه العقل، والفطرة، والعرف العام في المجتمع البشري، فضلاً عما استدلوا به من الإجماع، شريطة أن يبلغ «إدراك المجتهد» مستوى من الظن القوي بعدم الدليل المغير، والظن كافٍ في الاستدلال به على إثبات أحكام المعاملات، لأنه بمنزلة «العلم» - كما قدّمنا - تيسيراً على الناس في سعيهم لتحقيق مصالحهم «في التعامل» وحفظ حقوقهم، فيجوز استصحاب الحكم السابق للحال الثابتة بدليلها من الزمن الماضي، والحكم باستمرار آثاره في الحاضر والمستقبل، وبناء على ثبوته في الماضي، ما لم يقم دليل طارئ مؤثّر في تغييره، وقطع استمراره، ونحن إزاء هذه الآراء المتعارضة، في «حجية»^(١) الاستصحاب، ينبغي أن نجلي «الحقيقة» ناصعة البيان، مدعومة بالأدلة، لاتصال «الاستصحاب» - باعتباره منهجاً يفضي بالمجتهد إلى استمرار الحلول لوقائع لا تحصى - أقول: لاتصاله بمرونة الشريعة واقتدارها على مجابهة الوقائع المتجددة بما تستوجب من أحكام على ضوء تلك «الحقيقة» التي هي وليدة البحث المتعمّق المستقصى، يمكن الحكم على آراء الأصوليين المتضاربة، للوصول إلى «الحق العلمي» وهذا يقتضينا، أن نُحدّد «مفهوم الاستصحاب» بادئ ذي بدء، فنقول:

٢ - تعريف الاستصحاب: لغةً، واصطلاحاً، فالاستصحاب لغة: طلب

(١) «التقرير والتحبير على التحرير» لابن أمير الحاج: (٣/ ٢٩٠). ط/ دار الكتب العلمية - بيروت.

المصاحبة، واعتبارها، والمصاحبة ملحوظ فيها معنى «اللزوم والمرافقة»^(١) يقال: استصحب الكتاب، لازمته^(٢) ولم أفارقه. ومن هنا، قيل: «استصحب الحال، إذا تمسكت بما كان قائماً في الماضي، كأنك جعلت تلك الحال مصاحبة غير مفارقة، حتى الزمن الحاضر بل والمستقبل.

وأما في اصطلاح الأصوليين، فمؤداه: أن ما ثبت في الزمن الماضي، فالأصل بقاؤه في الزمن الآتي، وكل ما كان فيما مضى، ولم يظن عدمه، فهو «مظنون البقاء»^(٣).

هذا، وقد عرّفه ابن القيم في موسوعته «إعلام الموقعين»^(٤) بما فيه «تفصيل لصفة الحكم المستصحب» من حيث كونه «سليباً» أو «إيجابياً» وهو ما أكده في مواضع عدة، حيث يقول: «الاستصحاب استدامة ما كان ثابتاً، ونفي ما كان منفيّاً» وإلى هذا المعنى أشار الخوارزمي أيضاً - فيما نقله عنه الشوكاني - من حيث كون الاستصحاب منهجاً علمياً تقوم به الحجة في الاستدلال، بناء على مراحل من النظر والبحث، يتحتم على المجتهد سلوكها، واجتيازها، شرطاً مسبقاً ليصح استدلاله بالاستصحاب مع الإشارة أيضاً إلى «صفة الحكم المستصحب» من النفي والإيجاب، حيث يقول: وهو - أي الاستصحاب - آخر مدار الفتوى، فإن المفتي إذا سئل عن حادثة، يطلب حكمها في الكتاب، ثم في السنة، ثم في الإجماع، ثم في القياس، فإن لم يجده، فيأخذ حكمها من استصحاب الحال، في النفي، والإثبات، فإن كان التردّد (الشك) في زواله، فالأصل بقاؤه، وإن كان التردّد في ثبوته، فالأصل عدم ثبوته^(٥). وتفصيل ذلك: أن

(١) «المصباح المنير»: (١ / ٣٩٤).

(٢) «كشف الأسرار»: (٣ / ١٠٩٧).

(٣) «إرشاد الفحول» للشوكاني ص ٢٣٧.

(٤) (١ / ٢٩٤)، ويقول صاحب «كشف الأسرار»: (٣ / ١٠٩٧): «وفي الشريعة - أي تعريف الاستصحاب في الشريعة - هو الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على أنه كان ثابتاً في الزمان الأول». ويقصد بالزمان الأول، الزمن الماضي، والزمن الثاني الحاضر والمستقبل.

(٥) المرجع السابق.

الاستدلال بالاستصحاب، لا يصحُّ، إذا عارضه دليل على حكم الحادثة، مستمد من المصادر الأربعة المذكورة آنفاً، لأنها أقوى في الدلالة، فتقدم، وهذا معنى قولنا: إن الاستصحاب آخر الأدلة.

هذا، ويدل هذا التعريف، على أن التردد أو الشك - وهو ما استوى فيه طرفا الوجود والعدم في مبلغ إدراك المجتهد، بحيث يفقد معه إمكانية ترجيح أحد الطرفين على الآخر، لكونهما مستويين في مبلغ ما ارتقى إليه المجتهد من إدراك، إذ الترجيح يفترق إلى الدليل المرجح، وهو هنا مُنتَفٍ، أقول: لا يقوى التردد أو الشك على تغيير ما كان ثابتاً في الماضي بخلاف «الظن» فإن مبلغ إدراك المجتهد لأحد الطرفين فيه أرجح من الآخر بالدليل، وإلا ما كان ظناً.

وبناء على هذا، فإن «التردد» أو الشك، لا يقوى على تغيير ما كان ثابتاً في الماضي - نفيًا أو إثباتاً - فيبقى الحكم على ما كان عليه، لسبب بسيط، هو أن احتمال التغيير - في إدراك المجتهد - مساوٍ لاحتمال عدم التغيير، وليس ثمة من دليل يرجح أحد هذين الاحتمالين، ومتى استوى الاحتمالان في إدراك المجتهد - وهذا هو معنى التردد أو الشك المشار إليه في تعريف الخوارزمي - كان ترجيح أحدهما على الآخر «تحكماً» وهو ما لا يجوز المصير إليه بحال، لبطلانه في الشرع، فيحصل لدى المجتهد حينئذ «الظن بالبقاء» أثراً للظن بعدم المغير لزوماً، فتبقى الحالة على ما كانت عليه في الماضي، مستوجبة حكمها الذي شرع لها ابتداءً، ويستمر هذا الحكم في الزمن الحاضر والمستقبل أيضاً، مستتبعاً كافة آثاره، لعدم طريان المغير.

يرشدك إلى هذا، أن المحققين من الأصوليين أدخلوا «ظن البقاء» مقوماً أصيلاً لمفهوم الاستصحاب، بل جعلوه «جوهر مناطه» لأنه لازم للظن بعدم الدليل المغير - كما ذكرنا - ترى هذا واضحاً في تعريف الكمال بن الهمام للاستصحاب، حيث يقول ما نصه: «الاستصحاب هو الحكم ظناً ببقاء أمر، تحقق سابقاً، ولم يظن عدمه، بعد تحققه»^(١)، فانظر كيف جعل «ظن البقاء» لازماً للظن بعدم الدليل الطارئ المغير -

(١) «التحرير وشرحه التقرير والتحبير»، المجلد الثالث ص ٢٩٠ للكمال بن الهمام، و«الشرح» لابن أمير الحاج. ط/ دار الكتب العلمية - بيروت.

يؤكد هذا، المفهوم المخالف لعبارة الكمال، وهو أنه: «لو ظن أو علم وجود الدليل المزيل أو المغير، لما حصل: ظن البقاء»، فالتلازم بينهما، قائم، طرداً وعكساً، في الحالين، كما ترى.

هذا، وباعتبار أن «ظن البقاء» ليس إلا استمراراً للوجود، وأثراً له، كان هذا مستغنياً عن الدليل الإيجابي المؤثر الجديد، بل يكفي أصل الوجود، لينتج أثره بخلاف «الظن بالانتفاء» وقطع الاستمرار، فلا بُدَّ له من دليل مستقل طارئ مؤثر جديد، وإلا فإن «ظن البقاء» هو الذي ينبغي العمل به، لاستغنائه عن الدليل، بحكم الاستمرار، أثراً لأصل الوجود، كما قدّمنا.

فتلخص أن قوة استمرار الحكم السابق الثابت بدليله ابتداءً، للحالة التي كانت قائمة في الماضي، هذه القوة - في الواقع - مقتضى أو أثر لازم لعين دليل وجود ذلك الحكم، أو ثبوته، ولا تفتقر قوة الاستمرار هذه إلى دليل جديد مستقل يثبتها، إذ الأصل أن ما ثبت من حكم شرعي لحالة أو شيء في الماضي، بدليله، ولم يوجد ما يغيره، ظن بقاؤه واستمراره لزوماً لذلك الدليل نفسه، بعد البحث والنظر والتحري عن المغير، ولم يظفر به، إذ لو وجد لنقل إلينا عادة^(١)، وهذا الاستمرار اللزومي هو ما يقضي به سنن الكائنات وطبائع الموجودات، والشرع لم يأت ضداً عليها، وتفصيل ذلك:

١ - أن الأصل في الأحكام الشرعية - على ما بيّنا آنفاً - أنها إذا ما ثبتت وتحققت بأدلتها، بقيت واستمرت، لأن دليل وجودها، وتحققها ابتداءً، وفيما مضى، يستلزم ظن بقائها، وديمومة سريان آثارها - حاضراً ومستقبلاً - ما دام لم يوجد المغير بعد البحث والتحري، والظن القوي كافٍ في الاستدلال لإثبات أحكام المعاملات، ووجوب العمل بما تستتبع من آثار، شريطة أن يبذل المجتهد أقصى وسعه في البحث عن الدليل المغير، ولم يظفر به، فيحصل عندئذ الظن بعدم هذا الدليل، وهذا بدوره يستلزم الظن بالبقاء والاستمرار، كما بيّنا.

(١) وإلا لزم ضياع شيء من أحكام الشريعة، وهذا باطل لا يقول به أحد.

على أن «الظن» في هذا المقام من تشريع المعاملات، وأحكامها - كما بينا - يفسر بمعنى «العلم» و«الإدراك» بل ينزل منزلته، حتى إذا حصل «العلم بعدم الدليل» استلزم «العلم بالبقاء» ضرورة، فكان الاستدلال بالاستصحاب - وهو ظن البقاء - استدلالاً بالعلم بعدم الدليل، لا بعدم العلم بالدليل - كما قيل - وهذا التمييز بين النوعين من الاستدلال، ينبغي أن يكون ملحوظاً معتبراً في «حجية» قوة استمرار الحكم، وديمومة استتباع آثاره الملزمة، بعد حدوثه وثبوته، على ما سيأتي تفصيل القول فيه.

وقصارى القول: أن «ديمومة» الحكم السابق وبقائه - حاضراً ومستقبلاً - ثابتة بعين دليل وجوده، ابتداء في الماضي، باعتباره أثراً لازماً له، فكانت قوة الاستمرار إذن مستمدة من عين الدليل الذي أوجده الحكم أولاً، لأن الدليل الدال على الملزوم، دالٌّ على لازمه، أصولياً، وهذا معنى قول الأصوليين: إن ديمومة الحكم واستمراره «مستغنية» عن الدليل الجديد المستقل لثبوتها، اكتفاءً بالدليل الذي أوجد الحكم ابتداء، وفي هذا المعنى يقول الإمام السرخسي: «وما ثبت فهو باق، لاستغناء البقاء عن الدليل»^(١)، ويقول الأمدي في كتابه «الإحكام»^(٢)، في هذا الصدد: «... لأن ما تحقق وجوده، أو عدمه، في حالة من الأحوال، فإنه يستلزم «ظن بقاءه» والظن حجة متبعة في الشرعيات»، أي في أحكام المعاملات، دون العقائد.

٢ - هذا، ويلاحظ أن الأمدي قد نوّه بشأن الحكم العدمي «السلبى» فهو والحكم الإيجابى «الوجودى» في استمرار البقاء سواء بسواء.

على أن عبارة الإمام السرخسي هذه تدل بمفهومها المخالف، على أن نقيض «البقاء»، وهو الانقطاع وعدم الاستمرار، غير مستغن عن الدليل، ليثبت هذا الانقطاع الطارئ، وكل ما كان مفتقراً إلى دليل يثبته، فهو خلاف الأصل، فتعين أن يكون «الأصل» أو القاعدة العامة هو «البقاء والديمومة والاستمرار» لأنه مستغن عن الدليل، ومن أراد نقض هذا البقاء، فعليه بالدليل.

(١) «أصول السرخسي» (٢/ ٢٢٦)، و«كشف الأسرار»: (٣/ ١٠٩٧ وما يليها)، و«المستصفى مع فواتح الرحموت»: (١/ ٢٢٢ - ٢٢٣).

(٢) (٤/ ١٧٢).

٣ - إن ظن بقاء الحكم واستمراره - وهو الاستصحاب - باعتباره أثراً لازماً لعين دليل وجوده، كان أقوى من احتمال تغيره.

ومعنى هذا، أن الحكم الشرعي إذا وجد، وثبت بدليله - إيجابياً كان أو سلبياً - فالأصل ديمومته، وبقاؤه واستمراره، ولا تفتقر قوة استمراره هذه، إلى دليل جديد مستقل يثبتها، لأنها «الأصل» فكانت بذلك أقوى من احتمال التغير الطارئ الذي يفتقر إلى دليل يثبته^(١)، لأنه خلاف الأصل.

وفي هذا المعنى يقول الأمدى في «الإحكام» ما نصه: «إن ظن البقاء أغلب من احتمال التغير»^(٢).

هذا، وإنما قلنا: إن «ظن البقاء» - وهو الاستصحاب - باعتباره ثابتاً أثراً لازماً لعين دليل الوجود، أو مقتضى له، فكان - لذلك - مستغنياً عن دليل آخر جديد يثبته، وأنه هو الأصل، بخلاف احتمال تغيره، لافتقاره إلى دليل طارئ مستقل ومؤثر يثبته، فكان خلاف الأصل، إنما قلنا هذا، لأن «الأصل» دليل ثبوته مستمد من ذاته هو، أي من حيث كونه أصلاً، ولذا كان مستغنياً عن الدليل بنفسه، فثبت ما قلنا، من أن «الأصل البقاء والاستمرار» وأن قطع هذا الاستمرار هو خلاف الأصل، لافتقاره إلى دليل طارئ مستقل جديد يؤثر في قطع الاستمرار، أو رفع البقاء.

٤- ظن البقاء والديمومة، لا يساوي يقين البقاء، فافترقا نوعاً وحكماً. هذا، و«ظن البقاء» لا يساوي «يقين البقاء» فإن هذا الأخير، ليس مما نحن فيه، فلا يدخل عنصراً أو نوعاً من الاستصحاب، وبيان ذلك: أن قوة استمرار الحكم الشرعي، وديمومة استتباع آثاره الملزمة، يكفي في ثبوتها «غلبة الظن بالبقاء» والتي استلزمها الظن بعدم الدليل الجديد الطارئ المغير، بعد البحث والاستقصاء - كما بينا - ومفاد هذا: أن قوة استمرار الحكم بعد حدوثه وثبوته، إذا ثبت يقيناً - لا ظناً - وبنص صريح، لم تكن هذه «القوة اليقينية» ثابتة بحكم الاستصحاب الظني في شيء بدهاءة،

(١) «الإحكام في أصول الأحكام» للأمدى: (١٧٣/٤).

(٢) المرجع السابق.

لعدم الحاجة إلى الاستصحاب حينئذ، لأنه آخر الأدلة، فيقدم الاستدلال بالنص الصريح الثابت الذي يفيد يقين البقاء، على «الظن الاستصحابي» الذي يفيد الاستمرار لزوماً ودلالة، فينبغي استبعاده من أنواع الاستصحاب، إذ لا يتحقق فيه مناطه كما ترى، ومثال ذلك:

إن الشارع الحكيم، قد ينص صراحةً على إنشاء الحكم الشرعي، وعلى استمراره أبداً، في سياق النص نفسه، وذلك من مثل تشريع حكم «خصلة العقوبة المعنوية» للقاذف، إذا لم يأت بأربعة شهداء، فضلاً عن العقوبة المادية - وهي الجلد - في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾... [النور: ٤]. فقطع لسان القاذف معنوياً - كما ترى - حكم شرعي أبدي - بالنص الصريح القاطع، ولو تاب القاذف على الرجح - ومعلوم أنه لا يلجأ إلى الحكم بالظن الاستصحابي بالبقاء، إزاء ورود منطوق النص الصريح بذلك، إذ ليس مع اليقين عمل بالظن.

تجد هذا أيضاً، في مثل قوله ﷺ: «الجهادُ ماضٍ إلى يوم القيامة»^(١)، فكان النص الصريح أقوى استدلالاً من لازم الدليل.

وعلى هذا، فإن الاستصحاب - في الواقع - ليس دليلاً جديداً، وإنما هو إعمال لدليل سابق، أو تقرير له، على طريق «التلازم» بين دليل أصل الوجود، ولازمه من البقاء، وبيان ذلك:

أنه إذا كان «ظن البقاء» - وهو الاستصحاب - لازماً وأثراً، أو مقتضى لعين دليل الوجود، فالتلازم قائم بينهما، فحيث يوجد دليل الوجود، يستلزم ظن البقاء، ما لم يوجد المغير، فدل هذا «التلازم» على أن «الاستصحاب» ليس دليلاً مستقلاً، وإنما هو - في حقيقته - إعمال للدليل السابق عن طريق اللزوم، ولا ريب أن الدليل النصي الصريح، أقوى دلالة، وأجدر تقديماً على الدليل اللزومي.

(١) أخرجه أبو داود: ٢٥٣٢، من حديث أنس بنحوه، وأخرجه بلفظه الطبراني في: «الأوسط»: ٤٧٧٥، من حديث جابر وعلي.

نخلص من هذا، إلى أن الأحكام الشرعية الثابت وجودها، واستمرارها، بالنص الصريح، ليست محلاً للاستصحاب أصلاً، ولا هي من عناصر موضوعه، لأن قوة استمرار الحكم، قد ثبتت بمنطوق النص الصريح المثبت لوجوده، بخلاف الاستصحاب، لأن ظن بقاء الشيء لازم لوجوده وليس صريحاً فيه.

٥ - الأحكام العقلية ليست محلاً للاستصحاب أيضاً، إذ ليس مناطه متحققاً فيها، فينبغي استبعادها من أنواع الاستصحاب، ويبيان ذلك:

أن «الحكم العقلي المحض» مستمرٌ بآثاره الملزمة، باستمرار قيام دليله، وهو العقل، فما دام «العقل» قائماً ومستمراً، فما يقضي به من حكم، قائم ومستمر كذلك، إذ الحكم لا يتخلف عن دليله، وجوداً وبقاءً، واستتباع آثار، أو بعبارة أخرى، إنه باستمرار قيام العقل، يستمر حكمه الذي يقضي به، مادام لم يرد من الشرع ما يغيره، أو يوجب انقطاعه أو رفعه.

فالشارع - على سبيل المثال - أوجب صلوات خمساً فقط، فيحكم العقل وحده بعدم إيجاب صلاة سادسة^(١)، لا بحكم النص الموجب لخمس صلوات، بل بموجب العقل.

على أن الشرع جاء مؤيداً لحكم العقل هذا، إذ لا حكم للعقل وحده في الشرعيات عند الجمهور، خلافاً للمعتزلة الذين يأخذون بمنطق العقل وحده، حتى في الشرعيات، مادام لم يرد في الشرع ما يخالفه.

جُلُّ ما أقصدُ إليه، أنه إذا كان «العقل» وحده هو الدليل القائم الذي يحكم بالعدم الأصلي، أو «براءة الذمة» من التكاليف، فلا عمل للاستصحاب إذن في هذا المجال بداهةً، لما علمت أن «حقيقة الاستصحاب» إنما يستدل بها، ويعمل بحكمها، حيث لا دليل، أي عند قيام الظن بعدم الدليل، بعد البحث والنظر والتحري عن هذا الدليل المغير، مما يلزم عنه الظن بالبقاء «للتلازم» القائم بين الظن بعدم الدليل، ونشوء الظن

(١) «كشف الأسرار»: (٣/ ١٠٩٧).

بالبقاء، إعمالاً للدليل السابق السالم عن طروء المغير، ولكن ما نحن فيه، ليس من هذا القبيل، لأن دليل الأحكام العقلية - وهو «العقل» - قاضٍ بوجودها واستمرارها معاً، يقيناً لا ظناً، ومباشرة، لا لزوماً، وأصالة لا تبعاً، فكان «الحكم العقلي» بالعدم الأصلي، أو البراءة الأصلية، أمراً خارجاً عن حقيقة الاستصحاب الأصولي - كما ترى - فينبغي بالتالي، أن يكون هذا النوع من الأحكام مستبعداً من أنواع الاستصحاب، وخارجاً عن مجال تطبيقه، وينبغي أيضاً ألا يكون فيه خلاف، تحريراً لمحل النزاع.

وفي هذا المعنى يقول البزدوي، وشارح «أصوله»: «ثم لا خلاف، أن استصحاب (حكم عقلي) وهو كل حكم عرف وجوبه (ثبوته) وامتناعه، وحسنه، وقبحه، بمجرد العقل»^(١)، ويقول الإمام الغزالي: «دل العقل على البراءة الأصلية بشرط ألا يرد سمع مغير»^(٢).

وجاء في «روضة الناظر» لابن قدامة، ما يؤكد هذا المعنى، حيث يقول: «لأن العقل يدل على براءة الذمة حتى يقوم الدليل»^(٣) أي الناقل عن العدم الأصلي.

٦ - الشرع جاء مؤيداً لحكم العقل بالبراءة الأصلية، أو العدم الأصلي عند انتفاء الدليل الشاغل للذمة بالتكاليف.

قلنا، إن «العدم الأصلي» أو «براءة الذمة» حكم عقلي محض، دل العقل عليه ابتداءً، ويستمر هذا الحكم بالعدم، باستمرار قيام العقل الذي حكم به، إذ الحكم يستمر بقيام دليله، ولا يتخلف عنه، حتى يرد دليل من الشرع يغيره، ويقطع استمراره. غير أن الشرع، جاء مؤيداً لحكم العقل، وذلك في كثير من آي القرآن العظيم، من مثل قوله تعالى: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ . . .﴾ [البقرة: ٢٧٥].

(١) «كشف الأسرار» لعبد العزيز البخاري: (٣/١٠٩٧).

(٢) «المستصفي مع فواتح الرحموت» للغزالي: (١/٢٢٢). والمراد بقوله: حتى يرد سمع مغير، أي دليل من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس، لأن هذين الأخيرين راجعان إلى الأولين.

(٣) «روضة الناظر» شرح الشنقيطي ص ١٥٩.

ووجه الاستدلال: أن الآية الكريمة، قد أشار سبب نزولها، إلى أنه لما نزل «تحريم الربا» ساورت الناس الخشية من الأموال التي اكتسبوها بالربا قبل التحريم، أي قد خالطتها أموال اكتسبت عن طريق الربا، فتبينت الآية الكريمة، أن ما اكتسبوا من الربا قبل نزول التحريم، فهو على «البراءة الأصلية» حلال لهم، ولا حرج عليهم فيه، وعموم الآية شاملٌ لهذه الجزئية وغيرها، مما يدخل في معناها العام، إذ خصوص السبب لا يقضي على عموم اللفظ.

وكذلك في مثل قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانِ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَهُمْ حَتَّىٰ يَبَيِّنَ لَهُم مَّا يَتَّقُونَ﴾ [التوبة: ١١٥]، ووجه الدلالة، أن الآية الكريمة، وإن كانت عامة في لفظها، لكن سبب نزولها خاص، يُلقى الضوء على معناها، ولا يُقصرُ من عموم حكمها، وهو أن النبي ﷺ لما استغفر لِعَمِّهِ أَبِي طَالِبٍ، لأنه مات مشركاً، واستغفر المسلمون لموتاهم من المشركين، وأنزل الله تعالى: ﴿مَا كَانِ لِلنَّبِيِّ وَالَّذِينَ آمَنُوا أَنْ يَسْتَغْفِرُوا لِلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ١١٣] ندموا على استغفارهم للمشركين، فبينت الآية، أن استغفارهم لهم قبل التحريم، على «البراءة الأصلية» لا مؤاخذه فيه، ولا ماثم، وينبغي ألا يكونوا في حرج منه «حتى يبين لهم ما يتقون» [التوبة: ١١٥] بورود الشرع المغير، وذلك من مثل الاستغفار، بعد ورود الشرع بتحريمه، لا قبله، وفي هذا - كما ترى - تأكيد للعدم الأصلي^(١).

وعلى هذا، فإن استمرار العدم الأصلي، ثابتٌ بمقتضى العقل، لا بالاستصحاب، والعقل قائم، ومستمرٌ قيامُهُ، فيستمر حكمه به، فلا وجه لاستصحاب حكم العقل، فقول الإمام الغزالي: «وإذن فالاستصحاب عبارة عن التمسك بدليل عقلي، أو شرعي...»^(٢) قولٌ فيه نظر!! إذ استمرار العدم الأصلي، مستمد من العقل أصالةً، وإلا ما كان حكماً عقلياً، فالعقل هو دليل البقاء أصالةً، وإن كان الشرع جاء مؤيداً له، وهذا النوع من الأحكام لا خلاف في استمراره أيضاً.

(١) «روضة الناظر» لابن قدامة ص ١٦٠.

(٢) «المستصفى»: (١/ ٢٢٢ - ٢٢٣).

٧ - تأييد الشرع لحكم العقل بالبراءة، لا يلغي حقيقة كون العقل هو دليل استمرار العدم الأصلي، أو استدامة الحكم بالبراءة الأصلية، حتى يردّ دليل من الشرع يشغل الذمة بالتكاليف.

وإذا كان الأمر كذلك، فلا يدخل العدم الأصلي في مفهوم الاستصحاب أصلاً، من قبل أن «الاستصحاب» إنما يتحقق، حيث لا دليل غيره يدل على الاستمرار، وهذا يدل عليه العقل، فالدليل قائم، وتأييد الشرع له، فشرط الاستصحاب لم يتحقق، ولا يوجد الشيء بدون شرطه المعلق عليه وجوده.

وأيضاً، لا وجه لما ادعاه الإمام الغزالي، من استمرار الحكم الشرعي باستمرار «السبب» الذي نصبه الشارع أساساً له، حيث ادّعى أنه نوع من «الاستصحاب» لأننا أشرنا آنفاً أن دليل الاستمرار هو «السبب» الذي أقامه الشارعُ دليلاً وعلة مؤثرة في استمرار حكمه، فالدليل قائم، والاستصحاب إنما يتحقق مناطه إذا كان الاستمرار أثراً لازماً للدليل الوجود، لا لعلّة توجب استمراره، ولا للدليل آخر مستقل يؤثر في بقائه، فوجب التمييز.

وعلى ضوء هذا، يمكنك الحكم على قول الإمام الغزالي، في اعتبار استدامة الحكم باستدامة سببه، نوعاً من الاستصحاب، إذ يقول: «ومن هذا القبيل - الاستصحاب - الحكم بتكرار اللزوم والوجوب، إذا تكررت أسبابها، كتكرار شهر رمضان، وأوقات الصلوات، ونفقات الأقارب عند تكرر الحاجات، إذا فهم انتصاب هذه «المعاني» أسباباً لهذه الأحكام من أدلة الشارع»^(١).

وعلى هذا، فالملك يثبت للمشتري، ويستمر حكمه، بعقد البيع نفسه - كما بينا - لأن الشارع قد نصّب هذا العقد، سبباً لثبوت الملك، واستمراره أيضاً، حتى يسع من شهد عقد البيع لهذا الشخص الذي انتقل إليه الملك بمقتضى هذا العقد في الماضي، أن يشهد له بالملك في الحاضر، استناداً إلى سببه، لا بالاستصحاب بل يستمر هذا الملك - بحكم العقد - مستقبلاً أيضاً، ما لم يقد دليل طارئ على التغيير، بأن باع المشتري ما اشتراه، وانتقل ملكه إلى غيره، أو وهبه إياه، أو ورثه عنه.

(١) «المستصفي مع فواتح الرحموت» للغزالي: (١/٢٢٣).

وكذلك تثبت «الزوجية» بعقد الزواج، وتستمر أبدأ، بموجب هذا السبب، وهو «العقد» المبرم في الماضي، إلى أن يقوم الدليل على إنهاء عقد الزواج بالطلاق، وكل حكم أقامه الشارع على «سبب» من عقد أو تصرف - ولو مادياً - إذا فهم أنه أساس تشريع الحكم، بقي واستمر، واستتبع كافة آثاره، بمقتضى السبب نفسه، لا بالاستصحاب، حتى يظهر الدليل المغير، تجنباً للتخليط بين استمرار الحكم، بمقتضى السبب، واستمراره بحكم الاستصحاب.

هذا، وما يقال في «الحكم المطلق» الذي هو مسبب لسببه، هو مقول أيضاً في «الحكم المؤقت» المقيد بأجل مسمى في العقد، فإن استمراره ثابت بمقتضى سببه، لأنه - كما ذكرنا - مسبب لذلك السبب شرعاً، كعقد الإجارة، فإن حكمه يستمر إلى الوقت المحدد فيه، وينقطع استمراره عند حلول أجله المسطور في العقد، إذ لا يوجد الشيء بعد انتهاء أجله، وهذا الاستمرار بالسبب المقتضي شرعاً، لا بالاستصحاب.

وما يقال في العقود التي هي أسباب جعلية للأحكام، هو مقول أيضاً في التصرفات من الأفعال المادية، إذا انتصبت شرعاً، أسباباً لأحكام شرعية، فإن إتلاف الزرع على صاحبه عدواناً، وبغير وجه حق مثلاً، ينتصب «سبباً» لشغل ذمة المتلف بالضمان والتعويض، ويستمر شغل هذه الذمة شرعاً بالضمان، حتى يؤدي المتلف تعويض ما أتلف لصاحب المال المتلف أو يبرئه هذا من التعويض، وهذا الاستمرار بالسبب لا بالاستصحاب، وهو أمر لا خلاف فيه بين الفقهاء.

٨ - الإمام البزدوي يقع في التناقض، إذ تراه يعتبر استمرار الحكم المبني على سبب استصحاباً، وتارة يعتبر استمراره بمقتضى السبب الذي بني عليه تشريعه بالاستصحاب. يشير إلى هذا التناقض، شارح أصول البزدوي حيث يقول: «ثم الشيخ - رحمه الله - ذكر في باب النسخ، أن الشراء - عقد البيع - يثبت به الملك، دون البقاء، وذكر ههنا - أي في بحث الاستصحاب - أن الثبات بالشراء ملك مؤبد، وهذا يقتضي أن الشراء يوجب البقاء، كما يثبت أصل الملك، وهذا يتراءى تناقضاً»^(١).

(١) «كشف الأسرار»: (٣/ ١١٠٢).

وحاول الشارح أن يؤول هذين القولين، بما يرفع هذا التناقض الظاهر، ولكنه لم يفلح^(١).

ولا ريب، أن قوله: «الشراء يوجب البقاء، كما يثبت أصل الملك» صريح في أن استمرار الحكم بحكم السبب الذي هو الشراء، فهو دليله، وليس الاستصحاب، وهذا لا خلاف فيه.

نخلص من هذا، إلى أنه ينبغي «تحرير محل النزاع» في الاستصحاب، لنستبعد ما ليس منه، مما لا يتحقق فيه مناطه، لا صورة، ولا معنى، ثم نعمد بعد ذلك إلى ما أورد الأصوليون من أنواع الاستصحاب، لنبيّن حقيقتها على ضوء من مفهوم الاستصحاب الحق، ثم نستعرض بعد ذلك، آراء الأصوليين في «مدى حجيتهم»، وأدلتهم، لمناقشتها، وصولاً إلى «الحقيقة العلمية» التي هي ثمرة البحث والاستدلال الأصولي.

٩ - أنواع الاستصحاب عند الأصوليين: إن الأصوليين قد أوردوا في مصنفاتهم أنواعاً من الاستصحاب، قد اعتبروها متحققاً فيها مناطه، وأشرنا آنفاً إلى أن بعضاً من هذه الأنواع، لا يندرج في مفهوم الاستصحاب أصلاً، فضلاً عن عدم توفر شرطه فيها، وأقمنا الأدلة على أنها ثابتة ومستمرة بأدلة أخرى، ليس منها الاستصحاب.

وتفصيلاً للبحث، نتناول هذه «الأنواع» التي أوردتها الأصوليون على أنها من «الاستصحاب» فتناولها بالبحث والنقد والتوجيه، لنبقي منها ما هو منه حقيقة، لتحقق مناطه وشرطه فيه، ونستبعد ما دون ذلك، توطئاً إلى «تحرير محل النزاع» وحصر الآراء في مدى «حجية الاستصحاب» فيه، لنبين «منشأ الخلاف» وترجيح ما نراه أقوى دليلاً، وأدنى إلى تحقيق «العدل» بين الناس، بإيصال الحقوق إلى أربابها، ورعاية كافة مصالحهم، ورفع الحرج عنهم^(٢). هذا ويرى الإمام السرخسي، أن أنواع

(١) المرجع السابق.

(٢) راجع في أنواع الاستصحاب: «أصول السرخسي» (٢/ ٢٢٤ - ٢٢٥)، و«كشف الأسرار على أصول البزدوي»: (٣/ ١٠٩٧ وما يليها).

الاستصحاب تنقسم أربعة أقسام، حيث يقول: «ثم استصحاب الحال، ينقسم أربعة أقسام:

أحدها: استصحاب حكم الحال مع العلم يقيناً، بانعدام الدليل المغير، وذلك بطريق «الخبر» عمن ينزل عليه الوحي، أو بطريق «الحس» فيما يعرف به^(١)، وهذا صحيح، قد علمنا الاستدلال به، في قوله تعالى: ﴿قُلْ لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا...﴾ [الأنعام: ١٤٥].

وأرى أن هذا القسم ليس من الاستصحاب في شيء، من قبيل أن بقاء الحكم واستمراره، ثابت بالدليل اليقيني، لازماً للدليل اليقيني بالعلم بعدم المغير، لخبر من الوحي، أو بطريق الحس فيما يعرف به، فدليل البقاء - كما ترى - قائم يقيناً، مما لا ينبغي أن يكون فيه خلاف، غير أن هذا ليس مما نحن بصدد البحث فيه، لأننا حدّدنا «حقيقة الاستصحاب» آنفاً، بأنه استدلال بمظنون البقاء، لازماً للظن بعدم الدليل المغير، بعد بحث المجتهد عنه، ولم يظفر به، وكلاهما ظنٌّ استتبع ظناً، مما لا أثر فيه لليقين.

هذا، وقد أشار الإمام السرخسي، إلى أن بقاء الحكم - في مثل هذه الحال - «معلوم ضرورة» أي بداهةً، بالدليل اليقيني، حيث يقول: «لأنه لما عَلِمَ يقيناً بانعدام المغير»، وقد كان الحكم ثابتاً بدليل في الماضي، وبقاؤه يستغني عن الدليل، فقد علم بقاؤه ضرورة^(٢) أي بداهةً.

وأما النوع الثاني: فهو استصحاب حكم الحال بعدم دليل مغير ثابت بطريق النظر والاجتهاد بقدر الوسع - أي ظناً - وهذا يصلح لإبلاء العذر^(٣)، وللدفع، ولا يصلح للاحتجاج به على الغير^(٤).

(١) «أصول السرخسي»: (٢/٢٢٤).

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق ص ٢٢٤ - ٢٢٥ وقوله: لا إبلاء العذر، أي لم يعد في وسعه أن يبذل من الطاقة العلمية أكثر مما بذل، ولم يجد، فلم يكن مقصراً، وكفى بذلك عذراً.

(٤) المرجع السابق.

هذا النوع من «الحكم المطلق» الذي لم يقم دليل مستقل يدل على بقاءه واستمراره، ولا على زواله، ولا على تأييده بالنص أو استمراره، مقتضى للسبب، كما لم يقم الدليل القاطع الذي يفيد اليقين أو العلم القطعي، بعدم المغير، أقول هذا هو «محل النزاع» في الاستصحاب الذي وقع الخلاف في «مدى حجيته» على ما سيأتي تفصيل القول فيه^(١)، من أنه استصحاب لحكم الحال ظناً، بناء على ثبوتها في الماضي، يدل ذلك على هذا، قول صاحب كتاب «كشف الأسرار»: «فأما إذا كان الحكم ثابتاً بدليل مطلق، غير متعرض للزوال، وقد طلب المجتهد الدليل المزيل، بقدر وسعه، ولم يظهر، فقد اختلف فيه»^(٢). أي في مدى حجيته في نظر الأصوليين.

النوع الثالث: استصحاب حكم الحال، قبل التأمل والاجتهاد في طلب الدليل المغير.

وهذا النوع ليس من الاستصحاب الذي هو «محل البحث» لفقدان شرطه، ولا يوجد الشيء بدون شرطه المتوقف عليه وجوده، في أنه لا يستصحب.

هذا، وقد علمت أن شرطه، وجوب أن يبحث المجتهد عن الدليل المغير، قدر وسعه، ولم يظفر به، فيحصل لديه - نتيجة لذلك - الظن بعدم الدليل المزيل. وقبل ذلك يكون جاهلاً، والجهل هنا بتقصير منه^(٣)، فلا يكون جهله حجة ملزمة لغيره، ولا حجة في حق نفسه، لصيانة حقوقه، بل ولا عذراً، لأن بقاءه لم يُعلم يقيناً ولا ظناً.

وبيان ذلك: أن الجهل بالمغير، للتقصير في البحث والاجتهاد، لا يحصل معه ظن بعدم هذا الدليل، فلا يحصل بالتالي «ظن بالبقاء» وحيث لا ظن بالبقاء، فلا استصحاب أصلاً، لأن «ظن البقاء» هو جوهر الاستصحاب - كما بينا - وحيث انتفى هذا الظن، انتفى الدليل، فيكون الاستدلال بالاستصحاب في مثل هذه الحال، استدلالاً بلا دليل، وهذا باطل لا يقول به أحد.

(١) راجع: «كشف الأسرار»: (٣/١١٠٠).

(٢) «أصول السرخسي»: (٢/٢٢٥).

(٣) المرجع السابق.

النوع الرابع: «استصحاب الحال، لإثبات الحكم ابتداءً، وهو خطأ محض»، لأن الاستصحاب هو التمسك بالحكم الذي كان ثابتاً إلى أن يقوم الدليل المزيل دون إنشاء حكم جديد، وفي إثبات الحكم ابتداءً، لا يوجد هذا المعنى، ولا عمل لاستصحاب الحال فيه صورة ولا معنى^(١). هذا في نظر السرخسي، واجتهاد متأخري الحنفية، وستأتي مناقشة هذا الاجتهاد.

وتفسير ذلك: أن هذا النوع الذي يُدعى أنه من الاستصحاب، يثبت حكماً جديداً، وحقوقاً مبتدأة للمستصحب المستدل به، أي ينشئ لصالحه حقوقاً على الغير، لم تكن ثابتة له من قبل، على سبيل الإلزام، وهذا معنى قوله: «ابتداءً» فهو إذن حجة - عند القائلين به - للإثبات، والاستحقاق، وإلزام الغير، بما لم يكن ثابتاً للمستصحب من قبل، وهذا ما لا يقول به السرخسي، خلافاً لغيره، لعدم تحقق معنى الاستصحاب في هذا النوع المدعى أنه منه، بل هو - في نظر السرخسي - خطأ محض، لأن معنى الاستصحاب مقصورٌ عنده على «التمسك بالحكم الذي كان قائماً في الماضي، مستتبعاً آثاره التي كانت قائمة وثابتة به في ذلك الزمن، مستصحبة في الزمن الحاضر، دون أن يقوى على إثبات أحكام مبتدأة لم تكن ثابتة من قبل، لأن هذا المعنى - في رأي السرخسي - يخالف معنى الاستصحاب محل البحث، إذ لا يتحقق فيه مناطه، لا من قريب ولا من بعيد، فلا يكون التمسك بهذا النوع حجة ملزمة للغير في إثبات حقوق أو أحكام مبتدأة للمستدل به، لم تكن ثابتة له من قبل، وإنما يكون الاستصحاب - في نظره - حجة مقصورة على إبقاء ما كان على ما كان، ودفع من يدعي تغيير الحال، حتى يأتي بالدليل المغير، فلا يصلح في إثبات أو إحداث أمر لم يكن، ومثاله التوضيحي: «المفقود الذي غاب، ولا يُدرى مكانه، ولا يُعرف أحي هو أم ميت، لانقطاع أخباره، وكانت حياته معلومة عند غيابه وقبل فقده، يقيناً، فتستصحب حياته هذه التي كانت قائمة في الماضي، تستصحب إلى الوقت الحاضر، ويعتبر - استصحاباً لهذه الحال - أنه حي، لغلبة الظن ببقائه، ويكون استصحاب هذه

(١) المرجع السابق.

الحال حجة في إبقاء ما كان على ما كان، للمحافظة على حقوقه التي كانت ثابتة له عند فقده، وصيانتها فقط، فلا يورث بادعاء أنه مفقود، ولا تُطلق منه زوجته، إذا ما طلبت طلاقها لغيبته وفقده، إذ لم تقطع بموته مع الظن بالبقاء، بل تحفظ له حقوقه في أمواله، كما تحفظ حقوقه الزوجية، للاحتمال القوي في استمرار حياته، إلى أن يُستبين أمره، إما بالعلم اليقيني بموته حساً، أو بحكم القضاء بأنه مات اعتباراً.

غير أنه لا يكتسب أثناء فقده - وباستصحاب هذه الحال - حقوقاً جديدة لم تكن ثابتة له من قبل، فلو مات أحد أقاربه خلال فترة فقده، لا يرثه هذا الغائب المفقود، لأن الإرث ينشئ له حقوقاً مبتدأة لم تكن ثابتة له عند غيابه وفقده.

والاستصحاب - بما هو ظن البقاء - لا يصلح حجة قاطعة لتوريثه، إذ من شروط الإرث، تحقق حياة الوارث عند موت المورث، وهذا مظنون الحياة والبقاء، فلم يتحقق إذن شرط إرثه من غيره ليكتسب حقوقاً جديدة مبتدأة، ولا يوجد الشيء بدون شرطه المتوقف عليه وجوده، وظن بقائه يصلح حجة لحفظ حقوقه وأمواله التي كانت قائمة وقت غيابه وفقده، لا لإكسابه حقوقاً جديدة لم تكن - أي لإبقاء ما كان على ما كان - وهذا معنى قول الإمام السرخسي، ومتأخري الحنفية، من أن الاستصحاب ليس حجة مطلقة، بل هو حجة للدفع لا للاستحقاق والإثبات، أي لدفع دعاوى الخصم التي يدعي فيها حقوقاً على المفقود، صوناً لحقوقه، لا لإكساب المفقود حقوقاً جديدة لم تكن، لأن هذا تغيير للحال، والاستصحاب ليس حجة قاطعة ومطلقة، تصلح للتغيير، ولا لإثبات أمر لم يكن، بل يقوم - كما علمت - على «ظن البقاء» وفي هذا المعنى يقول الإمام السرخسي: «وقد بينا في مسألة (المفقود) أن الحياة المعلومة باستصحاب الحال، يكون في إبقاء ملكه في ماله على ما كان، ولا يكون حجة في إثبات المِلْك له ابتداءً في مال قريبه، إذا مات»^(١)، أي لا يصلح حجة لإثبات أمر لم يكن.

(١) المرجع السابق: (٢/٢٢٥)، وهذا ما أشار إليه الشوكاني من أنه رأي متأخري الحنفية من أنه حجة لإبقاء ما كان على ما كان، لا لإثبات أمر لم يكن. «إرشاد الفحول» ص ٢٣٧.

وعلى هذا، فالمفقود لا يَرِث، ولا يُورث، في رأي الإمام السرخسي ومن وافقه. والحق، أن هذا النوع من الاستصحاب، يطلقُ عليه الأصوليون استصحابَ «الوصف» فالحياة بالنسبة إلى المفقود «وصفٌ» وقد كانت ثابتة له يقيناً عند غيابه، فتستمر ثابتة له ظناً، حتى يقوم الدليل على موته، لأن الحياة هي الأصل.

وكذلك «وصف الماء بالطهارة» مثلاً، فإن هذا الوصف للماء، هو الأصل، لا طعم له ولا رائحة، حتى إذا قام هذا الدليل الطارئ المغير، انتقض الأصل به، أي نقض وصف الطهارة، وثبت له وصفٌ استثنائيٌّ آخر بالدليل المؤثر الجديد، فكان خلاف الأصل. وإذا توضع شخصٌ مثلاً، فقد اتصف بصفة الطهارة الطارئة يقيناً، فيستمر هذا الوصف ثابتاً له، حتى يقوم الدليل على نقيضه، فلو تردد أو شك، فالأصل الطهارة، ويستصحب هذا «الوصف» حتى يقع في الظن - لا الشك - تغييره، وانتقاضه، إذ الشك - كما علمت - لا يقوى على نقض اليقين، أو الظن الغالب، إذ لا ينقض الأقوى بالأضعف، بداهةً.

وعلى هذا، فالصفة، سواء أكانت أصلية - كصفة الحياة بالنسبة إلى المفقود، أو طارئة - كصفة «الطهارة» بالنسبة إلى المتوضىء - فإنها تستصحب وتستمر، وحكمها لازم مرافق لها في هذا الاستمرار، وتترتب عليه آثاره - على الخلاف الذي أشرنا بالنسبة إلى المفقود - حتى يثبت نقيضه.

فتلخص، أن الأصل في حياة المفقود، هو «ظن البقاء» بمعنى، ظن استمرارها له استصحاباً، لا يقين الحياة، أو يقين استمرارها، والظن - في هذا المقام - يصلح - عند متأخري الحنفية - حجة في دفع الدعاوى عنه، لحفظ حقوقه، مادام لم يستبن أمره على وجه القطع واليقين، ولا يصلح - عندهم - حجةً لإثبات حقوق جديدة لم تكن ثابتة له من قبل، أي عند غيابه وفقده، على ما بينا من رأي الإمام السرخسي على وجه الخصوص، ومتأخري الحنفية، لذا استقر في أصولهم، أن «الاستصحاب حجة في الدفع، لا في الإثبات» أي لإبقاء ما كان على ما كان، خلافاً للشافعية الذين يذهبون إلى أن «حجة مطلقة» في الدفع والإثبات معاً، على ما سيأتي بحثه، ومناقشته في مقام «حجية الاستصحاب».

١٠ - المالكية، ووجهة نظرهم في استصحاب «الوصف» من حيث تطبيقه على بعض المسائل، يخالفون جمهور الفقهاء في اجتهادهم في هذا التطبيق نعرضه فيما يلي، توضيحاً لهذا النوع من الاستصحاب، وبيان رأي ابن حزم^(١) في ذلك، ثم نعقب على كل أولئك بالمناقشة، والتقويم، لبيان ما هو الأرجح بقوة الدليل.

أشرت آنفاً، إلى أن الخلاف في التطبيق، لا في أصل القاعدة، وهو ما يطلق عليه الأصوليون، اصطلاح «تحقيق المناط» ومع أن المالكية مع متأخري الحنفية في أن الاستصحاب حجة في الدفع فقط، غير أنهم اختلفوا في التطبيق.

هذا، ومن تلك المسائل التي اختلفوا في حكمها، نتيجة لاجتهادهم في تطبيق قواعد الاستصحاب، مع إقرارهم مبدئياً، بحجية تلك القواعد، ما يلي:

أولاً: المتوضئ يقيناً، يثبت له صفة الطهارة، على وجه العلم واليقين - كما قدما - ويستمر له صفة الطهارة هذه في الزمن الآتي، حتى إذا اعتراه شك أو تردد في أنه أحدث، هل يؤثر هذا الشك الطارئ على اليقين السابق، فينقضه؟ أي ينقض اليقين السابق المستصحب؟

أ - جمهور الفقهاء، على أن صلاته جائزة، تطبيقاً لقاعدة استصحاب «الوصف» إذ لا يثبت الشك إزاء اليقين، فلا عبرة به، فيكون باطلاً، أو بعبارة أخرى: «لا يزول اليقين بالشك» فهو إذن متوضئ، وصلاته صحيحة، لتحقق شرطها، رغم ما اعتري الشرط من شك في زواله.

ب - وخالف في ذلك، الإمام مالك، حيث ذهب إلى أن «صلاته» لا تجوز مع هذا الشك في طهارته، حتى يتوضأ من جديد، وفي هذا - كما يخيل إليك بادئ الرأي - نقض لقاعدة «استصحاب الوصف» التي مؤداها: أن «اليقين لا يزول بالشك» ولكن عند إمعان النظر، ترى، أن الإمام مالكا قد طبقها هي عينها، ولكن من جانب آخر تحقق فيه اليقين أيضاً، فينبغي أن ننظر إلى هذا الجانب، في نظر الإمام مالك، لأنه

(١) «الإحكام في أصول الأحكام»: (٥/٥).

أدنى إلى «الاحتياط» في أداء العبادات بوجه خاص، أو الحل والحرمة، في «العلاقة الزوجية» لأنها أقرب إلى «العبادات» أيضاً، والقاعدة واحدة، ولكن وجهة النظر في تطبيقها يختلف باختلاف الجانب الذي ينبغي النظر إليه، وتطبيق القاعدة على أساسه، تحصيلاً للاحتياط والحذر!.

وعلى هذا، فالإمام مالك - رحمه الله - لم ينكر أصل القاعدة - كما ترى - بل يراها قاعدة عامة محكمة، شرعاً وعقلاً، تفرض حجيتها وجوب العمل بمقتضاها، غير أنه يسلك في التطبيق مسلك الحذر والاحتياط، والأخذ بالحزم في الحل والحرمة، بما يبلغ مبلغ التشدد، فهو يرى في هذه المسألة ما يلي:

«أن اليقين) كما هو ثابت في وصف الطهارة للمتوضئ ابتداءً، وملازم له استصحاباً لحاله هذه، حتى يوجد المغيّر، ولذا تجوز صلاته مع الشك في نقضها، إذ اليقين لا يزول بالشك، تطبيقاً للقاعدة، فإن الإمام مالكا يرى - مع هذا - أن ثمة يقيناً من جانب آخر، يعتبر أصلاً أيضاً يجب الاعتداد به وهو أقوى من حيث الاحتياط، ذلكم هو «شغل ذمة المكلف بفريضة الصلاة» فهي ثابتة يقيناً أيضاً، واليقين لا يزول بالشك، حتى إذا شك المتوضئ في نقض طهارته - والوضوء شرط في صحة الصلاة - فإن يقين شغل ذمة المكلف بها، لا يرتفع ولا يزول بالوضوء المشكوك فيه، ولا تبرأ ذمة المكلف إلا بطهارة مستيقن بها، تطبيقاً لعين القاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» بناء على أصل اليقين، ولكن من جانب آخر، وهذا أحوط بلا ريب.

إذن، يتجاذب هذه المسألة أصلاً أو قل: يقينان: يقين الوضوء والطهارة، مع الشك في زوالها، واليقين لا يزول بالشك، فتجوز الصلاة، وهو رأي الجمهور، ويقين من جانب آخر، وهو «شغل ذمة المكلف بالصلاة» وهذا لا يزول بالشك في الطهارة، فتبقى ذمته مشغولة مع هذا الشك، فصلاته لا تُجزئ، ولا تبرأ ذمته، لأن اليقين لا يزول بالشك، ذلك، لأن شغلها بها، استصحاباً، حتى يرد دليل يُفرغ الذمة منها يقيناً أيضاً، ولا يتم ذلك، إلا بأداء الصلاة على وجهها، بوضوء ثابت يقيناً لا مكان للشك فيه، إذ الشك في الطهارة، لا يجعل الصلاة معه صحيحة مؤداة على وجه

اليقين، بحيث تكون مجزئة تفرغ الذمة من شغلها بها، لأن شرط الصحة ينبغي أن يكون متيقناً لا شك فيه!

ولهذا، رجح المالكية هذا الأصل الثاني احتياطاً في أداء العبادات، فلم يجيزوا الصلاة مع الشك في الطهارة، لأنها لا تُبرئ الذمة من الفريضة التي شغلها يقيناً، فقالوا: ينبغي الحذر والاحتياط، في أداء العبادات، دون أن يلبسها شك، وهذا ما نرجحه!

هذا مثال تطبيقي، اختلفت في حكمه وجهات النظر، أثراً لتطبيق قواعد الاستصحاب عليه، مدعماً بالأدلة، كما رأيت، مع العلم أن ليس ثمة من خلاف في أصل تلك القواعد.

هذا، وترى المالكية يستقلون في اجتهادهم في تطبيق قواعد الاستصحاب، عن جمهور الفقهاء، لأنهم يرون، أنه قد ينشأ أصل آخر، يعارض الأول، مما يقتضي النظر والترجيح بالدليل القوي الذي يرفع التعارض الظاهر، فالقاعدة واحدة - كما ترى - ولا ضعف في حجيتها عند أي من الفريقين، غير أنه يتعارض هذان الأصلان في تطبيقها، فرجح الإمام مالك الأصل الثاني، لأنه أقوى في نظره، من حيث الاحتياط. فالاختلاف في وجه التطبيق، لا في أصل القاعدة، والاجتهاد في التطبيق هذا من أهم مناشئ اختلاف الفقهاء في المسائل والفروع.

مثال ذلك أيضاً في العلاقات الزوجية:

إذا شك من طلق زوجته، في عدد الطلقات، فلم يدر أطلقها ثلاثاً - وهو طلاق يرفع أصل الحل - أو طلقها واحدة - فلا يرفع أصل الحل^(١) إذ يجوز له أن يراجعها في العدة، أو يعقد عليها عقداً جديداً.

(١) من المعلوم، أن الطلاق الثلاث، تبين معه الزوجة بينونة كبرى، فلا تحل لزوجها المطلق إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره، ويطلقها أو يموت عنها، وتعتد، وبعد انتهاء عدتها، تعود إلى زوجها الأول بعقد جديد ومهر جديد، بخلاف ما إذا طلقها طلقة واحدة، رجعية، أو بائنة بينونة صغرى، إذ يحل له أن يراجعها إلى عصمة نكاحه في الحال الأولى، لأن الطلاق الرجعي، تبقى الزوجة قائمة بعده خلال فترة العدة، فتثبت له الرجعية، دون عقد جديد، ودون رضاها، لأنها مازالت زوجته، بخلاف البائن بينونة =

فالجُمهور يرى، أن الطلاق - في حالة الشك هذه - يقع واحدة فقط، وقال مالك: يقع ثلاثاً.

وتعليل هذا الحكم عند الإمام مالك، جارٍ على مسلكه في «الاحتياط» أي الأخذ بالحَيْطة والحذر، في معالجة مثل هذه المسائل، وذلك على أساس تعارض أصليين، يتجاذبان بحكيمهما هذه المسألة، فلا بد من ترجيح أحدهما الذي هو أحوط.

أما الأصل الأول: فهو حل الزوجية الثابت بيقين، قبل إيقاع الطلاق، فيستصحب هذا الأصل، ويستمر حكمه، حتى يرد الدليل الطارئ المغير، أو الدافع لأصل الحل، وهذا ثابت بيقين - كما ذكرنا - فلا يزول هذا الأصل اليقيني بالشك في عدد الطلقات، فيقع واحدة، وهو رأي الجمهور.

وأما الأصل الثاني: فمؤداه أن الطلاق إذا وقع، ثبت بيقين، غير أنه قد اعترى الشكُ ثبوت الرجعة، والرجعة لا تثبت بالشك، فيقع الطلاق الثلاث، حيث لا رجعة، وهو رأي الإمام مالك، أخذاً بالاحتياط^(١).

هذا، والأرجح في نظرنا، رأي الجمهور وتفسير ذلك: أن «الاحتياط» لا يكون في إيقاع الثلاث، بناء على أن «الرجعة» لا تثبت بالشك، لأن ثبوت الرجعة ليس مستمداً من الطلاق، بل هي مستمدة من عقد الزواج نفسه، وهو ثابت بيقين، وإنما الشك في رفعه، ودليل ذلك، أن «الرجعة» إنما هي «استدامة العقد» والعقد قائم يقيناً، ولا يزول اليقين بالشك، فكان الاحتياط - كما ترى - في عدم إيقاع الثلاث المشكوك فيه، إبقاء للعقد الثابت بيقين، ومنه تستمد الرجعة، ولا يُرفع اليقين إلا بيقين مثله، والطلاق الثلاث المشكوك في عدده، ليس أمراً يقينياً بالبداية، وعليه، فلا يقع، ولا تأثير له على يقين أصل الحل الثابت.

= صغرى، فيجوز أن يراجعها إلى عصمة نكاحه، ولكن بعقد جديد ومهر جديد، وبرضاها، وأياً ما كان، فإن الطلاق الرجعي، والبائن بينونة صغرى، لا يرفعان أصل الحل، أما الطلاق الثلاث، فتبين معه الزوجية بينونة كبرى إثر وقوعه، ولا يملك إرجاعها إلى عصمة نكاحه إلا بعد أن تتزوج زوجاً غيره، فيرفع هذا الطلاق، أصل الحل، كما ترى.

(١) «أصول الفقه» للشيخ محمد أبي زهرة ص ٣٠٠ - ٣٠١.

هذا، وينكر ابن حزم اجتهادَ المالكية في هذه المسألة، ويبطله، حيث يقول في كتابه الإحكام: «وقال المالكيون... إن أيقن أنه طلقها، ثم شك، أو واحدة أو اثنتين، أو ثلاثاً، فهي طالق ثلاثاً...»^(١). وبُطل ابن حزم اجتهادَ المالكية هذا بقوله: «فإن قالوا: إن ههنا، هو على يقين من الطلاق، فقلنا نعم، وعلى شك من الزيادة على طلاقها واحدة، والشك باطل»^(٢).

هذا، وسنوالي البحث في هذا الموضوع الهام، من حيث وإنه خطة علمية منهجية أصولية، يلتزم المجتهد انتهاجها، ليستمد منها الحلول للوقائع التي تطرأ، محافظة على الحقوق، وإقامة للعدل، وتحقيقاً لمصلحة المكلفين، في التطبيق العملي.

١١ - تقدير موقف الأصوليين من اعتبار أنواع أخرى من الاستصحاب وتحليلها

ومناقشتها في ضوء علم الأصول وفلسفته:

ذكرت آنفاً، أنّ ثمة أنواعاً أخرى من الاستصحاب، اعتبرها بعض الأصوليين من صلبه، وضربوا لها الأمثلة التطبيقية، واستخدموا من خلال الاستدلال بها أحكاماً لمسائل بحثوها في مُصنفاتهم «على ضوء من مفهوم تلك الأنواع، نتناولها بالبحث والتحليل والمناقشة، لتقديرها ووزنها في ضوء علم الأصول».

أ - النوع الأول: العدم الأصلي، أو براءة العدم الأصلية، وتفسير هذا: أن الأصل براءة الذمة من التكاليف والواجبات كما بينا آنفاً حتى يرد من الشارع دليل يشغلها، ذلك لأن الذمة حُلقت بريئةً من التكليف حتى يرد الدليل الشرعي المثبت لشغلها بهذا التكليف، وهو الدليل المغير للعدم الأصلي، أو الناقل للذمة عن براءة العدم الأصلية، وهذا معنى قولهم الأصل العدم، أو الأصل البراءة، أي انتفاء الأحكام التكليفية التي هي منشأ الالتزامات والحقوق، انتفاؤها قبل ورود الشرع، والحق أن هذا الحكم عقلي محض يحكم بالبراءة من التكاليف قبل ورود الشرع، ويستمر هذا الحكم السلبي أو العدمي في الآتي من الزمن حتى يثبت من جهة الشرع ما يغيره.

(١) «الإحكام في أصول الأحكام»: (٥/٤ - ٥).

(٢) المرجع السابق.

وعلى هذا، فلا يعتبر «العدم الأصلي» أو البراءة الأصلية، نوعاً من الاستصحاب على التحقيق، لأن دليل الحكم بالعدم أو البراءة، هو العقل المحض، ودليل استمرار هذا الانتفاء ثابت بالعقل أيضاً، لا بالاستصحاب، لسبب بسيط هو أن العقل حكم بالاستمرار والبقاء حاضراً ومستقبلاً، لأنه قائم في كليهما، والحكم لا يتخلف عن دليله ابتداءً وبقاءً حتى يرد الدليل الطارئ المغير الذي يقطع استمرار هذا النفي أو البراءة، وهذا ليس من الاستصحاب بدهاءة، لأن الاستصحاب - كما علمت - إنما يتحقق مناطه ليصح الاستدلال به، حيث لا دليل مستقلاً يقضي بالاستمرار، وما نحن فيه دليله قائم، ومستقل منذ البداية، وهو قائم أيضاً في الحاضر والمستقبل، وإذا استمر قيام العقل استمر حكم العدم أو البراءة ضرورة، والشرع جاء مؤيداً للعقل ابتداءً وبقاءً، في حكمه بالعدم الأصلي أو ابتداءً، على الخصوص، وهذا لا خلاف فيه، وإنما الخلاف في اعتباره نوعاً من الاستصحاب، أو عدم اعتباره.

وبذلك يتبين لك، أن القول بكون العدم الأصلي أو «البراءة الأصلية» نوعاً من

الاستصحاب، أمر فيه نظر!!

١٢ - العقل لا يملك إثبات الأحكام ابتداءً، لأن دلالاته مقصورة على العدم الأصلي، أو البراءة من التكاليف قبل ورود الشرع، ومع ذلك، فإن للعقل مدخلاً دلاليًا في تجاوز أصل الإباحة أو الإذن العام، إلى إيجاب أمر يثبت بمقتضى حكم العقل العلمي المتخصص، أن فيه نفعاً كبيراً، وكذلك له حكم بالمنع أيضاً في كل أمر ثبت بمقتضاه، أن فيه ضرراً بيناً، وإن لم يرد في الشرع دليل خاص به من نص أو إجماع أو قياس، لأن فهم نفس الشرع، وروحه العام، يوجب ذلك، مرد هذا فيما نعتقد - إلى القواعد العامة في التشريع، ومقاصده الأساسية، كما أسلفنا.

وفي هذا المعنى يقول الإمام الغزالي: «وإذا النظر في الأحكام الشرعية، إما أن يكون في إثباتها، أو في نفيها، أما إثباتها (أي تشريعها ابتداءً) فالعقل قاصر عن الدلالة عليه، وأما النفي، فالعقل قد دل عليه، إلى أن يرد الدليل السمعي بالمعنى الناقل من النفي الأصلي، فانتفض دليلاً على أحد الشطرين، وهو النفي».

وفي هذا المعنى، يقول الإمام العزُّ بن عبد السَّلام بعد أن تبين أن مصالح الدَّارين وأسبابها، ومفاسدها، لا تعرف إلا بالشرع، يقول ما نصه: «ومن تتبع مقاصد الشرع، في جلب المصالح، ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك، اعتقاد أو عرفان، بأن هذه المصلحة، لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن في ذلك نص خاص، ولا إجماع، ولا قياس، لأن نفس الشَّرْع يوجب ذلك»^(١) أي باستلهاهم روح الشرع، ومعقوله العام، ومقاصده الأساسية، وقواعده الكلية، من قبل العقل العلمي المتخصص، بما نشأ لديه من ملكة مقتدرة، ثمرة لطول المران والتعمق في البحوث.

١٤ - الأمثلة التطبيقية لاستمرار العدم الأصلي، أو البراءة الأصلية بحكم العقل:

قلنا إن مفاد هذا الأصل من البراءة، أن الحكم بعدم إيجاب فعل، قبل أمر الشارع به، أو بنفي الحكم الشرعي التكليفي بوجه عام، قبل ورود دليhle عن الشارع، يترتب عليه وجوده أو ثبوته، وضرب الإمام الغزالي الأمثال التوضيحية لهذا الأصل حيث يقول: «... إذا أوجب - الشارع - صوم شهر رمضان، بقي صوم شوال على النفي الأصلي» - أي بقي منفياً وجوبه بالعقل - وإذا أوجب على القادر، بقي العاجز على ما كان عليه «العدم الدليل على التكليف في حقه، ويحكم العقل بذلك قبل الشرع!! وهذا معناه أن نفي الوجوب عن العاجز، ثبت بالعدم الأصلي عقلاً لا بالدليل الذي أوجب على القادر»^(٢).

ويستخلص من هذا، أن العقل وحده يستقل بالحكم بانتفاء التكليف، وباستمرار هذا الانتفاء، فكان «العقل» دليلاً عليهما^(٣)، والعقل قائم فلا محل للاستصحاب

(١) «قواعد الأحكام» للعز بن عبد السلام: (٨/١)، وهو غير ما قرره الإمام الشاطبي حيث يقول: «فإذا كان الشارع قد شرع الحكم لمصلحة، فهو الواضع لها مصلحة وإلا فكان يمكن عقلاً ألا تكون كذلك. «الموافقات»: (٢/٣١٥).

(٢) أي ناقل عن العدم الأصلي.

(٣) «شرح روضة الناظر» لابن قدامة، والشارح الشنقيطي ص ١٥٩.

أصلاً - كما قدمنا - وهذا الحكم العقلي بعدم التكليف حجة، واتباعه واجب، بل هو الأصل، ولا خلاف فيه، وقد أيده الشرع، ومن ادعى خلاف هذا الأصل، فعليه بالدليل المغير، غير أن هذا الحكم العقلي بالعدم الأصلي واستمراره ليس نوعاً من الاستصحاب الذي نحن بصدد البحث فيه على التحقيق، لما قدمنا.

١٥ - هل الحكم الثابت بالإجماع، أو القياس، محل للاستصحاب؟

أ - أما الحكم الثابت بالإجماع، فإنه إذا انعقد على محل ذي صفة ولم تتغير صفته، فإن هذا الحكم يُستصحب، ويبقى مُستمرراً بالإجماع، ولا خلاف في ذلك.

ب - أما إذا تغيرت صفة المُجمع عليه، فهو يستصحب حكم الإجماع بعد هذا التغير، أو لا يستصحب؟

اختلف الأصوليون في كون الحكم المُجمع عليه محلاً للاستصحاب إذا انعقد هذا الإجماع ابتداءً على فعل ذي صفة، ثم تغيرت صفته، أثناء أدائه، وقبل إتمامه. وصورة ذلك: أن المتيمم إذا رأى الماء أثناء الصلاة، هل يمضي في صلاته حتى يتمها، وتكون صحيحة، على الرغم من رؤيته الماء أثناء أدائها، استصحاباً لهذا الإجماع الذي انعقد - إبان الشروع فيها - على صحتها، ودوامها قبل رؤيته الماء، ولا يؤثر على صحتها ودوامها طريان وجود الماء أثناءها، فتكون صحيحة لا باطلة، لعدم ورود الدليل الشرعي على حكم هذه الحال من رؤية الماء أثناء أداء الصلاة من قبل المتيمم.

(١) قال فريق من الأصوليين، ومنهم الإمام الغزالي، وأبو حنيفة^(١): لا محل للاستصحاب في مثل هذا الإجماع، إذ قالوا: تبطل الصلاة إذا رأى الماء أثناء أدائها، ولا اعتبار للإجماع الذي انعقد على صحتها عند الشروع فيها، قبل رؤية الماء، إذ لا يستلزم هذا الإجماع دوام انعقاده وحكمه بعد رؤية الماء، فهو مُنعقد - كما يقول الإمام الغزالي - في حال عدم وجود الماء، لا في حال وجوده، إذ بوجود الماء، يرتفع

(١) «المستصفى» للغزالي: (١/٢٢٤).

الإجماع، لتغير الحال، ويصبح كأن لم يكن^(١)، ولا استصحاب يتصور لإجماع غير موجود!! فينبغي أن يتوضأ من جديد ويستأنف الصلاة للاستصحاب، كما ترى، خلافاً للفريق الأول، فالخلاف في التطبيق، ولا خلاف في أصول القواعد، ونحن نرى أن الرأي الأول، أقوى دليلاً إذ سنن الشرع جارٍ على تغير الحكم، إذا تغيرت الصفة المؤثرة في محله. ولا شك أن الإجماع إذا انعقد على فعل أنه صحيح، في حال قيام صفة مؤثرة فيه، فإنه يرتفع إذا تغير الحال، أو الصفة، فحال وجود الماء، غير حال فقدانها، ولكل حكم في الصلاة، والتيمم ترخيص في حال الضرورة، ولا ضرورة عند وجوده، سواء أكان عند الشروع في الفعل، أم أثناءه لوحدة السبب.

هذا، ولا يقال إن الإجماع مجرد أمانة على وجود الدليل أو المستند، فلا يلزم من ارتفاع الإجماع، ارتفاع دليله أو مستنده، لأننا نقول: إن الإجماع إذا انعقد، كان هو الدليل، ولا يبحث عن مستنده، لأنه يقوم مقامه إلا إذا تبين أن أساسه أو مستنده، مصلحة زمنية متغيرة، فيتغير الإجماع بتغير أساسه أو مستنده الذي قام عليه، إذ لكل مصلحة حكمها الذي يقتضيه، ولكن ما نحن فيه، أمر تعبدي خالص، وهو «الصلاة» وليس مصلحة دنيوية متغيرة، فلا صحة لقول من يدعي، أن الإجماع أمانة على المستند، حتى إذا ارتفع الإجماع، بقي المستند. أقول: لا يصح هذا القول، من قبل أن عصمة الأمة منوطة بإجماعها، وأنها لا تُجمع على ضلالة، فالحجة منوطة بذات الإجماع، لا بمستنده كما ترى، على أن «المستند» أو الدليل الذي ينهض عليه الإجماع، منوط حكمه بالأوصاف، أو العلل أو الأسباب المؤثرة في اقتضاء الأحكام، فَعَيْثُمَا وُجِدَ الوصف، أو العلة، أو السبب، وجد الحكم، سواء انعقد عليه إجماع أم لم ينعقد، حتى إذا انعقد، كان الإجماع لذاته هو الحجة، وليس هو مجرد أمانة، كما يدعى!!

وعلى هذا، يترجح لدينا، أن الإجماع على حال، يرتفع إذا تغيرت هذه الحال على النحو الذي بينا، فلا يكون الإجماع على محل فيه خلاف، محلاً للاستصحاب.

(١) «المستصفي مع فواتح الرحموت»: (١/ ٢٢٤).

١٦ - الحكم الثابت عن طريق القياس، في الفرع المقيس، ليس محلاً للاستصحاب في ذاته، لأن الفرع تبع للأصل، فإذا كان أصله محلاً للاستصحاب، كان الفرع محلاً له تبعاً لذلك، وإلا فلا. وعلى هذا، فإذا كان حكم الأصل باقياً مستمراً بالاستصحاب، وغير منسوخ، أخذ الفرع حكمه، والعكس صحيح.

يرشدك إلى هذا، أن حكم الأصل إذا لم يكن باقياً ومستمراً العمل به، بأن كان منسوخاً، لم يكن محلاً للاستصحاب، فكذلك حكم الفرع المقيس، لأنه يستمد حكم استمراره أو انقطاعه، من حكم أصله.

على أنه إذا كان حكم الأصل منسوخاً، لم يكن محلاً للقياس أصلاً، فضلاً عن عدم جواز استصحابه، فلا يتعدى حكمه إلى الفرع بدهاءة، فالفرع ينتفي بانتفاء أصله، هذا ومعلوم أن شرط «صحة القياس» بالنسبة إلى حكم الأصل، ألا يكون منسوخاً، لأن النسخ يبين انتهاء أمد العمل بالحكم، حتى إذا انتهى أمد العمل بالحكم الأصلي، وألغى، كان هذا الإلغاء واجباً بالنسبة إلى الفرع من باب أولى.

١٧ - مدى حجية الاستصحاب عند الأصوليين:

قبل البحث في «حجية الاستصحاب» باعتباره خطة منهجية، يلتزمها المجتهد في استخلاصه للأحكام، حين يعوز الدليل، للوقائع المستجدة، من نص (في الكتاب أو السنة) أو إجماع، أو قياس، ولاسيما إذا كان المجتهد، لا يأخذ بالقياس، أو المصالح المرسله، أو الاستحسان، أو سد الذرائع، فإنه يضطر حينئذ إلى اللجوء إلى «الاستصحاب» بأنواعه التي قدمنا، بل تراه يُكثر من العمل بالاستصحاب، لعدم أخذه بالمصادر التشريعية التبعية التي ذكرنا. أقول: قبل البحث في حجية الاستصحاب، نود أن نتطرق إلى ضرب من مسالك الفقهاء في تطبيقهم لقواعد الاستصحاب، ووجوه الاختلاف في هذه المنطلقات، على ما سيأتي بيانه:

١٨ - موقف ابن حزم^(١) من مسلك «المالكية» في تطبيقهم لقواعد الاستصحاب

(١) «الإحكام في أصول الأحكام» لابن حزم: (٥/٤ - ٥)، و«أصول الفقه» للشيخ محمد أبي زهرة

على الوقائع والحالات المعروضة، حيث يذهبون - كما علمت - إلى تغليب جانب الحَيْطَة والحَذْر في الحكم باستصحاب الحال، فتراهم أحياناً، يصيرون شاكلة الرمي، وأخرى يجافون غاية ما حرصوا عليه من الاحتياط، ونستعرض فيما يلي ما صدر عن ابن حزم من نقد لمثل هذا المسلك، وما يترتب عليه من لوازم ينكرها الشرع، وتقديرنا لهذا الموقف أصولياً، كما ذكرنا آنفاً، أن المالكية يطبقون قواعد الاستصحاب المتفق عليها، على وجه يكفل الاحتياط ما أمكن، من حيث الحِلُّ والحرمَةُ - في نظرهم - فتراهم - على سبيل المثال - يحكمون على من طلق إحدى امرأته، وشك فيمن طلقها، يحكمون بطلاق الاثنتين معاً، ويعللون ذلك، بأنه «الأحوط»، إذ لا مرأى أن أصل الطلاق، ثابت في هذه الحال، إذ كان واقعاً يقينياً، لكنه وقع على إحدى امرأته، لا على التعيين، للشك فيمن طلقها - كما ذكرنا - فتطلق كلتاها - في اجتهادهم - استصحاباً لحكم الطلاق الذي وقع بيقين، واليقين أصل، فكان منطلقاً للاستصحاب لحكم الطلاق، فيقع عليهما احتياطاً.

ووجه الاحتياط: أنه لو عين إحداها، واختارها على أنها هي التي وقع الطلاق عليها، لاحتمل وقوعه في الحرام مآلاً، من قبل أنه من المحتمل، أن هذه التي أبقاها في عصمته، هي التي أوقع الطلاق عليها في الواقع، ونفس الأمر، ما دام شاكاً غير مستيقن من إيقاع الطلاق عليها بعينها، وإذا كان هذا الاحتمال قائماً، فإنَّ الطلاق يُنهي العلاقة الزوجية، وأثارها، فيقع حينئذ في حرمة معاشرتها.

هذا، ويلزم عن ذلك أيضاً، أن يحل زوجته الأخرى - ما دام قد اختارها لوقوع الطلاق عليها، والتي ربما لم يقع عليها الطلاق في حقيقة الأمر، ولا تزال في عصمته - أن يحلها لغيره ليتزوج بها، فيكون قد أحل يقين الحرام في الأولى، كما حرم يقين الحلال في الثانية، فخرجاً من محنة هذا الحرام المضاعف، قال المالكية: يجب الأخذ بالحذر والاحتياط، تجنبياً للمكلف من الوقوع في هذه المحاذير، إبان تطبيق قواعد الاستصحاب في مثل هذه الحال، والاحتياط إنما يكون في تحديد «المنطلق اليقيني» الذي يتحتم الانطلاق منه في التطبيق، لما يترتب على عدم الحَيْطَة أو التبصُّر

في تحديد هذا المنطلق من الإفضاء إلى النتائج أو المآلات المحرّمة، وهذا ليس من الاجتهاد بالرأي في التطبيق في شيء!! لأنه خطأ محض، بل حرامٌ بيّن، لأن ما يؤدي إلى الحرام، هو في معنى الحرام قطعاً، إذ الوسيلة تأخذ حكمَ غايتها، ذلكم هو اجتهاد المالكية في تطبيق قواعد الاستصحاب على الحالات المستجدة المعروضة بوجه عام، بشرط وجود الدقة في تحديد «المنطلق اليقيني» لهذا التطبيق، على نحو يكفل الاحتياط من حيث مآله.

ونبيّن - فيما يلي - هذا المسلك في تحديد «المنطلق اليقيني» في مسألتنا هذه على الخصوص، ومقارنته بمسلك الجمهور الذين تخيروا منطلقاً يقينياً آخر في قواعد الاستصحاب هذا، واختلافهم في تحديد هذا «المنطلق» مما يؤدي إلى اختلافهم في مآلات هذا التطبيق ونتائجه حتماً، في حين أن «القواعد» واحدة، وحجيتها، ووجوب العمل بمقتضاها، متفق عليهما، وبيان ذلك: ينطلق المالكيون من يقين ثبوت الطلاق - كما رأيت - باعتبار أن الزوج قد أوقعه يقيناً، وهذا لا شك فيه، فيكون أصل الطلاق إذن واقعاً يقين، واليقين أصل، فيستمر حكمه استصحاباً، يشمل المرأتين، إذ ليس ثمة من سبيل لتعيين إحداهما، مادام الزّوجُ شاكاً فيمن وقع عليها الطلاق، واليقين لا يزول بالشك، وهذه هي قاعدة الاستصحاب، واحتياطاً من الوقوع في الحرام على النحو الذي فصلنا.

ويذهب الجمهور، فيعتمدون «يقين الزوجية» بدلاً من «يقين الطلاق» منطلقاً أساسياً، لتطبيق قواعد الاستصحاب، في هذه المسألة، إذ من الثابت، أن «الزوجية» قائمةٌ بيقين بالنسبة إلى كل منهما، والطلاق مشكوك في وقوعه بالنسبة إلى كلٍّ منهما، كذلك، فلا يزول يقين ثابت، وهو الزوجية، بشك طارئ وهو الطلاق، إذ تقضي القاعدة أنه «لا يزول اليقين بالشك فلا تطلقُ أيُّ منهما»!!

وعلى هذا، فثمة يقينان: يقين قيام «الزوجية» الثابتة بالنسبة إلى كل من الزوجين، قبل إيقاع الطلاق، ويقين آخر: هو وقوع الطلاق يقيناً أيضاً، ولكن لا على التعيين، فانطلق الجمهور من اليقين أو الأصل الأول، في حين أن المالكية انطلقوا من الثاني،

وكلاهما يقيني. هذا، وترى ابن حزم الظاهري، يُوجّه النقد إلى «المالكية» مشيراً إلى ما يترتب على مسلكهم هذا من الوقوع في مِحْنَةِ الحرام المضاعف - كما بينا - من حيث إنهم رأوا باجتهادهم، أنّ في هذا المسلك احتياطاً ينبغي الأخذ به، ولكن آل الأمرُ بهم إلى عكس ذلك تماماً، حيث يقول: وكذلك ليس من نسائه امرأة يوقن أنه طلقها، فقد دخلتم فيما أنكرناه على المخالفين، من نقل الحكم بالظنون، بل وقعوا في الباطل المُتَيَقَّن، وتحريم يقين الحلال في باقي نسائه اللواتي لم يطلقهن بلا شك، وفي تحليل الحرام المتيقن، إذ أباحوا الفروج اللواتي لم تُطَلَّقْ، للناس^(١). ولا جرم أن هذا النقد متجّه ووارد على المالكية، حيث وقعوا في محاذير من المحرمات، فجانبوا الأخذ بالاحتياط، من حيث إنهم حَرَصُوا أشدَّ الحرص على الالتزام به، فكان اجتهاد الجمهور - في هذه المسألة - أسدَّ منطقاً، وأقومَ مسلكاً، وأسلمَ مآلاً، وأصوبَ حكماً، وأجدر احتياطاً. بعد هذا، نتناول البحث في الأمور الآتية، لأهميتها البالغة، لتوقف اعتبار «الاستصحاب طريقاً أو سنناً في التشريع الاجتهادي» عليها. ومن ذلك: البحث في «مدى حجية الاستصحاب» واختلاف الأصوليين فيها، وما استندوا إليه من أدلة، لنستخلص من ذلك «منشأ الخلاف» في «حجيته» ولنتمكن - في ضوئه - من المناقشة، والموازنة، والترجيح، وذلك بعد تحرير «محل النزاع» لما علمت، أن أنواعاً من الأحكام، لا محلّ للاستصحاب فيها، ثم نقف على ذلك كله، ببيان «قواعد الاستصحاب» على التفصيل الآتي:



(١) «الإحكام في أصول الأحكام» لابن حزم: (٥/٥).

تحديد محلّ النزاع في حجّية الاستصحاب:

بعد أن تبين لنا آنفاً، أن أنواعاً من الأحكام ليست محلاً للاستصحاب، إذ لا يتحقق فيها مناطه، أو شرطه، يمكننا أن نحدّد النوع الذي هو محلّ له، لنعرض وجوه الخلاف فيه حصراً، ثم نتطرق بعدئذ إلى أولئك الذين ينكرون حجّيته أصلاً، فنقول:

أ - إن الحكم إذا نصّ على تأييده أو توقيته يستمرّ أبداً بالنص، أو إلى الأجل المسمى، فيستمر إلى أجله، ولا محل للاستصحاب في مثل هذا الحكم، كما قدّمنا، ولا خلاف في ذلك.

ب - وكذلك الحكم الذي أقامه الشارع على سبب، فإن استمراره هو مقتضى السبب لا بالاستدلال بالاستصحاب، بلا خلاف أيضاً.

ج - وأما الحكم الذي قام الدليل على ثبوته في الماضي، وهو مطلق، أي لم يُتعرض لبقائه، ولا لزواله، ولكن المجتهد لم يبحث عما إذا ورد من الشارع دليلٌ مغيّرٌ تقصيراً منه، فلا خلاف بين الفقهاء، أنه ليس محلاً للاستصحاب، لفقدان شرطه.

د - كل حكم ثابت بالعدم الأصلي أو بالبراءة الأصلية، مما يحكم العقل بفرأغ الذمة من التكليف، قبل ورود الشرع، يستمر هذا الحكم في المستقبل حتى يردّ من الشارع ما يغيّره، أي ينقله عن العدم الأصلي، فاستمراره بحكم العقل، والشرع جاء مؤيداً له، ولا حاجة إلى الاستصحاب، لأن الاستصحاب إنما يُستدلّ به حيث لا دليل مستقلاً على الاستمرار أو الزوال، وهذا دليله قائم وهو العقل، وهذا بالاتفاق وإن جاء الشارع مؤيداً له - كما ذكرنا - ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿قُلْ لَّا أجدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ...﴾ [الأنعام: ١٤٥] إلا أن يدل بمفهوم الحصر على عدم حرمة ما سوى المنصوص عليه، بل يدل على أن «عدم الوجدان» كافٍ في نفي مطلق التحريم، ودليل عليه، ونفي مطلق التحريم هو الإباحة الأصلية.

هذا، ويرى بعض الفقهاء، أن في الآية الكريمة إشعاراً بأن إباحة الأشياء،

مركوزة في العقل قبل الشرع، وهذا هو الراجح، لأنها في مقام الاستدلال على أصل الحِلِّ العام، بعدم الوجدان للتحريم إلا للأشياء التي يَبْتَنُّها ونَصَّتْ عليها، ولا يتسع المقام لسرد الآيات الأخرى التي تؤكد هذا الأصل^(١).

ت - كل حكم ثابت وجوده واستمراره معاً، لا بدليل خاص به بعينه، بل بمقتضى «أصل الحِلِّ العام» أو «الإباحة الأصلية» ما دام لم يرد من الشارع، دليل يحرمه بذاته، أو يوجبه، فإن مثل هذا الحكم مما اتفق الشرع والعقل على استمراره، ولا حاجة إلى الاستصحاب أيضاً، ولا نزاع في ذلك.

غير أن العقل العلمي المتخصص، إذا أدرك في شيء نفعاً كثيراً لا يجوز إهداره، أو رأي في فعل أو إجراء ضرراً بيئياً، كان بوسع العقل أن يقرر في الحالة الأولى، حكم الوجوب لا الإباحة فحسب واستمرار هذا الوجوب، في الحالة الأولى، وأن يقرر المنع دون الإباحة واستمرار هذا المنع في الحالة الثانية، وإن لم يرد في ذلك نص خاص بالوجوب، أو المنع لأن: «نفس الشرع - كما يقول الإمام العز بن عبد السلام - يوجب ذلك»، ومرّد هذا - كما قلنا - هو القواعد العامة في التشريع أو روح التشريع العام، ولا حاجة إلى الاستصحاب، بلا نزاع. مما تقدم يتحرر لديك، أن محل النزاع في الاستصحاب ما يلي:

(١) هو: «الحكم الذي دلّ الدليل على وروده فقط في الماضي، ولم يتعرض لبقائه أو زواله، ولم يقم دليل آخر على ذلك، أي على هذا البقاء أو الزوال، وقد قام المجتهد بالبحث عن هذا الدليل فلم يعثر عليه» فإن استصحاب هذا الحكم حينئذ واعتباره مستمراً مستتباً آثاره، ونتائجه من الحقوق والالتزامات، سواء أكان الحكم إيجابياً (وجودياً) أم سلبياً (عدمياً) فهو محل النزاع بين الأصوليين والفقهاء.

(٢) وكذلك استصحاب «الوصف» سواء أكان الوصف أصلياً أم طارئاً، مما يستتبع أحكاماً شرعية، إذا ما وجد أو تحقق في الماضي، ولم يدل دليل على بقاءه، أو

(١) «أصول الفقه» للخضري ص ٣٥٦، طبعة سادسة، المكتبة التجارية الكبرى - القاهرة، سنة ١٣٨٩هـ/

زواله، كوصف: «الحياة» - وهو وصف أصلي - بالنسبة إلى الغائب المفقود الذي لا يُدرى مكانه، ولا يدرى أحي هو أم ميت، إذ لم يدل على استمرار حياته، أو يدل دليل حسي على وفاته، ولم يصدر من القضاء حكم باعتباره ميتاً.

وفي هذا المعنى يقول صاحب كتاب «كشف الأسرار على أصول البزدوي» ما نصه: «فأما إذا كان الحكم ثابتاً، بدليل مطلق، غير متعرض للزوال، وقد طلب المجتهد الدليل المزيل، بقدر وسعه، ولم يظهر، فقد اختلف فيه»^(١)، وهو ما أكدّه الأصولي المحقق، ابن أمير الحاج في كتابه «التقرير والتحبير شرح التحرير» بقوله: «الحكم ظناً ببقاء أمر، تحقق سابقاً، ولم يظنّ عدمه بعد تحققه»^(٢) أي في الماضي.

وهذا يعني: الحكم باستدامة أمر، بناء على وجوده في الماضي، ولم يظن عدمه، أي لم يقم دليل شرعي على استمراره أو زواله، بعد البحث والنظر.

مدى حجّية الاستصحاب عند الأصوليين:

لم تتفق كلمة الأصوليين على حجّية الاستصحاب شرعاً، بل انقسموا على آراء: أ - ذهب فريق منهم إلى إنكار حجّية الاستصحاب أصلاً، وفي كل الأحوال، واستدل بما يلي:

أولاً: إن تحقّق الشيء، وحكمه في الماضي، أمرٌ يغيّر بقاءه واستمراره في الزمن الآتي، فالوجود غير البقاء، ولا يلزم من الوجود البقاء والاستمرار (الاستصحاب) فضلاً عن أن الوجود ليس علّة للبقاء، لما قلنا من أنهما أمران متغايران، وإذا لم يكن البقاء أو الاستمرار، لازماً للوجود، ولا أثراً لعلّة الوجود نفسه بحيث تقتضي استمرار حكمه، آل الأمر حينئذ إلى أن الاستدلال بالبقاء (الاستصحاب) استدلالٌ بغير دليل، وهذا باطلٌ شرعاً.

ثانياً: إن الوجود والبقاء ماداماً أمرين متغايرين، فإذا قام الدليل على تحقيق

(١) «كشف الأسرار» لعبد العزيز البخاري على أصول البزدوي: (٣/ ١٠٩٧).

(٢) «التقرير والتحبير» لابن أمير الحاج: (٣/ ٢٩٠)، و«الأصول» للسرخسي: (٢/ ٢٢٥).

أحدهما في الماضي، بقي الآخر، وهو البقاء بغير دليل، إذ ليس دليل الوجود هو دليل البقاء، لأنه ليس لازماً له، ولا أثراً لعلّة الوجود، كما قدمنا، والمفروض أن الاستدلال بالاستصحاب، إنما يصح حيث لا دليل مستقلاً على بقاء الحكم، ولا على زواله، فيكون الحكم بالبقاء، إذن حكماً بلا دليل، وهذا باطلٌ من قِبَل أن كلَّ حكم في الشرع، لا بدّ له من دليل ينهض به، وجودياً كان الحكم، أو عدمياً كما قدمنا.

ثالثاً: إن طبائع الموجودات، مختلفة لا تسير على سَنَنِ واحد في البقاء والاستمرار، فترى بعضها يوجد ويتحقق، ولكن ينعدم أثر وجوده ولا يبقى زمانين، كالحركات، فإن من طبيعتها عدم البقاء، بل تأبى البقاء، ومن الموجودات ما يبقى أزماناً، بطبيعته، كالأجسام، ولو كان البقاء عين الوجود، لثبت البقاء لكلّ موجود، ولكن هذا غير واقع، فثبت أن الحكم بالبقاء والاستمرار - وهو الاستصحاب - يفتقر إلى دليل مستقل يثبته غير دليل الوجود، وما دام لم يتوفر لدينا هذا الدليل - كما هو المفروض - كان الحكم بالاستمرار، حكماً بلا دليل، وهو باطلٌ، فلا يصلح الاستصحاب حجةً في الاستدلال على الاستمرار والبقاء مطلقاً لا في «الدفع» ولا في «الإثبات» وسواء أكان الحكم سلبياً (عدمياً) أم كان إيجابياً (وجودياً) وفي هذا المعنى يقول السرخسي: «فإن ثبوت العدم، وإن كان بدليل مُعَدِّم، فذلك لا يوجب بقاء العدم»^(١)، كما أن الدليل الموجود للشيء، لا يكون دليل بقائه موجوداً، فكذلك الدليل المثبت للحكم، لا يكون دليل بقائه ثابتاً»^(٢) وهذا صريح، أن الإمام السرخسي يريد أن يثبت أن الوجود شيءٌ آخر ولا تلازم بينهما، ووجود العدم شيء، واستمرار هذا العدم شيء والاستمرار شيءٌ آخر، ولا تلازم أيضاً، فالأمران متغايران، فدليلُ ثبوت أحدهما

(١) الإمام السرخسي يحاول إثبات أن استمرار البقاء أو العدم، ليس بدليل الوجود أو العدم نفسه. ولا لازم له،

بل لأن البقاء والاستمرار قائم، لاستغناؤه عن الدليل، وهو يصلح حجة للدفع فقط. (٢٢٤-٢٢٥).

(٢) المرجع السابق.

ليس دليلاً لثبوت الآخر، ولا لازماً له، ولا علة فيه، فافتقر كل منهما إلى دليل مستقل يثبتته.

غير أن السرخسي - كما علمت - يقول بحجية الاستصحاب في الدفع، على أساس أن البقاء مُسْتَعْنٍ عن الدليل - كما قدمنا - أما الكمال بن الهمام - الأصولي المحقق من الحنفية - فلا يرى حجية الاستصحاب أصلاً، مخالفاً بذلك أصل مذهبه، وجمهور فقهاء الحنفية، ويفسر عدم توريث ورثة المفقود، لا على أساس الاستدلال بالاستصحاب، بل عملاً بالعدم الأصلي الذي لا يراه نوعاً من الاستصحاب، لأن ورثة المفقود، الأصلُ عدم توريثهم يقيناً، حتى يوجد الدليل المغيّر، ولم يوجد هذا الدليل، لأن المفقود لم تثبت وفاته حقيقة فبقي ورثته على العدم الأصلي، وقد قرّر هذا المعنى بقوله: وعلى ما حققنا، عدمه أصلي^(١)، وأنه - أي الاستصحاب - ليس بحجة أصلاً.

بيناً آنفاً، الفريق الذي يرى أن «الاستصحاب» حجةٌ بإطلاق في الأحكام العملية (الشرعيات) حتى شملت هذه الحجة بإطلاقها، الحكمَ الإيجابيَّ (الوجوديَّ) والسلبيَّ (العدميَّ) كما شملت حالة «الدفع» والحماية، وحالة «الإثبات» أو الاستحقاق، وإلزام الغير على السواء، حتى يردّ الدليل الطارئ المغيّر الذي يقطع استمرار الحكم، أو يرفع بقاءه، أقول: إن هذا الفريق، وقد أقام «حجية الاستصحاب المطلقة» على أساس «التلازم» القائم بين أصل الوجود واستمراره، كما أقام بين أصل العدم، ودوامه، حتى كانا أمرين «متلازمين» غير منفكين، ولا متغايرين، بحيث إذا وُجد الشيء، وتحقّق، وثبت حكمه بدليله، لزم عن ذلك بقاءه. واستمراره دون دليل جديد، فكان «التلازم» - كما ترى - هو «صلب الاحتجاج بالاستصحاب» ما يوجب «ظن البقاء»^(٢). أقول: إذا

(١) أي عدم توريث ورثة المفقود من ماله، بناء على العدم الأصلي لا على الاستصحاب، وراجع «التقرير والتحرير على التحرير»: (٣/ ٢٩١).

(٢) «كشف الأسرار»: (٣/ ١٠٩٧ وما يليها)، و«الإحكام في أصول الأحكام»: (٤/ ١٧٢ وما يليها)، و«إرشاد الفحول» للشوكاني ص ٢٣٧ - ص ٢٣٨، و«المستصفى مع فواتح الرحموت»: (١/ ٢١٧ وما يليها)، و«التحرير على التحرير» لابن أمير الحاج، و«التحرير للكمال بن الهمام»: (٣/ ٢٩٠ - ٢٩١).

كان الأمر كما قدمنا، فقد أضحي لزاماً على هذا الفريق، أن يقيم الدليلَ البينَ الذي يثبت هذا «التلازم» لتسلم له حججته المطلقة التي يذهب إليها في مشروعية الاستصحاب، إذ لا يصلح مجرد الادعاء دليلاً للإثبات، وإلا كان «أخذ الدعوى في الدليل» وهو مصادرة، تفسيده الاستدلالَ على المطلوب.

هذا ونورد فيما يلي سائر الأدلة التي استند إليها هذا الفريق، ليثبت أن «ظن البقاء» لازمٌ لكلٍّ من الوجود، أو العدم.

الدليل الثاني ومؤداه: أنه قد ثبت بالاستقراء، أن الأحكام الشرعية «إذا ثبتت، بقيت واستمرت على ما قام الدليل عليه، حتى يرد دليل آخر مغير» غير أن الشيخ محمد أبو زهرة، يقول: «الأدلة كانت في كل الصور الشرعية، مثبتة لموضوعاتها، بشكل مستمر، ما لم يقم دليل على انتهاء عملها، أو تقيدها بزمن، وهكذا فكل مقررات الشرع الإسلامي، تؤيد الاستصحاب»^(١).

هذا الاستدلال من قبَل الشيخ محمد أبو زهرة - فيما أرى - في غير محله، إذ ينبغي أن يلاحظ أن استمرار موضوعات الأحكام الشرعية، ومقررات الشرع، قد قام الدليل المستقل على استمرارها، ولا حاجة إلى «الاستدلال بالاستصحاب» وإنما يُلجأ إليه حيث لا دليل، وهذه دليلها قائم، فكان الاستدلال في غير محله، أما الدليل على استمرار موضوعات الأحكام، ومقررات التشريع الإسلامي، فقد ثبت ذلك بالدليل القاطع، إذ لا نسخ لشيء من أحكام الشريعة، بعد وفاته ﷺ ولأنها خاتمة الشرائع السماوية إلى الزمن المقدر لبقاء هذا العالم، وأن رسولها خاتم الأنبياء والمرسلين، وإذا لم يكن ثمة نسخ قطعاً، والنسخ يبين انتهاء أمد العمل بالحكم، كانت الأحكام والمقررات خالدةً أبديةً، إذ لا دليل يبين انتهاء أمد العمل بها، وهذا لا نزاع فيه، ولا يتصور أن يكون فيه أدنى شك، ولكنه ليس نوعاً من الاستصحاب، أو يصلح حجةً على مشروعيته، فكان خارجاً عن موضوع البحث، صورةً ومعنىً، لأن بحثنا منحصر

(١) «أصول الفقه» للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٩٧.

فيما حرّرتنا من محل النزاع، أي في الأحكام العملية الاجتهادية التي لا دليل على بقائها، ولا على زوالها، للوقائع المستجدة المعروضة التي لم يرد لها دليل من نص من كتاب أو سنة، أو إجماع، أو قياس، فيلجأ المجتهد حينئذ إلى «الاستدلال بالاستصحاب» على أنه آخر مدار الفتوى، ولو وجدنا حكماً مستنبطاً من تلك المصادر التشريعية، سواء أكان موافقاً للحكم الاستصحابي أم مخالفاً، لقدمناه عليه - فكان استدلال الشيخ أبو زهرة^(١) - كما ترى - في غير موضوع البحث!

غير أن الأدلة الأخرى التي سنعرض لها، هي التي تثبت حجية الاستصحاب لأنها مستمدة من الشرع من جهة، أو جاء الشرع مؤيداً للاستصحاب من جهة أخرى.

ثانياً: إن بدهيات العقل، تقضي بأنه إذا تحقق وجود شيء، أو عدمه «وله أحكاماً خاصة به، فإنهم يُسوِّغون القضاء بها في المستقبل، من زمان ذلك الوجود أو العدم، إلى الزمن الحاضر والمستقبل، حتى إنهم يجيزون مراسلةً من عرفوا وجوده قبل ذلك بمُدَدٍ متطاولة، وإنفاذ الودائع إليه، ولولا أن الأصل بقاء ما كان على ما كان لما ساغ لهم ذلك» وهذا - كما ترى - ثابتٌ بالعرف الإنساني العام أيضاً، فانطوى هذا الدليل - في الواقع - على دليلين: بديهته العقل، وجريانُ العرف العام.

ثالثاً: إن غلبة الظن بدوام الشيء واستمراره، لا يدانيها احتمال تغييره، لأن بقاء الشيء مستغن عن الدليل المؤثر فيه، إذ البقاء ليس إلا استمراراً للوجود، أما تغييره فأمرٌ جديدٌ طارئٌ يفتقر إلى مؤثر، أو سبب طارئٍ يوجد، لأنه خلاف الأصل.

ومعنى هذا، أن الشيء إذا وُجد، استمر وجوده كأثر لازم للوجود نفسه، ولا يحتاج إلى دليل جديد، أي لزم ظن بقاءه - وهو الاستصحاب - وهذا أصل طبيعي يقيني في سائر الموجودات التي لا تأبى طبيعتها البقاء، ومعلوم أن التشريع الإسلامي، جاء مساوقاً لما تقضي به طبائع الأشياء، كما علمت.

أما إذا كانت الأشياء مما تأبى طبيعتها البقاء والاستمرار، فلا تدخل في

(١) المرجع السابق.

موضوعنا، ولا يحكم عليها بالاستصحاب كالحركات، أو يمكن اعتبار بقائها، بتجدد وجودها شيئاً فشيئاً، ولكن موضوعنا فيما من شأنه وطبيعته البقاء والاستمرار، فافتراقاً طبيعةً وشأناً.

ثالثاً: إجماع الفقهاء منعقدٌ على أن من شك في وجود طهارته ابتداءً، لا تجوز له الصلاة، لأن الأصل المتيقن، عدم الطهارة، والأصل اليقيني لا يرتفع بالشك.

أما إذا شك في بقاء الطهارة واستمرارها بعد أن وُجدت، فالأصل البقاء^(١).

رابعاً: إجماعهم على أن حكم الشك في الطلاق، مغايرٌ لحكم الشك في الزواج، وهذه «المغايرة» في الحكم، منشأ الأصل اليقيني الذي هو منطلق الاستصحاب في كل منها:

أ - فالأصل اليقيني في حكم الشك في الطلاق، أن «الزوجية» كانت قائمة على وجه اليقين، فتستمر وتبقى، والشك في الطلاق، لا يرفع هذا اليقين الثابت.

ب - أما حكم الشك في الزواج، فعلى العكس من ذلك تماماً، إذ الأصل عدم الزواج، فيستمر هذا العدم، ولا يقوى الشك على رفع هذا الحكم العدمي الذي يُعدُّ استمراراً لأصل العدم اليقيني العقلي والشرعي، فلا يثبت الزواج بالشك!!

فالإنسان في الأصل «غير متزوج» حتى يقوم الدليل على زواجه، وهو حي حتى يقوم الدليل على وفاته، وهو غير مالك، حتى يقوم الدليل على أنه قد ملك، بعقد بيع، أو إرث، أو هبة، أو وصية، وهكذا دواليك.

(١) «الإحكام» للآمدي: (٤/ ١٧٢ - ٣٧١).

لأنه أصل يقيني، ولا يفتقر إلى دليل، وما دام أصلاً يقيناً، فلا يرتفع بالشك، فتستمر طهارته، وتجوز صلاته، تبعاً لوجود طهارته ابتداءً، واستمرارها، ولا ترتفع بالشك.

غير أننا أوردنا على هذه المسألة خلاف «المالكية» لأنهم انطلقوا من أصل يقيني آخر، هو أن الأصل أن «الذمة مشغولة بالصلاة يقيناً» فلا ترتفع بالطهارة المشكوك في بقائها واستمرارها. ولو أن الغالب أن الطهارة مظنون بقاءها، وذلك احتياطاً في أداء العبادات وتفريغاً للذمة من الفروض والواجبات، على وجه يقيني أيضاً لا مكان للشك فيه كما قدمنا.

ج - وذهب فريق إلى «التوسط» فلم ينكر حجته أصلاً، في جميع الأحوال، ولم يقل بحجيته مطلقاً، بل رآه حجةً في «حالة الدفع» لا في حالة الإثبات والاستحقاق وإلزام الغير، وبيان ذلك: أن الاستصحاب - عند هؤلاء - يصلح حجةً لدفع دعوى الخصم، كطلب ورثة المفقود إرثهم منه أثناء فقده، فلا يُجابون إلى طلبهم، حمايةً للمفقود، وصيانةً لحقوقه حتى يُستبين أمره، أو يحكم القاضي باعتباره ميتاً. هذا من جهة، كما لا يصلح الاستصحاب حجةً لإثبات حقوق للمفقود جديدة لم تكن له من قبل كإرثه من مورثه الذي مات أثناء فقده من جهة أخرى، فلا يصلح حجةً لإلزام غيره بحقوق له لم تكن، كما قدمنا، أي لاستحقاق ميراث أبيه الذي توفي أثناء فقده، مثلاً، وعلى هذا فالاستصحاب يصلح حجةً لحماية النفس، وصيانة الحقوق المكتسبة التي كانت قائمة له ابتداءً، لا لإثبات حقوق قبل الغير جديدة لم تكن له من قبل، وإلزام ذلك الغير بها. وعلى هذا، فالاستصحاب - كما قدمنا - حجةً دافعةً، لا مثبتة ولا ملزمة للغير، وهو رأي كثير من الحنفية المتأخرين.

دليل هذا الفريق:

أن الثبوت والبقاء أمران متغايران، وعلّة الثبوت ليست هي علّة البقاء، وما دام المجتهد قد بحث عن دليل يدل على البقاء، أو على المغيّر المزيل، ولم يعثر على أي منهما، فإن الحكم ببقاء الشيء واستمراره، أي بالاستصحاب، يكون مستنداً إلى عدم العلم بالدليل، لا إلى العلم بعدم الدليل.

ويكون احتمال وجود الدليل المزيل حينئذ لا يزال قائماً، لأن عدم الوجدان لا يدل على عدم الوجود يقيناً، فلا يصلح الاستصحاب - مع هذا الاحتمال - حجةً لإلزام الغير، وإثبات حقوق جديدة، بل يصلح حجةً لحماية النفس وصيانة الحقوق المكتسبة للمستدل بالاستصحاب، تلك الحقوق التي كانت قائمة له عند فقده، وفي هذا المعنى يقول صاحب «كشف الأسرار» ما نصه: «إن الدليل الموجب أي المثبت لحكم في

الشرع، لا يوجب بقاءه، لأن حكمه الإثبات، والبقاء غير الثبوت، فلا يثبت به البقاء، كالإيجاد لا يوجب البقاء، لأن حكمه الوجود لا غير^(١).

ويقول في موضع آخر تأكيداً لهذا المعنى: «فلا يصلح نفس وجود الحكم، علةً لبقائه الذي هو غيره، فيثبت أن الدليل الموجب للحكم، لا يوجب بقاءه، فلا يكون البقاء - الاستصحاب - ثابتاً بدليل، بل بناءً على عدم العلم بالدليل المزيل، مع احتمال وجوده، فلا يصلح حجة على الغير، لكنه لما بذل جهده في طلب المزيل، ولم يظفر به، جاز له العمل به، إذ ليس في وسعه وراء ذلك، كما جاز له العمل بالتحريي عند الاشتباه^(٢) أي في حق نفسه لا في إلزام غيره».

ثانياً: إن «الظن» الذي يصلح حجة للإلزام الغير، وإثبات حقوق جديدة، هو «الظن» الذي أوجب الشارع العمل به، كالظن الحاصل بالقياس، إذ قام الدليل على أنه حجة ملزمة في حق النفس، وملزمة للغير، بإلزام الشارع، بخلاف هذا «الظن» لأنه غير معتبر، ولا قام دليل من الشارع على اعتباره، وإلزام الغير به».

مناقشة ما استند إليه متأخرو الحنفية من دليل:

إن مجرد مرور الزمن، لا يصلح دليلاً طارئاً على قطع استمرار وجود الشيء الذي ثبت وتحقق في الزمن الماضي، وهذا ما أجمع عليه مُتقدِّمو الفقهاء، حيث قالوا: «إن وجود الشيء يستلزم ظنَّ بقاءه» إذا لم يُعثر على الدليل المغيِّر الذي يزيل، أو يرفع هذا الاستمرار والبقاء، ولو كان موجوداً لَنَقِلَ إلينا آحاداً وتواتراً، وظن البقاء - كما علمت - علم بدليل البقاء، لما قدمنا أن الظن في منزلة العلم، فيكون الاستصحاب علماً بالدليل، وليس من باب عدم العلم بالدليل! وهذا ملحظ دقيق ينبغي اعتبار وزنه في الاستدلالات.

هذا، ولا يقال إن القياس قد اعتبر الشارع الظن الحاصل به وألزم به الغير، وليس

(١) «كشف الأسرار» لعبد العزيز البخاري: (٣/١١٠).

(٢) المرجع السابق.

كذلك الظن الحاصل في الاستصحاب، لا يقال هذا لأن «الإجماع» دليلٌ من الشارع ملزم إذا انعقد على اعتبار هذا الظن الاستصحابي كما بينا.

أضف إلى ذلك أن «ظن البقاء» لا يزيله مجرد احتمال تغييره، لأن مجرد الاحتمال غير الناشئ عن دليل - كما قلنا - لا عبرة به فيبقى «ظن البقاء» الذي هو لازم للوجود قائماً، وهو مستغن عن دليل غير دليل الوجود، فكان احتمال التغيير أو ارتفاع البقاء أو انقطاع الاستمرار ضعيفاً جداً، لا يُداني قوة ظن البقاء، فيرجح هذا على ذلك، رجحان القوة على الضعف ضرورة.

هذا ومبدأ «تغير الأحكام بتغير الأزمان» ليس من موضوعنا، لأنه يعني تغير الظروف والملابسات والأوضاع، وهي أسباب وعلل مؤثرة قد تقتضي قطع استمرار الحكم، لطروء علة أو سبب جديد، مُقتضٍ له، وقد بينا أن هذا ليس نوعاً من الاستصحاب، بخلاف مجرد مرور الزمن من الأيام والشهور والسنين، فالعبرة بتغير أوضاع الناس، وظروفهم وملابساتهم، على أن الحنفية المتأخرين حين زعموا أن الاستصحاب حجةٌ دافعة فقط، يؤول بهم هذا النظر حتماً إلى أن الاستصحاب ليس حجةً للبقاء أصلاً، بل للدفع والحماية فحسب، فاستصحابهم للملكية الثابتة بوضع اليد في الماضي مثلاً، ليس حجةً لثبوت هذه الملكية قطعاً بمجرد وضع اليد، بل لدفع دعوى من يدعي زوالها، وتغير الحال دون دليل، حتى يثبت دعواه بالبينة، أي هو حجة لإبقاء ما كان على ما كان كما قدمنا، وليس حجة لإثبات أمر لم يكن، وكذلك استصحاب البراءة الأصلية للذمة - في نظرهم - ليس حجة لبراءتها حقاً، بل لدفع دعوى من يدعي شغلها دون دليل حتى يثبت دعواه بدليل مغير، بحيث ينقل حكم البراءة الأصلية للذمة إلى شغلها، أما أصل البراءة، فلا يثبت حقاً، بخلاف الشافعية، حيث يذهبون إلى أن الاستصحاب تقرير الحكم الثابت في الماضي، مستتبعاً كافة آثاره، حتى يقوم الدليل على تغييره، فيكون بذلك حجة كاملة مطلقة كما بينا، لأن وجود الشيء يستلزم ظناً قوياً ببقائه واستمراره، وهو علم بعدم الدليل المغير لهذا البقاء، وهو كافٍ في الحجية المطلقة والاستدلال بها في الشرعية، وهذا هو الراجح في نظرنا^(١)!

(١) «أصول التشريع الإسلامي» للشيخ علي حسب الله ص ١٦٩ - ١٧٠.

يتبين مما سبق، أن مدار الخلاف في كون الاستصحاب حجةً أو لا .

منشأه ما يلي:

هل سبق الوجود مع عدم الانتفاء، هو دليل البقاء؟ قال فريق بالإيجاب، إذ ليس الحكم بالاستصحاب حكماً بلا دليل، بل هو حكم بالعلم بعدم الدليل المغيّر، وقال المخالف بالنفي، معللين موقفهم السلبي هذا بأنه لا بد في الدليل من جهة يستلزم بها المطلوب، وهذه الجهة - في نظره - منتفية بالنسبة إلى البقاء^(١).

هذا ورأي القائلين بالسلب - فيما أرى - ضعيفٌ جداً، لأننا قرّرنا أن دليل البقاء موجود، لا منتفٍ، والدليل هو الظن القوي بالبقاء الذي لا يُدانيه احتمال تغيّره، لما قدّمنا أن مجرد الاحتمال غير الناشئ عن دليل لا عبرة به، فلا يصلح سنداً لهذا الرأي السلبي، كما لا يقوى على نقض التلازم القائم الذي يؤيده الشرع، وبديهة العقل، والعرف العام، والإجماع، والواقع المحسوس بين الثبوت في الماضي، والاستمرار المترتب عليه، فكان مضمون البقاء، وهو دليل معتبر في الأحكام الشرعية العملية، كما بينا.

وعلى هذا، فإن قول المنكرين إنَّ «الحكم بالاستصحاب» هو حكم بلا دليل، في غاية الضعف، بل هو باطل، وأما محاولة هذا الفريق لإبطال التلازم الذي هو صلب الاحتجاج بمشروعية الاستصحاب وحجيته من قولهم: «إن بعض الموجودات لا يستلزم البقاء، كالحركات، فمحاولةٌ فاشلةٌ، لأننا لا نبحت في الموجودات التي تأبى البقاء والاستمرار، بحكم طبيعتها، فهذه مستثناة، حتى إذا ثبت أن شيئاً من هذا القبيل الذي تأبى طبيعته البقاء، لا نقول باستمرار وجوده أو حكمه، إلا إذا قُصد باستمراره تجدد وجوده شيئاً فشيئاً، كما قدمنا، فالأصل إذن أن الشيء إذا وجد وكانت طبيعته لا تأبى البقاء فإنه يستمر، ذلك ما تقضي به طبائع الموجودات - كما قدمنا - ونحن لا نملك تغيير هذه الطبائع، فكذلك أحكامها، حتى يوجد الدليل المزيل الراجع، أو المغيّر، وكذلك «الصفات» الملازمة أو الطارئة، إذا وجدت استمرت - ألا ترى أن

(١) «التقرير والتحبير على التحرير» لابن أمير الحاج: (٣/ ٣٩٠).

الإنسان العدل، لا يُحَكِّمُ بفسقه حتى يقوم الدليل المغير؟ ولا يحكم على المؤمن بالردة، وزوال صفة الإيمان إلا بالدليل الثابت، ولا يحكم على امرئ أنه متزوج حتى يقوم الدليل الثابت على قيام الزوجية، بإبرام عقد الزواج، لأن الأصل عدم الزواج، بحكم العقل وتأييد الشرع، فيستمر هذا العدم، حتى يوجد الدليل الناقل عنه إلى الوجود.

هذا، ويُحَكِّمُ على الغائب المفقود الذي كان حياً يقيناً عند غيابه وفقده بأنه لا يزال حياً - كما قدّمنا - استصحاباً لحياته التي كانت ثابتة في الماضي حتى يقوم الدليل الحسي، أو الأمانة القوية الناقلة من حال الحياة إلى حال الوفاة، أو يصدر من القاضي حكماً باعتباره ميتاً، لأن الأصل: بقاء ما كان على ما كان، ذلكم هو ما يُحَكِّمُ به العقل ببديته، والشرع يؤيده، كما جرى على ذلك العرف العام للناس، في كل زمن وبيئة، ويشهد له «الواقع المحسوس» وتنطق به «طبائع الموجودات».

أما ما عدا ذلك من الاحتمالات والشكوك المتخيلة المجردة غير الناشئة عن دليل، فلا عبرة بها، فلا تقوى بالتالي على تغيير هذا الأصل، أو معارضته، وأعني به أصل «ظن البقاء» وجوداً وعدماً، مما هو مُستغنى عن الدليل، لكونه استمراراً للوجود أو العدم، فيكون لازماً لكل منهما، وهذا هو الراجح - في نظرنا - لقوة أدلته.

قواعد الاستصحاب:

أولاً: اليقين لا يزول بالشك^(١).

ومما يتفرّع عن هذه القاعدة قواعدٌ أخرى من مثل قاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان»^(٢).

(١) «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٥٠، الطبعة الأخيرة، المطبعة التجارية الكبرى - القاهرة، ١٣٧٨هـ/ ١٩٥٩م، هذا ودليل هذه القاعدة - على ما أورده السيوطي - قوله ﷺ: «إذا شك أحدكم في صلاته، فلم يدر كم صلى أثلاثاً أم أربعاً؟ فليطرح الشك وليبن على ما استيقن» [أخرجه مسلم: ١٢٧٢، وأحمد: ١١٧٨٢، من حديث أبي سعيد الخدري]، وثمة أدلة أخرى، نهضت بحجية هذه القاعدة، لأن القواعد في الشرع لا تثبت بحديث أحادي فحسب.

(٢) المرجع السابق.

ومن أمثلة القاعدة، ما إذا تعاشر الزوجان مدةً مديدةً، ثم ادعت أن زوجها لم يُقدِّم لها كسوة ولا نفقةً، فالقول قولها، لأن الأصل بقاءها في ذمته حتى يقوم الدليل على نقلهما منها، بمعنى أن ذمته شغلت بهذا الحق، فتبقى مشغولةً به حتى يُقيم الزوج البيِّنة على أنه أفرغ ذمته منه، إذ الأصل بقاء ما كان على ما كان.

غير أنه يرد على قول الإمام السيوطي «مدة مديدة» أن الزوجة قد تتخذ من ذلك ذريعة لإرهاق الزوج، بمطالبة بنفقة وكسوة عن سنين طوياً، وسرُّ سكوتها هو حملُه على أن يرضى بالتخلص كيداً له، لذا جاز للحاكم الأعلى أن يقيد هذه المطالبة بحق النفقة بمدة معقولة لا مديدة، سداً للذرائع، وهذا من باب سياسة التشريع، وهذه سياسة تردُّ قيماً على تطبيق القاعدة، كفالة لمشروعية مآل هذا التطبيق.

ومن تطبيقاتها أيضاً، أنه إذا أكل آخر الليل، وشك في طلوع الفجر، صحَّ صومه، لأن الأصل بقاء الليل، والشك لا يقوى على رفعه، أو قطع استمراره. كذلك لو أكل آخر النهار، دون أن يجتهد، ليتبين حلول ميعاد الغروب، فشك فيه، بطل صومه، لأن الأصل بقاء النهار، وعدم جواز الفطر، حتى يقوم الدليل والظن القوي بحلول وقت الغروب.

قال الإمام الشافعي تقريراً لهذا الأصل: «أصل ما انبنى عليه الإقرار، أنني أُعْمِلُ اليقين، وأطرح الشك»^(١).

ثانياً: الأصل العدم^(٢)

ومن تطبيقاتها أنه لو ثبت على امرئ دينٌ، بإقراره أو بينة المدعي، فادعى المدين البراءة أو الأداء، فالقول قول الدائن، لأن الأصل عدم ذلك، والادعاء المجردُ خلاف الأصل، فلا بد من الدليل المغيِّر لما يقضي به أصل العدم.

ولو اشترك اثنان في شركة مضاربة على أن أحدهما يقدم رأس مال الشركة والآخر يقوم بالتجارة والعمل، وادعى هذا العامل، أن التجارة لم تربح فالقول قوله لأن

(١) المرجع السابق ص ٧٥.

(٢) المرجع السابق.

الأصل «عدم الربح» فيستمر حكمه، حتى يردّ الدليل على تغيّر هذا الأصل، أو انقطاع استمرار حكمه، بأن يُقام الدليل على حصول الربح فعلاً، لأنه أمر عارض، فكان خلاف الأصل، فلا بد له من دليل يثبت^(١).

وكذلك إذا ادعى المشتري وجود عيب في السلعة، وادعى قدمه أيضاً، وأنكر ذلك البائع، فالقول قول البائع، لأن الأصل خلوّ السلعة من العيوب، أو على حد تعبير الفقهاء: «الأصل السلامة» أي من العيوب، فيصار إلى العمل بمقتضى هذا الأصل ويستمر حكمه حتى يردّ الدليل المغير الذي يثبت خلافه.

هذا، وقد قدمنا آنفاً أن «الأصل عدم التكاليف الشرعية» قبل ورود الشرع فيستمر هذا الأصل، ويستصحب حكمه حتى يردّ دليل التكليف من المشرع، وهذا الأصل العدمي أو براءة الذمة - كما بيّنا - هو حكم عقلي محض، على ما صرح به أئمة الأصول، من مثل الغزالي، وابن قدامة وغيرهما - كما بينا - وليس نوعاً من أنواع الاستصحاب، لأن استمراره بحكم العقل، وهو قائم في الحاضر والمستقبل كما كان قائماً في الماضي، فيكون استمرار العدم ثابتاً بالعقل لا بالاستصحاب، وإن كان الشرع يؤيده، ولكن لم ينشئه.

ثالثاً: الأصل في الصفات العارضة العدم^(٢)

هذه القاعدة أخصّ من قاعدة «الأصل العدم» لأنها مقصورة على الصفات العارضة، دون سواها، فيندرج في هذه الأخيرة كل أمر عارض أو طارئ على هذا الأصل، فيفتقر إلى دليل يثبتته، إذ العارض غير الأصل المتيقن الثابت، وغير الصفات، أو الخصائص الذاتية الملازمة للأصل، ولا سيما إذا كانت فطرية قائمة فيه بحكم الخلق الأول، فما يعرض من الصفات غير الذاتية على ذلك الأصل الثابت

(١) المرجع السابق.

(٢) «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٥٧، غير أن الإمام صاغ هذه القاعدة صياغة أعم وأشمل بحيث تستغرق الصفات العارضة وغيرها حيث يقول: «الأصل العدم» كما قدمناه - المرجع السابق، والمادة

(٩) مجلة الأحكام العدلية.

وخصائصه الذاتية، لا يعتد بادعاء طريانها ما لم يقيم الدليل على ثبوتها، لأنها خلاف الأصل، وهكذا ترى أن «العدم» إذا كان الأصل المتيقن استمر حكمه السلبي ووجب العمل به، حتى يرد الدليل الثابت المغيّر لهذا الأصل، وخصائصه الذاتية أو صفاته الفطرية الأصلية.

وعلى هذا آل الأمر إلى القاعدة الاستصحابية الأولى: «الأصل بقاء ما كان على ما كان».

وتطبيقاً لها، أن المشتري إذا ادعى أن «البائع» كان «مجنوناً» حين إبرام العقد معه، لا تسمع دعوى المشتري، من قبيل أنه ادعى صفة عارضة على الأصل، إذ الأصل عدم الجنون، ذلكم لأن الإنسان المكلف كامل الأهلية عقلاً وإرادة، وهذا هو الأصل فيه، وفي خصائصه الذاتية بحكم الفطرة، والخلق الأول، وهذا الأصل متيقن، فيكون منطلقاً للاستصحاب، وأما الجنون فصفة عارضة على هذا الأصل اليقيني، فكان الأصل في الصفات العارضة العدم، ومن ادعى وجودها فعليه الدليل، لأنه خلاف الأصل.

على أن قاعدة: «الأصل العدم» أو «الأصل في الأمور العارضة العدم» لتمثل الصفات العارضة وغيرها، إذ «الأمور» أعم من الصفات، قد أوردنا من تطبيقاتها، ما لو أقرّ بالدين، أو ثبت الدين للدائن، لأن الأصل العدم، حتى يثبت خلافه، وهو الأداء أو الإبراء بالدليل. أقول: أوردنا هذا التطبيق الذي يندرج في القاعدة الاستصحابية السابقة، لكنه ينسحب عليها قاعدة أخرى، مؤداها:

رابعاً: «ما ثبت بزمان، يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه». هذا وكلمة «ما» في منطوق القاعدة، من ألفاظ العموم، فيشمل بحكمه الصفات، والأمور العارضة أيضاً.

فالأصل المتيقن هو ثبوت الدين في ذمة المدين بإقراره هو، لأن الإقرار سيّد الأدلة وأقواها، ما لم تقم قرينة على الإكراه أو غيره، وكذلك ثبوت الدين بالبينة في زمان معين، فيستصحب هذا الأصل، ويستمر حكمه، ابتداءً من الزمن المعين الذي

ثبت فيه، إلى الزمن الآتي، ما لم يعرض أو يطرأ من الدليل القوي الذي يقطع هذا الاستمرار، بأن يرفع هذه «المديونية» اليقينية التي أضحت أصلاً ثابتاً متيقناً، ومنطلقاً للاستصحاب، أي يُفرغُ الذمّة مما شغلها من الدين، بأن يقيم الدليل على الإبراء أو الأداء، وتعود سيرتها الأولى، وهي «البراءة» الأصلية، أو «براءة الذمة»، وهكذا ترى أن مسائل الاستصحاب تكون مندرجة في قاعدة منه، ثم تخرج منها لتدخل، قاعدة أخرى بالدليل القوي.

خامساً: قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد دليل التحريم:

غير أنني استدركت على هذه القاعدة، أن العقل العلمي المتخصص، قد يَحْكُمُ بالوجوب أو المنع، ويخالف هذه القاعدة، أي قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة في الوقائع التي لم يرد فيها نصٌ أصلاً ولا يحكم بالإباحة، إذ تبين له النفع العظيم الذين يجب تحصيله، أو الضرر البيّن الذي يجب منعه بحكم علمه، واختصاصه، وهذا الحكم - إيجاباً أو سلباً - إن كان يبدو مخالفاً لمقتضى الإباحة التي يستوي فيها الفعل والترك، وهي الأصل، غير أنه مما يقتضيه روحُ التشريع العام - كما قدمنا - لأنه لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة الأخرى التي تنص على وجوب دفع الضرر قبل الوقوع، ورفعه بعد الوقوع، من مثل: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» كما تقضي بوجوب جلب النفع الكبير، لأن إهداره ضرراً عظيماً، والشريعة الإسلامية كلها قامت على جلب المصالح ودفع الأضرار والمفاسد.

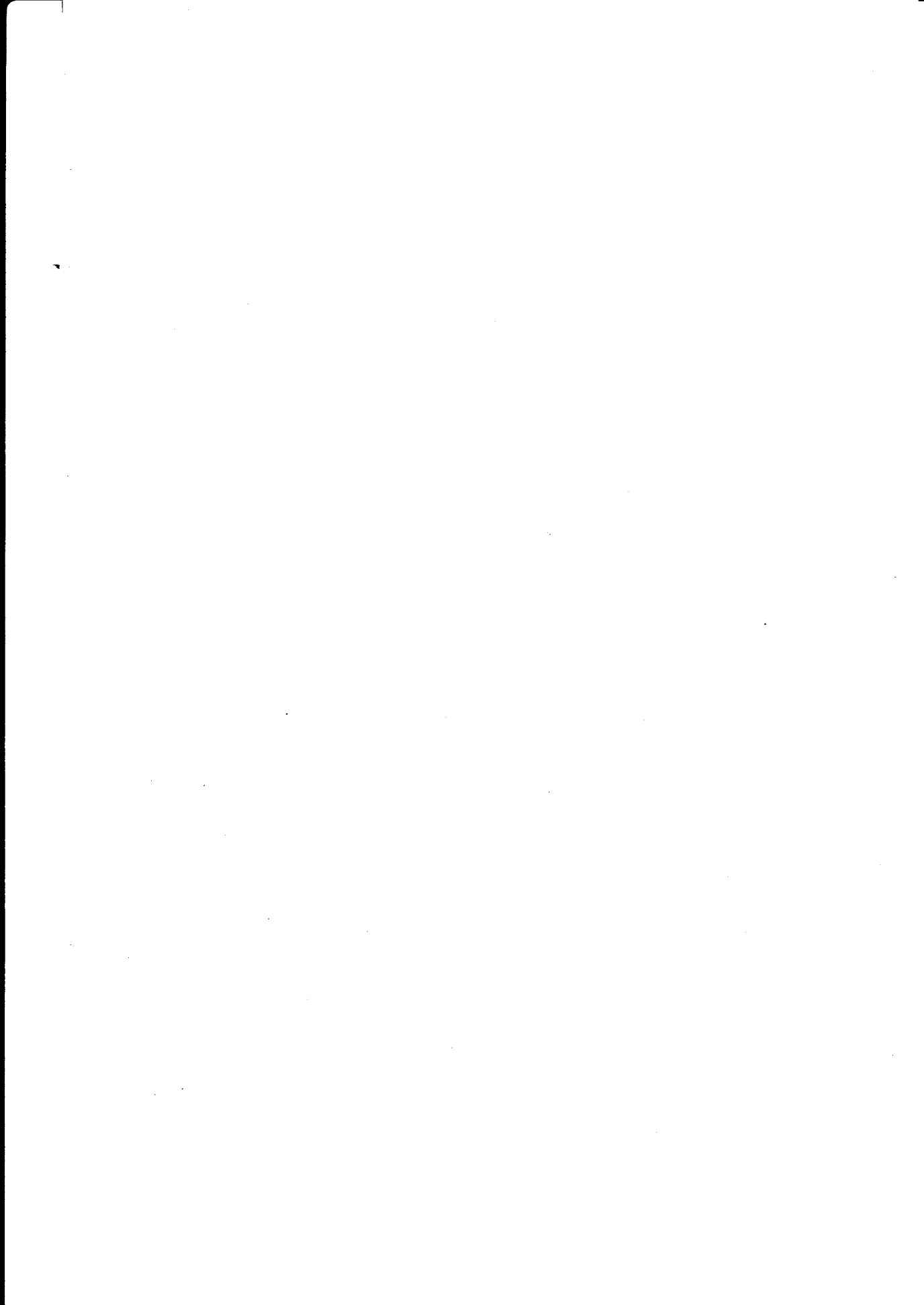
ونكتفي بهذا القدر والله ولي التوفيق.

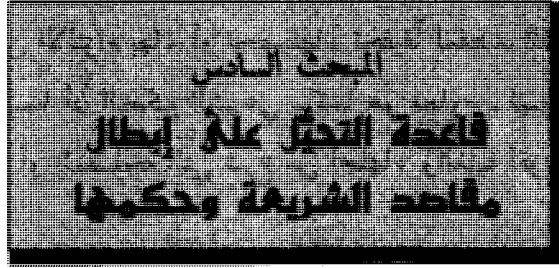




المصادر والمراجع

الشيخ، القرافي.
أصول السرعي، للسرعي.
أصول الحكم على أصول الأحكام، للأمني.
أصول الحكم على أصول الأحكام، ابن حزم الأندلسي.
أصول التوضيح، للفتاوي، وصدر الشريعة.
أصول علم أصول الفقهي، عبد العزيز.
أصول علم التفسير، ابن أمير العلاء.
أصول شرح الشافعي، لابن تيمية.
أصول السرعي.
أصول السرعي الشافعي.
أصول السرعي السلام.
أصول السرعي أبو زهرة.
أصول السرعي.
أصول السرعي، الشيخ علي حسب الله.





منهج البحث في فلسفة أصول الفقه المقارن في التحيل:

أ - تحديد مفهوم «التحيل» أصولياً عند الإمام الشاطبي، وابن قيم الجوزية، وعلاقته بالباعث.

ب - ما يندرج من صور «التحيل» في كل من المفهومين.

ج - الأدلة الأصولية العامة، والقواعد الكلية التي تنهض بتحريم «التحيل» ومنعه قطعاً، أثراً للباعث غير المشروع، وحماية لمقاصد التشريع.

د - مقارنة آراء الأئمة في طرق الإثبات التي يبطل بها الفعل المتحيل به قضاءً، وصولاً إلى تقرير «حكم التحيل» شرعاً.

تمهيد:

ثبت بالاستقراء التام المفيد للقطع، أن الأحكام الشرعية - كما أشرنا - معللة بمصالح العباد، ومفسرٌ تشريعها بها، على الجملة والتفصيل، على معنى: أن الشارع الحكيم، قد رتب الأحكام في تشريعها إياها على «مصالح» راجعة إلى المكلفين، تفسر أصل تشريع الحكم، فيما يتعلق بالمعاملات والعادات^(١)، وشرع الحكم طريقاً

(١) يفرق الإمام الشاطبي بينهما، إذ يجعل «العادات» مما يفتقر إليه الناس من الحاجات والمصالح التي لا يتوقف تحصيلها على إبرام عقد، أو إنشاء علاقة في تصرف شرعي، وأما المعاملات فهي ما كان ناشئاً عن عقد أو تصرف شرعي أو غير شرعي، تربطه بغيره، حيث يقول: «وفي العادات، كإباحة الصيد، =

موصلاً إليها، مما يشير إلى هذا «الاقتران» المقصود - اقتران الوسيلة بالغاية أو المقصد - بحيث لا يجوز شرعاً - إبان التطبيق، العمل على أن ينفك الحكم عن غايته، بل لا بُدَّ من الالتزام بها، أو تحصيلها، تحقيقاً لمقصد الشارع، وعدم مناقضته في تشريعه، ولاسيما أن الحكم الشرعي - كما هو معلوم - ليس مقصوداً لذاته، بل هو وسيلة للمقصد أو المصلحة التي شرع من أجلها، والغاية أقوى اعتباراً من الوسيلة بداهةً.

وعلى هذا، كان منطقياً إذن، أن يكون ثمة تطابق بين مقصد المكلّف من تنفيذ الحكم، أو الفعل المتعلّق به الحكم، ومقصد الشارع، ليتأتى اجتناء المصالح المشروعة والمقصودة للمشرع، وإلا كانت المنافاة، أو المناقضة بين الشارع والمكلف، قصداً وغايةً، وهو «علة البطلان» في التصرف والسعي، على ما بينا ذلك في غير موضع.

هذا، والتحليل - وقوائمه القصد أو الباعث الذي ينافي مقصد الشارع من أصل تشريع الفعل، بما يستهدف هدم مقاصد الشريعة، بالتوسل بفعل مشروع في الأصل، لتحقيق غرض غير مشروع محرّم قطعاً، وباتفاق الأصوليين والفقهاء، غير أنهم اختلفوا في مدى تأثير هذا الباعث غير المشروع، على إبطال التصرف قضاءً، تبعاً لاختلافهم في تحديد «الطرق الشرعية» لإثبات الباعث غير المشروع، على ما سيأتي تفصيل القول فيه في مقامه، ونعالج هذا الموضوع الهام، على التفصيل المبيّن في منهج البحث، فنشرع أولاً في:

تعريف التحليل عند الإمام الشاطبي:

يقول الإمام الشاطبي في صدد تحديده لمفهوم التحليل أصولياً: «ومنها - أي من

= والتمتع بالطيبات، مما هو حلال، مأكلاً ومشرباً، وملبساً ومسكناً، ومركباً، وما أشبه ذلك. وفي المعاملات، كالقراض (عقد المضاربة) والمسابقة، والسلم، وفي الجنایات... إلخ. والجنایات وإن اعتبرها الإمام الشاطبي قسماً قائماً برأسه، غير أنه تدخل في المعاملات بما تنشع من علاقة بين الجاني والمجني عليه، أو بين الجاني والمجتمع أو الدولة. «المواقفات»: (١١/٢).

القواعد التي تفرّعت عن مبدأ وجوب النظر في المآل - قاعدة الحيل^(١)، ويشرع الإمام في تحديد «مفهومها الأصولي» فيقول: «فإنَّ حقيقتها المشهورة^(٢)، تقديم عملٍ ظاهر الجواز، لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر^(٣)، إلى حكمٍ آخر، فمآل العمل فيها - في الحيل - حَرَمٌ^(٤) قواعد الشريعة في الواقع، كالواهب ماله عند رأس الحول^(٥)، فراراً من الزكاة، فإن أصل الهبة على الجواز، ولو منع الزكاة من غير هبة، لكان ممنوعاً، فإنَّ كل واحد منهما ظاهرٌ أمرٌ في المصلحة أو المفسدة، فإذا جمَعَ بينهما على هذا القصد، صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة، وهو مفسدةٌ، ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية» اهـ.

ولا جرمَ أنَّ «القصد» يراد به في هذا المقام «الباعث غير المشروع».

وأما «إبطال الأحكام الشرعية» فالمراد تغييرها في الواقع، وتحقيق مقاصد أخرى غير التي شرعت من أجلها ابتداءً، من إسقاط حق، وهضمه، أو هدم واجب، أو تحليل محرّم، أو تحريم الحلال - على حدّ تعبير الإمام الشاطبي نفسه في تفصيله لهذه القاعدة والتمثيل لها - بما يُظهِرُ «المنافاة» بين قَصْدِ الشارع، وقَصْدِ المكلّف، أي تنافي «المصالح» المقصودة لدى كلٍّ منهما، إن صحَّ أنَّ ما يقصده المتحيل مصلحة!!

تحليل التعريف:

إنَّ إمعان النظر في التعريف الذي أتى به الإمام الشاطبي «للتحيل» في معناه المشهور، يؤدي إلى استخلاص العناصر الآتية التي بها قوامه.

(١) «الموافقات»: (٤ / ٢٠١).

(٢) وفي هذا إشارة وبالمفهوم المخالف، أن لها حقيقة غير مشهورة، سنأتي على شرحها، وإيراد تطبيقات لها.

(٣) لا في الواقع ونفس الأمر.

(٤) هدم.

(٥) قرب نهاية الحول، إذ لو وهب ماله عند رأس الحول، لشغلت ذمته بالزكاة قطعاً، ولا سبيل عندئذ إلى التهرب من أدائها.

أولاً: إن «التحيل» بمعنى الأصولي، لا يتحقق إلا إذا اتَّخَذَ المتحِيلُ فعلاً ظاهر المشروعية أولاً، لتحقيق غرض أو مقصد، غير المقصد الذي توخَّاه الشارع من أصل مشروعية ذلك الفعل المتَّخَذ، وغالباً ما يكون قصد المتحِيل، أو الباعث الذي حَمَلَهُ على اتخاذ الفعل المشروع في الأصل غير مشروع، لأنه يستهدف غرضاً مُحَرِّماً بقصد «خَرَمَ قواعد الشريعة في الواقع» أو مقاصدها على حدِّ تعبير الإمام الشاطبي.

أما إذا اتخذ المتحِيلُ فعلاً غير مشروع أصلاً، لتحقيق غرض غير مشروع، فهذا ليس من التحيل، بل هو صريح في معاندته للشارع من جهتين: ظاهراً وباطناً:

أ - من جهة اتخاذه الفعل غير المشروع.

ب - ومن جهة مخالفة الشارع فيما قصد.

فالمنافاة - كما ترى - لا في مآل الفعل فقط، بل في ذاتيَّته أولاً، ولهذا كان ذلك «التذرع» أو «التوسل» أولى بالمنع، للحرمة المزدوجة، وإن لم يدخل في باب التحيل!!

١ - ومثال الأول، كمن يهب ماله هبةً صوريةً لآخر، قُرِبَ نهاية الحول، إسقاطاً لواجب الزكاة عنه، ثم يستردها من الموهوب له، بعد أن يكونا قد تواطأ على ذلك، فسعيُّه في إسقاط الزكاة باطل، وتبقى ذمته مشغولةً بحق الزكاة، ولا تَبْرَأُ إلا بالأداء، وظاهرُ فعل الهبة، لا يؤثر على اقتضاء السبب (النصاب) حُكْمُهُ، فسعيه في هذا التحيل، مردودٌ عليه.

هذا، ولا يقال إنَّ الشرط لم يتحقق هنا، وهو «حَوْلَانُ الحَوْل» لأنَّ «المتحِيل» قد تَصَرَّفَ في الشرط نفسه تصرفاً على وجه يؤدي إلى إحباط أثره، ولم يكن تصرفه فيه على نحو اقتضته حاجتُه المشروعة، بل بقصد إبطاله، ليفقد السببُ شَرْطَهُ المكْمَل له، فيردُّ عليه قصده، ويحبَطُ سَعْيُهُ، ولا يَسْقُطُ فرض الزكاة بهذا التحيل، حفاظاً على مقاصد الشريعة، وقواعدها.

٢- أما المثال الثاني، فكما ذكر الإمام الشاطبي، باتخاذ فعلٍ غير مشروع في الأصل، كشرب الخمر مثلاً، حتى يفوت وقتُ الصلاة، فلا يكون الوقت قد صادفه

إلا وهو ثوبلٌ فاقد الوَعي، إسقاطاً لأداء الصلاة عنه، والحكم أنها لا تسقط بهذا الفعل المحرّم، وإن لم يتحقق فيه مناط التحيل.

والواقع أنّ الحرمة قد تعلّقت بهذا الفعل، من جهتين - كما ذكرنا - من جهة الفعل في ذاته، ومن جهة قصد إسقاط واجب الصلاة، فكان أولى بالمنع، لأنّ الحرمة مزدوجة، كما أشرنا.

وعلى كلّ، فالباعث في كليهما غير مشروع، كما ترى! لأنه منافٍ لقصد الشارع، بل هادمٌ لقصده.

ثانياً: إنّ «التحيل» بالمعنى الأصولي الذي قدّمه الإمام الشاطبي، تعارضت فيه، مصلحة الأصل، مع مفسدة المآل، فلم تعتبر الأولى، واعتبرت الثانية، فكان حكم التذرع بالتحيل «المنع» ترجيحاً لمفسدة المآل التي تهدم مقاصد الشريعة على مصلحة الأصل التي أطرحها المتحيل، وصولاً إلى تحقيق قصده الذي يعاند الشارع به في مقصده صراحاً، وهذا هو المعنى الذي أشار إليه الإمام الشاطبي، حين نص على أنّ: «أصل النظر في المآل معتبر مقصودٌ شرعاً»^(١) وفرّع عنه «قاعدة الحيل» و«قاعدة الذرائع» و«قاعدة الاستحسان» لأنّ في كلّ من هذه القواعد، نظراً إلى مآل التصرف، واعتباراً له بما يؤدي إلى الحكم على التصرف نفسه في ضوء مآله، ثم أقام الأدلة التي تبلغ في مجموعها القطع على أصل وجوب النظر إلى المآل، وكذلك القواعد المتفرعة عنه. فتلخّص، أنّ أعمال «قاعدة الحيل» هذه، إنما هو إعمال لقاعدة النظر في المآل عينها، والحكم فيهما متّحد، إذ الأولى فرعٌ عن الثانية، ولا يخالف الفرع أصله في حكمه، وإلا ما كان ليصح التفرّيع، إذ ليس «التحيل» جزئيةً من عموم أصل النظر في المآل، وإنما هو قاعدة من قواعد المتفرّعة عنه التي بها يتحقق معناه ومناطه في الخارج.

ولأن أصل النظر في المآل، مبدأ عام، يندرج فيه القواعد لا الجزئيات التي تتضمّن معنى الأصل كماً، لأنه أعم.

(١) «الموافقات»: (٤/ ١٩٤ وما يليها).

ثالثاً: إنَّ «التحيُّل» المنهي عنه، هو ما آل بالتصرف المتحيُّل به إلى أن يهدِم أصلاً شرعياً، ويناقض مصلحة شرعية^(١) أيضاً، حتى إذا لم يكن مآل التصرف، هدم أصل شرعي، ولا نقض مصلحة شرعية شهد الشارع باعتبارها، فلا يدخل في النهي، ولا هو باطل!

وفي هذا المعنى، يقول الإمام الشاطبي ما نصُّه: «إذا ثبت هذا، فالحيل التي تقدَّم إبطالها ودُمُّها، والنهي عنها ما هدم أصلاً شرعياً، وناقض مصلحة شرعية، فإن فرضنا أنَّ الحيلة لا تهدم أصلاً شرعياً، ولا تناقض مصلحة شهد الشرع باعتبارها، فغير داخل في النية، ولا هي باطلة»^(٢).

ولا يني الإمام الشاطبي، يُقيم الدليل على أن «التحيُّل» الذي قوامه «باعث غير مشروع» أنه باطل ومحرم، ومنافٍ لسنن المشروعات، حيث يقول^(٣)، ما نصُّه: «لَمَّا ثبت أنَّ الأحكام شرعت لمصالح العباد، كانت الأعمال معتبرةً بذلك، لأنه مقصود الشارع فيها، كما تبيَّن، فإذا كان الأمر في ظاهره، وباطنه^(٤) على أصل المشروعية، فلا إشكال^(٥)، وإن كان الظاهر موافقاً، والمصلحة^(٦) مخالفةً، فالفعل غير صحيح وغير مشروع، لأنَّ «الأعمال الشرعية» ليست مقصودةً لأنفسها، وإنما قُصد بها أمورٌ أُخرٌ هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشروعات»^(٧).

هذا، وتطبيقاً لمعنى التحيُّل الذي أتى به الإمام الشاطبي، وأنَّ القصد فيه منافٍ لقصد الشارع، وهذه المنافاة أو المناقضة هي «علَّة البطلان» يأتي بمثال التهرُّب من

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٨٧).

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق ص ٣٨٥.

(٤) أي: من حيث القصد والباعث، لأنه أمر نفسي باطني.

(٥) أي: إن التصرف مستكمل أركانه، وشرائطه، وأن القصد مطابق لقصد الله في التشريع.

(٦) أي: في صحته وإنتاج أثره.

(٧) الغاية المقصودة.

أداء الزكاة، يوضح فيه معنى «التحيل» حيث يقول: «وعلى هذا، نقول في الزكاة مثلاً: إن المقصود بمشروعيتها، رفع رذيلة الشح، ومصلحة إرفاق المساكين، وإحياء النفوس المعرّضة للتلف، فمن وهب في آخر الحول^(١) ماله هروباً^(٢) من وجوب الزكاة عليه، ثم إذا كان في حول آخر، أو قبل ذلك، استوهبه، فهذا العمل تقويةً لوصف الشح، وإمداداً له، ورفعاً لمصلحة إرفاق المساكين»^(٣).

أقول: فالمناقضة قائمة في هذا التحيل. غير أنه بقي أن يقال: إن مصلحة إرفاق المساكين، ليست هي المصلحة الوحيدة في إخراج الزكاة، فإن مصارف الزكاة متعددة، وإرفاق المساكين واحدٌ منها، فيكون بالتحيل على إسقاط هذه الفريضة، قد عطل كافة المصارف الأخرى التي تُصرف فيها الزكاة، فأثر التحيل في أيلولته إلى المفسدة، أعم مما ذكر، كما ترى!!

هذا، ولا يلبث الإمام الشاطبي، أن يبيّن «وجه المناقضة» في الهبة الصورية، بشكل واضح، حيث يقول:

«فمعلوم أن صورة هذه الهبة، ليست هي الهبة التي ندب الشرع إليها، لأن الهبة إرفاق وإحسان للموهوب له، وتوسيعٌ عليه، غنياً كان أو فقيراً، وجليبٌ لمودته ومؤالفته، وهذه «الهبة» على الضدّ من ذلك، ولو كانت على المشروع من التملك الحقيقي، لكان ذلك موافقاً لمصلحة الإرفاق والتوسعة، ورفعاً لرذيلة الشح، فلم يكن هروباً عن أداء الزكاة، فتأمل كيف كان القصد المشروع في العمل، لا يهدم قصداً شرعياً، والقصد غير الشرعي، هادم للقصد الشرعي!»^(٤).

(١) لعل الصواب، قرب نهاية الحول، وإلا لو كانت الهبة في آخر الحول، لما وسعه الهرب، لأنّ الزكاة تكون حينئذ قد وجبت، وشغلت بها ذمته، ما دام السبب - وهو النصاب - قد تمّ والشرط قد تحقق، وهو حوّلان الحول، فيكون السبب قد اقتضى حكمه، وهو الوجوب، لتوفر شرطه المكمل له، ولكن الكلام قبل أن يتوفر الشرط، وهو قد حال دون توفره بهبة ماله قرب نهاية الحول.

(٢) الصحيح هرباً، المرجع السابق.

(٣) «الموافقات»: (٢/ ٣٨٥).

(٤) «الموافقات»: (٢/ ٢٨٥ - ٢٨٦).

ولا ريب أن قول الإمام: «القصْد غير الشرعي..» هو الباعث غير المشروع بعينه، وما دام القصد غير الشرعي، هادماً للقصد الشرعي، فيجب الحيلولة دون أن يفضي إلى هدم مقاصد الشريعة، وأن إماماً من الأئمة، لا يجوز التذرع إلى ذلك بحال، بل ينبغي سدُّ الذريعة إليه، وذلك بإبطال التصرف المؤدي إلى ذلك وجوباً.

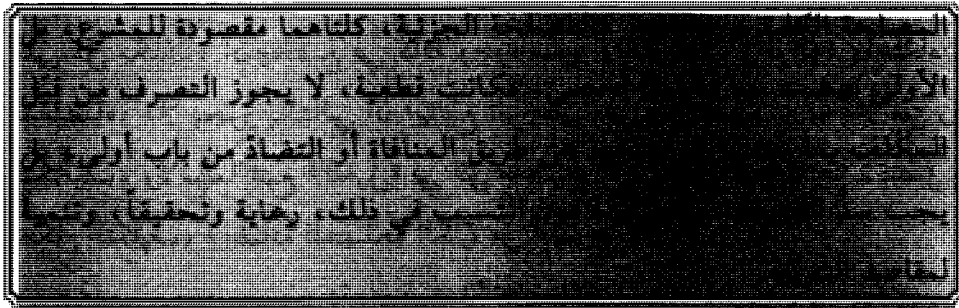
هذا، وقول الإمام الشاطبي «فتأمل» فيه لَفَتْ للمجتهد، ليُنعم النظر العقلي الاجتهادي، لإدراك الفرق بين كلٍّ من نوعي الهبة: الهبة الصورية، والهبة الحقيقية، من حيث التكوين أو التكيف الفقهي، ومن حيث المقصد أو المآل.

أما من حيث التكوين الفقهي، فالهبة الصورية لم تتحقق فيها «إرادة» المتحيّل لإنشاء الهبة، وإبرام عقدها، ولا الرضا بآثارها الشرعية التي تترتب عليها، بدليل قوله بعد: «ثم إذا كان في حول آخر، أو قبل ذلك، استوهبته» أي رجع إلى الموهوب له، ليسترجع ما وهبه إياه^(١)، وفي هذا إشارة إلى التواطؤ بينهما، ومعلوم أن «العقد» إذا فقد أساس تكوينه، وهو «الإرادة» أو «الرضا» لم ينعقد، لأن العقد أساسه التراضي، وهو لم يوجد أصلاً، فالعقد باطل شرعاً على التحقيق، لانتهاء أصله، وهو «الرضا».

وأما من حيث «المقصد والغاية» فالواهب هبةً صوريةً، لم يقصد ما قصد الشارع، من أصل تشريعها، وهو «الإحسان» وجلب المودة، ومؤالفة الموهوب له - على حدّ تعبير الإمام الشاطبي - بل قصد «الضدّ» من ذلك، والتضادّ بين القصدين هو نتيجة حتمية للصورية في العقد، فيجب سدُّ الذريعة إلى السبب فيها، لأن «التضادّ» هدمٌ للقصد الشرعي، وهو محرم قطعاً، وما يؤول إلى المحرّم محرّم، فيجب المنع من التسبب فيه، وهو إبطال مثل هذا التصرف، إن وقع، توثيقاً لمقاصد الشريعة، والمصالح الحقيقية المعتبرة، فاتضح بذلك، هذه الصلة الوثقى التي تربط «نظرية الباعث» بالأصل العام الذي قام عليه التشريع كله، وهو «جلب المصالح، ودرء المفساد» وأنّ دَرءَ المفساد أولى من جلب المصالح، وهذا ما عناه الإمام الشاطبي بقوله: «وهذه الهبة على الضدّ من ذلك، ولو كانت على المشروع من التملك

(١) المرجع السابق.

الحقيقي - أي للموهوب له - لكان ذلك موافقاً لمصلحة الإرفاق والتوسعة، ورفعاً لرذيلة الشح، فلم يكن هروباً عن أداء الزكاة، فتأمل كيف كان القصد المشروع في العمل، لا يهدم قصداً شرعياً^(١)، والقصد غير الشرعي^(٢)، هادماً للقصد الشرعي^(٣).



وبيان ذلك:

أنّ مضادة مقتضى «المصلحة الكلية» أشدّ تطرفاً وإمعاناً في معاندة الشارع، من مضادة «المصلحة الجزئية» لسبب بسيط، هو أن المضادة في الأولى، موجهة إلى كافة الأدلة التي نهضت بها، إذ من المعلوم أنّ «المصلحة الكلية» هي «القاعدة العامة» التي يُحَقَّقُ تنفيذها، نفعاً كلياً يوثق مصالح جزئية متعددة، لِمَا أنّ مفهومها «معنى عام» أو قانون عام معين، ثبت بالاستقراء تأصيله في الشرع، والمعنى العام المستقرأ كاللفظ العام، سواءً بسواء، لاتجاه قصد الشارع إلى تأصيله، حمايةً لمقاصد التشريع في الجملة، وإذا كان المعنى العام كاللفظ العام، من حيث قوة الاحتجاج به، وبناء الأحكام عليه، كان ذلك أصل من حيث الاعتبار، لأن أحكام الشريعة - كما يقول الإمام الشاطبي - تشتمل على «مصلحة كلية» كما تشتمل على «مصلحة جزئية» في كل مسألة على الخصوص، فلا تضاداً - كما ترى - بين الكلّي، والجزئي في التشريع، غير أنّ «المصالح الجزئية» هي ما يعرب عنها كلُّ دليل لحكم في خاصته^(٤).

(١) بل جاء توثيقاً لمقاصد الشريعة، وتحقيقاً لها، وليست وظيفته سلبية فقط، أي لعدم هدمها، بل وإيجابية

أيضاً، وهي التوثيق والتحقيق!!

(٢) وقد قدمنا أن المقصود به هو «الباعث» غير المشروع بعينه.

(٣) المرجع السابق.

(٤) «الموافقات»: (٢/ ٢٨٦).

تَتَّبِعُ الرَّخْصَ فِي كُلِّ الْمَذَاهِبِ، يَعْتَبِرُ تَحْلُلًا مِنْ رِبْقَةِ التَّكْلِيفِ:

وعلى هذا، فالمصلحة الكلية بما هي أصل عام يقوم عليه التشريع كله، وهو قاضٍ بوجوب اعتبار «مقاصد الشريعة» والمصالح الحقيقية المعتمدة فيها - كان لزاماً على كلِّ مكلف، أن يخضع في كافة وجوه سعيه وتصرفاته، وأقواله، واعتقاداته، لمقتضاه، فلا يجوز بالتالي أن «يتتبع الرخص» في كلِّ مذهب، تحللاً من ربقة التكليف، ولاسيما تتبع «الحيل» في كل مذهب، لأن ذلك - كما ذكرنا - تنصّل من أحكام التكليف، ومضادةٌ للمصلحة الكلية من التشريع كله!

فثبت - بما لا يدع مجالاً للشك - أن تتبّع الرخص، أو «الحيل» في كلِّ مذهب، مضادةٌ لمقتضى الأصل القطعي في التشريع، وهو ما أطلق عليه الإمام الشاطبي «المصلحة الكلية» التي تستهدفها أحكام الشريعة، ومن هنا تدرك السرّ في قول الشاطبي في تعريفه «للتحليل» الذي قوامه «باعث غير شرعي».

«فالحيل التي تقدّم إبطالها، وذمها، والنهي عنها، ما هدم أصلاً شرعياً، وناقض مصلحة شرعية»^(١).

هذا، والمراد بالأصل الشرعي «المصلحة الكلية» أو القانون العام المعين، والمراد بقوله: «وناقض مصلحة شرعية» أي مصلحة جزئية، ومن الأول، تتبّع الرخص في المذاهب، أو «الحيل» فيها، لأنّ في ذلك تحللاً من الربقة - على حد تعبير الإمام الشاطبي - في قوله: «فإذا صار المكلف في كل مسألة عنت^(٢) له، يتبّع رخص^(٣) المذاهب، وكلّ قول وافق فيها هواه، فقد خلع «ربقة التقوى»، وتمادى في متابعة الهوى، ونقض ما أبرمه الشارع...»^(٤).

(١) «الموافقات»: (٢ / ٣٨٧)، وانظر التعليق للشيخ دراز.

(٢) طرأت.

(٣) ومنها «الحيل» في المذاهب. انظر التعليق: المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق ص ٣٨٦ - ٣٨٧، ويقول التعليق: «أي ولم يكن داخلاً مع سائر المكلفين تحت القانون

العام المعين في هذا التكليف، وهذا هو المقصود من «المصلحة الكلية».

هذا، ويفضّل الإمام الشاطبي، مناقضة المكلّف في باعته على التصرف، لمقصد الشارع من ذلك التصرف، بحيث يبيّن وجوه تلك المناقضة، ما كان منها مناقضاً للغاية الأساسية، أو المقاصد الثانوية المساعدة لتحقيق ذلك المقصود الأصلي وتقويته، في «نكاح التحليل» فإن المقصد الأصلي من النكاح إنجابُ الولد، وتكوين الأسر، حفظاً لبقاء النوع، على وجه يليق بكرامة الإنسان التي منحها الله تعالى بني آدم، ولغرض «ثانوي» أيضاً، من شأنه أن يقوّي المقصد الأول، من السكن، والمودّة، والرحمة والتعاون، وهذه وإن كانت أغراضاً تتبع الأول، غير أنها تبدو ذات أهمية بالغة، إذ بها يتم استمرار التعهّد بالأبناء، وفي ظلّها يكون التكوين الأمثل لشخصياتهم المعنوية وبناء نفوسهم، وتشكيلها على نحو يرتقي بهم في معراج الخلق والدين. إذ الأسرة المصوغة على عين تعاليم الإسلام، ينعكس أثرها بالضرورة فيما تُنجب من جيلٍ قويّ، ذي نفسية صحيحة، وإرادة قوية، متجهة إلى تحقيق مصالح المجتمع مستقبلاً، لأنها بُنيت في جوٍّ مُفعم بتعاليم الإسلام، ورعاية أبوين مسلمين، فيكسب النشء خصائص إنسانية تُعينهم وتقدرهم على الرفعة والارتقاء، وذلك لا يتم بدهاءة، إلا بالاستمرار، بل والأبدية حتى البلوغ والرشد، ونكاح التحليل مثلاً مقصودٌ به تحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول، وليس في نيّة المحلّل أن يكون أسرة، ولا أن تدوم المعاشرة، ولا القيام بتربية الأولاد، أو تنشئة جيل صالح، ولا العيش مع المعقود عليها في جوٍّ من السكن والمودّة والرحمة، على ما نصّ عليه الكتاب العزيز: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١] مما يُعيّن على الديمومة والاستمرار في بناء الحياة الزوجية، وثمراتها، والتعاون بين الزوج وزوجته على القيام بأعبائها الجسام، فكان قصد «المحلّل» منافياً لقصد الشارع رأساً، لا فيما هو غرض أساسي من عقد الزواج الذي شرعه الإسلام، ولا فيما يتبع ذلك من أغراض ثانوية، تقوي الغرض الأول، وهذه هي «المناقضة» من كلّ وجه!!!.

ولا ريب أن «تنمية النسل» و«بقاء النوع» مقصد كليّ، أو قل - على حدّ تعبير الإمام الشاطبي: «مصلحة كلية» وقانون عام معيّن، يدخل فيه سائر المكلفين، والمحلّل لم يدخل فيه، فكان عمّله منافياً للنظام الشرعي العام في الزواج، وهذا ظاهر

البطلان، فضلاً عن أنه منافٍ للمصلحة الجزئية المعتبرة من الزواج على النحو الذي قدمنا، وإليك نصّ الإمام الشاطبي في هذا الصدد: «فالحَيْلُ التي تَقَدَّمُ إبطالُها، والنهي عنها، ما هَدَمَ أصلاً شرعياً، وناقضَ مصلحةَ شرعيةً، فإن فرضنا، أن الحيلة لا تهدم أصلاً شرعياً، ولا تُناقض مصلحةَ شهد الشارع باعتبارها، فغير داخله في النهي، ولا باطلة»^(١)، وقد تقدم هذا النص.

اعتراضات المانعين على أن يكون نكاح التحليل من باب الحيل، والرد عليها أصولياً:

غير أن الإمام الشاطبي، يورد بعضاً من اعتراضات المانعين، لأن يكون «نكاح التحليل من باب الحيل» ويذكر أدلتهم، والواقع أن المناقضة لقصد الشارع من هذا النكاح، من كافة الوجوه، على النحو الذي أسهبنا، مما يرجح دخول «نكاح التحليل» في «مناط التحيل». ومن أمعن النظر الاجتهادي في أدلة المُعارض، لا يلبث أن يقطع بأنه نوع من «التحيل على التحيل»، وعلى كلِّ، بقي أضلُّ القاعدة سليماً، وإنما الخلاف - كما يبدو - في «تحقيق المناط» لأنَّ أحداً من الأئمة والمجتهدين، لا يقول بجواز «التحيل» على مقاصد الشريعة، بغية هدمها وإبطالها، بحالٍ من الأحوال.

هذا، وإنما رجَّحنا بطلانَ نكاح التحليل، ودخوله في «مناط التحيل» للقطع بأنَّ حكمة حلِّ النكاح هو «التناسل» والإمام الشاطبي نفسه، يرجِّح هذا أيضاً، إذ لا ينبغي أن يكون مع «القطع» اختراعُ احتمالاتٍ أُخرى، نجد هذا صريحاً في كلام الإمام الشاطبي، عن «الوسائل» التي تُعرف بها المقاصد^(٢)، ما كان منها إلى التعريف بمقصد الشارع قطعاً، أو على سبيل الاحتمال الراجح، ثم تراه ينتهي إلى أنَّ المقصد من النكاح المشروع، هو «التناسل» قطعاً، فكان نكاح التحليل غير مشروع، لمنافاته لهذا المقصد الأول قطعاً، ولا سبيل إلى «التوفيق» فتعيَّن أن يكون القصد في «نكاح التحليل» غير شرعي، والقصد غير الشرعي - على حدِّ تعبير الإمام الشاطبي - هادماً

(١) «الموافقات»: (٢/٣٨٧). أي لا تدخل في باب «الحيل» في معناها المشهور أصولياً، على ما سيأتي تفصيله.

(٢) «الموافقات»: (٢/٣٩١).

للقصد الشرعي، ومن هنا كان «البطلان» الحتمي، إذ لا يجوز إباحة منافاة قصد المكلف لقصد الشارع، كفاحاً، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي ما نصه: «اعتبار عِللِ الأمر والنهي، ولماذا أمر بالفعل^(١)؟ ولماذا نهى عن الآخر؟ والعلة إما أن تكون معلومة، أو لا، فإن كانت معلومة، أثبتت، فحيث وُجِدَتْ، وجد مقتضى الأمر والنهي، من القصد أو عدمه، فالنكاح لمصلحة التناسل، والبيع لمصلحة الانتفاع بالمعقود عليه، والحدود لمصلحة الازدجار... إلخ».

ومعنى هذا، أنه إذا غاب مقصد النكاح من «التناسل»، لم يوجد مقتضى الأمر بالنكاح، فلا يكون مشروعاً، بدليل قوله بعد ذلك: «فإذا تعيّن - أي العلة - عُلم أن مقصود الشارع ما اقتضته تلك العلة من الفعل أو عدمه، ومن التسبب أو عدمه».

ومعنى هذا أن نكاح التحليل، وقد غاب فيه مقصد الشارع أو هدم، لا يجوز التسبب فيه، وهو إبرام عقده، فكان - لذلك - داخلاً في «باب التحيل» لتحقيق مناطه فيه، فلا وجه للمعارضة أصلاً كما ترى!

هذا، ويزيد الإمام الشاطبي على ما تقدم إبطالاً لهذا النكاح، في تفصيل مُسهب، وبأدلة صريحة مقنعة، متصلة بفلسفة أصول التشريع ومقاصده الأساسية والثانوية، مما تجب مراعاته، رأينا ضرورة الإتيان على هذا التفصيل والتحليل لنفاسته، إذ لم نره عند أحد من الأصوليين والفقهاء، فرأينا إدراجه هنا، لتعلقه الوثيق بموضوع البحث، وهو «الباعث غير المشروع»، ولنستمع إليه، حيث يُدلي بتحليله الأصولي الرائع:

«مثال ذلك، النكاح، فإنه مشروع للتناسل على القصد الأول، ويليه طلب السكّن، والازدواج، والتعاون على المصالح الدنيوية والأخروية: من الاستمتاع بالحلال، والنظر إلى ما خلق الله من المحاسن في النساء، والتجمل بجمال المرأة، أو قيامها عليه، وعلى أولاده منها، أو من غيرها، والتحفظ من الوقوع في المحظور من شهوة الفرج، ونظر العين، والازدياد من الشكر بمزيد النعم من الله على العبد، وما

(١) كما في قوله تعالى: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣].

أشبه ذلك، فجميع هذا مقصود للشارع من شرع النكاح، فمنه منصوص عليه، أو مشاراً إليه، ومنه ما علم بدليل آخر، ومسلِك استُقِرَّ من ذلك المنصوص، وذلك أنَّ ما نُصَّ عليه من هذه «المقاصد التوابع» هو مثبتٌ للمقصد الأصلي، ومُقَوِّ لحكمته، ومستدعٍ لطلبه وإدامته، ومستجلبٌ لتوالي التراحم، والتواصل، والتعاطف الذي يحضُلُ به مقصد الشارع الأصلي، من «التناسل». . . وعند ذلك يتبيَّن أن نواقض هذه الأمور، مضادةٌ لمقاصد الشارع بإطلاق، من حيث كان مآلها إلى ضدِّ المواصلة، والسكن، والموافقة، كما إذا نكحها ليحلَّها لمن طَلَّقها ثلاثاً، فإنه عند القائل بمنعه، مضادٌ لقصد «المواصلة» التي جعلها الشارع مستدامةً إلى انقطاع الحياة من غير شرط، إذ كان المقصود منه (من نكاح التحليل) المقاطعة بالطلاق^(١). وهذا - لا ريب - تحليل أصولي رائع.

ب - مفهوم «التحليل» عند كلِّ من الإمامين: ابن القيم، والشاطبي، وما يندرج فيهما من صور:

سَبَقَ أن قدمنا مفهوم «التحليل» عند الإمام الشاطبي، وتحليل ذلك المفهوم، ما يُستخلص منه، وقلنا: إنَّ حقيقته - على حد تعبيره - تقديمُ عمل ظاهر الجواز، لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر، إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها (في التحليل) حرمٌ قواعد الشريعة في الواقع^(٢). اهـ.

والإمام ابن قيم الجوزية، يتفق مع الإمام الشاطبي في هذا المعنى للحيلة، حيث يقول، في كتابه «إعلام الموقعين»: «وتجوز الحيل، يناقض سدَّ الذرائع مناقضةً ظاهرة، فإنَّ الشارع يسدُّ الطريق إلى المفسد بكل ممكن، والمحتال يفتح الطريق إليها بحيلة، فأين من يمنع من الجائز خشية الوقوع في المحرم، إلى من يعمل الحيلة في التوصل إليه؟!؟»^(٣) اهـ.

(١) «المواقفات»: (٢/ ٣٩٧).

(٢) «المواقفات»: (٤/ ٢٠١).

(٣) «إعلام الموقعين»: (٣/ ١٥٩)، طبع دار الجيل - بيروت.

هذا هو الاصطلاح المشهور للحيلة.

أنواع الحيل التي تدور على أخذ حق، أو دفع باطل، عند ابن قيم الجوزية ولا تندرج في المفهوم المشهور للحيلة.

غير أن الإمام ابن قيم الجوزية، يأتي بصور من التحيل، لا يندرج في المفهوم المشهور للحيلة، ومن ذلك مثلاً:

أ - أن يقصد بالحيلة، أخذ حق، أو دفع باطل^(١).

ويقسم ابن القيم هذا القسم إلى أنواع ثلاثة:

أحدها: أن يكون الطريق محرماً في نفسه، وأن المقصود بها حق. وجاء بأمثلة

لهذا النوع من ذلك:

١ - أن يكون له على رجل حق، فيجحد، ولا بيّنه له، فيقيم صاحب الحق، شاهدي زور، يشهدان بالحق، وهما لا يعلمان ثبوت هذا الحق، فهل هذا مما يندرج في حقيقة الحيلة على المشهور، وما حكمه؟^(٢)

٢ - أن يكون له على رجل دين، وله عنده ودعة، فيجحد الودعة، فيجحد هو الدّين أو بالعكس، ويحلف ما له عندي حق، أو ما أودعني شيئاً^(٣).

إن ابن قيم الجوزية، يدخل هذا النوع من الحيل، في بابها، خلافاً للإمام الشاطبي، إذ لا يتعرّض لهذا النوع، ولا يبيّن حكمه، لأننا قدمنا، أن الإمام الشاطبي يذكر «المال» من التحيل، أو المقصد منه، أن يكون متجهاً إلى «خرم قواعد الشريعة، من إسقاط حق، أو هدم واجب»، ومعلوم أن في هذا النوع من الحيل الذي ذكره ابن القيم، لا تؤول الحيلة إلى ذلك الذي ذكره الشاطبي، بل إلى «الظفر بالحق» وأداء الواجب، وهما مقصد للشارع حتماً، فكان قصد المتحيل في هذا القسم، موافقاً

(١) المرجع السابق: (٣/ ٣٣٥).

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

لقصد الشارع، غير أن الوسيلة غير مشروعة، ذلك لأنه عدل إليها، ضرورةً تحصيل حقه، إذ الوسائل المشروعة، عجزت عن تحقيق ذلك.

هذا، ويرى الإمام ابن قيم الجوزية، أن حكم هذا النوع من الحيل، يأثم صاحبه من حيث الوسيلة، دون المقصود، وأطلق على هذا النوع من «الحيل» عنوان «مسألة الظفر بجنس الحق»^(١)، ونكتفي بهذا القدر، لأن استقراء الأمثلة التي وضعها ابن القيم لا يتسع لها المقام، فارجع إليها، إن شئت.

ج - الأدلة من الأصول العامة، والقواعد الكلية التي تنهض بتحريم التحيل، ومنعه قطعاً، وبالحكم على التصرف المتحيل به بالبطلان، اثرًا للباعث غير المشروع، وحمايةً لمقاصد التشريع:

إنَّ الأصول العامة، والقواعد الكلية التي نهضت بإبطال التحيل وتحريمه، ثابتة باستقراء نصوص الشريعة، فضلاً عن «المنطق التشريعي العام» الذي يسري روحاً عاماً في التشريع الإسلامي كله، مما يؤكد أنَّ «البيان التشريعي» في الإسلام، مُحكَّمٌ أيماً إحكام، وبيان ذلك:

أنَّ «الاستقراء» قد دلَّ دلالةً قاطعة، على أن «البواعث» أو «المقاصد» من قبيل المكلفين، إيان ممارستهم للأسباب، من الأفعال والأقوال، سواءً منها ما تعلق بالعبادات أم المعاملات، أم العبادات، معتبرةً فيها، صحةً وفساداً، وحلاً وحرمة، وهو ما أشار إليه الإمام الشاطبي بقوله: «إنَّ الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات، من العبادات والعبادات، والأدلة على هذا المعنى (المعنى العام أو الأصل المعنوي العام) لا تنحصر^(٢).

على أن هذا الذي أصله الشاطبي، هو عين ما ذهب إليه ابن قيم الجوزية قبله، وجعله «أضلاً معنوياً عاماً» تنهض به أدلة لا تحصى كثرة، حيث يقول: «وقاعدة

(١) المرجع السابق.

(٢) «الموافقات»: (٢/ ٣٢٣).

الشريعة التي لا يجوز هدمها، أن «المقاصد» والاعتقادات، معتبرة في التصرفات، والعبادات، كما هي معتبرة في التقربات، والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد^(١)، يجعل الشيء حلالاً أو حراماً^(٢)، وصحيحاً أو فاسداً^(٣)، وطاعة أو محرمة^(٤)، أو صحيحة أو فاسدة^(٥) ثم يشير إلى عين ما أشار إليه الإمام الشاطبي، من أن الأدلة على هذا الأصل تفوت الحصر، ويأتي بالأدلة التفصيلية من القرآن والسنة في موضوعات شتى، تفيد بمجموعها إقامة هذا الأصل المعنوي العام، على سبيل القطع^(٦).

هذا، ويؤكد الإمام ابن القيم هذا المعنى في غير ما موضع من موسوعته الفقهية، «إعلام الموقعين»، حيث يقول: «وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده^(٧)، وفي جله وحرمة^(٨)، بل أبلغ من ذلك، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد، تحليلاً وتحريماً، فيصير حلالاً تارة، وحراماً تارة أخرى، باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحاً تارة، وفسداً تارة، باختلافها^(٩)»، ويأتي بالأمثلة التطبيقية من أحكام الشريعة المستقاة من النصوص التفصيلية على ما يقول، كالذبيح الذي أهله ذبحه لغير الله، وكذلك الحلال^(١٠) (غير المُحرّم) يصيد الصيد للمُحرّم، فيُحرّم عليه، ويصيده للحلال، فلا يحرم عليه، وصورة الفعل واحدة، وإنما اختلفت «النية والقصد» أي الباعث.

(١) يلاحظ أن الإمام الشاطبي، وابن القيم، يعبران عن «الباعث» بلفظ القصد والنية.

(٢) أي الفعل.

(٣) أي العقد.

(٤) أي التقربات والعبادات.

(٥) «إعلام الموقعين»: (٣ / ٩٥ - ٩٦)، طبع دار الجيل - بيروت.

(٦) المرجع السابق.

(٧) أي قضاء.

(٨) أي ديانة.

(٩) المرجع السابق ص ١٠٩ - ١١٠.

(١٠) غير المُحرّم.

الأصل الأول: أن النية روح العمل وقوامه، وهو تابع لها في الحكم، يصح بصحتها، ويفسد بفسادها.

وينتهي إلى هذه النتيجة الحاسمة، من «الأصل العام» الذي مفاده: أن «النية روح العمل، وقوامه، وهو تابع لها في الحكم، يصح بصحتها، ويفسد بفسادها»^(١)، ثم يستدل على ذلك بقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»^(٢).

هذا، ويفضل معنى الجملتين اللتين اشتمل عليهما هذا الحديث بقوله: «بيِّن في الجملة الأولى، أن العمل لا يقع إلا بالنية، ولهذا لا يكون عملٌ إلا بالنية، ثم بيِّن في الجملة الثانية، أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه، وهذا يعمُّ العبادات، والمعاملات، والأيمان، والنذور، وسائر العقود، والأفعال، وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا، حصل له الربا، ولا يُعصمه من ذلك صورة البيع، وأن من نوى بعقد النكاح التحليل، كان محللاً، ولا يخرج من ذلك صورة عقد النكاح، لأنه قد نوى ذلك، وإنما لكل امرئ ما نوى...»^(٣).

وعلى هذا، فالأصل الأول الذي ينهض بقاعدة التحيل وحكمها، هو: «أن النيات والمقاصد، معتبرة في التصرفات، من العادات والعبادات، وأن هذه تابعة لتلك، صحة وفساداً، وجللاً وحُرمة، حسب الأحوال، وإن كان هذا الدليل أعم، لأنه يشمل «التحيل» وغيره، باعتباره جزئياً من جزئياته، إذ قوام التحيل هو القصد أو الباعث غير المشروع - كما بينا - فيتحقق فيه مناطه لا محالة».

الأصل الثاني: من الثابت أن الشارع الحكيم إذ قصد بالتشريع «إقامة المصالح الأخروية والدينية على وجه لا يختل لها به نظام، لا كلياً ولا جزئياً»^(٤) وعلى التأييد، فإن «مناقضة» قصد الشارع في وضع التشريع على هذا الوجه، يُخلُّ بهذا النظام

(١) المرجع السابق: (٢/ ١١١).

(٢) أخرجه البخاري: ١، ومسلم: ٤٩٢٧، وأحمد: ١٦٨، من حديث عمر بن الخطاب.

(٣) المرجع السابق.

(٤) «الموافقات»: (٢/ ٣٧).

الثابت، ويخترمه حتماً، وذلك غير جائز مطلقاً، فما يؤدي إلى هذه «المنافضة» باطل أيضاً ضرورةً، وهو ما أصَّله الإمام الشاطبي بصريح قوله في موضعين:

الأول: بقوله: «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل، موافقاً لقصد الله في التشريع»^(١).

وهذه القضية الأصولية، مستنبطة من الأصل العام الثاني الذي قدمنا، من أن قصد الشارع بالتشريع، إقامة المصالح للعباد، على الإطلاق والعموم، وعلى هذا، فالمطلوب من المكلف أن يتصرف في سائر أفعاله، على هذا الوجه الذي يتفق ومقصد الشارع، ضماناً لتحصيل النتائج والمصالح المتوخاة عينها، وإلا كانت الأحكام والقواعد الشرعية، ليست مُقامةً لتلك المصالح، والثابت قطعاً أنها مقامةٌ لها.

وأيضاً، إنَّ تفسير «استخلاف الإنسان في الأرض» ليس له وجه، إلا أن يكون من أجل إقامة تلك المصالح المرسومة دون حيفٍ عليها، أو نقضٍ لها، وذلك بمباشرة التصرفات المشروعة، أو الأسباب الظاهرة التي تُفضي إلى ذلك، باعتبار أن الشارع، قد أعانَ المكلف على إنفاذ التكليف على هذا الوجه المطلوب، وذلك بأن أودع في العقل الإنساني نفسه قوةً التعقل والإدراك لتلك الأسباب، واستخلاص غاياتها، والمصالح التي شُرعت من أجلها، فإمكانية التعقل الإنساني إذن، هي «مناط المسؤولية عن وجه التصرف المتخذ، وعلى أساس هذه المسؤولية، يكون الجزء، من الصحة أو البطلان»^(٢).

إنَّ فلسفة أصول التشريع هذه، قائمة على أساس أن ثمة صلةً وثقى، بين مُدركات العقل الإنساني المتخصص (المجتهد) الذي ينبغي أن يسترشد به المكلف العام، وبين مقاصد الشريعة كليها وجزئيتها، من أصل وضع الله لها، مبادئ وقواعد وأحكاماً، وأنها إنما شُرعت من أجل تلك المصالح الدنيوية والأخروية للعباد، على سبيل الإطلاق والعموم كما بينا، وإنفاذ التكليف الذي يعتبر تفسيراً للاستخلاف الإنساني في الأرض، ينبغي أن يكون جارياً على هذا السنن، حُكماً ومقصداً^(٣).

(١) «الموافقات»: ج ٢.

(٢) «الموافقات»: (٢/ ٣٣١).

(٣) المرجع السابق، أي لِيَتَمَّ القصد إلى معنى التعبد كلاً.

فلسفة أصول التشريع التي تتناقى مع اتخاذ أسباب التحليل، كما يناقى المطلوب من المكلف شرعاً:

غير أن مآل تصرف المتحيل، منصباً على خرم قواعد الشريعة، ذلك لأن مقصده الذي يرمي إليه من وراء هذا الاخترام، إنما هو هدم تلك المقاصد التي تستهدفها تلك القواعد كما أشرنا، من أن المقصد غير الشرعي هادم للمقصد الشرعي ضرورة.

هذا الذي قدمنا، من فلسفة أصول التشريع التي تتناقى كلياً مع اتخاذ أسباب التحيل، قد صرح به الإمام الشاطبي، في كتابه «الموافقات»، بما يرفع كل لبس وإبهام، بقوله: «والمطلوب من المكلف، أن يُجْرِي على ذلك^(١) في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع.

وأيضاً، إنَّ المكلف خُلِقَ لعبادة الله، وذلك راجع إلى العمل على وفق القصد في وضع الشريعة - هذا محصول العبادة - فينال بذلك الجزاء في الدنيا والآخرة^(٢).

وأما الموضوع الآخر الذي صرح به الإمام الشاطبي، بخصوص «المناقضة» في القصد والباعث - وهي علة البطلان - فذلك في قوله: «كلُّ من ابتغى في تكاليف الشريعة، غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، وكلُّ من ناقضها، فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له، فعمله باطل^(٣).

الأدلة المنطقية العقلية على تحريم التحيل شرعاً ووجوب منعه وإبطاله، لفساد الباعث:

هذا الأصل الكلي الذي ينهض بمنع «التحيل» على قواعد الشريعة، لاخترامها، ينهض به أيضاً، أدلة منطقية عقلية، عرضها الإمام الشاطبي تفصيلاً، وقد اجتزأنا هنا

(١) أي أن يكون قصده في العمل، موافقاً لقصد الله في التشريع، للدليل الذي قدمنا، من أن الشريعة وضعت على قصد تحقيق مصالح العباد، كلياً وجزئياً.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

بالكليّ، عوضاً عن الأدلة المنطقية الجزئية، خشية الإطالة في هذا المقام، ولكن هذا لا يُعفيينا من أن نورد ثلاثة أدلة منطقية على مضمون هذا الأصل الكليّ المشتق من مجموع الأدلة الجزئية.

١ - أما الدليل الأول، فخلاصته: أن العمل «المناقض» إنما يكون باطلاً، لأن «المشروعات» وُضِعَتْ أصلاً، لتحصيل المصالح، ودَرْءِ المفساد، حتى إذا خولفت، لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها، جَلْبُ مصلحة ولا دَرْءُ مفسدة، وهذا هو هدم مقاصد الشريعة.

٢ - وأما الدليل الثاني: فإنّ من ابتغى في الشريعة، ما لم توضع له، فهو مناقض لها. ذلك، أنّ المكلف، إذا قصد غير ما قصده الشارع، كفاحاً، أو توهماً، بأن توهم أن المصلحة فيما قصد، فقد جعل ما قصد الشارع مهملاً الاعتبار، وما أهمل الشارع مقصوداً، وذلك «مضادة» للشريعة ظاهرة^(١).

٣ - أما الدليل الثالث فحاصله: أنّ قصد المكلف المخالف، مردّه إلى «أنّ من رآه الشارع حسناً، فهو عند هذا القاصد ليس بحسن، وما لم يره حسناً، فهو عنده حسن، وهذه مضادة أيضاً»^(٢).

هذا، ونشير إلى أن الإمام الشاطبي، قد أورد أدلة أخرى اكتفينا منها بما ذكرنا، لتأصيل هذا الأصل الثاني الذي ينهض ببطلان التحيل، ومنعه شرعاً، لفساد الباعث الذي هو قوامه.

الأصل الثالث: أنّ قَصْدَ «المتحيل» من تقديم عمل ظاهر الجواز، لتحليل محرّم، كبيع العينة مثلاً، لا يتأتى معه، إرادة حقيقة البيع المشروع، وإذا انتفت «الإرادة» التي هي مبنى التصرف المشروع، أو أساس العقد، فقد بطل التصرف، ضرورة فقدان أصل مشروعيته، إذ «التراضي» هو أساس الانعقاد، ومضمون هذا الدليل، «مبدأ الرضائية» في العقود!

(١) «الموافقات»: (٢/٣٣٤).

(٢) المرجع السابق.

ويتجلى ذلك أيضاً، في عقد الهبة الصورية لنصاب الزكاة، قُرِبَ نهاية الحَوْل، فراراً من أداء هذه الفريضة، أو تحيلاً على إسقاطها، وهذا الإسقاط، هو مآل تصرفه المقصود، وهو حَرْمٌ لقواعد الشريعة، وإبطالاً لأحكامها بلا مراء، وهو علة البطلان.

هذا، وإنما قلنا، إن مآل تصرفه إسقاط هذه الفريضة، لأن المتحيّل - في واقع الأمر - قد جمع بين أمرين:

الأول: أصل الهبة، وهي على الجواز الشرعي في ظاهرها، وهذا مفاد قول الإمام الشاطبي: «تقديم عملٍ ظاهرٍ الجواز»^(١)، فمناط التحيّل متحقّق.

الثاني: منع الزكاة من غير هبة، وهذا في ذاته، ممنوع شرعاً.

فالأمران - كما ترى - ظاهرٌ أمرهما، في الجواز، وهو الأول، وعدم الجواز، وهو الثاني.

غير أنّ «المتحيّل» قد جمع بينهما، فصار مآل الهبة المنع من الزكاة، ومعلوم، أنّ أصل النظر في «مآلات الأفعال» معتبرٌ مقصودٌ شرعاً، أي يحكم على التصرف في ضوء مآله، صحةً وبطلاناً، وباعتبار أن «المآل» هنا هو إسقاط فريضة الزكاة، وهذا غير مشروع، فقد أضحى التسبب في ذلك غير مشروع، فتبطل هذه الهبة الصورية، وتبقى فريضة الزكاة مشغولةً بها ذمّة المتحيّل^(٢).

على أنّ هذا «الحكم» يندرج أيضاً تحت قاعدة «المعاملة بنقيض القصد» أي القصد غير المشروع.

الأصل الرابع: وهو قاطع الدلالة على إبطال «التحيّل» القائم على الباعث غير المشروع، وهو - على حد تعبير الإمام الشاطبي - «الاستقراء» الثابت بأدلة لا تحصي

(١) «الموافقات»: (٤/٢٠١).

(٢) المرجع السابق، إسقاط فريضة الزكاة تحيلاً، فيه هضم حق مصارفها، ومنها الفقراء والمساكين، وفي هذا مفسدة أي مفسدة.

من الكتاب والسنة، على ما قدّمنا^(١)، وهذا يعني التفات الشارع إلى المعنى العام المستقراً، واعتباره قطعاً.

د - مقارنة اجتهادات الأئمة في «طرق الإثبات» التي يبطل بها الفعل أو التصرف المتحيل به قضاءً، وصولاً إلى استخلاص حكم التحيل شرعاً.

لم تتفق آراء الفقهاء على «طريق»، أو وسيلة إثبات الباعث غير المشروع، فذهب الإمام الشافعي، وأبو حنيفة، وغيرهم إلى أنّ «مجرد النية» - ولو ثبتت بالقرائن - لا تؤثر في الفعل أو التصرف، صحةً وفساداً، بل لا بدّ أن يكون «الباعث» مصرحاً به في صلب العقد، ومعبراً عنه بنص قاطع، ذلك أنّ «حكم» «الأمر الباطن، موكلٌ إلى الله تعالى، لأنه - سبحانه - المطلع على خفايا النفوس، وما استتر في القلوب».

غير أنّ الإمام أبا حنيفة، قد أجاز أن يُستخلص «الباعث» من «طبيعة محل العقد» إذا أمكن، وعلى ضوء ذلك، يُحكم على العقد بالصحة أو البطلان، حسب الأحوال، كما في «بيع القرد»^(٢)، مثلاً، فيكون «الباعث» داخلاً في نطاق العقد ضمناً.

هذا، وذهب المالكية والحنابلة، إلى أنّ «القرائن» تكفي في إثبات «الباعث» قضاءً.

ففي «عقد بيع العينة» مثلاً، احتيالياً على الحصول على «الربا» المحرّم، يعتبر الإمام مالك أنّ هذا العقد نفسه، يُعتبر «قرينة» على الباعث غير المشروع، من قبل أنه «عقد ظاهري» لا يُقصد به حقيقةً معناه، ولا المقصد الشرعي، أو تحقيق المصلحة الحقيقية المعتمدة التي شرع هذا العقد من أجلها، لأن «السلعة» بين البائع والمشتري، أي المقرض والمقترض على التحقيق «لغو»، لأنها غير مقصودة بالتملُّك، أو التملك، بل لإقراض عشرة من الدينانير مثلاً، ليتقاضاها المقترض بعشرين بعد أجل، وهذا هو «الاحتيال على الوصول إلى الغرض غير المشروع»،

(١) المرجع السابق، (٢/ ٢٧٨ - ٣٣٤ وما يليهما).

(٢) لأن «القرد» محل العقد، ويستخلص من «القرد» الذي هو «محل» عقد البيع، أنه «للّهو» لا شيء آخر، واللّهو محرّم، ف شراء القرد لغرض اللّهو محرّم، لفساد هذا الباعث شرعاً.

وهو «الربا»، فعقد العينة نفسه «قرينة» كافية على إثبات هذا الباعث غير المشروع،
لصوريّة هذا العقد!

المالكية يعتبرون «كثرة القصد غير المشروع» وقوعاً في المجتمع، مظنةً للباعث
غير المشروع، لأن هذه مفسدة عامة، يجب دزؤها، ولا يشترطون تحقق هذا القصد،
لدى كل متصرف على انفراد:

يقيم المالكية في صدد إثبات الباعث غير المشروع «المظنة مقام المثنة» أي مقام
حقيقة الشيء المظنون، احتياطاً، وأخذاً بالحدّ، والحزم، والتحرّز في العمل بأحكام
الشريعة، حفاظاً على مقاصدها، وصوناً لأهدافها التي هي مصالح المكلفين.

وهذا ما يُقرّره الإمام الشاطبي، حيث يقول في «بيع العينة» على سبيل المثال:
«ولكن هذا - أي منع بيع العينة - بشرط أن يظهر لذلك قصد، ويكثر في الناس،
بمقتضى العادة»^(١).

إنّ «كثرة الوقوع» إنما هي واقعة بين غلبة الوقوع، وبين النُدرة، فلا هي غالبية
الوقوع، ولا نادرة الحصول^(٢).

هذا، والاستدلال بكثرة الوقوع، لا بغلبته - على الباعث غير المشروع، إذا فشا
التحايل على مقاصد الشريعة، في تصرف معيّن في المجتمع، هو موضع خلاف بين
الفقهاء من جهة، والمالكية من جهة أخرى على اعتباره مظنةً كافيةً في إثبات هذا
الباعث، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي^(٣): «ما يكون أداؤه إلى المفسدة - أي
من صنوف التذرع بالحيل - كثيراً لا غالباً، ولا نادراً، فهو موضع نظر والتباس،
والأصل فيه الحمل على الأصل، من صحة الإذن، كمذهب الشافعي وغيره، ولأن
العلم والظنّ، بوقوع المفسدة متتبان، إذ ليس هنا إلا احتمالاً مجرد، بين الوقوع
وعدمه، ولا قرينة ترجّح أحد الجانبين على الآخر، واحتمال القصد للمفسدة

(١) «الموافقات»: (٤/ ١٩٩ - ٢٠٠).

(٢) المرجع السابق: ج ٢.

(٣) المرجع السابق: (٢/ ٣٦١).

والإضرار، لا يقوم مقام نفس القصد، ولا يقتضيه، لوجود العوارض من الغفلة وغيرها، عن كونها موجودة أو غير موجودة».

«وأيضاً، فإنه لا يصح أن يُعدَّ الجالب، أو الدافع هنا، مقصراً ولا قاصداً، كما في العلم والظن، لأنه ليس حملُهُ على القصد إليهما أولى من حملة على عدم القصد لواحد منهما، وإذا كان كذلك، فالتسبب المأذون فيه قويٌّ جداً، إلا أن مالكاً اعتبره في سدِّ الذرائع^(١)، بناءً على كثرة القصد وقوعاً، وذلك أن «القصد» لا ينضبط في نفسه، لأنه من الأمور الباطنة، لكن له مجالٌ هنا، وهو «كثرة الوقوع في الوجود» أو هو «مظنَّة» ذلك، فكما اعتبرت المظنَّة، وإن صحَّ التخلف، كذلك تعتبر الكثرة؛ لأنها مجال القصد^(٢).

وعلى هذا، فالمالكية - كما رأيت - يكتفون بالمظنَّة في إثبات الباعث، وهو «كثرة الوقوع» ولا يشترطون الوقوف على «حقيقة الباعث»^(٣) في كلِّ فرد على حدة، ذلك، لما أورده الإمام الشاطبي من تعليل فيما سبق، مفاده: أن القصد - الباعث - أمر خفي لا ينضبط، ولا يمكن الاطلاع عليه.

على أن الإمام الشاطبي، يميل إلى الأخذ بكثرة القصد، مظنةً لثبوت الباعث غير المشروع، ويورد أدلة من نصوص الشريعة تؤيد هذا الاعتبار، حيث يقول: «ووقوع المفسدة في هذه الأمور، ليست بغالبة في العادة، وإن كثر وقوعها»^(٤) اهـ.

هذا، وقد أتى الإمام الشاطبي، بنصوص من الشريعة، تنهض باعتبار هذه «المظنة» دليلاً على الباعث غير المشروع، واكتفى الشارع الحكيم بها، من ذلك: أن الشارع: «حرَّم الخلوة بالمرأة الأجنبية، وأن تسافر مع غير ذي محرم، ونهى عن بناء المساجد على القبور، وعن الصلاة إليها، وعن الجمع بين المرأة وعمتها، أو خالتها،

(١) معلوم أن مبدأ سدِّ الذرائع يشمل التحيل الممنوع.

(٢) «الموافقات» للشاطبي: (٢/٣٦١).

(٣) وهو ما يطلق عليه الأصوليون «المننة».

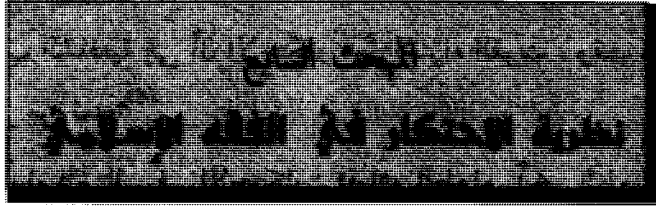
(٤) المرجع السابق.

وقال: «إنكم إن فعلتم ذلك، قَطَعْتُمْ أَرْحَامَكُمْ»، وحرّم نكاح ما فوق الأربع، لقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ أَذَىٰ آلًا تَعُولُونَ﴾ [النساء: ٣]، وحرّمت خِطْبَةُ المَعْتَدَةِ تصریحاً، ونكاحها، وحرّم على المرأة في عدة الوفاة، الطيبَ والزينة، وسائر دواعي النكاح، وكذلك الطيبَ، وعقدَ النكاح للمُحرّم، ونهى عن البيع والسلف، وعن هديّة المِديان، وعن ميراث القاتل... إلخ. ويقول الشاطبي: «إلى غير ذلك، مما هو ذريعة، وفي «القصد» - الباعث - إلى الإضرار والمفسدة فيه «كثرة» وليس بغالب ولا أكثرى، والشريعة مبنية على الاحتياط، والأخذ بالحزم، والتحرُّز مما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة، فإذا كان هذا معلوماً على الجملة، والتفصيل، فليس العمل عليه يبدع في الشريعة، بل هو أصل أصولها، راجع إلى ما هو مكمل، إما لضروري، أو حاجي، أو تحسيني»^(١).

على أن «كثرة الوقوع» هذه التي هي مظنة القصد أو الباعث غير المشروع، ترتد إلى أن يكون المعيارُ في إثباته موضوعياً، لكنه لا يعدو أن يكون «قرينة» جَرياً على اعتبار الشارع لها فيما ضرب الشاطبي من تطبيقات، اكتفى فيها بمظنة القصد لا بمثنة أو بحقيقة القصد، وهذا أدنى إلى أخذ الحِيطة في مراعاة مقاصد الشريعة، وتحقيق مصالح العباد، وهو ما نرجحه.



(١) المرجع السابق: (٢/ ٣٦٣ - ٣٦٤).



أ - تعريفه اصطلاحاً^(١) :

لم يتفق الفقهاء على تعريف الاحتكار، ومنشأ ذلك - فيما يظهر - هو اختلافهم في شروطه.

ونعرض فيما يلي، بعض التعاريف التي ودت في أهم مصادر الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة:

١ - يقول الإمام الشوكاني: (الحُكْرَةُ هي حبس السلع عن البيع)^(٢).

(١) أما تعريفه لغة، فقد جاء في «القاموس للفيروز آبادي»: الحكر (بفتح الحاء وسكون الكاف) الظلم وإساءة المعاشرة، وبالتحريك (بفتح الحاء) ما احتكر، أي حبس انتظاراً لغلاته، والحكر، بضم الحاء، اسم من الاحتكار.

وجاء في المصباح: احتكر فلان الطعام، إذا احتبسه إرادة الغلاء، والاسم الحُكْرَةُ، مثل الغرفة من الاعتراف، والحَكْر (بفتح الحاء والكاف أو إسكانها) بمعنى الاحتكار.

وجاء في «مقاييس اللغة»: (٢/٩٢) ما يقرب من هذا المعنى.

وفي «مختار الصحاح» للرازي: احتكار الطعام جمعه وحبسه يتربص به الغلاء. وفي «أساس البلاغة» للزمخشري: فلان حَكِرَ (بفتح الحاء وكسر الكاف) وهو المحتجج للشيء، المستبد به - واحتكر الطعام: احتبسه للغلاء.

فالمفاهيم اللغوية للاحتكار وما اشتق منه، لا تبعد عن المعنى الفقهي، لأن حبس الطعام انتظاراً لغلاته، هو المضمون العام للمعنى الفقهي، وأما الإساءة والظلم، والسوء، فهي مآلات وثمرات للاحتباس، إرادة الغلاء، وترئبصه بالناس.

(٢) «نيل الأوطار»: (٥/٢٢٠ - ٢٢١).

٢ - ويقول صاحب كشف القناع: (وهو - أي الاحتكار - في القوت - أن يشتريه للتجارة، ويحبسه، ليقل فيغلو)^(١).

٣ - ويذهب الشافعية إلى أن الاحتكار هو «اشتراء القوت - وقت الغلاء - لإمساكه وبيعه بأكثر من ثمنه»^(٢).

ويقول الإمام الغزالي في الاحتكار: «فبائع الطعام يدخر الطعام ينتظر به غلاء الأسعار»^(٣).

٤ - ويقول ابن عابدين: «اشتراء طعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء»^(٤).

وجاء في الفتاوى الهندية: (وذلك - الاحتكار - أن يشتري طعاماً في مصر ويمتنع من بيعه)^(٥).

٥ - وفي «المنتقى على موطأ الإمام مالك»: «هو الادخار للبيع والربح بتقلب الأسواق، فأما الادخار للقوت، فليس من باب الادخار»^(٦).

وجاء في «المدونة»: أن «الحُكْرَةَ في كلِّ شيءٍ في السوق، من الطعام، والزيت والكتان، وجميع الأشياء، والصوف، وكل ما أضر بالسوق»^(٧).

ب - تحليل ومقارنة هذه التعاريف ونقدها أصولياً:

١ - أما تعريف الشوكاني، فيرد عليه أنه بظاهره غير مانع، إذ يدخل فيه حبس السلع والامتناع عن بيعها في الظروف العادية حيث لا يضر بالناس هذا الحبس، وهو

(١) «كشف القناع»: (١٥١/٣).

(٢) «المهذب للشيرازي»، (٢٩٢/١).

(٣) «إحياء علوم الدين»: (٢٤/٢).

(٤) «حاشية الدر»: (٢٧٨/٥).

(٥) «الفتاوى الهندية»: (٢٣١/٣ - ٢١٤).

(٦) «المنتقى على موطأ مالك»: (١٥/٥ وما يليها).

(٧) «المدونة»: (١٢٣/١٠)، وأضرَّ بالسوق أي بأهله ورواده المشترين. وفي «شرح الزرقاني على

الموطأ»: (١٢٤/٣) «الحكرة، اسم من احتكر الطعام، إذا حبسه إرادة للغلاء».

غير محرم، إذ الاحتكار - بما هو - في الأصل - تصرف في حق الملكية - ليس محرماً لذاته، بل لأثره، نعم! يستوي - في نظر الشارع - أن يكون الاحتكار وقت الغلاء، استغلالاً لهذه الأزمة القائمة، أو أن يكون الاحتكار حالة السعة والرخص، فيؤدي إلى نشوء أزمة لم تكن، لوحدة الأثر في الحالين، وهو علة الحكم ومناطه، فكان ينبغي أن يشير إلى ذلك الأثر، قيداً في التعريف.

هذا، وجعل الإمام الشوكاني «السلع» مُتَعَلِّقاً للحبس، فإن كان يقصد به التقييد، أو الحصر، لينفي حكم الاحتكار عما عداها، فالتعريف يغدو غير جامع، لأن الاحتكار - منظوراً إليه من حيث الأثر وسوء النتائج - يستوي أن يكون مُتَعَلِّقاً، السلع وغيرها من الأعمال والمنافع، إذا اضطرت عامة المسلمين إليها، أو مستهم الحاجة في معاشهم، أو فيما تقوم به مصالحهم، إلى الانتفاع بها، أو استيفائها، ولا سيما أن الإمام الشوكاني يرى أن علة تحريم الاحتكار هو الضرر العام.

أما إن لم يقصد به التقييد، أو لم يكن صالحاً له، لأنه لقب، فإيراده من أجل تصوير كثرة احتكاره، وقوعاً، أو لأهميته لا للتقييد به، فيفيد التعميم حينئذ لعموم علته.

أغفل التعريف القيود التي تجعل الاحتكار أضيق مفهوماً، قصداً إلى الإطلاق، وربطاً لحكم الاحتكار بمناطه، وهو الضرر العام، فلم يشترط مثلاً - تحديداً لمفهومه - الشراء من السوق، أو عدم استغلال المادة المحتكرة من ضيعته، أو عدم جلبها واستيرادها من الخارج، وعلى هذا، فالاحتكار يشمل بحكمه كل أولئك، وبذلك اتسم هذا التعريف بالشمول والإطلاق.

٢ - أما تعريف صاحب كشاف القناع، فيبين جوانب من مفهوم الاحتكار في تصوره، إذ يشير إلى أنه الحبس بقصد الإغلاء، وهذا «القصد»، هو ما جاءت به أدلة تحريم الاحتكار التي سنذكرها في موضعها، لأن القصد السيئ يستوجب الإثم، لكن لا بد أن يصحب هذا القصد فعل الاحتكار، لينتج أثره، وهو الضرر.

كما يجلي ضرورة اتجاه توفر القصد من الشراء إلى الاتجار، لا توفيراً للمؤونة

والقوت، ولا شك أن شراء الأشياء وحبسها لإغلاء أسعارها، بسبب قلتها في الأسواق، وحاجة الناس إليها، يستلزم عقلاً وقوع الضرر بعامة المسلمين، وهو علة التحريم، وكان الأولى أن يصرح بما علم من تعريفه التزاماً وضمناً.

وفي قوله: «ليقل فيغلو» إشارة إلى قانون العرض والطلب في الاقتصاد، إذ بحبس السلع وقلة عرضها في السوق احتكاراً، ترتفع أثمانها، فيضارّ العامة بالغلاء.

على أن ظاهر التعريف يقصر الاحتكار على ما هو مشتري من المدينة، ولا يشمل المجلوب (المستورد) من الخارج، أو المستغل من قرية المحتكر.

هذا، وواضح أيضاً أنه يقصر الاحتكار على ما يُتَّقَوْتُ به من الطعام، سيأتي البحث فيه.

٣ - وأما تعريف الغزالي^(١) فهو وإن كان يجعل قوام الاحتكار مجرد الادخار والاحتباس، قصد التربص بالناس الغلاء، وهو قصد غير مشروع، لما يترتب عليه الإضرار بالجماعة، غير أن قصر الاحتكار على الطعام فيه نظر، وهذا المعنى قرره ابن عابدين وصاحب الفتاوى الهندية، أيضاً.

هذا، والإمام الغزالي، لم يقيد لاحتكار بشرط الشراء من سوق المدينة، بل اكتفى - كما قلنا - بمجرد الاحتباس، وهو ما اعتمده الإمام الباجي وصاحب «المدونة»^(٢).

ج - ما اتفقت عليه التعاريف:

يستنتج من كل ما ذكرنا من التعاريف، أن الاحتكار قوامه حبس الطعام أو القوت، لإغلاء سعره على الناس، بسبب قلة وجوده أو انعدامه في الأسواق، فيغلو سعره.

كما اتفقت على ضرورة توفر قصد التربص بالناس الغلاء، غير أن بعضها قد صرح به، وبعضها فهم منه التزاماً.

(١) وهو شافعي المذهب.

(٢) الإمام الباجي من أعلام مجتهدى الفقه المالكي.

لم تحدد هذه التعاريف نسبة الغلاء، أو مقدار جسامه الضرر، فيردُّ إلى العرف. أما القيود التي اختلف فيها، فنرجى البحث فيها إلى مقامها من شروط الاحتكار.

د - تعريفنا للاحتكار:

الاحتكار هو حبس مالٍ أو منفعةٍ أو عملٍ، والامتناع عن بيعه، أو بذله، حتى يغلو سعره غلاءً فاحشاً غير معتاد، بسبب قلته، أو انعدام وجوده في مظانِّه، مع شدة حاجة الناس أو الدولة أو الحيوان إليه.

هـ - ما يستخلص من هذا التعريف:

أولاً - أوضح التعريف حقيقة الاحتكار من أنه حبس ما يحتاج إليه الناس مطلقاً، سواء أكان طعاماً أم غيره، مما يكون في احتباسه إضراراً بالناس، وتضييق الحياة عليهم، وهذا بإطلاقه شاملٌ لكل شيء من المواد الغذائية، والثياب، ومنافع الدور، والأرضين، والأدوية، وآلات ومواد الإنتاج الزراعي والصناعي، كالمحاريث والأسمدة، كما يشمل منافع وخبرات العمال، وأهل المهن والحرف والصناعات، والفنيين، وأصحاب الكفاءات العلمية، إذا احتاجت الأمة إلى مثل تلك السلع والمنافع والخدمات، إذ «المناطق» هو حقيقة الضرر من حيث هو بقطع النظر عن نوع الشيء المحتكر، فيجبر هؤلاء على بذل ما لديهم، رعايةً لحق الأمة، ودفعاً للضرر عنها في مثل هذه الظروف، بالثمن أو أجر المثل العادل، إذا امتنعوا عن ذلك

وأساس ذلك، أن كل ما لا تقوم مصالح الأمة أو الدولة إلا به، فهو واجب تحصيله وبذله.

ثانياً - لم يقيد التعريف - كما ترى - بما إذا كانت الأموال المحتكرة مجلوبة (مستوردة) من الخارج، أو كانت موجودة في سوق المدينة فاشترت وحبست، أو كانت مستغلة من أرض المحتكر نفسه.

ثالثاً - شمل التعريف كل ما أضر بالإنسان والدولة والحيوان حبسه، وذلك من

مميزات الشريعة الإسلامية التي شملت أحكامها الرفق بالحيوان، «في كل ذات كبد رطبة أجر»^(١).

رابعاً - أبرز التعريف ظاهرة «الحاجة» التي هي مناط تحريم الاحتكار، وتشريع أحكامه، إذ ليس كل ظرف يعتبر فيه حبس هذه الأشياء احتكاراً محرماً، بل ظرف الحاجة الذي يوقع في الضرر، هو «المناط» حتى إذا لم يتحقق هذا المناط كان اختزاناً، أو ادخاراً مباحاً، لأنه تصرف في حق الملكية، بل قد يكون واجباً إذا كان اختزاناً احتياطياً، كما سيأتي.

وأنت تعلم أن مبنى التقييد بالحاجة هو أن دفعها، أو الوفاء بها من مقاصد التشريع العامة (الحاجيات) فيشرع لها من الحكم ما يناسبها، إيجاباً أو سلباً، استثناء من قواعد الشرع.

على أن الإمام الغزالي، والإمام مالك، ذهبوا إلى أن احتكار الأقوات في حالة السعة والرخاء مكروه^(٢)، لأن المواد الغذائية الأساسية يجب أن تبذل ويكثر عرضها على الدوام، ليرخص سعرها إلى أكبر حد ممكن، تيسيراً على الناس، ولا سيما الفقراء.

أصول منع الاحتكار أو الأدلة التفصيلية الناهضة بتحريمه واردة في السنة وأثار الصحابة فحسب:

غير أن الأدلة الإجمالية في القرآن الكريم^(٣) تؤيد مقتضى تلك الأدلة التفصيلية.

(١) والواقع أن رعاية الحيوان وتأمين حياته، مصلحة غير مباشرة للإنسان نفسه فضلاً عن المعنى الإنساني من الرفق بالحيوان. والحديث أخرجه البخاري: ٢٣٦٣، ومسلم: ٥٨٥٩، وأحمد: ٨٨٧٤، من حديث أبي هريرة.

(٢) «نيل الأوطار» للشوكاني: (٥/٢٢١)، و«المتقى على موطأ مالك» للباجي: (٥/١٥ - ١٧)، و«إحياء علوم الدين»: المرجع المشار إليه سابقاً.

(٣) ذهب بعض الصحابة والتابعين إلى أن الاحتكار ثابت بتحريمه بالقرآن الكريم، بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُؤَدِّ فِيهِ بِالْحَكْمِ يُظَلِّمْ نَفْسَهُ مِنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [الحج: ٢٥]. والواقع أن مباشرة كل منهي عنه في مكة يعتبر الحداً بظلم، فالآية ليست نصاً في موضوعنا، «تفسير ابن كثير»: (٣/٢١٥). [ط. الرسالة ناشرون ٢٠٠٨]. =

١ - أدلة السنة في تحريم الاحتكار ومنعه:

أولاً - عن سعيد بن المسيّب عن مَعْمَر بن عبد الله العدوي، أن النبي ﷺ قال: «لا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِي»^(١).

ثانياً - عن مَعْقِل بن يسار قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ دَخَلَ فِي شَيْءٍ مِنْ أَسْعَارِ الْمُسْلِمِينَ، لِيُغْلِبَهُ عَلَيْهِمْ، كَانَ حَقًّا عَلَى اللَّهِ أَنْ يُقْعِدَهُ بِعُظْمٍ^(٢) مِنَ النَّارِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(٣).

ثالثاً - وعن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ احْتَكَرَ حُكْرَةً^(٤) يَرِيدُ أَنْ يُغْلِيَ بِهَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ فَهُوَ خَاطِي»^(٥).

رابعاً - وعن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ، وَالْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ»^(٦).

خامساً - وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ احْتَكَرَ الطَّعَامَ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً، فَقَدْ بَرَأَ مِنَ اللَّهِ، وَبَرَأَ اللَّهُ مِنْهُ»^(٧).

بحث حكم الاحتكار مقارناً

اتفقت كلمة الفقهاء والأصوليين على أن الاحتكار غير مشروع.

= على أن مما ينهض بتحريم الاحتكار من عمومات القرآن الكريم، كثير، فمن ذلك قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُفُورًا قَوْمِيكَ لِلَّهِ شُهَدَاءُ بِالْقَسْطِ﴾ [المائدة: ٨] وقوله تعالى: ﴿وَتَمَّارُونَ عَلَى الْآلِ وَالنَّقَوْنِ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢] وقوله سبحانه: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ١٧٨] وكذلك من عمومات السنة مثل هذه المعاني.

(١) أي آثم في فعله - «نيل الأوطار»: (٢٢١/٥). والحديث، أخرجه مسلم: ٤١٢٣، وأحمد: ١٥٧٥٨.

(٢) بكسر الباء وضم العين وتسكين الظاء - أي بمكان عظيم من النار - «نيل الأوطار»: (٢٢٢/٥).

(٣) أخرجه أحمد: ٢٠٣١٣، وإسناده جيد.

(٤) بضم الحاء وتسكين الكاف وفتح الراء - اسم من الاحتكار - .

(٥) أخرجه أحمد: ٨٦١٧، وهو حديث حسن لغيره.

(٦) أخرجه ابن ماجه: ٢١٥٣.

(٧) أخرجه أحمد: ٤٨٨٠.

يقول الشوكاني في هذا الصدد: «ولا شك أن أحاديث الباب تنتهض بمجموعها للاستدلال على عدم جواز الاحتكار، ولو فرض عدم ثبوت شيء منها في الصحيح، فكيف وحديث مَعْمَر المذكور في صحيح مسلم؟ والتصريح بأن المحتكر خاطئ، كافٍ في إفادة عدم الجواز، لأن الخاطئ المذنب العاصي»^(١).

اجتهادات الفقهاء في الحكم التكليفي للاحتكار في ضوء الأدلة الواردة في السنة:

تتلخص اجتهادات الفقهاء في حكم الاحتكار في اتجاهين:

الأول: أن الاحتكار حرام. وهو مذهب الجمهور من الشافعية والمالكية، والحنابلة والظاهرية، والزيدية والأباضية، وبعض الإمامية، والكاساني من الحنفية.

الثاني: أن الاحتكار مكروه تحريماً^(٢). وهو مذهب جمهور الحنفية^(٣).

ونعرض فيما يلي لحكم الاحتكار في المذاهب الفقهية، تفصيلاً.

أولاً - المذهب الشافعي^(٤):

ذهب الشافعية إلى أن الاحتكار حرام. والأصل في ذلك عندهم، حديث «معمَر» في صحيح مسلم، وهو قوله ﷺ: «لا يحتكر إلا خاطئ»^(٥).

قالوا: «والخاطئ هو العاصي، والعصيان لا يكون إلا في مباشرة فعل محرم».

ثانياً - مذهب الحنابلة:

وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية، من تحريم الاحتكار، جاء في المغني

(١) «نيل الأوطار»: (٢٢١/٥)، و«سبل السلام»: (٣/٣٢).

(٢) الكراهة إذا أطلقت في مذهب الحنفية، انصرفت إلى الكراهة التحريمية، والواقع أن لا فرق بين التحريم، والكراهة التحريمية، من الناحية العلمية، لأن كليهما يقتضي المنع، غير أن الفرق بينهما من حيث الاعتقاد، فمنكر المحرم كافر، أما منكر المكروه تحريماً فلا يكفر، بل يضل.

(٣) «الزيلعي»: (٢٧/٦)، و«الاختيار»: (٣/١١٥)، و«مجمع الأنهر»: (٢/٥٤٧)، و«الدر المختار»: (٣١٥/٥).

(٤) «مغني المحتاج»: (٣٨/٢)، و«المهذب»: (١/٢٩٢).

(٥) أخرجه مسلم: ٤١٢٣، وأحمد: ١٥٧٥٨.

(لابن قدامة) «الاحتكار حرام». لما روى الأثرم عن أبي أمامة قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يُحتكر الطعام»^(١).

وما روي عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «من احتكر فهو خاطيء»^(٢).
وفي كشف القناع: «ويحرم الاحتكار في قوت الآدمي فقط»^(٣).

ثالثاً - اجتهاد الإمام الكاساني من الحنفية:

ذهب الإمام الكاساني إلى أن الاحتكار حرام، مخالفاً بذلك جمهور الحنفية. جاء في كتابه «البدائع»^(٤) ما اعتمده من أدلة، وتوجيهه للاستدلال بها، ما يلي: «وأما حكم الاحتكار فنقول: يتعلق بالاحتكار أحكام: منها الحرمة، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «المحتكر ملعون، والجالب مرزوق»^(٥)، ولا يلحق اللعن إلا بمباشرة المحرم، وروي عنه - عليه الصلاة والسلام - أنه قال: «من احتكر طعاماً أربعين ليلة، فقد برئ من الله، وبرئ الله منه»^(٦). ومثل هذا الوعيد، لا يلحق إلا بارتكاب الحرام، ولأن الاحتكار، من باب الظلم، لأن ما بيع في المصر، فقد تعلق به حق العامة، فإذا امتنع البائع عن بيعه عند شدة حاجتهم إليه، فقد منعهم حقهم، ومنع الحق عن المستحق ظلم، وأنه حرام»^(٧).

وعمدة الإمام الكاساني - كما ترى - نوعان من الأدلة:

الأول: نقلي الثاني: عقلي.

أ - أما الدليل النقلي: فقوامه أحاديث الباب، ورأيت وجه استدلاله بها على

-
- (١) أخرجه ابن أبي شيبة: (٤٧/٥)، والطبراني في «الكبير»: ٧٦٧٨، والبيهقي في «الكبرى»: (٣٠/٦).
 - (٢) أخرجه مسلم: ٤١٢٢، وأحمد: ١٥٧٥٨.
 - (٣) «المغني» لابن قدامة: (٢٢٠/٤)، وكشاف القناع: (١١٥/٣).
 - (٤) «البدائع» للكاساني: (١٢٩/٥).
 - (٥) أخرجه ابن ماجه: ٢١٤٤، وعبد الرزاق: ١٤٨٩٤، والحاكم: ٢١٢٣، والبيهقي في «الكبرى»: (٣٠/٦). من حديث عمر.
 - (٦) أخرجه أحمد: ٤٨٨٠، من حديث ابن عمر.
 - (٧) المرجع السابق.

«التحريم» عن طريق اللوازم العقلية لتلك الأدلة، إذ يلزم عقلاً، من الوعيد الشديد بالنار، ومن اللعن، والبراءة من ذمة الله تعالى، وذمة المسلمين، أنه حرام. هذا، ومن المقرر أصولياً، أن النص الدال على الملزوم دال على لازمه، وهو ما يسمى دلالة الإشارة^(١).

ب - وأما الدليل العقلي، فكان وجه الاستدلال به منطقياً مُحكماً، ذلك لأنه احتكم على ما ينهض على أصل النظر في المآل من حكم، فالاحتكار أثره ومآله الضرر بالعامّة، إذ يواجه إخلالاً بحقوقهم، بل منعهم إياه، والمنع من إيصال الحق إلى مستحقه ظلم، والظلم حكمه معلوم من الدين بالضرورة، وهو الحرمة شرعاً وعقلاً. وهذه النتيجة المنطقية لم يصل إليها جمهور الحنفية، على ما استقر عندهم من اجتهاد أصولي، فيتطرق إلى استدلالهم الوهن من حيث الربط بين المقدمة والنتيجة، على ما سيأتي تفصيله.

رابعاً - مذهب المالكية^(٢):

ذهب المالكية إلى أن الاحتكار ممنوع^(٣).

جاء في «المنتقى شرح موطأ الإمام مالك» ما يلي: «فالذي رواه ابن المواز وابن القاسم عن مالك، أن الطعام وغيره، من الكتان والقطن، أو جميع ما يحتاج إليه، في ذلك سواء، فيمنع من احتكاره ما أضر بالناس، ووجه ذلك، أن هذا مما تدعو الحاجة

(١) راجع بحثاً مستفيضاً في «الدلالات» في «المناهج الأصولية للاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» ص ٢٠٩ وما يليها، للمؤلف، وراجع أصول التشريع الإسلامي بحث «إشارة النص» ص ٢١٩ وما يليها للمؤلف.

(٢) «المنتقى» للباجي: (١٥/٥ - ١٦)، و«المدونة الكبرى»: (١/١٢٣).

(٣) يعبر الإمام مالك بالمنع بدلاً من التحريم، اتقاءً وتحرجاً من المنهي عنه في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا كُنْتُمْ يَصِفُ أَلْسِنَتِكُمْ كَذِبًا فَإِنْ كُنْتُمْ كَارِهِمْ فَكُلُوا وَكَلِمَاتُكُمْ كَذِبًا﴾ [النحل: ١١٦]. وأيضاً لعلّ المالكية آثروا التعبير بالمنع هنا، خروجاً من الخلاف بين من قال بالتحريم ومن قال بالكراهة التحريمية، لأن هذه التفرقة لا أثر لها من الناحية العلمية، إذ مودى الرأيين عملاً هو المنع، والفارق بينهما من حيث الاعتقاد فقط كما أشرنا.

إليه لصالح الناس، فيجب أن يمتنع من إدخال المضرة عليهم باحتكاره كالطعام»^(١).
 وجاء في «المدونة الكبرى»: «وقال: وسمعت مالكا يقول: «الحكرة في كل شيء في السوق، من الطعام والزيت والكتان، وجميع الأشياء، والصوف، وكل ما أضر بالسوق»^(٢). . . قال مالك: يمنع من يحتكره».

ما يستخلص من فقه المالكية في حكم الاحتكار، وأثره، على مفهوم الحق والحريات العامة.

أولاً - منع الاحتكار بسُلطان الدولة.

ثانياً - وجوب رفع الضرر عن المجتمع، ولو كان منشؤه استعمال حق مشروع في الأصل، وبذلك يتقيد المالك بما لا يضر بعامة المسلمين، وهذا مفهوم من تعليلهم، ووجوه استدلالهم بالأدلة، الأمر الذي ينتفي معه عن الحق المعني الفردي المطلق الذي يبيح لصاحبه التصرف فيه كيف شاء، على ما يقضي به المذهب الفردي في الفقه الوضعي، كما يبيح للفرد أن يؤثّل الثروات، من أي طريق كان، ولو أضر بالمجتمع، بل نرى الفقه المالكي يضمّن الحق^(٣) معنى اجتماعياً يتقيد صاحب الحق بمراعاته، وهو عدم الإضرار بالعامة، عملاً بالمبدأ العام الذي يرد قيماً على الحقوق الفردية ك: «حق الغير محافظ عليه شرعاً»^(٤).

ثالثاً - ذكر أنواعاً من المواد الغذائية وغيرها، كالكتان والصوف، مما لا يترتب

(١) «المنتقى» للباجي: (١٦/٥). وقوله: «فيمنع من احتكاره، ما أضرّ بالناس» تصريح بعلّة المنع، ومناطه.

(٢) المراد بالسوق أهله ورؤّاده المشترين.

(٣) والمعنى الاجتماعي للحق قد ظهر أيضاً في تعليل الحنفية، إذ قالوا: إن المحتكر تعلق حق العامة بما احتكره، إذا تسبب في إغلاء السعر على الناس، وتعدى فيه تعدياً فاحشاً، بمعنى أن تصرفه فيما يملك، أضحى مقيداً بمراعاة حق عامة المسلمين، لأنه - في هذه الظروف - لم يعد حقاً خالصاً له، ولا يقصد بالتعلق إلا هذا، راجع كتابنا: «نظرية التعسف في استعمال الحق» مقدمة الطبعة الثانية - طبع مؤسسة الرسالة ١٩٧٧م.

(٤) الموافقات: (٣٢٢/٢).

على ارتفاع أسعارها بلوغ الناس مستوى الضرورة، بل إيقاعهم في حرج ومشقة، وهذه هي «المصلحة الحاجية» التي يخصص بها المالكية العمومات، ومقتضى القواعد، والأقيسة العامة.

خامساً - مذهب الظاهرية:

ذهب الظاهرية إلى أن الاحتكار حرام.

جاء في «المحلى» لابن حزم: «والحُكْرَةُ المضرة بالناس حرام، سواء في الابتاع، أو في إمساك ما ابتاع، ويمنع من ذلك، والمحتكر في وقت رخاءٍ ليس آمناً، بل هو محسن»^(١).

تتعلق الحرمة - في فقه الظاهرية - بحرية التجارة أو حق التملك^(٢) إذا أدى إلى الإضرار بعامة المسلمين، بشراء ما يحتاجونه، حتى يقل فيغلو، كما تتعلق أيضاً بتصرفه فيما امتلك فعلاً، تصرفاً سلبياً، على وجه ضار بالمسلمين.

ويقول أيضاً: «كان رسول الله ﷺ يحبس نفقة أهله سنة. . فصح أن إمساك ما لا بد منه مباح، والشراء مباح، والمذكور بالذم، هو غير المباح بلا شك»^(٣).

فابن حزم يحمل الاحتكار على ضررين من التصرف:

أولهما - الشراء، وقت الحاجة والغلاء بما يزيد عن القوت لمدة سنة، سواء أكان المشتري تاجراً، أم غير تاجر، واستدل على جواز شراء وإمساك القوت لمدة سنة، بما صح من فعله ﷺ.

(١) «المحلى» لابن حزم الأندلسي: (٩/٦٤ وما يليها).

(٢) فرق بين حرية التجارة أو حق التملك من جهة، وبين حق الملكية، من جهة أخرى، لأن من ملك أن يملك لا يمد مالكا، فحق التملك مكنة أو مجرد إباحة، حتى إذا ملك فعلاً بسبب من أسباب كسب الملكية المعهودة في الشرع، كان مالكا، وثبت له بمقتضى هذا الحق سلطة التصرف والاستعمال والاستغلال فيما يملك، وكان في مركز ممتاز قبل الكافة، بما يتمتع به من ميزة الاستئثار والاختصاص.

(٣) المرجع السابق.

الثاني - امتناع التجار عن بيع ما يملكونه فعلاً وقت الغلاء، إضراراً بالمسلمين . هذا، وأكد ابن حزم، أن الاحتكار ليس محرماً لذاته بل لمآله، والمآل يختلف باختلاف الظروف التي تؤثر في تشكيله، وهو علة حكمه، ومناطه الخاص^(١).

وتأسيساً على هذا، فالاحتكار وقت الرخاء - في نظر ابن حزم - إحسان، إما لأن الشراء من الجالبيين المستوردين يحفزهم ويشجعهم على كثرة الجلب والاستيراد، فيحول ذلك دون نشوء الأزمات، وإما لأن الادخار وقت الرخص والرخاء، يقصد به التوسعة على الناس وقت الحاجة، وذلك بإخراج المدخر، وعرضه في السوق^(٢)، على النحو الذي كان عليه صنيع سعيد بن المسيب.

فاختلف حكم الاحتكار باختلاف القصد والظرف، لما في ذلك من أثر على مآل هذا التصرف، والتصرفات محكومة بنتائجها.

سادساً - مذهب الزيدية:

ذهب الزيدية إلى أن الاحتكار حرام.

قالوا: والأغلب في دفع الضرر عن العامة، إنما يكون في منع احتكار كل ما يضر

بهم^(٣).

(١) لا نعني بالمناط الخاص، أنه خاص بالاحتكار، وإنما نقصد أنه دليل تحريمه الناشئ عن مآله، تمييزاً له عن «المناط العام» الأصلي الذي يقضي بمشروعية التصرف في الملك، قبل طرؤه عارض الاحتكار وأثره.

(٢) وسيأتي أن بعض الفقهاء، يرى أن على ولي الأمر أن يحتكر وقت الرخاء ما عسى أن يحتاج إليه الناس مستقبلاً، في مخازن الدولة، أو يستورده ويخترنه على سبيل الاحتياط، حتى إذا احتاج الناس إليه، أخرجهم، تفرجاً لأزمته، وتفادياً لآثار احتكار التجار إن استغلوا هذه الأزمة. وهذا النوع من الاحتكار واجب لا جائز فحسب، وهو يشبه ادخار الرسول ﷺ القوت لعياله، لمدة سنة، وادخار رب الأسرة كذلك قياساً، والدولة عائلة كبيرة، وولي الأمر راعيها. «كلكم راعٍ، وكلكم مسؤول عن رعيته» [أخرجه البخاري: ٨٩٣، ومسلم: ٤٧٢٤، وأحمد: ٦٠٢٦، من حديث ابن عمر]. انظر «شرح صحيح مسلم للإمام الأبي المالكي»: (٤ / ٣٠٤). وهذا معقول؛ لأنه على النقيض من الاحتكار المحرم، قصداً وأثراً.

(٣) «البحر الزخار»: (٣ / ٣١٩). هذا، وقد ذهب الإباضية إلى تحريم الاحتكار أيضاً، قالوا: والنهي عن الاحتكار أشد من النهي عن غيره من البيوع الممنوعة، لانتظار المحتكر للجنة بالاحتكار، لحديث =

سابعاً - مذهب جمهور الحنفية:

ذهب الحنفية - ما عدا الإمام الكاساني^(١) - إلى أن الاحتكار مكروه تحريماً^(٢). جاء في «تبيين الحقائق»: «ويكره الاحتكار في القوت إذا كان يضر بأهل البلد، لقوله: «الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون»^(٣)، ولأنه تعلق به حق العامة، وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم، وتضييق الأمر عليهم، فيكره^(٤) إذا كان يضر بهم ذلك، بأن كانت البلدة صغيرة، بخلاف ما إذا لم يضر، بأن كان المصر كبيراً، لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره»^(٥).

غير أن جمهور الحنفية - على التحقيق - لا يطلقون القول بالكراهة التحريمية

= «المحتكر ينتظر اللعنة» [أخرجه الطبراني في «الكبير»: (١٣٥٦٧)، من حديث العبادلة]. وانظر «شرح النيل»: (١٠٢/٤).

أما الشيعة الإمامية، فقد ذهبوا إلى كراهة الاحتكار، غير أن بعض فقهاءهم يرى أن الاحتكار يختلف حكمه تبعاً لمدى قوة تأثيره على العامة، فيكون الاحتكار مكروهاً أو حراماً، بالنظر لتفاوت الأثر قوة وضعفاً، وهذا تفقه جيد.

(١) «البدائع»: (١٢٩/٥).

(٢) «تبيين الحقائق»: (٢٧/٦)، «حاشية الدر» لابن عابدين: (٢٧٨/٥). و«الاختيار» للموصلي: (٢٢٦/٤).

«الخراج» لأبي يوسف: ص ١٠٥.

(٣) أخرجه ابن ماجه: ٢١٥٣، من حديث عمر بن الخطاب.

(٤) وانظر أيضاً في «الفتاوى الهندية»: (٢١٤/٣).

(٥) في هذا إشارة إلى أن أصل الفعل مشروع، وإنما انصب النهي على الأثر، فتعارض حكم الأصل وحكم الأثر - كما ترى - فوجب على المجتهد الموازنة والترجيح، إذ لا يجوز أن يترك المجتهد التعارض قائماً دون رفعه، وتحري مقصد الشارع من هذين الحكمين، بما وضع في مناهج البحث من قواعد للتنسيق، فيناط الحكم سلباً وإيجاباً بما غلب من الضرر أو النفع. وإذا كان حكم الاحتكار من باب سد الذرائع، وهو قائم على أساس تعارض أصليين أو دليلين - كما رأيت - ولا بد من ترجيح أحدهما على الآخر بقوة الدليل، فكيف يسوغ لباحث، فضلاً عن الأصولي، أن يسند إلى بعض الأئمة عدم الأخذ بقاعدة الذرائع هذه، وهي لا تعدى قاعدة التنسيق بين دليلين متعارضين في التطبيق؟ بل قد ورد ذلك في السنة فيما نحن بصدد البحث فيه.

لجميع حالات الاحتكار وظروفه، بل يذهبون إلى التفاوت في الحكم، تبعاً للحالات المختلفة من حيث الشدة والضيقة، إذ يقولون: «ثم يقع التفاوت بين أن يتربص للغلاء، وبين أن يتربص للقطط، فوبال الثاني أعظم من وبال الأول»^(١).

والفلسفة الأصولية التي ينهض عليها اجتهاد جمهور الحنفية في حكم الاحتكار هذا، مستخلصة من النص السابق، تبدو فيما يلي:

أولاً: أن الاحتكار يتعاوره أصلاً تعارضاً.

أما الأصل الأول، فهو جُلُّ البيع والشراء بمقتضى حق الملكية، أو حرية التملك، بناءً على أصل الحل العام، أو الإباحة الأصلية.

والأصل الثاني: ما جاء من النهي عن الإضرار، لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(٢)، لكن النهي هنا لا لذات الفعل (الاحتكار)، بل لعاراض مجاور منفعك، وهو الضرر الذي ينشأ عن الاحتكار، ومن المتصور أن ينفك عنه، إذ يمكن أن يتم البيع والشراء على وجه لا يلحق ضرراً بالغير، فلا تلازم، ومن ثم لا يتسرب النهي إلى أصل الفعل، إذ ما دام التصرف والضرر متجاورين منفكين، فلا يعتبران بالتالي وحدة كاملة، بحيث يتسرب النهي من أحدهما إلى الآخر ضرورة.

وتأسيساً على هذا، فلمكان مشروعية أصل الفعل من حيث هو تصرف في حق الملكية، لا يقال بالتحريم، لأن هذه شبهة تحول دون الحكم بذلك، فقالوا بالكراهة التحريمية.

وأيضاً التحريم بمقتضى أصول الحنفية - ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه، وأحاديث الباب أحادية لا تفيد إلا الظن الراجح لا القطع.

إذن القول بالكراهة التحريمية - في اجتهاد الحنفية - اقتضاه أمران:

(١) إشارة إلى أن حكم الفعل منوط بأثره كما أشرنا.

(٢) أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣ من حديث جابر بهذا اللفظ، وهو عند ابن ماجه: ٢٣٤١،

وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون قوله: «في الإسلام».

الأول: التوفيق بين الأصلين المتعارضين ما أمكن.

الثاني: أن أحاديث الباب أحادية لا تفيد القطع.

والتحريم - بمقتضى أصول فقهم - لا بد أن يكون إما لذات الفعل، أو لأمر لازم له، ولا ينفك عنه، بدليل قطعي لا شبهة فيه، وكل ذلك لم يتوفر في الاحتكار، فقالوا بكراهته التحريمية، أو بعبارة أخرى مناط التحريم - في اجتهادهم - لم يتحقق في الاحتكار^(١).

بينما لا يشترط جمهور الفقهاء ما اشترطه الحنفية، لثبوت مناط التحريم.

ومن ثم كان مرد الاختلاف بين الفريقين «تحقيق المناط» في قواعد الأصول، كما ترى^(٢).

مناقشة آراء المذاهب الفقهية في حكم الاحتكار

جملة أدلة الجمهور:

استدل الجمهور بالسنة وآثار الصحابة والمعقول:

١ - أما السنة فما أوردنا من أحاديث الباب.

كما استدلو باللوازم العقلية^(٣) لنصوصها العقابية.

فالخاطئ هو متعمد ارتكاب الإثم، والإثم محرم بالنص، قال تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ﴾ [الأعراف: ٣٣]. هذا فضلاً عن ورود النهي عن الاحتكار صراحة، والنهي - في اجتهاد الجمهور - يقتضي التحريم.

(١) راجع بحث «أثر النهي في العبادات والمعاملات»، «أصول التشريع الإسلامي» ص ٥٦٥ ص ٥٧٢ للمؤلف.

(٢) أما الإمام الكاساني، فقد رأى تحقق مناط التحريم في الاحتكار، لأنه ظلم والظلم حرام قطعاً.

(٣) اللازم العقلي هو المعنى الذي يحكم العقل بالتلازم المنطقي بينه وبين المعنى اللغوي تلازماً لا انفكاك له، فدلالة النص على هذا اللازم العقلي يسمى دلالة الإشارة، وهي حجة إجماعاً - كما أشرنا - لأن الدال على الملزوم دال على اللازم.

وأيضاً «اللَّعْن» لا يكون على أمرٍ مباح أو مكروه، لأن اللعن - في الأصل - هو الطرد من رحمة الله، وهذا المعنى وإن لم يكن مراداً بالنسبة للمؤمن، فلا أقل من أن يراد به أشد الذم والقبح، وهو يقتضي التحريم لزوماً.

وأيضاً، يلزم عقلاً وشرعاً من الوعيد الشديد بجعل جزاء المحتكر الإلقاء في مكان عظيم من النار، يوم القيامة، أن يكون محرماً بلا ريب، لأن هذا الوعيد، أشد مما ورد في سائر البيوع الممنوعة، وكذلك «البراءة» من ذمة الله وذمة المسلمين، تستلزم ذلك.

هذا، وقد أشرنا إلى أن الإمام الكاساني يستند في استدلاله على الأدلة القاطعة في تحريم الظلم، وتحريم الضرر العام، إيقاعاً، وهذا يستلزم منع التسبب في ذلك، ووجوب إزالته إذا وقع، بالحديث المشهور الذي أرسى قاعدة عامة تشهد لها جزئيات في الشريعة وكليات: «لا ضرر ولا ضرار»^(١).

وهذه القاعدة القطعية المضمون^(٢)، حاکمة على التشريع كله، إلا ما استثني بدليل من الشارع نفسه، كجزاء أو عقوبة، تقتضيها أصول العدل في الإسلام.

وأيضاً في الاحتكار ظلم العامة، لأن حقهم متعلق بما احتكر وقت الأزمات، ومنع الحق عن مستحقه ظلم، والظلم محرم قطعاً، فمناطق التحريم قد تتحقق في اجتهاد الإمام الكاساني على هذا النحو القاطع.

ب - أدلة الجمهور من آثار الصحابة:

نهى أئمة الاجتهاد من الصحابة، ولاسيما الخلفاء الراشدون، عن الاحتكار، بل قاوموه فعلاً.

فقد أُثِرَ عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «لا حُكْرَةَ في سوقنا، لا يعمد رجالٌ بأيديهم

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن وانظر «نيل الأوطار» للإمام الشوكاني: (٥/١٦١ وما يليها).

(٢) إذ لا تعني المصلحة شرعاً جلب النفع فحسب، لأن هذا هو وجهها الإيجابي، بل تعني أيضاً دفع المضرة، وهذا هو وجهها السلبي.

فضولاً من أذهب^(١) إلى رزق الله، نزل بساحتنا، فيحتكرونه علينا^{(٢)(٣)}.

وروي عن عمر رضي الله عنه أيضاً أنه قال: «لا تحتكروا الطعام بمكة، فإنه إلحاد بظلم»^(٤).

وروي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه كان ينهى عن الاحتكار^(٥). كما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه أمر بطعام كان قد احتكر بشط الفرات فأحرق^(٦).

ج - أدلة الجمهور من المعقول:

من المؤكد أن ليس من سمات هذه الشريعة السماوية التخالف أو التناقض - كما أسلفنا - لأنها كلٌّ متسق لا يتعارض فيها جزئيٌّ وكليٌّ، وإنما ينبغي أن يُفهم الجزئيُّ في ضوء هذا الكليِّ.

وفيما نحن فيه، الاحتكار تصرّفٌ في حق الملك، وهو في الأصل مشروع. وهذا حكم جزئي، ولكن نشأت عنه أزمة جديدة، أو استغلت أزمة قائمة، وضرر عام،

(١) جمع ذَهَب، أي يملكون ثروات وأموالاً نقدية طائلة - فائضة عن حاجاتهم، يستخدمونها في التأثير على السوق، وتقلب أسعاره، تضييقاً على الناس، وإحداثاً للأزمات، ليستغلوها جشعاً، بدليل أن يكون موقفهم - بما هم فيه من مركز اقتصادي ومالي قوي - العمل على تيسير الحياة على الناس، وهم قادرون على ذلك، لمكان ما أشار إليه الإمام عمر بصيغتي الجمع: فضول وأذهب. ثم إن عمر بن الخطاب - وهو الخليفة يومئذ - أصدر هذا المنشور، لا ليحرم الاحتكار فقط، ويؤكد المعنى الديني الذي صاغه الرسول ﷺ في أحاديث الباب، بل ليعقد مقارنة بين من يبذل جهده، ويتجشم مشقات السفر في ذلك العصر، ليحمل على عمود كبه في الشتاء والصيف ما يجلبه من خارج البلاد، ليوسع على الناس، ويسد حاجاتهم، وبين الغني غنيّ فاحشاً، وهو مقيم في بلده، لا يقوم بأي عمل سوى التلاعب بأسعار السوق، بفضل ذبه الفاض!

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ»: (٦٥١/٢).

(٣) «المنتقى» للباجي: (١٧/٥).

(٤) أخرجه البخاري في «التاريخ الكبير»: (٢٥٥/٧) وانظر «الاختيار»: (١١٥/٣).

(٥) «المنتقى»: (٧/٥)، و«شرح الزرقاني على الموطأ»: (١٢٤/٤).

(٦) أخرجه البخاري في «التاريخ الكبير»: (٩٥/٢). وانظر «كنز العمال»: (١٠٣/٥)، و«الروض

النضير»: (٥٨٥/٣)، و«المحلى» لابن حزم الأندلسي: (٦٥/٩).

فنهض على أساس طروء هذا العارض، دليلٌ تكليفيٌّ كليٌّ جديد^(١)، وهو قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢) إذ الشريعة لا تقف مكتوفة الأيدي أمام الظروف الاجتماعية المتغيرة، لأنها حقائق راهنة، فلكلِّ حالةٍ حكم، فتعارض حكمان في مسألة الاحتكار، أصلُ المشروعية مع حكم الضرر العام، إذ الدليل التكليفي الكلي يقضي بوجود دفع الضرر، ومنع التسبب فيه، ولاسيما إذا كان عاماً، تحقيقاً لمصلحة عامة المسلمين، وصيانةً لحقهم، وسداداً لحاجاتهم، وهو أمرٌ مقطوعٌ به شرعاً.

أو بعبارة أخرى، نشأ عن هذا الظرف - وهو الاحتكار - حقُّ لعامة المسلمين تعلق^(٣) بما يملكه المحتكرون، ويحتسبونه، وهو ما صرح به أئمة المذاهب والفقهاء جميعاً، من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والشافعية^(٤) وغيرهم، ولاسيما الإمام الكاساني، كما رأيت، ولولا هذه الأزمة العارضة لما كان هذا التعلق، فوقع التعارض بين حكم جزئيٍّ - وهو مشروعية تصرف المالك في ملكه - ومقتضى أصل كليٍّ عام

(١) وهذا هو المناط الخاص بهذه الحالة، وهي حالة الاحتكار.

فالتعارض إذن قائم بين جزئي وكلي - كما ترى، ولا يجوز وقوعه في الشرع، بل لا يتصور، فلا بد من التنسيق بينهما، وذلك بمنع الاحتكار، وجبر المحتكرك على إخراج السلع، أو بذل المنافع، بالسعر أو الأجر العادل، وهو سعر المثل، صيانة لحق المسلمين، بإيصال حقوقهم إليهم في الحصول على ما يحتاجون إليه وهو ما جاءت به السنة.

فالحق المطلق لا وجود له في الشرع، بل تجب مراعاة حق الغير من الفرد والمجتمع إبان استعماله كسباً وانتفاعاً.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن.

(٣) ومنشأ هذا «التعلق» هو نشوء الأزمة، وعارض الشدة، وكلما اشتدت وطأة الأزمة، ازداد تعلق حق المسلمين بما عند المحتكرين، وهذا أبلغ دليل على تحقيق التكافل الاجتماعي بين الفرد والمجتمع، بالتشريع الملزم في الإسلام، بل اعتبر الإخلال بمقتضى هذا التكافل جريمة عظمى تستوجب العذاب العظيم في النار، وهو ما تضافرت على تقريره السنة الواردة في الاحتكار.

(٤) «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» للإمام الكاساني: (١٢٩/٥)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٢٧/٦)، و«المنتقى على الموطأ» للباي: (١٧/٥)، و«المدونة»: (١٢٣/١٠)، و«مغني المحتاج»: (٣٨/٢)، و«المهذب» للشيرازي: (٢٩٢/١)، و«نهاية المحتاج»: (٤٥٦/٣)، و«المغني»: (٢٨٣/٤) لابن قدامة الحنبلي.

قطعي، وهو وجوب دفع الضرر عن العامة، رعايةً لحقّهم، ولا يجوز إغضاء الطّرف عنه، والاجتزاء بالحكم الجزئي وحده، لأن هذا نظر مبتسر، وإخلال بأصل عام مقطوع به، هو أولى بالاعتبار، فوجب التوفيق بينهما: بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وهو ما جاءت به السنة.

مناقشة أدلة من اتّجه إلى أن الاحتكار مكروه تحريماً (جمهور الحنفية):

يتجه على هؤلاء ما يلي:

أ - أن الحنفية وحدهم هم الذين احتجوا بأن النهي إذا كان لأمر مجاور منك لا يفيد التحريم، وهذا أمر غير متفق عليه بين الأئمة، فلا يصح الاحتجاج به على غيرهم.

ب - لا يصار إلى الاحتجاج بقاعدة أصولية خاصة، أصلوها هم وحدهم، ليعارضوا بها مقتضى أحاديث صحيحة انتهت بمجموعها على تحريم الاحتكار، بل مفادها أنه كبيرة من الكبائر، بالنظر لما قرّرت من الوعيد الشديد، والبراءة من الله تعالى، واللعن، والإثم.

ولا يقال إنها أحاديث أحادية لا تفيد القطع، حتى تفيد التحريم، لأن هذا من أصول فقهم، فلا يحتج به على غيرهم.

ج - إن موضوع المسألة - محل البحث - هو «الضرر العام»، فإذا تناولنا المسألة منظوراً إلى موضوعها، بقطع النظر عن أحاديث الباب، فإن الأدلة المقطوع بها تتناوله بالتحريم قطعاً، على ما ذهب إليه الجمهور، والسنة جاءت مؤكدة لمقتضاها، وبذلك يتم اتساق المنطق التشريعي بين الجزئي والكلّي في الإسلام.

د - قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»^(١) نصّ في موضوعنا، لأنها صدرت عن

(١) سبق أن ذكرنا، أن هذه القاعدة مؤصلة في الدين، وحاكمة على التشريع، كله، لأن مضمونها قطعي تشهد له في الشرع جزئيات وكمالات. «نيل الأوطار» للشوكاني: (٥/٢٦١).

الرسول ﷺ في قضية سمرة بن جندب^(١)، حيث أساء استعمال حقه في نخلة كان يملكها في بستان لأنصاري، والقصة معروفة في كتب السنن والفقه^(٢).

هـ - إن تحريم الاحتكار يقضي به مبدأ سدّ الذرائع، وهو أصل مقطوع به، لأن أحداً من الأئمة لا يقول بجواز التذرع إلى المحرم، بحال^(٣).

و - ولا يقال إن الناس مُسَلِّطون على أموالهم، يتصرفون فيها كما يشاؤون، وأن مبدأ «التراضي»^(٤) في العقود، أساس حلّ انتفاع كل من المتعاقدين بمال الآخر، لأن كل ذلك مقيّد بأدلة الشرع الأخرى، التي توجب مراعاة حق الغير عدلاً، إبان التصرف في الحق كسباً وانتفاعاً، على نحو لا يلحق ضرراً بالغير راجحاً، ولا سيما بعامة المسلمين، كما أسلفنا، وهو ما يطلق عليه «درء التعسف في استعمال الحق».

ز - الاحتكار كالربا، بجامع أن في كل منهما كسباً خبيثاً بالانتظار، والتربص بالناس الحاجة، ولذا توعدّ الشارع على الاحتكار بمثل ما توعدّ على الربا.

وبذلك يترجح لديك القول بالتحريم القاطع، للأدلة التي نهضت به، من عمومات القرآن الكريم، والسنة، وقواعد الشريعة العامة، وآثار الصحابة، والمعقول، سالمة عن النقض والمعارضة.

(١) وذلك حين اشتكى أنصاري إلى النبي ﷺ تأذبه من سمرة بن جندب، باستطراق بستانه، وصولاً إلى نخلته التي يملكها، فعرض عليه الرسول ﷺ أن يبيعهما لأنصاري، دفعاً للضرر، فأبى سمرة، فعرض عليه أن يهبها له، ولسمرة مثلها في الجنة، فأبى أيضاً، فأمر الرسول ﷺ باستئصال شأفة نخلته، وقال له: إنما أنت مضار، ولا ضرر ولا ضرار.

(٢) أخرجه أبو داود بنحوه: ٣٦٣٦. وليس فيه «لا ضرر ولا ضرار». راجع كتاب: «نظرية التعسف في استعمال الحق» للمؤلف ص ١٤٨ - ١٩٤. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٣) «مسلم الثبوت»: (٢/٢٦٤).

(٤) المرجع السابق. وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية: «لا بد في صحة التصرف، من رضا المتصرف، وموافقة الشرع»، «الفتاوى»: (٣/٨٠). «نظرية التعسف في استعمال الحق» ص ٩٩. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

شروط الاحتكار

الشروط في المادة المحتكرة:

اختلف الفقهاء في المادة التي يجري فيها الاحتكار المحرم على اتجاهات: الاتجاه الأول: أن الاحتكار إنما يجري في قوت الأدمي فقط، وإلى هذا الرأي، ذهب الحنابلة المتقدمون في أرجح أقوالهم، جاء في «المغني»، أنه يشترط في الاحتكار ثلاثة شروط: وذكر في الشرط الثاني: أن يكون المشتري قوتاً^(١).

الاتجاه الثاني: أن الاحتكار يشمل قوت الأدمي وعلف الحيوان، وهو مذهب الهادوية والشافعية^(٢) والحنفية، خلافاً لأبي يوسف. وجاء في «تبيين الحقائق»^(٣): «واحتكار قوت الأدمي والبهيمة، في بلد يضر بأهله (أي ويكره الاحتكار في القوت في بلد إذا كان يضر بأهله)، وقيل: هو رأي الجمهور».

الاتجاه الثالث: (القول بالتعميم).

إن الاحتكار يجري في كل شيء، من طعام أو غيره، وإلى هذا ذهب متأخرو الحنابلة، وأبو يوسف من الحنفية، وابن عابدين، والشوكاني، وبعض المالكية. ونفرد بالبحث، التعميم في الاحتكار، في اجتهاد متأخري الحنابلة، وبعض المالكية، والظاهرية، واجتهاد أبي يوسف من الحنفية.

(١) (٤ / ٢٨٤ وما يليها)، والمشتري أي المبيع، أما الإدام، والعسل، والحلواء، والزيت، وعلف البهائم، فلا يجري فيها الاحتكار.

(٢) «المهذب»: (١ / ٢٩٢)، و«سبل السلام»: (٣ / ١٢٥)، و«نيل الأوطار»: (٥ / ٢٢١ وما يليها).

(٣) (٦ / ٢٧)، وانظر «حاشية الدر» لابن عابدين: (٥ / ٢٧٨)، و«الاختيار»: (٤ / ٢٢٦)، و«نيل الأوطار»: (٢ / ٢٢١)، و«البدائع»: (٥ / ١٢٩)، و«كتاب الخراج» لأبي يوسف ص ١٠٥. هذا واشترط الحنفية، الإضرار بأهل البلد، بقولهم: «إذا كان يضر بأهله» إشارة إلى أن «الاحتكار» ليس محرماً لذاته، بل لهذا الأثر، وهو مناط حكم المنع.

أ - التعميم في اجتهاد مُتأخري الحنابلة:

جاء في الحسبة لابن تيمية: «أن لولي الأمر أن يجبر أهل الصناعات على ما يحتاج إليه الناس من صناعاتهم، كالفلاحة، والحياكة، والبنائة، فإنه يقدر أجره المثل، فلا يمكن المستعمل (رب العمل) من نقص أجره الصانع عن ذلك، ولا يمكن الصانع من المطالبة بأكثر من ذلك، حيث تعين عليه العمل»^(١).

ويقول ابن قيم الجوزية في هذا الصدد ما يلي: «ومن هنا منع غير واحد من العلماء - كأبي حنيفة وأصحابه - القسامين الذين يقسمون العقار وغيره بالأجرة، أن يشتركوا، فإنهم إذا اشتركوا، والناس يحتاجون إليهم، أغلوا الأجرة عليهم، قلت: (أي ابن القيم): كذلك ينبغي لوالي الحسبة، أن يمنع مغسلي الموتى، والحمالين لهم من الاشتراك، لما في ذلك من إغلاء الأجر عليهم، وكذلك اشتراك كل طائفة يحتاج إلى منافعهم، كالشهود والدلائل وغيرهم»^(٢).

الاحتكار المزدوج (احتكار الشراء والبيع أو احتكار (الصنف) في اجتهاد مُتأخري الحنابلة، وهو شبيه بالاحتكار الدولي الذي تمارسه الدول الاستعمارية في العصر الحاضر^(٣).

يرى ابن قيم الجوزية، أن هناك نوعاً من الاحتكار المزدوج لأي صنف من

(١) «الحسبة» ص ١٤، و ص ٢٥.

(٢) «الطرق الحكمة» ص ٢٨٧ وما يليها.

(٣) المرجع السابق، هذا، ومن المعلوم في التاريخ السياسي الحديث، أن الاستعمار السياسي، وما يقوم عليه من احتلال عسكري، إنما كان للاستغلال الاقتصادي، فإبان استعمار بريطانيا لمصر مثلاً، في القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، احتكرت أهم إنتاج زراعي في مصر وهو «القطن» احتكاراً مزدوجاً، أو كما يسميه ابن قيم الجوزية (احتكار الصنف) إذ كانت بريطانيا تمنع المنتجين المصريين من أن يبيعوا إنتاجهم من القطن - وهو من أجود أنواع القطن في العالم - إلى غير بريطانيا من دول العالم، لتتحكم هي في تقدير ثمنه، فتقدر له أبخس الأثمان، ثم تمنع من إقامة مصانع الغزل والنسيج في مصر، لتصنيعه، بحجة أن جوها الحار لا يساعد على ذلك، لأن خيوط النسيج - في زعمها - يؤثر فيها الجو الحار في مصر، فتقطع، إيهاماً للمصريين بأن أفضل جو لغزل ونسجها هو جو إنكلترا، في =

أصناف السلع التي يحتاجها الناس، وسواء أكان في وقت الرخاء، أم في وقت الغلاء، ويصفه بأنه ظلم وفساد في الأرض، يمنع به الله قَطْرَ^(١) السماء، وحقيقته: أن تختص طائفة معينة من الناس بشراء وبيع صنف معين، أو أصناف معينة من الطعام أو غيره، أي لا تُباع تلك السلع إلا لهم، ولا تشتري إلا منهم، بما يفرضون من الثمن، تحكماً واستغلالاً.

وقد أشار ابن خلدون في «مقدمته»، إلى أن الاحتكار «المزدوج» من أهم الأسباب التي تؤدي إلى الظلم والفساد في الأرض، وانهايار الحضارة والعمران، وسقوط الدولة، بقوله: «وأعظم من ذلك في الظلم وإفساد العمران، والدولة، التسلُّط على أموال الناس، بشراء ما بين أيديهم بأبخس الأثمان، ثم فرض البضائع عليهم، بأرفع الأثمان، على وجه الغصب، والإكراه في الشراء والبيع»^(٢).

ووجوه الظلم في «احتكار الصنف» أو الاحتكار المزدوج تتلخص فيما يلي:
 أولاً - منع غيرهم من الاتجار في هذه السلع، وهذا هو احتكار الشراء.
 ثانياً - ظلمهم للبايعين المالكين الذين ينتجون تلك السلع، لأن أحداً من دون هذه الطائفة المحتركة، لا يستطيع أن يشتريها منهم، لتسلُّط هذه الطائفة، وقوة نفوذها في السوق، فيشترونها بأبخس الأثمان، إذ لا منافس لهم في الشراء.

= مصانع لانكشير ومانشستر وما إليهما، فتصدره إلى هناك، ثم تعود به إلى مصر منسوجاً، وتبيعه بأثمان فاحشة، لأنها تمنع الاستيراد من غير مصانعها.

وهذا نوع من الاحتكار الدولي - كما ترى - في البيع والشراء معاً، فلا تباع المادة إلا للدولة المستعمرة، ولا تشتري إلا منها، تحكماً واستغلالاً لثروات الشعوب المستضعفة.

(١) يمنع الله بسببه نزول المطر.

(٢) «المقدمة» ص ٢٨٩، الطبعة الرابعة.

ومما هو جدير بالذكر، أن هذا التعميم، يشمل جميع وجوه الحضارة، المادية والمعنوية، على الدولة أن تعمل على إعداد المتخصصين، ثم إجبارهم على أداء ما تحتاجه الأمة إن تقاعسوا، بضمن أو أجر المثل، نهوضاً بمرافقها العامة، فألقى التشريع الإسلامي على الأمة ممثلة في الدولة بمسؤوليتها العامة، كما ألقى بالمسؤولية الخاصة على القادرين من أبنائها، وبذلك التقت المسؤولية العامة والخاصة في آن معاً، تكافلاً ملزماً. راجع بحث أنواع العام في «المناهج الأصولية» للمؤلف، ص ٣٨٩. ط. الرسالة ٢٠٠٨.

ثالثاً - ظلم هذه الطائفة المحتكرة للمستهلكين الذين يشترون منهم، لتحكّمهم في الأسعار، إذ لا يوجد ذلك الصنف عند غير تلك الطائفة، وهذا هو احتكار البيع، فاجتمع في احتكار الصنف - كما يقول ابن القيم - احتكار البيع والشراء، معاً، كما رأيت.

هذا، والاحتكار المُحرّم في فقه متأخري الحنابلة، يشمل أقوات الناس، وقوت الحيوان، والسلع، ومنافع الدور، والأرض، وخبرات العمال، والفنيّين، وذوي الاختصاص من أصحاب المهن الحرّة، والمثقفين الأكفيا، والصناعة، والبنية، والنساجة، والفلاحة، ويشمل المحاماة، والصيدلة، والطب، والهندسة، قياساً، والولايات العامة والخاصة، بل وكل ما يضرُّ بالناس احتكاره واحتباسه.

وتأسيساً على هذا يتعيّن على أربابه كلُّ فيما يملك، وفيما يختص به، أن يبذله، ويثمن أو أجر المثل، عدالة، لأن من قضيا العقل والدين، أن «ما لا يتم الواجب إلّا به فهو واجب»، وهو فقه يتصل بمبدأ سياسة التشريع، ويطلق عليه المالكية «فقه الاحتياط»^(١).

(١) فإذا كان إجبار «مغسلي الموتى» على القيام بعملهم، بأجر المثل، واجباً، ولا يجوز لهم أن يشتركوأ، لحاجة الناس إلى منافعهم، وكذلك إجبار الدالين والقسمين وغيرهم، كما يقول ابن القيم، فمن باب أولى، أن يجبر من يتوقف على علمه أو عمله، ومنافعه وخبراته، مصلحة عامة للمسلمين، أو تسيير الشؤون الهامة في الدولة، علمياً، واقتصادياً، وثقافياً، وعسكرياً، وما إلى ذلك، لأن الحاجة إلى مثل هذه الأمور أظهرٌ وأمسُّ، وأثرها أعظم بالبداهة، ولذا، كان التخصص في هذه الفنون والصناعات، والمهن، والعلوم المختلفة، النظرية والتجريبية، فرض كفاية على الأمة شرعاً، وهو من صميم وظائف الدولة الإسلامية، لأنها قائمة مقامها، حتى يتمكن المتخصصون في النواحي الاجتماعية والاقتصادية، والعلمية، والفنية، والسياسية، والعسكرية، من تحقيق مرافق الدولة، وإقامة مصالحها العامة الشاملة لجميع أسباب الحضارة، مادياً ومعنوياً، مما تحتاج الأمة إليه، وعلى الوجه الأكمل، ونحن نعلم أن الحاجة العامة حق من حقوق الله تعالى، لا يجوز إهمالها أو الاستهانة بشأنها، لأن عدم الوفاء بها ضرر عام، وهو مدفوع في الدين: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكَ فِي الْبَيْنِ مِنْ حَرَجٍ» [الحج: ١٧٨] «ولا ضرر ولا ضرار» [أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن]، ولذا كانت الحاجة العامة دليلاً تخصص به الأقيسة والعمومات، إذ من المقررات الفقهية أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة =

وقد أشار ابن القيم إلى إعداد من يقومون بأعمال الولايات العامة والخاصة^(١)، فرضاً على الكفاية، ثم إجبارهم على أداء خدماتهم للأمة إذا احتاجت إليها بأجر لا وكس فيه ولا شطط، وهذا من وظائف الدولة الإسلامية.

وفي هذا المعنى يقول ابن القيم: إن تعلم هذه الصناعات فرض على الكفاية، لحاجة الناس إليها، وكذلك تجهيز الموتى ودفنهم، وكذلك أنواع الولايات العامة والخاصة^(٢) التي لا تقوم مصلحة الأمة إلا بها^(٣).

وأكدوا هذا المعنى بقولهم: «إذا احتاج الناس إلى فلاحه قوم، أو نساجتهم، أو بنائهم^(٤)، صار هذا العمل واجباً يجبرهم ولي الأمر عليه بعوض المثل إذا امتنعوا عنه، ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل، ولا يمكن الناس من ظلمهم، بأن يعطوهم دون حقهم^(٥)» فحرية التصرف في حق الملك مقيدة بعدم الضرر العام، والتوازن، والتوفيق بين الحقيين، حق العمال، وحق المجتمع، دون افتئات

= عامة كانت أم خاصة، فمواقع الضرورة والحاجة الماسة مستثناة من قواعد الشرع وعموماته، وإطلاقاته، فالاحتكار المحرم إذن، شامل لكل ما تحتاج إليه الأمة من الأقوات، والسلع، والمقارنات من الأراضي والمسكن، وكذلك الأعمال والخبرات العلمية، والمنافع، لتتحقق مناطه، وهو الضرر اللاحق بعامة المسلمين، من جراء احتباسه، وإغلاء سعره.

(١) «الحسبة» لابن تيمية ص ١٤ - ٢٥. «الطرق الحكمية في السياسة الشرعية» لابن قيم الجوزية ص ٢٨٩، وبذلك يتبدى لك أن مفهوم الدولة في الإسلام ليس مقصوراً على كونها مجرد حارسة، بل هي ذات وظائف تتعلق بمرافق الدولة الضرورية في كل عصر، مهما ازدادت وتعقدت بتقدم الحضارة وتطورها، وهي من الفروض الكفائية، بل من وظائفها الإشراف على تصرفات التجار وأرباب المهن والحرف والكفاءات العلمية ومن إليهم. راجع بحثاً مطولاً في «المناهج الأصولية» للمؤلف ص ٣٨٩: صيغة عامة يراد منها العموم ويدخلها الخصوص، وهو مراد أيضاً.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) وفي هذا المعنى يقول العز بن عبد السلام: «إن من يتعين للولاية العامة، ولا يوجد من يقوم مقامه، لا يقبل عزله ولا انعزاله» «قواعد الأحكام» للعز بن عبد السلام: (٢/).

(٤) ويقاس على ذلك غيره من الأعمال، لأن المناط هو دفع الضرر العام، وما ذكره ابن القيم شامل للزراعة، والصناعة، والعمران.

(٥) «الحسبة» لابن تيمية: ص ١٤ و ص ٢٧، و«الطرق الحكمية» ص ٢٦٧.

أحدهما على الآخر، هو العدل بعينه، في التشريع الإسلامي، فلا افتئات، ولا استغلال، ولا محاباة، وهو المعنى الذي أشار إليه المالكية أيضاً^(١).

وما أشار إليه ابن القيم من الفلاحة، والنساجة، والبناية، شامل لأسباب الحضارة في بعض وجوهها المادية، من الزراعة، والصناعة، والعمارة، وهذا على سبيل المثال، فيقاس عليه غيره، لوحدة العلة، وهي الحاجة العامة.

ب - التعميم في الفقه المالكي:

جاء في «المدونة الكبرى»: «قال: وسمعت مالكا يقول: «الحكرة في كل شيء في السوق، من الطعام، والزيت، والكتان، وجميع الأشياء، والصوف، وكل ما أضر بالسوق... قال مالك: يمنع من يحتكره، قال: فإن كان ذلك لا يضر بالسوق، قال مالك: فلا بأس بذلك» وقد أوردنا هذا النص آنفاً.

وفي رواية المطرف عن ابن الماجشون عن الإمام مالك رضي الله عنه «أن جميع القطني والحبوب هي للقت والعلوفة - للحيوان - يتعلق بها هذا المنع».

وجاء في المنتقى «شرح الموطأ» للإمام مالك: «فالذي رواه ابن المواز، وابن القاسم عن مالك، أن الطعام وغيره من الكتان والقطن وجميع ما يحتاج إليه في ذلك سواء فيمنع من ذلك ما أضر بالناس»^(٢)، فيما عدا المجلوب، وما استغله المحتكر من قرينته^(٣) وسيأتي القول فيه.

(١) وذلك حين رأوا باجتهادهم وجوب التسعير على هذا الأساس بعينه، حيث قالوا: «ولا يمنع البائع ربحاً (أي معقولاً عادلاً) ولا يسوغ (أي الإمام) له ما يضر بالناس. «المنتقى على الموطأ»: (١٦/٥) للباغي، فلا يلتقي التشريع الإسلامي في أصوله مع المذهب الفردي الذي يجعل الحق الفردي المطلق هو محور التشريع، ولا مع المذاهب المتطرفة التي تجعل من حق المجتمع وحده محور التشريع، لمجافاة كليهما للعدل في نظر الإسلام.

راجع: مقدمة «نظرية التصرف في استعمال الحق» الطبعة الثانية، طبع مؤسسة الرسالة للمؤلف ١٩٧٧. و«أصول التشريع الإسلامي»: النظام الشرعي العام ص ٢٥٧ للمؤلف.

(٢) «المدونة الكبرى»: (١٢٣/١٠)، وراجع في التعميم «مقدمات ابن رشد»: (٢٩٠/٣)، و«المنتقى»: (١٦/٥) وما يليها، و«عون المعبود في شرح سنن أبي داود»: (٣١٤/١٠).

(٣) المرجع السابق.

ج - التعميم في اجتهاد الإمام أبي يوسف، وفقه الظاهرية:

وجاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «والاحتكار في كل ما يضر بالعامه في قول أبي يوسف»^(١). ولو كان ذهباً، أو فضة، أو ثياباً^(٢).

والتعميم قال به الظاهرية أيضاً، جاء في «المحلى» لابن حزم^(٣): «والحكرة المضرة بالناس حرام». هكذا بإطلاق دون تقييد.

أدلة الاتجاه الأول: (الاحتكار مقصور على قوت آدمي فقط).

أولاً: إن بعض أحاديث الباب قد وردت مطلقاً دون تقييد للمادة المحكرة بكونها من الأقوات أو غيرها، كقوله ﷺ: «من احتكر فهو خاطئ»^(٤) وكقول عمر رضي الله عنه: «لا حكرة في سوقنا»^(٥)، وبعضها ورد مقيداً بكونه من الطعام كقوله ﷺ: «من احتكر طعاماً...»^(٦). قالوا: ومن المقرر أصولياً أن المطلق يحمل على المقيد اتفاقاً إذا اتحد الحكم والموضوع والسبب^(٧).

ثانياً: سلطة المالك، وولايته في التصرف فيما يملك، ثابتة بأدلة مقطوع بها ولا تسلب هذه السلطة أو تقييد إلا عند الضرورة أو الحاجة، ولا حاجة ماسة في غير القوت.

(١) «الفتاوى الهندية»: (٣/٢١٣-٢١٤)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٦/٢٧)، «البدائع» للكاساني: (١٢٩/٥).

(٢) بحث للشيخ أبي زهرة في «نظرية التعسف» السابق الإشارة إليه.

(٣) «المحلى»: (٩/٦٤) المسألة ١٥٦٧.

(٤) أخرجه مسلم: ٤١٢٣، وأحمد: ١٥٧٥٨، من حديث معمر بن عبد الله العدوي.

(٥) أخرجه مالك في «الموطأ»: (٢/٦٥١).

(٦) أخرجه أحمد: ٤٨٨٠، من حديث ابن عمر.

(٧) أما وحدة الحكم فهي التحريم، وأما وحدة الموضوع فهي الاحتكار، وأما وحدة السبب، فهي الإضرار بالناس. راجع «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي» في بحث حمل المطلق على المقيد. ص ٥٠٩ - ٥٢٤. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

ثالثاً: إن تحريم الاحتكار إنما يتعلق بأثره لا بذاته إجماعاً، والأثر هنا هو الضرر العام، غير أن مراد الشارع، نوع معين من الضرر، وهو ذلك الضرر الغالب والمتعارف وقوعه، والناشئ عن حبس الأقوات بخصوصها^(١)، لا مطلق الضرر من حيث هو، حتى يشمل كل ضرر أياً كان سببه، أو منشؤه، ويؤيد هذا المعنى ما يأتي:

أ - ما ورد من أحاديث الباب مقيداً بالطعام، والتقيد لا يكون لغير غرض، والغرض هنا بيان شرع، فالتقيد إذن معتبر وأساس في تشريع الحكم، وإذا كان لغرض تشريعي، كان له مفهوم مخالف، وهذا ما صرنا إليه.

ب - ما ورد عن أئمة الفقه من مثل الأوزاعي حيث قال: «إن المحتكر من يعترض السوق، ليشتري منها الطعام الذي يحتاجون إليه، ليحتكره»^(٢).

ج - وما روي عن الإمام أحمد، فيما روى الأثر، قال: سمعت أبا عبد الله - يعني الإمام أحمد - يسأل في أي شيء الاحتكار، فقال: إذا كان قوت الناس^(٣) فهو الذي يكره، أي يحرم.

وقال أبو داود: سألت أحمد: «ما الحكرة؟» قال: ما فيه عيش الناس، أي قوتهم. د - قالوا: وهذا هو قول ابن عمر من الصحابة، ورأي الصحابي حجة، لأنه أفهم لمراد الكتاب والسنة^(٤).

هـ - ما روي عن سعيد بن المسيب - إمام أهل الأثر^(٥) - ومَعْمَر، من أنهما كانا

(١) «نيل الأوطار» للشوكاني: (٥/٢٢١ وما يليها).

(٢) المرجع السابق.

(٣) «عون المعبود»: (١٠/٣١٤ وما يليها).

(٤) المرجع السابق. على أن حجية قول الصحابي مختلف فيها، والحنابلة والحنفية يذهبون إلى التخصيص بقول الصحابي. انظر: «مناهج العقول على المنهاج» (٢/١٣٠).

(٥) إمام مدرسة الحديث في المدينة في العصر الأموي، وأبرز مميزات الأخذ بالنصوص لوفرة مذخورهم من السنة النبوية، على أن سعيد بن المسيب كان يجتهد بالرأي على أساس المصلحة المرسله، كما سنرى في تأويله لحديث التسعير، ولكن بقدر.

يحتكران الزيت، وهما من رواة أحاديث الاحتكار، فدل على أن الاحتكار المحرّم مقصودٌ على القوت، ولا يجري في كل شيء. ولعل هذا عمدة قدامى الحنابلة وغيرهم في استثناءهم الإدام، والزيت، والعسل، والحلواء، وعلف البهائم من الاحتكار، مفهوماً وحكماً.

أدلة الاجتهاد الثاني: (الاحتكار يشمل حكمه حبس علف الحيوان أيضاً).

قالوا^(١): إن الشريعة الإسلامية قد حرّمت الإضرار بالحيوان، وجعلت المحافظة على حياته حقاً من حقوق الله تعالى، فأوجب على مالكة الإنفاق عليه، حتى إذا عجز كان واجباً على المسلمين رعايته، وحفظ بقائه، وفي ذلك مصلحةٌ غير مباشرة للإنسان، لانتفاعه به في شتى وجوه الانتفاع، ثم هو مال، بل منه ما هو من أنفس الأموال، فلا يجوز إهماله، للنهي عن إضاعة المال.

أدلة الاتجاه الثالث: (من قال بالتعميم):

أولاً: إن «العلة» إذا كانت هي الإضرار بعامة المسلمين فكلُّ ما يؤدّي إلى ذلك، يمنع التسبب فيه، لوحدة الأثر أو المآل، وهو الضرر العام. ثانياً: حقيقة الضرر من حيث هو، بقطع النظر عن منشئه، محرّم بالنص، إلا أن يكون جزاءً عادلاً قرّره الشارع بنص خاص، أو التزاماً فرضه الشارع بنص أمر، أو بدليل شرعي معتبر، وليس ثمة في فقه مسألتنا ما ينهض بالتفرقة بين ما هو متعارف من الضرر، وغير متعارف من الأدلة، وليس أدلُّ على ذلك من عموم قول الرسول ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢) بإطلاق.

ثالثاً: نعم! ورد من الأحاديث ما هو مقيد بالطعام، لكن ورد أيضاً ما هو مطلق، والقاعدة، وإن كان مسلماً أصلها، لكن مناطها الأصولي غير متحقق في هذه المسألة، فلا تطبق بالتالي، وبيان ذلك:

(١) «المغني» لابن قدامة: (٢٨٣/٤)، و«المهذب» للشيرازي: (٢٩٢/١)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٢٧/٦).

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن.

أن حمل المطلق على المقيد - كما هو معلوم - تأويل، وهو خلاف الأصل، فلا يصار إليه إلا بموجب ومسوّغ، كما ذكرنا، والموجب هو التعارض، ولا تعارض هنا، إذ التعارض إنّما ينشأ أن لو كان للمقيد «الطعام» مفهوم مخالف، لكن «الطعام» لقب، واللقب لا مفهوم له عند الجمهور، فلا يدل بالتالي على نفي الحكم فيما وراء القيد، وبالتالي لا تعارض، فلا موجب إذن للتأويل، أو حمل المطلق على المقيد، فوجب إعمال الدليلين، المطلق والمقيد، وهذا يعني التعميم، وهو ما اتجهنا إليه.

رابعاً: إن تخصيص «الطعام» بالذكر، إنما أُخْرِجَ مُخْرَجَ الغالب، لكثرة وقوع الاحتكار فيه، لا لتقييد الحكم به، إذ لا يصلح لذلك، لأنه «لقب» كما أشرنا، فانهار شرط إعمال القاعدة فلا تطبق القاعدة بدون شرطها.

خامساً: من المقرر في علم الأصول، «أن أفراد فرد من العام بحكمه لا يخصه» فيبقى النص على عمومه، وهو ما نقول به.

سادساً: (وهو دليل عقلي) أن دفع الضرر العام، والتنسيق بين المصلحة العامة والخاصة، هو الحكمة التشريعية من تحريم الاحتكار، وهو العدل بعينه، والعدل لا يتجزأ، فوجب تحريم التسبب في إحداث هذا الضرر، في كل صورة من صور الاحتكار، لا احتكار الطعام خاصة، منعاً من التناقض في التشريع.

النقد العام لأدلة الآراء الثلاثة، والمقارنة فيما بينها، والترجيح:

يتجه على من ذهب إلى التقييد بقوت الآدمي والحيوان، ما يلي:

أولاً: إن مناط قاعدة حمل المطلق على المقيد لم يتحقق في أحاديث الباب، فضلاً عن أنه لا مفهوم للقب عند الجمهور، وأن أفراد فرد من العام (الطعام) بحكمه، لا يفيد التخصيص والتقييد عند الأصوليين، كما أشرنا.

يؤكد ذلك عموم قوله ﷺ: «من احتكر حُكْرَةً يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطئ»^(١)؛ لأن النكرة في سياق الشرط تعم.

ويؤيده أيضاً حديث معقل بن يسار: «من دخل في شيء من أسعار المسلمين،

(١) أخرجه أحمد: ٨٦١٧، والحاكم: (١٢/٢)، والبيهقي: (٣٠/٦) من حديث أبي هريرة، وهو حسن لغيره.

لِيُغْلِيَهُ عَلَيْهِمْ، كَانَ حَقًّا عَلَى اللَّهِ أَنْ يَقْعِدَهُ بِعُظْمٍ مِنَ النَّارِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ». وَالنَّكْرَةُ فِي سِيَاقِ الشَّرْطِ تَعْمٌ، كَمَا أَسْلَفْنَا.

ثانياً: أن العلة في التَّحْرِيمِ لَيْسَتْ هِيَ ذَاتُ الْإِحْتِكَارِ، بَلْ أَثْرُهُ مِنَ الضَّرْرِ الْعَامِّ، فَيَعْتَبَرُ حَقِيقَةُ الضَّرْرِ، لَا الْمَتَعَارِفُ النَّاشِئُ عَنِ احْتِكَارِ الطَّعَامِ بِخَاصَّةٍ.

يَقُولُ الشُّوْكَانِيُّ فِي هَذَا: «وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْعِلَّةَ إِذَا كَانَتْ هِيَ الْإِضْرَارُ بِالْمُسْلِمِينَ، لَمْ يَحْرَمْ الْإِحْتِكَارُ إِلَّا عَلَى وَجْهِ يَضُرُّ بِهِمْ، وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ الْقَوْتُ وَغَيْرُهُ؛ لِأَنَّهُمْ يَتَضَرَّرُونَ بِالْجَمِيعِ»^(١).

إِنَّ التَّنْسِيقَ بَيْنَ الْمَصْلُحَةِ الْخَاصَّةِ وَالْعَامَّةِ عَدْلٌ فِي نَظَرِ الْإِسْلَامِ، وَدَفْعُ الضَّرْرِ الْعَامِّ مَصْلُحَةٌ حَقِيقِيَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ، فَيَجِبُ دَفْعُهُ أَيَّ كَانَتْ مَنشُؤُهُ، مِنَ الطَّعَامِ - أَوْ غَيْرِهِ - لِأَنَّ الْعَدْلَ لَا يَتَجَزَأُ، كَمَا أَسْلَفْنَا.

عَلَى أَنَّا نُوَدُّ أَنْ نَنَاقِشَ مِنْ قَالٍ بِالتَّقْيِيدِ، مَا قَوْلُهُمْ فِي احْتِكَارِ السَّلَاحِ وَقَتِ الْجِهَادِ؛ عَلَى فَرَضِ أَنَّهُ مَبَاحٌ الْإِتْجَارَ بِهِ، وَالِامْتِنَاعُ عَنْ بَيْعِهِ، وَالتَّحَكُّمُ فِي سَعْرِهِ؟^(٢). أَيْقُولُونَ بِجَوَازِ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الْقَوْتُ! وَفِيهِ مِنَ الْخَطَرِ الَّذِي يَلْحُقُ بِالْأَنْفُسِ وَالْأَمْوَالِ وَالْأَوْطَانِ مَا لَا يَخْفَى؟ وَهَلْ هَذَا الْقَوْلُ يَتَّفِقُ وَمَقَاصِدُ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ فِي الْمَحَافِظَةِ عَلَى النَّفْسِ وَالْدِينِ وَالْمَالِ وَالْعَرَضِ وَالْعَقْلِ؟

وَمَا قَوْلُهُمْ أَيْضاً فِي جَوَازِ احْتِكَارِ الثِّيَابِ مِثْلاً وَالنَّاسِ فِي عَوْزِ، لَشِدَّةِ الْبَرْدِ، وَلَا سِيَّمَا فِي الْمَنَاطِقِ الْبَارِدَةِ؟ وَهَلْ يَقُولُونَ بِجَوَازِ احْتِكَارِ الْعَقَاقِيرِ وَالْأَدْوِيَّةِ، اسْتِغْلَالاً لِحَاجَةِ الْمَرْضَى. وَقَدْ تَكُونُ حَاجَةٌ هَوْلَاءُ إِلَى الدَّوَاءِ أَمَسَّ وَأَشَدَّ مِنْ حَاجَتِهِمْ إِلَى الطَّعَامِ، وَنِسْبَةُ الْمَرْضَى فِي الْمَجْتَمَعِ قَدْ تَبْلُغُ الثَّلْثَ عَلَى أَقْلٍ تَقْدِيرَ الْإِحْصَاءِ؟

وَهَلْ يَقُولُونَ بِجَوَازِ احْتِكَارِ مَنَافِعِ الدُّورِ وَالْمَسَاكِنِ وَالنَّاسِ فِي الْعِرَاءِ بِلَا مَأْوَى؟ وَيَتَجَهَّ عَلَى احْتِجَاجِهِمْ بِاحْتِكَارِ سَعِيدِ بْنِ الْمَسِيْبِ وَمَعْمَرِ غَيْرِ الْأَقْوَاتِ، فَذَلِ

(١) «نيل الأوطار»: (٢٢١/٥) وما يليها.

(٢) كان الاتجار في السلاح قديماً مباحاً حراً، فلو فرض أنه لا يزال إلى اليوم كذلك، كما كان في عهد الأئمة المجتهدين، هل يجوز احتكاره وقت الأزمات والحروب، والمسلمون في حالة حرب مع أعدائهم؟

على أنه جائز فيما عدا القوت، أنه لا حجة لهم فيه، لأنه ليس احتكاراً على التحقيق، إذ لم يتحقق فيه مناطه، بل هو ادخار للتوسعة على الناس وقت الحاجة، فهو من حيث الأثر على النقيض من الاحتكار المحرم، كما في رواية أبي الزناد في «المهذب»^(١): «قال: قلت لسعيد بن المسيب: بلغني عنك أنك قلت بأن رسول الله ﷺ قال: «لا يحتكر إلا خاطئ» وأنت تحتكر! قال: ليس هذا الذي قال رسول الله ﷺ إنما قال رسول الله ﷺ: «أن يأتي الرجل السلعة عند غلائها، فيغالي بها، فأما أن يأتي وقد اتضع^(٢)، فيشتريه، ثم يضعه^(٣) فإن احتاج الناس إليه أخرجته، فذلك خير»^(٤).

فهذا - كما ترى - ادخار للتوسعة، وهو رفق وإحسان - كما يقول ابن حزم - لا استغلال فيه أو إضرار، فلم يتحقق فيه مناط الاحتكار المحرم المنظور إليه من حيث أثره ومآله، كما أشرنا.

هذا، ويمكن أن نطلق عليه «الاختزان الاحتياطي» وهو ما تقوم به الدول الآن لمصلحة مواطنيها إذا توقعت الحاجة العامة إليه، فيكون عندئذ واجباً لا حراماً.

فهو وإن اتفق مع الاحتكار صورة، لكنه على النقيض منه أثراً ومآلاً، والعبرة بالمآل، لأن التصرفات محكمة شرعاً بنتائجها.

هذا، واحتكار وسائل إنتاج الأقوات، والسلع، زراعية كانت أم صناعية، كآلات الحراثة، وآلات الصناعة، والأسمدة الكيماوية، وما إليها، وكذلك مواد البناء اللازمة لإنشاء المساكن، لأنها وسائل إنتاج الزراعة، والصناعة، وتشيد العمران، توفيراً للانتفاع بها، إذا استحكمت أزمته بالناس، كل أولئك وما في معناه من الوسائل يأخذ

(١) «المهذب» للشيرازي: (٢٩٣/١).

(٢) انخفض سعره لكثرة عرضه، وقلة الطلب عليه.

(٣) يختزنه أو يدخره.

(٤) المرجع السابق.

احتكارها عين حكم احتكار الأقوات، أو السلع، أو المنافع الضرورية ذاتها، شرعاً، عملاً بمبدأ سد الذرائع.

وقد ذكرنا آنفاً، أن مقررات الشرع الإسلامي التي أشار إليها الفقهاء في أكثر من موضع، أنه كلما اشتدت الأزمة وطأة، نتيجة للاحتكار، ازداد تعلق حق عامة المسلمين بما عند المحتكرين وثاقاً وقوة.

والأئمة القدامى عليهم السلام وإن لم يفضلوا هذا التفصيل، فذلك مرده إلى آثار بيئاتهم في فقههم، إذ لم تكن هذه الحالات والأزمات قائمة في عصرهم، حتى يوجدوا لها حلاً، لبساطة الحياة يومئذ، والفقه صدى البيئة.

غير أن قدامى الفقهاء قد وضعوا أصولاً تشتق من استدلالاتهم، هي الكفيلة بإمداد المجتهد بالحكم في كل نازلة تطرأ، ألا ترى إلى قول أبي يوسف: كل ما أضرَّ بالناس حبه فهو احتكار؟ وقول الإمام ابن حزم: «الحكرة المضرة بالناس حرام»، أضف إلى ذلك، أن الأصوليين، قد بنوا حكم الاحتكار لا على النصوص الجزئية التفصيلية الخاصة به فحسب، بل على أصول معنوية عامة أيضاً، ثبتت بالاستقراء قطعيتها، وبنوا عليها أحكام صور أخرى من الاحتكار، مهما تطورت بالناس الظروف والأحوال، على النحو الذي رأينا في اجتهاد الإمام الكاساني، سلطان العلماء.

هذا، ولا تخفى قوة أدلة تحريم احتكار علف الحيوان، لأن رعايته حق من حقوق الله تعالى، كما ذكرنا، وبذلك يترجح لديك القول بتعميم حكم الاحتكار على كل ما أضرَّ بالناس والحيوان والدولة احتباسه، من مثل الأراضي^(١) والمسكن والمنافع، والسلع، والثياب، والدواء، ومواد البناء، والأسمدة، وخبرات الأطباء وغيرهم، اتساقاً مع مراد الشارع، وحمايةً لحكمة التشريع التي تمثل العدل في جميع مظانه^(٢)، وتدفع الضرر العام.

(١) يعتمد كثير من الأثرياء، والمقاولين، ومن إليهم، ممن لديهم فضول ثروات طائلة وأذهاب فائضة - كما قال الإمام عمر رضي الله عنه إلى شراء الأراضي، والمسكن، واحتكارها، ثم التحكم في أسعارها، والناس في حاجة ماسة إليها، استغلالاً وجشعاً، كما يرى في زمننا هذا، وهذا محرّم قطعاً، لضرره البالغ بعامة المسلمين، ولا سيما الفقراء.

(٢) والعدل لا يتجزأ.

الشرط الثاني:

ألا تكون المادة مجلوبة (مستوردة) بل مشتراة من سوق المدينة، لتحتكر على أهلها.

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على اتجاهين.

الاتجاه الأول: يشترط الشراء من المدينة، أما الجالب (المستورد) إذا احتبس ما استورده، فلا يكون محتكراً، وهو اتجاه جمهور الحنفية، وجمهور المالكية، والشافعية، وقدامى الحنابلة، والأباضية، والأوزاعي.

أما جمهور الحنفية فقد جاء في البدائع: «ولأن ما بيع في المصر، فقد تعلق به حق العامة»^(١) خلافاً للبارتي والشرنبلالي، إذ لم يشترط الشراء، بل عرفا الاحتكار بأنه «حبس الأقوات للغلاء»^(٢)، هكذا بإطلاق.

وأما جمهور المالكية: فقد نصَّ الإمام الباجي على أنه «لا يمنع (الجالب) احتكاره ولا إمساكه، ما شاء، كان ذلك عن ضرورة أو غيرها، وقد روي ذلك عن ابن المواز عن مالك»^(٣) فهو كحابس غلته»^(٤).

(١) «البدائع» للكاساني: (١٢٩/٥)، و«العناية على الهداية»: (١٢٦/٨)، أما الحصكفي وابن عابدين، فقد اشترطوا الشراء بقولهم: «اشترى الطعام ونحوه...». وجاء في الاختيار أيضاً للموصلي ما يؤكد هذا المعنى: «أن يبتاع طعاماً من المصر، أو من مكان يجلب طعامه إلى المصر، ويحبسه إلى وقت الغلاء».

(٢) «رد المحتار»: (٣٥١/٥)، و«الكفاية على الهداية»: (٤٩١/٨).

(٣) وجاء في «المنتقى» أيضاً، تأكيداً لما قدمنا: «أما ما يمنع من الاحتكار، فإن الناس في ذلك على ضربين:

أ - ضرب صار إليه بزراعته أو جلابه (استيراده) فهذا لا يمنع من احتكاره ولا من استدامة إمساكه، ما شاء، كان ذلك عن ضرورة أو غيرها.

ب - والضرب الثاني: من صار إليه الطعام بابتياح البلد، فإن المنع يتعلّق به «المنتقى» للبايجي: (١٧/٥).

هذا، والإباضية تشترط شراء مقيم أو أن يكون مسافراً يتجر بمال مقيم. «شرح النيل»: (١٠١/٤-١٠٢).

(٤) «المنتقى» للبايجي: (١٦/٥).

وكذلك الشافعية فيما جاء في «نهاية المحتاج»: «أن يشتري الأقوات وقت الغلاء...»^(١).

وقدامى الحنابلة اشترطوا الشراء، كما جاء في «المغني»: «أن يشتري (المال المحتكر) فلو جلب شيئاً، فأذخره، لم يكن محتكراً»، وقالوا في تعليل ذلك: «ولأن الجالب لا يضيق على أحد، ولا يضرب به بل ينفع، فإن الناس إذا علموا عنده طعاماً مُعداً للبيع، كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه»^(٢).

أدلة هذا الاتجاه:

أولاً - ظاهر أحاديث الباب، إذا نهضت بالفرقة بين الجالب والمحتكر، من مثل قوله ﷺ: «الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون»^(٣) فذم الثاني، لأنه آثم بإضرار الناس، والتضييق عليهم، ومدح الأول، لأنه من شأنه أن يوسع عليهم.

ثانياً - أن حق عامة المسلمين يتعلّق وقت الأزمات بما هو موجود فعلاً، في المصر، أو بما جلب إلى فنائها من مكان قريب يجري الجلب إليه منه عادة، والاحتكار المحرم، إنما يكون بحبس هذا، لأنه حينئذ يعتبر منعاً لحق العامة، أو ظلماً، وهو علة التحريم.

أما المجلوب من بلد بعيد، فلا يتعلّق به حقهم أصلاً، فكيف يتصور منعهم منه؟ إذ المنع فرع التعلق أو الوجود، ولا وجود للحق أصلاً.

ثالثاً - الجلبُ مباح في الأصل، فإذا كان للجالب ألا يجلب، فله ألا يبيع!

رابعاً - أن الاحتكار المحرّم مناطه الضرر والظلم، والجالب لا يضر أحداً، بل ينفع، لأن الناس إذا علموا أن عنده طعاماً، كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه^(٤)، كما أشرنا.

(١) «نهاية المحتاج» للرملي: (٤٥٦/٣)، و«مغني المحتاج» للشربيني: (٢٨/٢).

(٢) «المغني»: (٢٨٣/٤)، و«الشرح»: (٤٧/٤).

(٣) أخرجه ابن ماجه: ٢١٥٣، من حديث عمر بن الخطاب.

(٤) راجع في هذه الأدلة: «البدائع» للكاساني: (١٢٩/٥)، و«تبيين الحقائق» للزليعي: (٢٧/٦ - ٢٨)،

و«المغني»: (٢٢٠/٤)، و«الإنصاف»: (٢٣٩/٤).

الاتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه أن الجالب إذا احتكر ما جلبه، وأضر بالناس، كان في معنى المحتكر، بالنظر لأثر تصرفه فيما يملك. وهو مذهب بعض الحنفية، وبعض المالكية، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، وما يومئ إليه تعليل الحنابلة.

أما بعض الحنفية: من مثل الإمام أبي يوسف، فيرى أن احتكار الجالب مكروه تحريماً، لعموم النهي، وأما البايرتي والشرنبلالي، فقد رأيت أنهما لا يتشرطان الشراء من المصّر، وعلى هذا، فيجري الاحتكار في المجلوب أيضاً، بالنظر إلى مآله من الضرر^(١)، وابن عابدين يرى أنه يأثم ديانة بانتظار الغلاء أو القحط لنية السوء للمسلمين^(٢).

وأما بعض المالكية، فمن مثل الأبي^(٣) حيث يقول في حق الجالب: «إلا أن ينزل بالناس حاجة، ولا توجد عند غيره، فيؤمر ببيعه، لدفع الضرر عن الناس»، وهذا تفقه جيد. أما تعليل بعض الحنابلة فهو مشعر باعتبار الجالب محتكراً إذا أضر بالناس، كما جاء في «المغني»: «ولأن الجالب لا يضيق على أحد، ولا يضر به، بل ينفع، وبنحو هذا جاء في كشف القناع»^(٤).

فالمفهوم المخالف، أنه إذا أضر، كان هو والمحتكر سواء، تصرفاً وأثراً، أما مجرد اطمئنان القلوب الذي أشاروا إليه، فلا يعدُّ نفعاً عن التحقيق، ولا يكشف ما بالمسلمين من ضرر.

(١) أما الكاساني، فلا يتسق تعليله مع ما يرى من كراهة احتكار الجالب تنزيهاً، إذ يقول: «ولكن الأفضل له ألا يحبس ويبيع، لأن في الحبس ضرراً بالمسلمين!!!»
ومنطق التشريع يقتضي أن يكون ذلك حراماً. «البدائع»: (١٢٩/٥)، وهذا عين ما يتجه على صاحب كتاب «الإنصاف» من الحنابلة، إذ قال: «ويكره أن يتمنى الجالب الغلاء». «الإنصاف»: (٣٣٩/٤).
وعلى جمهور الحنفية كذلك.

(٢) «الفتاوى الهندية»: (٢٢٣/٣ - ٢١٤).

(٣) من أئمة الفقه المالكي، وقد شرح صحيح مسلم.

(٤) «المغني» لابن قدامة: (٢٢١/٤).

وأما الظاهرية، فلم يعرفوا هذه التفرقة، إذ قالوا: «والحكرة المضرة بالناس حرام، سواء في الابتاع، أو في إمساك ما ابتاع» ولم يقيدوه بالمصر^(١).

وكذلك الزيدية، لم يشترطوا سوى أن تكون المادة المحكرة فائضة عن كفايته ومن يمونه سنة كاملة، وأن يكون متربصاً بها الغلاء، وأن يكون مع حاجة الناس إليها.

فقد جاء في «الروض النضير»: «قالوا: أي فقهاء المذهب الزيدي - ولا فرق بين أن يكون الطعام من زرعه، أو شرائه، من المصر أو من السواد، خلافاً لأبي حنيفة، فيما كان من زرعه أو شرائه، ولا وجه له»^(٢).

وأما الإمامية فقد عرفوا الاحتكار بأنه: «جمع الطعام وحبسه يتربص به الغلاء»^(٣). وهذا لا يفيد قيد الشراء كما ترى.

مناقشة هذين الاتجاهين:

١ - يتجه على الأول: أن التفرقة - بين الجالب والمحتكر معقولة المعنى، مفهومة العلة، لأن الجالب المستورد، إنما كان ميسراً له رزقه، ومباركاً له فيه، لأنه يخالف المحتكر في قصده وفعله، فاختلف عنه مفهوماً وحكماً، أما قصده، فهو التوسعة على الناس، وأما فعله، فلأن صنيعه بذل ما جلب، لا حبسه، وإلا كان التناقض في منطوق الحديث الشريف، إذ يصبح معناه: «الجالب المحتكر مرزوق، والمحتكر ملعون»، وهو منطوق متهافت كما ترى، ينبغي أن يسان عنه كلام رسول الله ﷺ وأن يحمل على معنى يتحقق به التنسيق، ويرتفع هذا التخالف.

٢ - يؤيد هذا، أن بعض الأحاديث جاء مطلقاً: «لا يحتكر إلا خاطئ»^(٤) أيّاً كان، فيشمل بإطلاقه الجالب إذا احتكر.

(١) «المحلى»: (٩/ ٦٤).

(٢) «الروض النضير»: (٣/ ٣٠٦ - ٣٠٨)، و«البحر الزخار»: (٣/ ٣١٩).

(٣) «المختصر النافع» ص ١٢٠.

(٤) أخرجه مسلم: ٤١٢٣، وأحمد: ١٥٧٥٨، من حديث معمر بن عبد الله العدوي.

٣ - لا يقال: إن له ألا يجلب فله ألا يبيع، لأن الناس كانوا يتوقعون هذا الجلب، والتوقع كاف لتعلق الحق، ووقوع الضرر عند حبسه، ألا ترى أنه لو لم يجلب لانطلق غيره، أو لانطلق الناس يجلبون لأنفسهم، فكان حبسه لمجلوبه تغريراً بالناس، ومنعاً لوصول الحق إلى مستحقه، وهو ظلم.

٤ - وأيضاً: «العلة» هي حقيقة الضرر، من حيث هو، أيّاً كان منشؤه، لعموم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(١) وهو غير مشروع بيقين، إيقاعاً أو وقوعاً.

وعلى هذا، فكل تسبب في إحداثه ممنوع شرعاً، قصد ذلك المتسبب أو لم يقصد^(٢).

وعلى ضوء هذه الحقيقة ينبغي أن يحمل اشتراط وقت الغلاء أو الرخص^(٣).

٥ - على أن مبدأ سد الذرائع، وهو أصل معنوي عام في الدين، ومقصد شرعي قطعي قاض بمنع كل ما يتدرع به للإضرار بالمسلمين، لأن هذا المآل - في ذاته - ممنوع المصير إليه شرعاً، بكل وسيلة، كما أسلفنا.

٦ - منطق التشريع يتجافى وما صدر عن المجيزين من اجتهاد في التعليل والتوجيه، إذ يستوجب تعليلهم من أن الجالب لا يضر بالناس بل ينفعهم، بأن يعتبر محتكراً، إذا أضر، عملاً بالمفهوم المخالف، والقيد معتبر، وله مفهوم في المصنفات والمؤلفات إجماعاً، إذ هو لازم^(٤) عقلي ملحوظ ومقصود.

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن.

(٢) يقول الإمام الشاطبي في هذا المعنى: «إيقاع السبب، بمنزلة إيقاع المسبب، قصد ذلك المتسبب أو لا، لأنه لما جعل مُسَبِّباً عنه في مجاري العادات، عُدُّ كأنه فاعل له مباشرة». «الموافقات»: (٣/٢٤٩). ويقول أيضاً: «ولا مصلحة تتوقع مطلقاً، مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد عنها». ولا ريب أن المفسدة اللازمة عن الاحتكار غلبت مصلحة الأصل، وهي مصلحة طائفة التجار المحتكرين، بل وزادت، لأنه يضر بالعامه - المرجع السابق.

(٣) اشترط بعض الفقهاء، أن يكون الشراء وقت الغلاء، وليس لهذا الشرط من معنى يجعل له مدخلاً في تحديد مفهوم الاحتكار المحرم شرعاً، إذ هو منوط مفهوماً وحكماً بالمآل، كما قدمنا، فسواء استغل المحتكر أزمة قائمة وقت الغلاء، أم أنشأ أزمة لم تكن، فالمآل واحد، وهو على حكم التحريم.

(٤) أي للقيد الوارد في المنطوق.

على أن تعليلهم مقدمة تنتج تحريم احتكار المجلوب، لا الكراهة فحسب.

٧ - قالوا بالتفرقة، واشتروا أن يكون البلد بعيداً لم تجر العادة بالاستيراد منه، حتى لا يتعلق حق العامة بالمجلوب، ويتجه على منطقتهم هذا، بأن كثرة الاستيراد في أيامنا هذه، ونشاط التجارة الخارجية، لسرعة النقل المذهلة، وسهولة وسائل المواصلات، ولمكان الحاجة الماسة إلى تبادل السلع والمنافع، مع جميع أقطار العالم، حتى غداً أمراً معتاداً فيما بينها، سداً لحاجة كل دولة مما يفرض من إنتاج دولة أخرى، وهي ظاهرة لا يمكن إغضاء الطرف عن أهميتها وضرورتها، مما جعل العالم كله - في عصرنا هذا - وحدة اقتصادية متكاملة، لا تباعد بين أقطارها، حتى لا تستطيع دولة اليوم أن تعيش بمعزل عن هذا التبادل، إذ لا يمكنها أن تكتفي ذاتياً في جميع مقتضيات حياتها ومرافقها، حتى في المواد الغذائية الأساسية، على ما هو واقع ومشاهد، أقول إن كثرة الاستيراد وضرورته، لسهولة المواصلات وسرعتها الفائقة بالتقدم العلمي والحضاري، جعلت المستورد متحققاً فيه مناط الاحتكار المحرم إذا احتبس، بمقتضى ما وضعوه هم من شرط الاعتياد الذي يستوجب تعلق حق العامة به، فأصبح الخلاف ظاهرياً لا حقيقياً، لتغير الظروف، لا لاختلاف الحجّة والدليل.

وهكذا ترى ما للتقدم العلمي، ولا سيما التجريبي أو ما يسمى «التقني» من أثر كبير في تغيير الأحكام الاجتهادية عما كان منها في القرون الماضية، مع أن الضابط الفقهي واحد، والمقصد الشرعي ثابت لم يتغير.

ومن هنا، انهارت التفرقة، لانهايار أساسها، بل أضحي خطر حبس المستورد على الأمة اليوم، أشد من ضرر احتكار ما يشتري من المدينة، أو ما يستغل من الأرض، فكان محرماً من باب أولى، لتغير الظروف التي يجب أن يكون لها اعتبار في التطبيق، كما بيّنا، لما لذلك من أثر من حيث المآل.

وحكم محتكر المُسْتَعْلَم من الأرض، هو حكم الجالب المحتكر، إذ علل من قال بالتفرقة بين محتكر ما اشترى من المدينة وبين محتكر غلة أرضه، بأنه في معنى الجالب، والرد هو الرد لعموم النهي، وإطلاق النص، وعلّة الضرر.

وبذلك يترجح لديك المذهب الثاني، لقوة أدلته الجزئية والكلية، وسلامة منطقته من التناقض، واتساقه مع روح التشريع، ولمراعاته لمبدأ أثر تغير الظروف في الاجتهاد التشريعي في الفروع، بعامل التقدم العلمي والحضاري.

التصدير من البلاد يعتبر في معنى الاحتكار إذا أضر بالناس:

إن تصدير ما يحتاج الناس إليه، خارج البلاد، يعتبر في معنى الاحتكار، إذا أضر بالناس، لوحدة الأثر والمآل.

يقول التلمساني في «تحفة الناظر»: «من معنى الاحتكار، نقل الطعام من بلد إلى آخر، فيمنع منه إذا أضر، ويسوغ إذا لم يضر في المشهور»^(١).

هذا إذا كان النقل في حدود الدولة الإسلامية، فالتصدير إلى خارجها يكون أولى بالمنع.

احتكار القوت لمدة سنة (تنظيم الاستهلاك):

ذلك مشروط جوازه بما إذا لم يضر، أي في وقت السعة والرخاء، حتى إذا أضر يمنع الناس من احتكار أقواتهم لمدة سنة. جاء في «المنتقى»: «إن المنع من الاشتراء من الأسواق، وأنه إن كان في وقت ضيق الطعام، فلا يجوز، بل يشتري ما لا يضيق على المسلمين، كقوت أيام أو أشهر، وإن كان وقت سعة، اشترى قوت سنة»^(٢).

فيحمل فعل الرسول ﷺ من أنه كان يدخل لعياله قوت سنة، على حالة الرخص، وانتفاء الضرر بالناس، مما يؤكد أن تعلق حق العامة غير مشروط بمدة معينة، بل يتبع الظروف التي يختلف فيها مدى الضرر ضيقاً وسعة، كما يتعلق بالتجار وخدمهم، بل

(١) ص ١٢٠ للتلمساني المالكي.

(٢) (١٧/٥ وما يليها)، ويقصد بكون التصدير في معنى الاحتكار، اشتراكهما من حيث الأثر والمآل، وهو علة الحكم بالتحريم، وهذا يذكرنا بقول الإمام القرافي حيث يقول: «إن الجمود على المنقولات - اجتهادات السابقين - أبداً، ضلال في الدين» إذ يؤدي إلى المخالفة عن المقصد الشرعي، إذا لم يراع اختلاف الظروف والأحوال.

بالناس جميعاً - كما ترى - وهذا من باب ما يطلق عليه اليوم تنظيم الاستهلاك^(١).
قال التلمساني: «ومن أراد في الغلاء أن يشتري عؤلة «مؤنة» سنة، لم يُمكن من ذلك. . ولو رخص السعر، ولم يضر بالسوق، خلّي بين الناس والشراء، ويدخرون ويشترون، من الفنادق والدور حيث أحبوا»^(٢).

وصرح الشافعية، بأن من عنده زائد على كفايته ومؤنته سنة، يجبر على بيعه في زمن الضرورة، بل قالوا: «إنه إذا اشتدت الضرورة، يجبر على بيع ما عنده، ولو لم يبق له كفاية سنة»^(٣) ولا نعلم أحكاماً ملزمة لتحقيق «التكافل الاجتماعي» تشريعاً، أبلغ من هذه الأحكام، فالحق المطلق في الملك، لا وجود له في التشريع الإسلامي، والانفصال بين الفرد والمجتمع غير معهود في الشرع الحنيف.

يؤكد هذا ما جاء في التيسير في فقه المالكية: من احتكر في الرخاء، أجبر على بيعه في الغلاء، إذا لم يوجد سواه، فإن أبي حُجِرَ عليه، وليس له بيعه في الدور، بل يخرج إلى السوق»^(٤).

شرط مدة الاحتكار:

ذهب بعض الفقهاء إلى اشتراط مدة، «أربعين يوماً» على الاحتكار، ليعتبر محرماً، وآخرون اشترطوا مُدداً أقل.

ونرى أن لا دليل ينهض بهذا الشرط يتصل بحكمة التشريع، نعم ورد في بعض الأحاديث تحديد للمدة بأربعين يوماً، وهو محمول على الفترة التي يغلب على الظن تحقق الضرر فيها لا للتقييد، لأن العلة هي حقيقة الضرر، كما قدمنا، فإذا وقع استوجب الحكم، طالبت المدة أم قصرت، إذ لا مدخل للمدة في أصل مفهوم الاحتكار، ولا في التعليل بالضرر، وهو ما ذهب إليه الجمهور.

(١) «المنتقى» للباجي: (٢٢٨/٤).

(٢) «تحفة الناظر» للتلمساني: ص ١٢٨.

(٣) «الموسوعة»: (١٩٨/٣).

(٤) «التيسير في أحكام التسعير» للمجلدي: ص ٧٢، طبع الشركة الوطنية للنشر والتوزيع - الجزائر، تقديم وتحقيق موسى لقبال.

مدى تدخل ولي الأمر في أصل حق الملكية بسبب الاحتكار:

وبذلك يبدو لك أن نطاق تدخل ولي الأمر في أصل حق الملكية، يختلف تبعاً لاختلاف الأئمة في مفهوم الاحتكار الذي تحدده شروطه.

المؤيدات

تمتاز الشريعة الإسلامية، بترتيب جزاء أخروي على البواعث والنوايا غير المشروعة، إذا اتخذت مظهراً من الأفعال والتصرفات المشروعة في ظاهرها، لتحقيق غرض غير مشروع مآلاً، سواء أكان هذا المآل الممنوع قد وقع فعلاً، أو كان متوقعاً لزومه وحدوثه في غالب ظن المجتهد، شريطة أن يكون مساوياً لمصلحة أصل الفعل المتذرع به، أو راجحاً عليه، فيمنع من التسبب في ذلك، حتى ولو كان القصد حسناً، بالنظر لذلك المآل الممنوع في حد ذاته، كما يقول الإمام الشاطبي،: «إيقاع السبب، بمنزلة إيقاع المُسبِّب (النتيجة والمآل) قصد ذلك المُتسبِّب أو لا، لأنه لما جُعِلَ مسبباً عنه (ناتجاً عنه) في مجاري العادات^(١)، عُدَّ كأنه فاعل له مباشرة»^(٢).

ولا ريب أن الإثم الذي يترتب على مخالفة قصد المكلف في التصرف، لقصد الشارع في التشريع، يستلزم عقاباً أخروياً يناسب أثر المخالفة ودرجتها، والعقاب الأخروي أعظم وقعاً، وأشد تنكيلاً، وهو الأصل، باعتبار أن الشريعة الإسلامية تركز أساساً على عقيدة دينية، تجعل لفكرة الحلال والحرام، وطهارة النية، وشرف الباعث، المقام الأول في تشريعها^(٣).

ومن هنا، لا نجد في أحاديث الاحتكار عقوبات دنيوية، أو أحكاماً قضائية زاجرة ملزمة تقاوم الاحتكار بسلطان الدولة، على الرغم من أن الاحتكار من الكبائر^(٤).

(١) أي في تقدير الشخص العادي.

(٢) «الموافقات»: (٣/ ١٤٩).

(٣) راجع كتابنا «نظرية التعسف في استعمال الحق»: ص ٢٨٨ - ٢٨٩. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٤) «الزواجر» لابن حجر الهيتمي ص ٢١٦.

وهكذا يرتقي التعسف في استعمال حق الملكية، أو الحرية العامة في التملك، بنية الإضرار بعامة المسلمين، فيما يحتاجون إليه من مرافق معاشهم إلى أن يبلغ مستوى الكبائر^(١) كما ترى، وإلا فلم كان الوعيد الشديد بالإلقاء في مكان عظيم من نار جهنم، وغير ذلك من أنواع التهديد.

الفلسفة الأصولية التي يقوم عليها المؤيد القضائي أو الدنيوي الاجتهادي للوازع الديني في التشريع الإسلامي:

قلنا إن الأصل في تكاليف الشريعة هو الوازع الديني، لأن امتثال التكليف اختياراً، وبملاء الحرية والإرادة، لا يكون إلا بدافع عقدي، ليتم الابتلاء في حسن العمل الذي جعله الله تعالى الحكمة الغائية من خلق الموت والحياة، قال تعالى: ﴿الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا﴾ [الملك: ٢]. فأساس الوازع الديني خشية الله تعالى.

غير أن على ولاة الأمور مراقبة هذا الوازع الديني، والسهر على استقامته، ولا سيما في التعامل، والأساس الفقهي لذلك، أن مقتضى النداءات الإلهية الموجهة إلى المؤمنين، إذ يحتمل فيها التوزيع على كلِّ مكلفٍ، لينهض بمقتضاها، يحتمل أيضاً اعتبارها موجهة إلى الأمة عامة، مما يومية بالتكليف العام الملزم الذي تنشأ عنه المسؤولية العامة عن أذائه، وهذا يستلزم بالتالي إيجاد جماعة منهم مؤهلة لتحمل هذه المسؤولية عن تنفيذ هذه التكاليف نيابة عن الأمة، ومن ذلك الإشراف والسهر على الوازع الديني لدى الأفراد، مسؤولية منشؤها - كما ذكرنا - الخطابات الإلهية العامة، بل قد تأكد هذا بقوله سبحانه صراحة: ﴿وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْعُرْفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ [آل عمران: ١٠٤].

(١) «الزواج» لابن حجر: (٢١٦/١) ومن أعظم «المؤيدات» العملية عن طريق سلطة الدولة لمقاومة الاحتكار، والتغالي في الأسعار وقمع الغش وغيره من المنكرات، ما أوجده عمر بن الخطاب رضي الله عنه من «نظام الحسبة» الذي يقوم على قواعد سياسة التشريع، ويستهدف رعاية المصلحة العامة، وإقامة العدل في التعامل، والإشراف الفعلي الدقيق الصارم على تنفيذ ذلك.

لا يقال إن الحكم التكليفي الدياني من الحل، والحرمة، والكراهة، والندب والوجوب. ينحصر في العلاقة بين المؤمن وربه، فالمسؤولية فردية ديانية فحسب، لأن إهمال الوازع الديني، أو ضعفه لدى بعض الأفراد، يؤدي إلى تعدي أثر التصرف إلى الإخلال بحق الغير من الفرد أو الأمة، في الواقع الاجتماعي، فوجب حينئذ مواجهة هذا الأثر، عملاً بمقتضى الأصل العام: «حق الغير محافظ عليه شرعاً»^(١) وهو ثابت في الشرع قطعاً، حفظاً لكيان المجتمع، ولهذا كان - كما يقول الإمام الشاطبي - حق الله تعالى في كل حق فردي، ولا خيرة فيه للعبد.

وتأسيساً على هذا، يتعين على ولي الأمر ونوابه وموظفيه، بمقتضى هذا التكليف العام الثابت بإيماء النداءات الإلهية العديدة، حراسة هذا الوازع الديني لدى الأفراد، والإشراف عليه، وهو الأصل، وإجبارهم على تنفيذه كرهاً إن لم يقوموا به اختياراً، محافظة على حق الله تعالى.

وحق الله تعالى لا يجوز إهماله أو التهاون فيه أو إسقاطه.

هذا، فضلاً عن ثبوته بمقتضى صريح قوله تعالى: ﴿وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْعُرْفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ [آل عمران: ١٠٤].

حتى إذا ضعف هذا الوازع أو رقق، أو أسيء استعماله، كان لزاماً على ولاة الأمور والمجتهدين، أن يعينوا مواقع التصرفات الضارة، لتسلب من أصحابها أمانة التكليف فيها وأن يجتهدوا - متعاونين - لمواجهة هذا الواقع، في استنباط الأحكام الشرعية التي تعتبر تدابير وإجراءات وقائية أو علاجية تنفيذية أو إدارية، أو قضائية أو حسبية^(٢)، مما يكون ضرورياً وملائماً، وناجعاً، وملزماً، ليقوم مقام الوازع الديني

(١) «الموافقات» للشاطبي: (٣٢٢/٢).

(٢) نسبة إلى نظام «الحسبة» الذي نوهنا عنه آنفاً.

والأساس الأصولي الخاص بنظام الحسبة، هو أن من المصالح ما لا يكون متعلقاً بفرد بعينه، حتى يقوم لدى القضاء يطالب برفع الضرر أو الغبن عنه، بل يشمل طائفة أو أفراد الأمة، ومن هنا أحدث عمر بن الخطاب رضي الله عنه نظام الحسبة، وهو من صميم السياسة الشرعية.

الذي ضعف، في تنفيذ الأحكام الديانية بسلطان الدولة، رعاية للمصالح العام، ولو لم يرد بتلك التدابير أو الأحكام والمؤيدات، نصوص خاصة بها، ولا كان لها نظير، ما دامت تقتضيها سياسة التشريع^(١)، لأن من مقررات الشرع، أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة.

فالغش في التعامل مثلاً - وفيه افتتات على مال الغير وصحته ظلماً - حكمه - في الأصل - ديني، كالاختكار «من غشنا فليس منا»^(٢) لكن إذا فشا الغش، أو عمت ظاهرة الاختكار، والتغالي في الأسعار بفعل من التجار، واستحكم أثرها في التعامل لضعف الوازع الديني، جشعاً واستغلالاً، وجب حينئذ على ولاة الأمور والمجتهدين؛ ألا يتركوا هذا النوع من التصرف أو ذلك موكولاً إلى الوازع الديني لدى الأفراد، لأنه قد ضعف أو عجز، بل تسلب أمانة التكليف - كما قلنا - في مثل هذا التصرف من أصحابه، ويُجتهد في اتخاذ المناسب والملائم والزاجر من الإجراءات والتدابير والوسائل قضاءً أو حسبة، ولو لم يكن منصوصاً عليها بعينها، ولا كان لها نظراء،

(١) ومبدأ سياسة التشريع هو الذي تستند إليه الأحكام والتصرفات والتدابير الاجتهادية: الإدارية، والدستورية، والمدنية، والاقتصادية، والقضائية، والأمنية، التي يتم بها تدبير شؤون الأمة داخلياً وخارجياً مما يتصل بالعلاقات الخارجية التي تربطها بغيرها من الدول - راجع «السياسة الشرعية» و«الفقه الإسلامي» ص ٧ وما يليها - لفضيلة الأستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج - شيخ الجامع الأزهر سابقاً. ويقول ابن عقيل من أئمة الفقه الحنبلي في تعريف السياسة الشرعية اصطلاحاً: «السياسة ما كان فعالاً (تديراً أو نظاماً) يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول، ولا نزل به وحي». «الطرق الحكمية» ص ٣ وما بعدها - ابن قيم الجوزية.

ويقصد بما لم ينزل به وحي: أي من النصوص الجزئية التي تشهد بالاعتبار للتدبير أو الإجراء أو الحكم الشرعي السياسي بعينه، وإلا فإنه لا يعتبر إلا إذا استند إلى مبدأ من المبادئ الكلية المحكمة في الشريعة، ولم يناقض حكماً تفصيلياً يثبت أنه تشريع عام ودائم بالكتاب أو السنة.

وعلى هذا، فلكل حكم أو تدبير أو نظام اجتهادي، تقتضيه حاجة الأمة، وصيانة كيانها، هو من السياسة الشرعية، متى كان مستنداً إلى أحد المبادئ الكلية الثابتة المحكمة أو روح التشريع، ولم يناقض حكماً تفصيلياً ثابتاً ودائماً كما قلنا، لأن تلك المبادئ الكلية المحكمة لا يقصد بها الشرع إلا تحصيل المصالح، ودفع الإضرار والمفاسد - المرجع السابق.

(٢) أخرجه مسلم: ٢٨٣، وأحمد: ٩٣٩٦، من حديث أبي هريرة.

لقمع الغش وكسر الاحتكار، ومقاومة الغلاء، ليستقيم أمر التعامل على النصح والعدل والتعاون على البر، ويُحفظ حق الغير الذي قوامه مصالح الناس في مرافق معاشهم، وصحتهم وأموالهم، وهو مقصد شرعي قطعي، وإلا فلم وجد القضاء، والحسبة والدولة؟

وهذا مؤدّى قول عثمان بن عفان رضي الله عنه: «إن الله يَزَعُ بالسلطان ما لا يزع بالقرآن»^(١).

وكذلك قول عمر رضي الله عنه: «لا ينفع تكلمٌ بحق لا نفاذ له».

إذن، كل مؤيد اجتهادي، لحراسة الوازع الديني، وتنفيذ مقتضاه، يستند أساساً إلى مبدأ سياسة التشريع، وبذلك يمكن أن تتحول الأحكام الديانية إلى قضائية أو نظم إدارية، لتنفذ بسلطان الدولة، رعاية للمصالح العام، عند الاقتضاء.

وهو مبدأ عظيم يستند بدوره إلى القواعد الكلية المحكمة في الشريعة، تمده بالأحكام والنظم الاجتهادية التي يتم بها تدبير شؤون الأمة في كافة نواحي حياتها. ولا ريب أن قاعدة الذرائع، من أهم القواعد التي تُثري ذلك المبدأ وتكسبه مرونةً وحيويةً.

ومؤدّى هذه القاعدة الثابتة قطعاً، أن «كل فعل في الأصل مشروع، يصبح غير مشروع، إذا أدّى إلى مآل ممنوع».

ومما ينهض بمبدأ سياسة التشريع أيضاً، ويجعل منه حُطّةً تشريعيةً اجتهاديةً عمليةً واقعيةً في تدبير شؤون الأمة داخلاً وخارجاً، ومواجهة الوقائع والظروف المتجددة، قاعدة الاستحسان عند الحنفية، وقاعدة: «ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب» وهي أساس «فقه الاحتياط» عند المالكية، كما ذكرنا، إذ يقول الإمام الشاطبي: «إن هذه

(١) قدمنا أن أبا حنيفة كان يرى أن المالك مأمور ديانة - لا قضاء - ألا يضر بجاره ضرراً فاحشاً، حتى إذا تغير الظرف، ووهن الوازع الديني، رأينا صاحبيه، أبا يوسف ومحمداً، يفتيان بوجوب ذلك قضاء لا ديانة فحسب، ويعلل الإمام الزيلعي ذلك بقوله: «استحساناً ولأجل المصلحة». «تبيين الحقائق»: (١٩٦/٢). وهذا الأثر أخرجه ابن عبد البر في «التمهيد»: (١١٨/١)

الشريعة تقم على أساس التحرز والاحتياط، والحزم، ودرء كل ما يؤدي إلى مفسدة»^(١) فضلاً عن مبدأ سدّ الذرائع.

وكذلك قاعدة: «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة»^(٢) وتصرف نوابه وموظفيه، ولذا صيغت هذه القاعدة صياغة مطلقة على وجه لا يقيد التصرف بالإمام وحده، فقيل: (التصرف على الرعية منوط بالمصلحة) بإطلاق، وقاعدة: «المصلحة العامة مقدمة»^(٣) ومبدأ الإكراه على التعاقد بحق، ومبدأ المثلية، أو مقارنة التساوي بين البديلين في التعامل، تحقيقاً للتوازن بينهما، وهو أصل من أصول العدل في تشريع المعاملات في الإسلام، ولاسيما عند طرؤ الأزمات، وغير ذلك.

فرعاية المصلحة العامة هي أساس الولاية على الرعية.

هذا، ونظام «الحسبة» من أهم النظم التي تستند إلى مبدأ سياسة التشريع، كما ذكرنا.

قلنا: إن مؤيدات منع جريمة الاحتكار، ومقاومتها في الفقه الإسلامي، جاءت على نوعين أساسيين:

الأول: الوازع الديني، وهو الأصل. الثاني: وازع السلطة الدنيوية.

أما الوازع الديني، فيغرسه ما جاء في أحاديث تحريم الاحتكار من تهديد ووعيد بالعذاب الشديد، وهو ينبع من أصل العقيدة.

أما الثاني: فهو أكبر مظهر لتدخل^(٤) ولي الأمر، من أجل رعاية المصلحة العامة التي هي أساس ولايته على الرعية، كما أسلفنا.

(١) «الموافقات»: (٤/١٩٦ وما يليها)، و«الفتاوى» لابن تيمية: (٣/١٣٩ ما يليها)، و«شفاء العليل» للإمام الغزالي: ص ١٩٩ - ٢٠٣.

(٢) «الأشباه والنظائر» للسيوطي.

(٣) «الموافقات»: (٤/١٩٦ وما يليها).

(٤) يطلق الفقهاء على «التدخل» كلمة «التعرض» فيقال مثلاً فيما يتعلق بالتسعير ممن لا يراه: «ولا ينبغي للإمام أن يسعر، ولا يجوز التعرض لحقهم» أي: التدخل في حقوق التجار، ونشاطهم الاقتصادي. «رد المحتار»: (٥/٣٥٢).

ونعرض الآن اجتهادات الأئمة التي تستند أساساً إلى مبدأ سياسة التشريع في الإجراءات والتدابير، لتتخذها سلطة الدولة الإسلامية في مقاومة الاحتكار، تأييداً لمنعه.

١ - جبر المحتكر على إخراج المادة المحتكرة المخزونة، وطرحها في السوق، لبيعها هو بالسعر التلقائي الحر الذي كان سارياً قبل الاحتكار، مع زيادة يتغابن الناس في مثلها عادة^(١)، إزالة للظلم عن الناس، وتحقيقاً للربح المعقول للتاجر، توفيقاً وتنسيقاً بين المصلحتين^(٢)، وهو اتجاه الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وغيرهم.

جاء في البدائع: «يؤمر المحتكر بالبيع، إزالة للظلم، لكن إنما يؤمر ببيع ما فضل عن قوته، وقوت أهله^(٣)، وإذا أصرَّ على الاحتكار، يعظه الإمام ويهدده ويزجره، ويعزره ويحبسه ويأمره بالبيع، وهذا باتفاق أئمة الحنفية^(٤)، هذا والإمام أبو حنيفة وإن كان لا يرى الحجر على البالغ العاقل، غير أنه يرى الحجر عليه في مثل هذه الحال، دفعاً للضرر عن العامة.

وجاء في الدر: «إذا احتكر الإنسان رزقاً، يأمره القاضي ببيع ما فضل عن قوته، وقوت أهله، فإن لم يبيع، عزَّره القاضي بما يراه رادعاً له، وباع عليه طعامه، (أي كَرَّها) وفاقاً على الصحيح^(٥).

(١) يسبق هذا الإجراء عند بعض الفقهاء وعظ الحاكم للمحتكر، وتهديده، وزجره، أولاً وثانياً، ثم حبسه وتعزيره، حتى يمتنع عن الاحتكار، وأخيراً جبره على بيع ما زاد عن مؤنثه وعياله مدة سنة، بل يبيع عليه إذا تمرد. «تبيين الحقائق» للزيلعي: (٢٨/٦)، و«البدائع» للكاساني: (١٢٩/٥).

(٢) وهو ما تقضي به مباني العدل وموجهاته في التشريع الإسلامي «أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي»، «بحث موجبات العدل ومبانيه» ص ٢٥٦ وص ٢٦٨ وص ٢٩٢ وص ٢٩٨ للمؤلف.

(٣) «البدائع» للكاساني: (١٢٩/٥).

(٤) «حاشية ابن عابدين»: (٣٥٢/٥)، و«ملتقى الأبحر»: (٥٤٧/٢)، و«الهداية»: (٧٤/٤)، و«الاختيار»: (١١٦/٣).

هذا، ويرى الإمام علي - كرم الله وجهه - أن يوقَّع على المحتكر عقوبة تعزيرية بدنية، إذا لم يقلع عن الاحتكار بعد نهي الحاكم إياه، بقوله في رسالته إلى النخعي، عامله على مصر: «فمن قارف حُكراً بعد نهيك إياه، فنكِّل به، وعاقبه في غير إسراف».

(٥) «الدر المختار»: (٢٧٨ / ٥).

وقد بينت الغاية أو المصلحة التي يستهدفها الأمر بالبيع، أو البيع عليه وتعزيره بالوسيلة التي يراها الإمام ناجعة، إذ صرحوا بأنه لإزالة الظلم، فهو إذن إكراه على التعاقد بحق وعدل، فيؤخذ به، وتترتب عليه آثاره، ولا ريب أن الإكراه على العدل، عدل.

وهو ما صرح به أئمة المالكية أيضاً^(١)، فمبدأ الإكراه على التعاقد بحق وعدل يستند إلى سياسة التشريع، كما ترى.

أما المالكية: فقد جاء في «المنتقى»: «قال ابن حبيب: «يخرج من يده إلى أهل السوق، يشتركون فيه بالثمن، فإن لم يعلم ثمنه، فبسعره يوم احتكاره».

ويوجه الإمام الباجي هذا الإجراء بقوله: «إنه لما كان هذا الواجب عليه، فلم يفعله، أجبر عليه، وصرف الحق إلى مستحقه»^(٢)، فالإكراه على التعاقد إذن إلزام بأداء الواجب كرهاً، وأداء الواجب عدل، وإلا لما كان واجباً، أو بعبارة أخرى إن إيصال الحق إلى مستحقه عدل، ومنعه ظلم.

فمبدأ التراضي، إنما يتسق مع ما تقتضيه أمانة التكليف عملاً، من تجنب الظلم، والترفع عن التسبب في الضرر، حتى إذا ضعف الوازع، كان الإكراه على ما يقتضيه العدل سياسةً، لأن أعمال مبدأ الرضائية في مثل هذه الحال لا يجدي، بل قد يفضي إلى الظلم العام، مما يرفضه الشرع قطعاً.

أما الشافعية: فقد جاء في «نهاية المحتاج»:

«ويجبر من عنده زائد عن ذلك - أي عن مؤنة عياله - على بيعه»^(٣).

(١) «الاعتصام» للشاطبي: (١٢٠/٢).

(٢) «المنتقى» للباجي: (١٧/٥)، و«الاعتصام» للشاطبي: (١٢٠/٢).

(٣) «نهاية المحتاج» للرملي: (٤٥٦/٣). هذا، ويفرق الإمام الشاطبي بين الإكراه على طلاق الزوجة، أما إذا أكره بطريق صحيح، فإنه يؤخذ به. المرجع السابق للشاطبي. وأرى أن هذا من باب تعارض المصلحة الخاصة مع العامة، وهذه الأخيرة قاضية على الأولى شرعاً وعدلاً، فيجب التوفيق بمقتضى قواعد الشرع، ولا يلتفت إلى رضا المتعاقدين أو أحدهما.

والحنابلة - متقدموهم ومتأخروهم - لا يخرجون عن مبدأ الجبر على البيع، دفعاً للظلم، وقياماً بالواجب، جاء في كشف القناع: «ويجبر المحتكر على بيعه، كما يبيع الناس - أي بالسعر العام في السوق - دفعاً للضرر... وكذا السلاح إن احتاجوا إليه».

وجاء في فقه متأخري الحنابلة ما يلي: «إن لولي الأمر، أن يجبر أهل الصناعات^(١) على ما يحتاج إليه الناس من صناعاتهم كالفلاحة، والحياكة، والبناية^(٢)... فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك...»^(٣) وهذا تفقّه عميق ودقيق لروح التشريع.

هذا، وإن سلب سلطة التصرف في الحق، ممن يثبت أنه ليس أهلاً له، مقصد شرعي^(٤)، وهو المقصود بسلب أمانة التكليف من الأفراد في مواقع تصرفاتهم الضارة، وفيه إشارة إلى ما للحق في التشريع الإسلامي من وظيفة اجتماعية، يجب على صاحبه أدائها، ويجبر على ذلك إن تقاعس، استثناءً من القواعد، درءاً لتعسفه.

٢- البيع على المحتكر إذا تمرد:

إذا أصر المحتكر - تعنتاً وتمرداً - على الامتناع عن البيع بالسعر التلقائي في السوق الذي يُحدده قانون العرض والطب، تولّى الحاكم - أو نوابه - بيع سلعه نيابة عنه، وبالسعر الذي كان سارياً قبل الاحتكار عدلاً، حتى لا يُضارَّ هو ولا الناس.

(١) «الحسبة» لابن تيمية ص ١٤ - ٢٥.

وحكم الإيجاب - كما ترى - شامل للعامل الأجير في الفلاحة، كما يشمل المالك للأرض أيضاً من باب أولى، فلا يجوز للمالك أن يمتنع عن فلاحة أرضه واستثمارها بدون عذر معقول، بالنظر لما يترتب على موقفه السلبي هذا، من ضرر بالناس عامة، وبالفقير بوجه خاص، إذ يُحرم من زكاة الزروع والثمار المقررة له شرعاً، فاستثمار الأرض والمال بوجه عام - كما يقول الشاطبي - من ضروري الحفظ، أي من المقاصد الضرورية في حفظ المال. «الموافقات»: بحث السنة: (٤/ هامش ص ٣١).

(٢) تفادياً لأزمة المساكن، ولا ريب أنها إذا استحكمت أضرت بالناس ضرراً فاحشاً يؤثر على وضعهم الاقتصادي والاجتماعي أيما تأثير.

(٣) «الطرق الحكيمية» لابن القيم: ص ٢٨١ وما يليها.

(٤) «مقاصد الشريعة» للشيخ الطاهر بن عاشور: ص ١٦٤.

هذا، ولا يترك «العدل» لإرادات الناس إذا تهاونوا في تنفيذ مقتضاه، لأن أطراح العدل ظلم محرم شرعاً، وكل إجراء يؤدي إلى تحقيق الحق والعدل فهو من الشرع.

وهذا الإجراء^(١) اتفق عليه الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، والزيدية^(٦)، والإمامية^(٧)، كما أشرنا، وأتينا بالنصوص الدالة على ذلك من واقع مصادر فقهم.

٣ - حرمان المحتكر من الربح، وأخذه منه عقوبةً ومعاملةً له بالنقيض:

هذا ضرب من التفرير بالمال عقوبةً تعزيرية على معصية الاحتكار.

جاء في «المتقى» للإمام الباجي: «وأما إذا اختزنوا، (احتكروا) وأضرروا بالسوق، فإنه يباع عليهم، فيكون لهم رؤوس أموالهم، والربح يؤخذ منهم، فيتصدق به، أدباً لهم «عقوبةً لهم» وينهون عن ذلك^(٨)، فالمالكية - كما ترى - يجعلون لولي الأمر جبره، على أن يتولى هو البيع بنفسه أولاً.

أما المعاملة له بالنقيض، فلأن نيته السيئة في الاستغلال، ونزعتة المفرطة في

(١) «قواعد الأحكام»: (٧/١) وما يليها).

(٢) «البدائع»: (١٢٩/٥)، و«تبيين الحقائق»: (٢٨/٦).

(٣) «القوانين الفقهية» لابن جزيء: ص ٢٨١، و«المتقى» للباجي: (١٧/٥).

(٤) «نهاية المحتاج»: (٤٥٦/٣).

(٥) «الحسبة» لابن تيمية: ص ١٤ - ٢٥، و«الإنصاف»: (٣٣٩/٤).

(٦) «البحر الزخار»: (٣١٩/٣).

(٧) «المختصر النافع»: ص ١٤٨.

(٨) (١٧/٥) وما يليها، وإلى هذا ذهب «الإباضية» أيضاً، والحرمان من الربح ضرب من التفرير بالمال على معصية الاحتكار تعزيراً.

وجاء في فقه الإباضية: «ولا يترك المحتكر يبيع بأكثر مما اشترى، بل يجبر على البيع كما اشترى... وقيل: إن أخذ منه (صودر) حين الفراغ من العقد قبل الانتظار (التربص للغلاء) أجبر على البيع، ولو بربح، وإن قبضوا عليه بعد الانتظار، أجبر على أن يبيع بمثل ما اشترى، وقد يمنع من الربح مطلقاً، لسوء نيته. «موسوعة جمال عبد الناصر»: (١٩٩/٤) نقلاً عن «شرح النيل»: (١٠٤/٤).

الريح^(١) تقتضي ذلك، وهذه العقوبة قررها بعض الفقهاء سياسةً، إذ لم يرد نصٌ بخصوصها، منعاً للاستغلال المحرم، لأنه من الكبائر - كما علمت - فهو كالربا، كسب خيث بالانتظار والتربص.

٤ - مصادرة الحاكم للمال المحتكر إذا خيف الهلاك على أهل البلد، وتفريقه عليهم^(٢) للضرورة.

مواقع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع^(٣) لقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَلْنَا لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]. ولقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْتَصِمَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣]، قالوا: للمضطر أن يأكل من مال الغير جبراً عنه، لسد الرمق بثمن المثل^(٤)، وهو قدر متفق عليه بين أئمة المذاهب، إذا بلغت الحال بالناس حدَّ الضرورة^(٥) والمجاعة، والاحتياج العام يأخذ حكمها، من حيث الاستثناء، كما قدمنا.

٥ - تنظيم الاستهلاك، بتوزيع المواد الغذائية وغيرها بالقسطاس المستقيم عدلاً:

ذهب المالكية إلى أنه لا يجوز لأحد أن يشتري من السوق - وقت الضيق - ما يُضيق به على المسلمين، فلا يشتري إلا قوت أيام أو أشهر، أو أقل حسب الأحوال. وأما فعل الرسول ﷺ من أنه كان يدّخر لعياله قوت سنة، فمحمولٌ على حال السّعة، وهذا ما نقله القاضي عياض عن أكثر العلماء^(٦).

(١) وجاء في القوانين لابن جزىء: (٢/٢٤٧) «إن من اشترى الطعام من الأسواق، واحتكره، وأضر بالناس، فإن الناس يشتركون فيه بالثمن الذي اشتراه به».

(٢) المراجع السابقة: في فقه المذاهب الأربعة الذكر.

(٣) والقاعدة الفقهية المحكمة مؤداها: أن «الضرورات تبيح المحظورات».

(٤) «البدائع»: (٥/١٢٩). هذا بالنسبة لفرد، دفعاً للضرر عنه، وإبقاء على حياته، وهو مقصد شرعي قطعي، فبالنسبة للأمة من باب أولى.

(٥) «الأشياء والنظائر» للسيوطي: القاعدة الخامسة.

(٦) «المنتقى»: (٤/٢٢٨).

وهو ما أكدّه التلمساني بقوله: «ومن أراد في الغلاء، أن يشتري عَوْلة (مؤنة) سنة، لم يُمكنْ من ذلك..»^(١).

وهذا بظاهره يشمل التجار وغيرهم، كما أشرنا.

فالشريعة تراعي حق أفراد الأمة كافة على السواء، وبالقسطاس المستقيم، إذا اقتضت الحاجة ذلك، لاسيما حق الضعفاء والفقراء الذين لا يملكون إمكانية اختزان أقوات سنة كاملة، أو لم يكن القوت من الوفرة بحيث يستطيع الناس ذلك، يؤيدُ هذا حديث الأشعريين^(٢).

ويشير الإمام الشاطبي إلى هذا المبدأ العام في مثل هذه الحال بقوله: «إسقاط الاستبداد، والدخول في المواساة، على سواء، وهو محمودٌ جداً»^(٣).

٦ - الاحتكار الواجب، أو الاختزان الاحتياطي الذي يجب أن تقوم به الدولة، للسلع التي ثبت أن الناس يحتاجون إليها، لحل الأزمات عند الاقتضاء، مقاومةً لاحتكارها، عن طريق المنافسة الحرة، مما تقتضيه سياسة التشريع.

هذا إجراء قرّره الفقيه المالكي «الأبي» في «شرحه على صحيح مسلم»، واقعاً تاريخياً، بما قام به بعض الخلفاء، ومن شأنه أن يبقى على المنافسة الحرة، ويقاوم الاحتكار في الوقت نفسه إذ يقول: «إنه كان إذا غلا السعر، تَرَفَّقَ (الخليفة) بالمسلمين. فأمر بفتح مخازنه، وأن يباع بأقل ما يبيع الناس، حتى يرجع الناس (المحتكرون) عن غلوهم في الأثمان، ثم يأمر مرة أخرى، أن يباع بأقل من ذلك،

(١) «تحفة الناظر»: ص ١٢٨. وهو إجراء وقائي قبل الوقوع، كما ترى. وهذا ما صرح به الشافعية: «أن من عنده زائد على كفايته ومؤنته سنة، يُجبر على بيعه في زمن الضرورة، بل قالوا: إنه إذا اشتدت الضرورة يُجبر على بيع ما عنده، ولو لم يبق كفاية سنة». وهذا إجراء علاجي بعد الوقوع. والنص العام - كما ترى - يشمل التاجر وغيره.

(٢) روي عن الرسول ﷺ أنه قال: «إن الأشعريين إذا أرملوا في الغزو، أو قل طعام عيالهم بالمدينة، جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد، ثم اقتسموه بينهم في إنا واحد، فهم مني وأنا منهم» [أخرجه البخاري: ٢٤٨٦، ومسلم: ٦٤٠٨، من حديث أبي موسى الأشعري]. وانظر «الموافقات»: (٢/٢٤٧).

(٣) المرجع السابق: (٢/٢٤٧).

حتى يرجع السعر إلى أوله^(١)، أو القدر الذي يصلح بالناس، حتى يغلب الجالب والمحتكرين بهذا الفعل، وكان ذلك من حسن نظره^(٢) أي سياسته وتقديره وحكمته، ورعايته للمصلحة العامة.

ويلاحظ، أن الإمام الأبي لم يفرق بين الجالب والمحتكر، إذا تغاليا في الأسعار، إذ اعتبر صنيع الخليفة هذا، مقاومة لهما.

٧ - الاستيراد لمقاومة الاحتكار:

قد ترى الدولة أن خير وسيلة لكسر الاحتكار، هو استيراد المادة التي يتعلق بها الاحتياج العام، وإفاضتها على السوق، ليكثر عرضها، فينخفض سعرها، وهو ضرب من المنافسة الحرة المشروعة أيضاً كما ترى، وقد علمت أن المستورد هو من عبّر عنه في الحديث بالجالب، والرسول ﷺ قد اعتبر الجالب الذي يوسع على الناس، ويحل أزماتهم، مرزوقاً ميسراً عليه في الربح، وهو على النقيض من المحتكر، قصداً وفعلاً، والحديث بإطلاقه شامل لكل جالب، ولو كان الدولة، بخلاف ما إذا احتكر وضيق على الناس.

هذا، وعلى الدولة - في الأصل - حل الأزمات، إذ هي المنوط بها أساساً رعاية الصالح العام، وعدم ترك ذلك لمحض إرادة الأفراد من الجالبيين، واختيارهم، ليحلوا الأزمات، إذ قد يطمعون، وأيضاً الاستيراد يجب أن يكون موقوتاً، حتى تعمل الدولة على تحقيق اكتفائها الذاتي ما أمكن، لأن الحاجة في أصلها ضعفٌ وسببها تخلفٌ، ولا يجوز للدولة أن تُبقي الأمة على ذلك، أو أن تعمل على إضعافها بالاعتماد على غيرها دائماً، فيما تحتاج إليه، إلا عند الضرورة، كما يُشترط أيضاً ألا تنقلب الدولة

(١) إلى ما كان عليه قبل الاحتكار والتحكم، وهو شبيه بما تقوم به بعض الدول اليوم من إقامة المؤسسات الاستهلاكية، أو الجمعيات الاستهلاكية، لكسر الاحتكار، ومقاومة التغالي في الأسعار.

(٢) (٣٠٤/٤ - ٣٠٥). المنافسة الحرة المشروعة إذا كانت وسيلة ناجعة لكسر الاحتكار على الوجه الذي بينا، كانت واجبة، وهي - في تقدير المشرع - أفضل من التسعير الجبري، لمكان الإكراه فيه، ولكونه سبباً لإخفاء السلع في كثير من الأحيان، إلا إذا كانت الأزمة قد تعيّن لحلها التسعير.

نفسها محتكرة، ولو كانت جالبة، إذ الضرر لا يزال بضرر مثله. وقد يكون الضرر منها أشد.

٨ - منع التصدير^(١) إذا أضر بالناس:

لا يجوز للدولة أن تصدر أي مادة أساسية ضرورية تمس حاجة الناس إليها، ولا سيما ما يتعلّق منها بالغذاء والكساء، لأن التصدير إذا أضر بالعامّة كان في معنى الاحتكار من حيث الأثر، وقد جاء في «تحفة الناظر» للتلمساني، ما يؤكد هذا المعنى، حيث يقول: «من معنى الاحتكار نقل الطعام من بلد إلى بلد آخر، فيمنع منه، إذا أضر، ويُسوَّغ إذا لم يضر في المشهور»^(٢)، ونقول: بل يجب إذا ازداد وفرة بحيث يغطي أضعاف حاجات الناس، حفظاً على المال الذي هو من ضروريّ الحفظ، كما يقول الإمام الشاطبي، ولا يُلقي في البحر، كما تفعل بعض الدول الأجنبية، فإذا كان النّقل أو التصدير من بلد إلى آخر، داخل حدود الدولة في معنى الاحتكار، فإن هذا المعنى متقرّر بصورة أكد، إذا صدر إلى خارج البلد، فيتقرر حكم المنع من باب أولى.

٩ - إحراق المادة المحتكرة عقوبة ونكالاً:

روي أن علي بن أبي طالب عليه السلام أحرق طعاماً محتكراً بمئة ألف^(٣). وروي عن

(١) التصدير للمادة الفائضة عن حاجة الدولة، واجب شرعاً محافظةً على المال، وسداً لحاجاتها من السلع الأخرى المستوردة، بأثمان الصادرات التي تحصل عليها، والتصدير إنما يكون لمحمول تمتاز الدولة بوفرة إنتاجه بالنظر لجغرافيته الاقتصادية، وقد ترى الدولة تصدير إنتاج آخر ليس أساسياً لحياة الناس، بأن كان من المرفهات، أو الكماليات إذا كانت في حاجة إلى أثمان هذه الصادرات لسد حاجاتها الأخرى الأكثر أهمية، والوفاء بمصالحها الحيوية، مما يفرضها عليها وضعها السياسي مثلاً، ك شراء الأسلحة، فيوازن حينئذ بين المصالح من حيث الأهمية، ويُقدّم الأهم على المهم دائماً. وهكذا ترى، أن التصدير يختلف حكمه شرعاً، من الحِلِّ والحُرمة، باختلاف ظروف الدولة وأحوالها، من الوضع السياسي أو الجغرافي الاقتصادي. كما يختلف حكمه تبعاً لنوع المادة المصدرة، ومدى قوة الحاجة إليها.

(٢) «تحفة الناظر» للتلمساني ص ١٣١، و«المغني» لابن قدامة: (٤/٤٧)، و«الإنصاف» لعلاء الدين المرداوي: (٤/٣٣٩).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»: (٤/٣٠١).

طريق ابن أبي شيبة أن علي بن أبي طالب أحرق بيادر^(١) بالسواد كانت محتكرة^{(٢)(٣)}.
ويُتجه على هذا الإجراء، أنه - في الأصل - مُنافٍ لمقتضى الأصول العامة، من
حرمة إضاعة المال في غير مقصد شرعي، ولا سيما وقت الأزمات والغلاء، لأن
تحريم إضاعة المال من حق الله تعالى، فكان متعيناً أن يوزع على الناس، ليسدوا
حاجتهم، ومن الثابت أن المحافظة على المال من المقاصد الضرورية الخمسة
القاطعة^(٤).

ويمكن أن يجاب عن تصرف علي عليه السلام على هذا الوجه، بأنه قد يحقق مقصداً
شرعياً - في اجتهاده - وهو الردع والزجر، إذ عقوبة التفرغ على هذا الوجه من شأنها
أن تترك أثرها البالغ في نفوس المحتكرين فتدفعهم، وهي مصلحة تربو على مصلحة
المحافظة على هذا القدر من المال المُحرق.

وسياسة التشريع تقوم على هذه الموازنة بين المصالح المتضاربة، ويُتخذ من
الإجراءات ما من شأنه أن يحقق مقاصد التشريع.

وأيضاً روي تأويلٌ لهذه الواقعة مؤداه، أن البيادر إنما أحرقت لما اعترها من
الفساد، دفعاً لضررها باتخاذها طعاماً، لا لاحتكارها.

وأياً ما كان، فنحن نرى، أن سياسة الإحراق هذه لم تتمحّض أو تتعين إجراءً
للردع، ما دام ثمة إجراءات أخرى خيرٌ منها، تقوم مقامها، دون تضييع للمال، ولا
سيما وقت الحاجة الماسة إليه، فيجب الموازنة بين الوسائل من حيث الصلاحية،
وخفّة الضرر، والإفضاء إلى المقصود الشرعي، فلم لا يكون رادعاً نزع المال من
المحتكر، ومصادرته وتوزيعه على الناس على أن يردوا قيمته بلا ربح، دون أن يستضر
المحتكر في أصل ماله؟ وهو ما أشار إليه الإمام الشاطبي، مبدأً يجب التزامه في مثل

(١) «البيادر»: المكان الذي تجمع فيه الحبوب، والمقصود هو الحبوب نفسها.

(٢) «المحلى»: (٧٨/٩ - ٨٠)، و«معالم القرية في أحكام الحسبة» لابن الأخوة ص ١٢٢.

(٣) أخرجه في «مصنفه»: (٣٠١/٤).

(٤) «الموافقات» للشاطبي: (٢٨/٤).

هذه الحال بقوله: «وأما المحتكر، فإنه خاطئ باحتكاره، مرتكب للمنهي عنه، مضر بالناس، فعلى الإمام أن يدفع إضراره بالناس على وجه لا يستتضر هو به»^(١)، جمعاً بين الحثين ما أمكن، والعقوبة هي حرمانه من الربح أصلاً، معاملة له بنقيض قصده كما بينا.

١٠ - منع المنافسة غير المشروعة التي تفضي إلى الاحتكار، والتحكم في الأسعار، مآلاً (منع إرخاص الأثمان من قبل طائفة من التجار عن مستوى السعر العام في السوق):

قد تعتمد طائفة من التجار ذات مركز اقتصادي قوي إلى إرخاص الأثمان عن السعر العام في السوق الذي يحدده ما يسمى بقانون العرض والطلب، فتمنع من ذلك، دفعاً لضرر عام متوقع غالباً، نتيجة لما تُسفر عنه هذه المنافسة التي تعتمد إليها تلك الطائفة من تحوّل سائر التجار عن السوق، فتتفرد هي بالسوق، لتتحكم بالسعر آخر الأمر، وهذا تدبير وقائي سياسي، يحول دون التسبب في الضرر العام مستقبلاً.

أما ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه من أنه قال لحاطب بن أبي بلتعة: «بغ كيف تشاء»^(٢)، فذلك لعدم تحقق مناط التذرع لهذا المآل في اجتهاده، كما أسلفنا، وهذا المنع مقرّر في الفقه المالكي^(٣).

١١ - المنع من الهجرة الداخلية:

هجرة القرويين إلى المدن إذا أدت إلى ضرر عام بأهلها، يتخذ مظهر ارتفاع الأسعار، وغلاء المعيشة، أو نشوء أزمة المساكن، أو الإضرار باقتصاد الدولة، يجب منعها، بالنظر إلى هذا المآل الممنوع شرعاً، إذ من الملاحظ أن هذه الهجرة تؤدي إلى إهمال استثمار الأرض الذي يؤثر بدوره في حجم الإنتاج الزراعي والحيواني نقصاً، والإهمال والنقص سبب من أسباب الغلاء بلا ريب.

(١) «الموافقات» للشاطبي: (٣٥٣/٢).

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»: (٢٩/٦).

(٣) «المنتقى»: (١٧/٥)، و«رسالة تعليل الأحكام» للشيخ مصطفى شلبي ص ٦٤.

أضف إلى ذلك، أن ازدحام المدن نتيجةً لهذه الهجرة، مما يؤدي إلى نشوء أزمة السكن واستحكامها، وشيوع البطالة في المدن، وهو ضرر بالغ ينبغي ألا يُستهان به من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، وعلى وليّ الأمر، أن يجبر مالك الأرض على استثمار أرضه، وألا يبرحها عند الاقتضاء، حتى لا يكون الاستثمار إلى اختياره، دفعاً للاحتياج العام، أو الوفاء بالحاجة العامة التي هي حق الله تعالى، كما علمت.

وأيضاً، إهمال الاستثمار الزراعي، أو استثمار المال بوجه عام، ضربٌ من تضييع المال، وهو محرّمٌ شرعاً^(١)، والتحریم حق الله تعالى، ولا خيرة فيه للمالك، أضف إلى ذلك، أن إهمال الاستثمار ينافي حكم الملكية في الإسلام، من أنه يستهدف تحقيق مصلحة اجتماعية واقتصادية، وهو ما يطلق عليه اليوم «الوظيفة الاجتماعية للحق». فإذا كانت الملكية حكماً شرعياً، أو ثابتة به، فكل حكم مُعَيَّنًا بمصلحة، إذ لا تجد في الشرع حكماً في تشريع المعاملات، مسلوب الحكمة التشريعية، أو المصلحة التي شُرِعَ من أجلها، وإلا كان العبث والتحكّم كما أسلفنا، وكلاهما غير مشروع.

ولا ريب أن إهمال الاستثمار، أو الموقف السلبي من حق الملكية، من أوكد الأسباب المفضية إلى الغلاء، لقلّة المحصول، وإلى هذا يشير الإمام الشاطبي بقوله: «إن التنمية من ضروريّ حفظ المال، خشيةً ألا يفني، أو أن يفنى»^(٢).

ومن المقررات الشرعية أن تصرف الفرد ينبغي أن يكون ضمن ما تقتضيه المصلحة العامة.

هذا، وقد تقتضي أوضاع الدولة الاقتصادية استثمار أنواع معينة من المحصول، لشدة الحاجة إليها بالذات، ولا ريب أن ترك الاختيار للفلاحين^(٣)، قد لا يساعد على

(١) ورد في الحديث الذي أخرجه البخاري: ١٤٧٧، ومسلم: ٤٤٨٣، وأحمد: ١٨١٧٩، من حديث المغيرة بن شعبة، أن النبي ﷺ نهى عن قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال، والنهي يقتضي التحريم.

(٢) «الموافقات»: (٣١/٤) في الهامش. فقد اعتبر الإمام الشاطبي أن التنمية من الضروريات، وهي أعلى وأقوى مقاصد التشريع مستوى واعتباراً.

(٣) هذا، وسياسة الدولة الأموية في عهد الخليفة عبد الملك بن مروان، اتّجهت إلى منع الهجرة الداخلية، =

سدّ هذه الحاجة، لجهلهم بها، فدفعاً لهذا الضرر المتوقع، أو اللجوء إلى الاستيراد لهذه الأنواع بأثمان مرتفعة، يتعيّن على وليّ الأمر أن يحدّد المناطق التي يجبر أصحابها على زراعة نوع معين من المحصول - الغلات أو الخضّر - بناءً على ما يقتضيه الصالح العام، بعد الاستعانة بالخبرة العلمية من حيث صلاحية الأرض لنوع المحصول المقترح، ومدى وفرة إنتاجه^(١) وجودته.

وهذا من باب قضاء المصلحة العامة على الخاصة، وتقييدها بها، أو تقديمها عليها عند الاقتضاء، تحقيقاً لمبدأ التعاون، والواقع أن لا تقديم هنا، وإنما هو توفيقٌ بينهما.

١٢ - توزيع الدولة الأراضي التي تملكها هي على الناس، وتوفير مواد البناء لهم، بالثمن المعقول، تمكيناً لهم من إنشاء الأبنية، سدّاً لحاجتهم الماسة، وحلاً لأزمة السكن، وذلك من المقاصد الضرورية في التشريع الإسلامي، إذ الواقع أن منافع الدور والمسكن ومحالّ التجارة وما إليها، لا تقلُّ أثراً وخطراً في حياة الناس عن أزمة المواد الأساسية الأخرى، فارتفاع أجرها أو أثمانها ارتفاعاً فاحشاً يُجاوز حدّ المعقول، مما يؤثر على وضع الفرد بوجه خاص، والأمة بوجه عام، اقتصادياً واجتماعياً، حاضراً ومستقبلاً، وقد رأينا فقه متأخري الحنابلة، والمالكية، والإمام أبي يوسف من الحنفية، على تعميم حكم الاحتكار ضرورةً مجابهةً مثل هذا الواقع بما يناسبه من إجراء ناجع، وفي ضوء ما تقضي به سياسة التشريع، لاجتثاث أصول الأزمة

= إذ اقتضت ذلك المصلحة العامة، من توفير المال لتغطية نفقات الفتوح في السند، وما وراء النهر في المشرق، وشمال أفريقية في المغرب، وعلى تخوم الدولة البيزنطية في آسيا الصغرى، وذلك لا يتأتى إلا بإبقاء الفلاحين في أراضيهم، يستثمرونها سدّاً لحاجة الأمة والدولة، ونشر الدعوة الإسلامية. وكان الحجاج - وهو من أبرز ولاة الدولة الأموية - يُمهر ذراعَ القروي بخاتم يترك أثراً لا يمحى، يتضمن اسم الشخص، وقريته التي ينتمي إليها، ويعمل فيها. منعاً من هروبه أو تحاليه، حتى إذا وجد يعمل في المدينة، أُرجم إلى قريته وعوقب. «تاريخ الإسلام السياسي»: ج ٢، الدكتور حسن إبراهيم حسن.

(١) «نظرية المصلحة» للدكتور حسان: ص ٢٣٤، و«الموافقات»: (٣/٢٠٦).

من منابقتها، ثم ناطت ذلك كله بوليّ الأمر رأساً، بما أولاه الإسلام من سلطاتٍ تقديرية واسعة، مستعيناً بالخبرة العلمية المتخصصة، والاجتهاد التشريعي الجماعي معاً، ضماناً لتحقيق ما تقتضيه المصلحة العامة التي هي أساس ولايته، ومن ذلك كسر احتكار الأراضي المملوكة ملكية^(١) خاصةً من قبل طائفة من الأفراد الأثرياء، يتحكمون في أثمانها، وكسر احتكار المقاولين للأبنية، المتغالين في أثمانها تغالياً غير معقول أيضاً، فتدخل الدولة منافسةً لهم، بتوزيع ما تملكه هي من أراضٍ على الناس بسعر عادل معقول، وقدّمنا أن الإمام أبا يوسف يرى أن الاحتكار في كل شيء حتى الذهب والفضة والثياب، والأرض أثنى من الذهب والفضة، من حيث كونها مصدراً للخير والانتفاع، زراعةً وعمراً، فاحتكارها أشدُّ ضرراً بالبداهة^(٢).

على أن الأراضي التي تملكها الدولة إنما هي - في واقع الأمر - ملكٌ للعامة، ثم يملكها الأفراد إما بالإحياء، وإما بالشراء بالسعر المعقول، تحقيقاً لصالحهم، وذلك حسب ما يقتضيه وضع الدولة وأحوالها المالية والاقتصادية، لأن مردّ ذلك كله إلى الأمة، بما يحقق مصالحها ومرافقها العامة في شتى مناحي حياتها.

وأيضاً، إذا كان للعامة حق يتعلّق بملكية الأفراد في ظروف الاحتكار والغلاء بالإجماع، فلأن يتعلّق حقهم بما يملكونه هم ملكية عامة، من باب أولى، فيقتطعون منه، كلُّ حسب حاجته، بالثمن المعقول، وعلى حسب ما يراه الإمام محققاً للمصلحة الحقيقية المعتمدة شرعاً!!

(١) راجع: بحث الأستاذ المرحوم الشيخ أبي زهرة «التعسف في استعمال الحق» الذي ألقاه في أسبوع الفقه الإسلامي الذي انعقد في دمشق، ونشر في كتاب أصدره المجلس الأعلى للعلوم والفنون والآداب بالقاهرة ص ٦٥٧ سنة ١٩٦٠.

(٢) المرجع السابق.

يؤكد هذا المبدأ العام، من وجوب رعاية الحقيقين، بقطع النظر عن نوع المادة المحتكرة، لأن دفع الضرر الناشئ عن فقدان المأوى، لعدم تيسر الأرض التي يشاد عليها إلا بثمان فاحش، مقصد شرعي، وكذلك بالنسبة للفلاحين الذين لا يجدون الأرض التي يستثمرونها، ليسدوا حاجتهم ومن يعولونهم، والأراضي الشاسعة بيد طائفة من الأثرياء، يتحكمون في أسعارها، ولا يستثمرونها، ألا ترى إلى الإمام أبي يوسف حيث قال: «الاحتكار في كل شيء حتى الذهب والفضة والثياب».

وأيضاً، نصَّ الفقهاء - كما قدّمنا - على أنه لا يجوز أن يُبقي أحدٌ في ملكيته وحوزته ما يزيد عن حاجته من القوت الضروري الذي به بقاء حياته وعياله، عند الاحتياج العام، بل يُباع عليه جبراً، فلأن يمتنع عليه أن يُبقي في ملكيته وحوزته ما يزيد عن حاجته من الأراضي الشاسعة، في هذه الحال، إذا كان يمتلكها ويتحكم في أسعارها، أو يحبسها تربُّصاً بالناس الغلاء من باب أولى^(١)، فإما أن يبيع بثمان المثل، لا وكس ولا شطط، وإما أن يباع عليه جبراً، دفعاً للضرر العام، وأداءً للواجب، ويعاقب على تركه.

وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن تيمية: «إذا امتنع الناس، من بيع ما يجب عليهم بيعه، فهنا يؤمرون بالواجب، ويعاقبون على تركه، وكذلك من وجب عليه أن يبيع بثمان المثل، فامتنع أن يبيع إلا بأكثر منه، فهنا يؤمر بالواجب (يجبر عليه) ويعاقب على تركه، بلا ريب»^(٢).

ويقصد بالواجب هنا «العدل» إذ لا يجوز شرعاً أن يُؤمر أحدٌ بظلم، وهذا هو «النظر الشرعي» الذي يجب على ولي الأمر المسلم أن يحمل الناس عليه، لأن «ثمان المثل» ينطوي على تنفيذ مقتضى مبدأ رعاية الحقين، في ظرف الاحتياج العام، أو عارض الأزمات الاقتصادية الحادة، مما نعاني اليوم من ارتفاع أثمان الأراضي والمساكن وغيرها ارتفاعاً غير معقول، فلا تقف الشريعة مكتوفة الأيدي أمام عارض^(٣) سوء تصرف المالكين، وتحكّمهم، وتفاقم الضرر واستفحاله دون حلّ،

(١) هذا أيضاً، قول الإمام ابن تيمية: «إذا امتنع الناس من بيع ما يجب عليهم بيعه، فهنا يؤمرون بالواجب، ويعاقبون على تركه، وكذلك من وجب عليه أن يبيع بثمان المثل، فامتنع أن يبيع إلا بأكثر منه، فهنا يؤمر بالواجب (يجبر عليه) ويعاقب على تركه، بلا ريب»، «الحسبة» ص ٣٥. وينحوه «الطرق الحكمية» لابن قيم الجوزية: ص ٢٧٨.

(٢) «الحسبة»: ص ٣٥، وينحوه قال ابن قيم الجوزية في «الطرق الحكمية» ص ٢٧٨.

(٣) قدّمنا، أن كلّ عارض يطرأ ينشأ عنه مناط خاص، أو دليل تكليفي، يعارض دليل حكم الأصل، فتجب الموازنة والترجيح، تبعاً للمال، من المفسدة أو المصلحة الراجعة، وهذا من باب تحقيق المناط الخاص.

مهما كان نوع المادة المحتكرة، لأن دفع الضرر عن عامة المسلمين، أياً كان منشؤه، مقصد شرعي قطعي.

١٣ - التسعير الجبري:

وهو ما نفرد له بحثاً خاصاً، لكونه موضوعاً خصباً للاجتهادات الفقهية، ومبدأ هاماً من مبادئ النظام الاقتصادي في الإسلام.



دراسة بحثية في مفهوم الاحتكار

١ - اختلف الفقهاء في تحديدهم لمفهوم الاحتكار شرعاً، تبعاً لاختلافهم في شروطه.

على أن بعضهم قد ضيق من مفهومه بحيث جعله يقصر عن استيعاب مقومات مفهوم الاحتكار الأساسية، من مثل ظاهرة الاحتياج العام، إبان الأزمات، كالشوكاني، وآخرون قد قصروا من شموله، إذ جعلوا متعلقه القوت أو السلع، مما جعل علة حكم الاحتكار - في اجتهادهم - هي خصوص الضرر المتعارف الناشئ عن الطعام أو السلع، لا مطلق الضرر العام، أيّاً كان منشؤه من الأعمال، والمنافع، وغيرها، مما له أثر بالغ في حياة الأمة، إذا اشتدت حاجتها إليه.

وبعضهم أظهر عنصر «القصد» إلى التربص والتغالي، لينفي صفة الاحتكار عن الادخار للمؤنة.

غير أن الضرر العام إذا كان متوقعاً أو واقعاً فعلاً، اتجه النظر الشرعي إلى دفعه أو رفعه، بقطع النظر عن القصد، ولو كان حسناً، وإذا اشتدت الأزمة تفاقماً، ازداد تعلق حق العامة شرعاً بما عند المالكين، حتى بالمدخر للمؤنة، وانسحب حكم الاحتكار عليه، ليكون الناس أسوة فيه، والأسوة عدالة، وأيضاً هذه التعاريف لم تحدد نسبة الغلاء، أو مقدار جسامة الضرر، فيرجع - في ذلك - إلى العرف.

ولا جرم أن اختلاف اجتهاداتهم في تصورهم لحقيقة الاحتكار، انعكاس لمقتضيات بيئاتهم، والمستوى الحضاري الذي بلغوه في عصرهم، فضلاً عن تفاوتهم في الملكات الذهنية.

٢ - عرّفنا الاحتكار بأنه: «احتباس كلِّ ما يحتاج إليه الإنسان والدولة والحيوان، على وجه يضرُّ بهم، ويوقعهم في مشقة وعُسْر، من مواد غذائية وفاكهة وكسوة ومنافع المساكن، وأدوات زراعية وصناعية وحريرية وأدوية ووقود، ومنافع وأعمال فنية، مما يحتاجون إليه في كافة مرافقهم، والامتناع عن بيعه أو بذله، أو القيام به عند حاجة الناس إليه إلا بسعر فاحش، وعلى نحو غير مألوف».

وأساس ذلك، أن كلَّ ما لا تقوم مصالح الأمة والدولة إلا به، فهو واجب تحصيله وبذله، بضمن أو أجر المثل.

أبرز التعريف ظاهرة الاحتياج العام.

٣ - هذا، والاختلاف الاجتهادي في مفهوم الاحتكار - على النحو الذي أوردنا عند الفقهاء - يعكس لنا اختلافهم في تقدير مدى «الحرية العامة» في التجارة، أو حرية التصرف في حق الملكية ومداه في الشريعة الإسلامية.

٤ - والواقع، أن مدى هذه الحرية يختلف ضيقاً وسعة، تبعاً لظروف الجماعة، ومدى حاجتهم، مما يؤكد «مبدأ التكافل» الاجتماعي بين الفرد ومجتمعه تشريعاً ملزماً ينفذه ولي الأمر، لا حكماً أخلاقياً فحسب موكولاً إلى اختيار الفرد، الأمر الذي ينأى بفكرة الحق عن الفردية المطلقة قطعاً.

٥ - أما المادة المحتكرة أو موقع الاحتكار، فالأصل في التعميم، قوله ﷺ: «من احتكر حُكراً يُريد أن يُغلي بها على المسلمين، فهو خاطئ»^(١) بإطلاق، دون تقييد بنوع من المواد التي يقع عليها الاحتكار، وكذلك قوله - عليه السلام -: «من احتكر فهو خاطئ»^(٢).

فالحديثان الشريفان - كما ترى - صريحاً الدلالة على أن كل ما أضرَّ بالناس احتباسه ومنعه فهو احتكار، للإطلاق والعموم، إذ «العلة» مطلق الضرر العام في حدِّ ذاته.

(١) أخرجه أحمد: ٨٦١٧، من حديث أبي هريرة، وهو حديث حسن لغيره.

(٢) أخرجه مسلم: ٤١٢٣، وأحمد: ١٥٧٥٨، من حديث معمر بن عبد الله العدوي.

نعم! ورد من أحاديث الاحتكار ما هو مُقيد بالطعام (من احتكر طعاماً..). لكننا نرى أن لا تعارض بينها حتى يُحمل المطلق على المقيد، ومعلوم أن الموجب لهذا الحمل أو التأويل، هو التعارض، فإذا انتفى، كان إعمال الدليلين خيراً من إهمال أحدهما، فيبقى المطلق على إطلاقه، والمقيد فرداً من أفراد المطلق، وإلى هذا ذهب المالكية والزيدية ومُتأخرو الحنابلة والإمام أبو يوسف من الحنفية، كما رأيت.

وأيضاً تقرر في علم الأصول: أن «إفراد فرد من العام بحكمه، لا يخصه»، أي يبقى العام على عمومه، ويُحمل تخصيص الطعام بالذكر هنا، على أنه أظهر أو أغلب ما يتضرر الناس بمنعه وقوعاً، لغلبة وقوع الاحتكار فيه، لا لنفي الحكم عما عداه، أي إنما أوردته الشارع على سبيل المثال فخصّه بالذكر لأهميته، لا على سبيل التقييد أو الحصر، ولأن الطعام لَقَبٌ، ولا مفهوم للقب عند الجمهور، فلا يدل بالتالي على نفي حكم الاحتكار عما سوى الطعام، بل يشمله بحكمه.

وأيضاً الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا، على ما هو مقرر أصولياً، وهذا هو قانون «التلازم المنطقي» في التشريع، طرداً وعكساً، فحيثما وجد الضرر العام من جراء احتكار مادة ما، وُجد الحكم وهو المنع، تحقيقاً لمراد الشارع، لأن الضرر العام، هو العلة الوحيدة والحقيقية للاحتكار، لا خصوص الضرر المتعارف الذي ينشأ عن منع القوت خاصة.

٦ - أصول منع الاحتكار واردة في السنة، وآثار الصحابة.

٧ - أما حكم الاحتكار:

فقد اتفق جمهور الفقهاء، على أن الاحتكار حرام وممنوع، وهو في نظر الشريعة جريمة، بل كبيرة، وإلا ما كان حقاً على الله تعالى أن يُقعدَ المحتكر بمكان عظيم من النار يوم القيامة - كما ورد في الحديث - وأنه خاطئ أي عاصٍ آثم.

واعتمد الإمام الكاساني في تحريمه، على معنى «الظلم» في حد ذاته، إذ هو محرم قطعاً، والظلم هنا هو منع الحق عن مستحقه، لأن حق العامة قد تعلق بما عند المحتكرين، وقت الحاجة شرعاً.

هذا، ويلزم عقلاً بدلالة الإشارة، أنه حرام، لما رتب الشارع عليه من التهديد والوعيد الشديد، بل إن لفظ «البراءة» لم يرد في القرآن الكريم غلاً في شأن المشركين، مما يدل على عِظَم جريمة الاحتكار، كعِظَم جريمة الشرك، بل قيل في حق المحتكر: «فكأنما قتل نفساً»^(١)، وقتل النفس من أعظم الجرائم.

وهكذا نرى، أن استعمال حق الملكية أو الحرية العامة في التجارة على نحو يضرُّ بالمجتمع، جريمةٌ بل كبيرةٌ تستوجب العذاب الأليم يوم القيامة، ولا يقلُّ هذا الوعيد على الاحتكار عن الوعيد القرآني على الربا، فكلاهما استغلال بالانتظار والتربص، وضرر عام محرّم.

أما جمهور الحنفية القائلون بالكراهة التحريمية التي تقتضي المنع أيضاً، فذلك بناء على أصل فقهي عندهم لا يلزمون به غيرهم، على أن لا خلاف بين الفريقين عملاً، لأنهم متفقون على المنع.

٨ - ليس النهي عن الاحتكار لذاته، بل لما ينشأ عنه من ضرر عام، وما يفضي إليه من ظلم مآلاً، وذلك الضرر العام اللاحق بالمسلمين هو الذي يشير إليه قوله ﷺ: «من احتكر حُكراً يريد أن يُغلي بها على المسلمين فهو خاطئ»^(٢).

والمقصود بالمسلمين هنا ليس كأقنُهم فحسب، بل يكفي - ليتحقق حكم الاحتكار - أن يلحق الضرر بجماعة منهم، كأهل قرية، أو مدينة، أو قطر من أقطارهم، أو طائفة أو أهل مهنة أو حرفة منهم.

وعلى هذا، فالاحتكار محرّم وممنوع، لا لذاته، بل لأثره ومآله.

٩ - الأزمات والظروف الاقتصادية الحادة تجعل للعامة حقاً يتعلق بما عند المالكين، وحكم الاحتكار يعمُّ التجار وغيرهم في الظروف الاستثنائية، كالحروب والكوارث والمجاعة والغلاء، فإذا جاز للشخص أن يدخر مؤنة عياله سنة كاملة، عملاً بما ثبت من فعل الرسول ﷺ فذلك محمول على الأحوال العادية حيث لا ضرر

(١) «معالم القرية» لابن الأخوة: ص ١٢١، و«الزواج»: (١/ ٢١٦) لابن حجر.

(٢) أخرجه أحمد: ٨٦١٧، من حديث أبي هريرة، وهو حديث حسن لغيره.

فيه على أحد، أما في الظروف الاستثنائية - وهي متفاوتة في الشدة - فلا يجوز له ذلك، لأنه يُعتبر محتكراً، ويُجبر على إخراج ما احتكره إلى السوق، ليستوي هو وغيره في أخذ كفايته كل يوم، وهو ما ذهب إليه المالكية، هذا فضلاً عما يجب أن تتخذه الدولة الإسلامية من التدابير والإجراءات الاقتصادية لتفريغ الأزمة، وكسر الاحتكار، كالاستيراد والمنافسة المشروعة، وغير ذلك من الإجراءات الناجعة التي تقتضيها سياسة التشريع.

ولهذا، لا يقال - كما ورد في «المغني» و«كشاف القناع» في الفقه الحنبلي - إنه يجوز للفرد أن يدخر مؤنة عياله مدة سنة، ولا يُمنع من ذلك، لأن الضرر لا يزال بالضرر، لأننا نقول: إن اختزان المواد الغذائية للمؤنة لمدة سنة، إنما يجوز في الأحوال العادية حيث لا يكون ثمة من تضيق على الآخرين، تبعاً للظروف، وعلى هذا، يجب أن يحمل فعل الرسول ﷺ في اختزانه التمر لعياله مدة سنة، على وقت الاتساع والرخص.

على أن المالكية والإمام الغزالي - كما رأيت - يرون كراهة ذلك في المواد الغذائية حتى في حالة الرخاء والرخص.

وأيضاً: لا ضرر على من يريد ادّخار المؤنة إذا مُنعوا وقت الأزمات، لأنهم سيأخذون كفايتهم يوماً بعد يوم، أو شهراً بعد شهر، كسائر الناس، والأسوة عدالة^(١)، هذا إذا اقتضت الظروف ذلك، ولكل ظرف إجراء عادل يناسبه.

١٠ - أصل ذلك أن: حقّ الغير محافظ عليه شرعاً إبان ممارسة كلّ ذي حق لحقه، كسباً وانتفاعاً.

ذلك الأصل العام الذي أصلته الشريعة في كلّ تصرف فردي - بإباحة كان أم حقاً - هو وجوب ملاحظة حق الغير، وهو حق الله تعالى في كل حق فردي على ما قرره

(١) «الموافقات»: (٢/٣٥٣) حيث أتى بحديث الأشعرين تحت عنوان: «إسقاط الاستبداد، والدخول في المواساة على سواء، وهو محمود جداً»، وإذا كان هذا من مكارم الأخلاق، أو من الأحكام الدينية الموكولة إلى أمانة المكلف في الأصل، فإنه يصبح حكماً شرعياً ملزماً إذا مسّ الصالح العام.

الإمام الشاطبي، وهو «محافظ عليه»^(١) شرعاً» ولا خيرة فيه للعبد، فهو من النظام الشرعي العام، والفقه الثابت الذي لا يجوز التهاون فيه، أو الاتفاق والتصرف على خلاف مقتضاه، وقد رأيت المالكية يجعلون للعامة في هذا الظرف، حقاً يتعلّق بما يختزنه الفرد من الطعام، ويجبر على إخراجه وبدون ربح، إذا كان المحتكر تاجراً مترتباً، إيصالاً للحق إلى مستحقه، عدلاً وتكافلاً ملزماً، ومعاملةً له بنقيض قصده.

كما ترى الحنفية أيضاً، يثبتون للعامة - في مثل هذا الظرف - هذا الحق متعلقاً بحق المالكين، كما جاء في تبیین الحقائق للزيلعي^(٢) وغيره، حتى لا يكون حق الملك الفردي خالصاً لصاحبه يتصرف فيه كيف يشاء، لتعلق حق العامة به وقت الأزمات الاقتصادية، بل يحد من حريته في هذا التصرف ويقيده على وجه لا يذهب بحق الجماعة ويضر بهم، عملاً بمبدأ «حق الغير» وأنه محافظ عليه شرعاً، وهذا المبدأ هو قوام تقييد الإباحات والحقوق الفردية في التشريع الإسلامي إبان استعمالها كسباً وانتفاعاً، ذرءاً للاعتساف والظلم، وتحقيقاً للصالح العام، وهو مظهر للتكافل الاجتماعي الملزم بين الفرد وأمة.

١١ - من حيث تطبيق القواعد الأصولية على حكم الاحتكار، فالمقرّر في علم الأصول أن: «المصلحة العامة مقدمة»^(٣) والقواعد الفقهية ناهضة بذلك^(٤)، وبيانه فيما يلي:

١٢ - أن الضرر اللاحق بالناس - بسبب احتكار التجار وغيرهم لما يحتاجونه - واجب الدفع، ودفعه^(٥) مصلحةٌ حاجية، وإن لم تبلغ مبلغ الضرورة.

(١) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٢/٣٢٢).

(٢) يعلل الزيلعي عدم جواز الاحتكار بقوله: «ولأنه تعلق به حق العامة، وفي الامتناع عن البيع، إبطال حقهم، وتضييق الأمر عليهم». «تبیین الحقائق» للزيلعي: (٦/٢٧)، و«رد المحتار»: (٥/٢٧٨)، و«الاختيار»: (٤/٢٢٢).

(٣) «الموافقات للشاطبي»: (٢/٣٥٠ وما يليها).

(٤) من مثل «يختار أهون الشرين»، ومن مثل: «يُتحمّل الضرر الخاص في سبيل دفع ضرر عام».

(٥) الاحتكار حرام، والمنع من فعل الحرام واجب. «معالم القرية» لابن الأخوة ص ١٢٣.

هذه المصلحة الحاجية - وهي من صميم مباني العدل - مخصصة للنصوص الناهضة بالأصل العام، وهو أن الفرد في الشريعة حر التصرف إيجاباً وسلباً في التجارة والملك على الوجه الذي يحقق مصلحته الخاصة، وكذلك مخصصة للنصوص الناهضة بمبدأ الرضائية في العقود، ومقيدة لها، بما لا يلحق ضرراً بالجماعة، إزالةً للظلم العام، والواقع أن التخصيص إنما هو بالأدلة التي نهضت بحجة هذه المصلحة.

فالمالكية والحنفية والحنابلة يقولون بتخصيص النص العام بالمصلحة الحاجية - وهو ما يسمى بالاستحسان - بأن تشتد الحاجة إليها، ويعم بلواها، ويغلب غسر الانفكاك عنها، بحيث لو لم تدفع، لوقع الناس في حرج وضيق شديدين غير مألوفين، وهي المعروفة عند الفقهاء جميعاً، بالحاجة المنزلة منزلة الضرورة، والضرر اللاحق بالجماعة جراء احتكار ما يحتاجون إليه، والامتناع عن عرضه وبيعه بسعر المثل، من أفراد المصلحة الحاجية، ودفعه من مقتضى العدل، إذن تخصيص العمومات يقتضيه العدل.

والواقع أن الشافعية يقولون بتخصيص المصلحة الحاجية للنص العام أيضاً، يرشدك إلى هذا، ما جاء في كتاب «الأشباه والنظائر» للسيوطي - وهو شافعي المذهب - من القاعدة المحكمة السابقة: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة» وقد طبقها الشافعية فعلاً في موضوع الاحتكار، إذ قالوا بحرمة ومنعه، والحد أو التقييد من حرية التاجر أو المالك في التصرف في الملك.

١٣ - والواقع أيضاً، أن تخصيص العمومات بالمصلحة الحاجية أمر مجمع عليه، لا يسع مجتهداً مخالفته، لأنه يؤول إلى تعارض أصليين، يتعين ترجيح أقواهما، تحريماً لمراد الشارع الذي هو مقتضى العدل والمصلحة، إذ من المعلوم أن الأصل حرية المالك في التصرف في ملكه، أو الحرية في التجارة، وهذا هو «المناط العام» الثابت بأصل مقطوع به شرعاً، غير أن المالك حين أساء التصرف، أو تعسف في حقه بأن احتكر، فاحتكاره قد ترك أثراً هو الضرر بعامة الناس، فنشأ

عن هذا الأثر دليلٌ تكليفيٌّ آخر، أو أصل قطعي يقضي بتحريم ومنع التسبب في هذا الضرر العام، إيقاعاً أو وقوعاً، كما ينفي إيقاع الناس في الحرج والمشقة غير المألوفة، وهذا هو «المناط الخاص» في هذه المسألة.

وتأسيساً على هذا الأصل، نهض اعتبار المصلحة العامة.

إذن تنازع هذا التصرف - وهو الاحتكار - أصلاً شرعياً قطعيان:

أحدهما: يتعلّق بأصل التصرف في الملكية أو حرية التجارة، فيبيحه، تحصيلاً للمصلحة الفردية الخاصة، كسباً وانتفاعاً، وهذا هو المناط العام.

ثانيهما: يتعلّق بأثر التصرف لا بأصله، وهو التحريم والمنع، وهذا هو المناط الخاص، ومعلوم أن التعارض لا يقع بين أصليين قاطعين، بل بين جزئياتهما الواقعة، وكلاهما مقطوع به، فلا بدّ من الموازنة والترجيح، إذ لا يسعُ المجتهد أن يترك المسألة يتعاوَرُها حُكمان متدافعان ظاهراً، دون أن ينسّق بينهما.

وبالموازنة بين مقتضى الأصل الذي يثبت حرية التصرف، وبين الأصل الآخر الذي نشأ عن أثر هذا التصرف، والذي يقضي بالمنع من التسبب في ضرر عام، يترجح حكم هذا الأخير، فيمنع المالك أو الفرد من التصرف في حق الملك على نحو ضارّ بعمامة المسلمين، تخصيصاً لهذه الحالة من عموم الأصل الأول، بمعنى أن الفرد حرٌّ في التملك والتصرف في ملكه مبدئياً، أي بمقتضى الأصل العام، إلّا في مثل هذه الحال، لأنه عارضه أصلٌ آخر أقوى من الأول، فكان أولى بالتقدم والتطبيق، إذ به تتحقق إرادة المشرع الحقيقية في مثل هذه المسألة.

ومن هنا، قلنا إن التخصيص مجعٌ عليه.

ذلك، لأن مفسدة المآل قد غلبت مصلحة الأصل.

وهذا ضربٌ من الاجتهاد في «تحقيق المناط الخاص» في التطبيق، في ضوء الظروف الملازمة، رعايةً للمصلحة العامة التي تعتبر من أقوى صور العدل في الإسلام.

١٤ - شروط الاحتكار:

أ - الأرجح أنه لا يشترط الشراء من السوق ولا يشترط ظرف الغلاء، ليتحقق الاحتكار، فسواء أكان الشراء من سوق المدينة في مثل هذا الظرف، أو في وقت الرخاء، وأدى احتباس المُشْتَرَى إلى ضرر عام، اعتُبر ذلك احتكاراً محرماً، ويُمنع، إذ العبرة بالمآل والنتيجة في حدّ ذاتها.

والحنابلة قد أخذوا بهذا الشرط في فقههم في موضع الاحتكار هذا، يقول صاحب «المغني»: (فأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص، على الوجه الذي لا يضيق على أحد، فليس بمحرّم).

فانظر كيف قيد الاحتكار بالشراء من السوق في وقت الرخص والاتساع على الوجه الذي لا يضيق على الناس^(١)، وهذا نظر إلى المآل بلا ريب، إذ المفهوم المخالف أنه إذا ضيق كان محرماً.

ونرى أن العبرة بالضرر العام في حدّ ذاته، لأنه العلة التي يدور عليها حكم الاحتكار.

والاجتهاد المالكي، هو الذي قرّر كراهة الاحتكار للمواد الغذائية حتى في وقت الرخاء والرخص، وهو ما ذهب إليه الإمام الغزالي^(٢) أيضاً، ويؤيد هذا الاجتهاد، اجتهاد متأخريّ الحنابلة الذي قدمنا لك طرفاً منه في فقههم في هذا البحث، من مثل ابن تيمية وابن القيم.

ب - كذلك لا نرى للتفرقة بين الجالب والمحتكر من أساس فقهي معقول ينهض بها سوى ما ورد في الحديث من أن «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون» وهو معقول المعنى، فيجب حمله على الجالب الذي يؤثر بيع ما جلبه بما يصادفه من السعر، أو بما تيسر له من الربح ليحلب غيره، وهذا هو المعنى الذي استقر عليه اجتهاد عمر رضي الله عنه.

(١) ومفهومه المخالف، أنه إذا أدى إلى التضييق على الناس، يعتبر ذلك الشراء احتكاراً، ولو كان في حال الاتساع والرخص، لوحدة الأثر والعلة، فيُمنع عن ذلك، ويطبق عليه مؤيدات كسر الاحتكار.

(٢) «الإحياء»: (٧٤/٢).

حيث جعله ضيقه، وفي رعايته، وحماية الدولة، لأنه ﷺ مطمئن إلى أن الجالب لا يسيء، فهو إذن الجالب الذي من شأنه أن يوسع على الناس، غير مبالٍ بما يصيبه هو من نصيب وإرهاق. أما إذا قصد الإضرار والتحكم^(١) بالاحتباس والامتناع، بحيث يؤدي إلى الإضرار بالناس - والضرر مدار حكم الاحتكار - فينبغي أن يُعتبر محتكراً، إذ يجب أن يُفهم النص الشرعي ويطبق في ضوء من حكمة تشريعه، حماية لها وتحقيقاً لمراد الشارع منها^(٢).

هذا، والجالب إذا قديم المدينة بما جلبه، فقد تعلق به حق العامة، وحقهم محافظ عليه شرعاً، فلم يعد ثمة من فرق بينه وبين غيره من المحتكرين إذا احتكر وتغالي وتحكم، وفي هذا ردٌ على من قال: إن له ألا يجلب، فله ألا يبيع.

على أن هذا «المعنى» هو ما نهضت به أحاديث الاحتكار الأخرى التي لم تفرق في الحكم بين جالبٍ وغيره إذا احتكر، من مثل قوله ﷺ: «من احتكر حُكراً... الحديث»^(٣)، لأن «مَنْ» من ألفاظ العموم كما تعلم.

وأيضاً، لو لم يكن معنى الجالب هو ما ذكرنا، لأصبح معنى الحديث الشريف «الجالب المحتكر مرزوق، والمحتكر ملعون»^(٤) وهو محتوى متهافت، لا يظهر فيه معنى معقول ينهض بالفرقة بينهما، حكماً ومقصداً، وينزه عنه قول الرسول ﷺ.

ج - ولا وجه للفرقة أيضاً بين جالبٍ ومستغلٍ لأرضه، أو مشترٍ من المدينة، إذا احتكر هؤلاء فعلاً، ونجم عن ذلك إيقاع الناس في الحرج الذي هو مناط التحريم، أو المعنى المناسب لتشريع حكمه.

على أن من قال بالفرقة، اشترط في الجالب أو المستغل «ألا يضيق على الناس»

(١) «المنتقى شرح الموطأ» للباجي: (١٧/٥) وما بعدها.

(٢) «شفاء الغليل» ص ١٩٩، ٢٠٣ للإمام الغزالي، وراجع بحث التعليل والتأويل: (١/١٣١) وما يليها.

(٣) أخرجه أحمد: ٨٦١٧، من حديث أبي هريرة، وهو حديث حسن لغيره.

(٤) أخرجه ابن ماجه: ٢١٥٣، من حديث عمر بن الخطاب.

- كما رأيت - وهذا المعنى مآل الفعل وأثره، إذ لا تناقض في أحكام الشريعة، ولا تهاؤت في معقوليتها^(١).

يقول صاحب «كشاف القناع» من الحنابلة في فقه هذه المسألة:

«إن من جَلَب شيئاً، أو استغله من ملكه، أو استغله مما استأجره، أو اشترى زمن الرخص، ولم يضيّق على الناس أذن»، وهذا الشرط هو إكسير أو روح فقه المسألة الذي يقضي على كل تفرقة بين جالب وغيره، لوحدة الأثر أو المآل، وهو مناط الحكم، أو معناه المناسب، لأن مفهومه المخالف: أنه إذا ضيق على الناس بما جلب واستغل اعتبر محتكراً.

د - كذلك التقييد بالبلد الصغير لا يقوم على أساس فقهي، أو منطوق شرعي، إلا لكون صغر البلد مظنة الضرر، لقلة الاستيراد والجلب، بعكس الثغور والبلاد الكبيرة، حيث يكثر استيرادها وجلبها، فلا يتصور عادة وقوع الاحتكار المؤدي إلى التضييق على أهلها، وهذه مسألة واقع يتغير حكمه الشرعي باختلاف الزمن والظروف البيئية والزمانية.

وأنت عليم بأن أحاديث الاحتكار لم تُشر إلى ذلك، وإنما هو محض اجتهاد قائم على واقع كان يعيشه بعض الأئمة، فالمدن الكبيرة لم يكن يعثورُها العوز والحاجة عادة لكثرة الجلب، بخلاف الصغيرة، فالعبرة بأثر الاحتكار لا بصغر البلد وكبرها.

لكن إذا قام ما يدل على نقيض هذا الواقع، أي وقوع أثر الاحتكار، وهو الضرر اللاحق بأهل المدن الكبيرة، فينبغي أن يتحد الحكم في جميع المدن: الصغيرة منها والكبيرة على السواء، لاتحاد العلة، وهي الضرر العام، وهذا هو الفقه الدقيق.

(١) يقول الإمام الشاطبي: «إن المعنى المناسب إذا كان جلياً سابقاً للفهم عند ذكر النص، صحّ تحكيم ذلك المعنى - العلة أو حكمة التشريع - في النص، بالتخصيص له - أي بتحديد مجال تطبيقه - أو الزيادة عليه - عن طريق القياس... فأنت ترى أئمة الأصول، قد تصرفوا بمقتضى العقل في النقل من غير توقيف... وبالجملته فإنكار تصرفات العقول بأمثال هذا، إنكار للمعلوم ضرورة في أصول الفقه». «الموافقات»: (١/٨٩).

هـ - لا يشترط في الاحتكار - ليمنع - قصد الإضرار بالناس، فالمحتكر، سواء قصد الإضرار أم لم يقصد، يُمنع إذا أدى احتكاره إلى التضيق فعلاً على الناس، وإيقاعهم في الحرج، لأن الضرر العام لا يشترط في تحريمه ودفعه أن يُنظر إلى قصد المتسبب فيه، بل يدفع ولو كان قصده حسناً، لأن العبرة بالنتيجة في حد ذاتها^(١)، لا الباعث عليها، غير أن الفارق أن الباعث السيئ يآثم صاحبه بقصده وفعله، إذ لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار، لقيام الدليل على أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، فيمنع من التسبب فيه.

و - يحافظ الإسلام على السير التلقائي لحرية التجارة ما أمكن، ويمنع التجار من تعكير صفوه الطبيعي، تحقيقاً للمصلحتين اللتين قام التشريع الإسلامي كله على أساسهما، وهما المصلحة الخاصة والعامة على السواء، دون افتئات إحداهما على الأخرى^(٢)، وبعبارة أخرى، يحافظ التشريع الإسلامي على ما يسمى قانون «العرض والطلب» حتى إذا تلاعب التجار بالأسعار، وافتعلوا بذلك أزمة اقتصادية مُنعوا، دفعاً للظلم والتحكيم، فضلاً عن الضرر الفادح يلحق هذه الطبقة الفقيرة المحرومة، فمقتضيات «الأخوة» تتنافى ومثل ذلك الموقف الاستقلالي^(٣) المقيت تجاههم.

وعلى هذا، إذا غلا السعر لا بفعل التجار، ولا بسبب كثرة اختزان الناس للمؤن، لمدة طويلة، فلا يوجب ذلك شرعاً تطبيق أحكام الاحتكار، لأن المفروض أن الغلاء كان طبعياً وتلقائياً لا مفتعلاً، وعلى الدولة حينئذ أن تعمل على حل هذه الأزمات الاقتصادية بالإجراءات العلمية المدروسة العادلة، بناء على سياسة التشريع، وعن طريق استشارة الخبراء، وهذا من أهم وظائف الدولة.

(١) «الموافقات» للشاطبي: (١٤٩/٣).

(٢) مقدمة «نظرية التعسف» للمؤلف.

(٣) كل ما نبت من حرام، فهو سحت، لا يجوز أكله، ولا الانتفاع به، فالمال الذي مصدره الغش مثلاً أو الاحتكار، أو الربا، أو الرشوة، أو غبن الغافلين عن الأسعار (المسترسلين)، أو استغلال النفوذ بسلطان الوظيفة أو الجاه، أو مصدره القمار، أو السرقة، أو الغصب، وما إلى ذلك من وسائل الكسب غير المشروع، فهو محرم، ويجب رده إلى بيت المال إن لم يعرف مالكة، أو يتصدق به.

ز - غير أن الظروف الاستثنائية الطارئة من مثل المجاعة والكوارث والحروب وأعقابها، يوجب على الدولة أيضاً التدخل لمنع الاحتكار إذا وقع، لأن الغلاء في هذا الظرف غير طبعي أيضاً، فلا يجوز انتهازه للتحكم على الناس.

على أن الاحتكار في مثل هذه الظروف أشد قبحاً، وأعظم إثماً، لشدة وطأة الأزمة، مما ينبئ عن شدة تعلق حق العامة بحق المالكين.

ح - يتدخل ولي الأمر سياسة^(١)، وللمصلحة العامة، دفعاً للضرر العام، وتحقيقاً للعدل بين التجار والمستهلكين، لأن المصلحة العامة هي أساس ولايته العامة، فقد جاء في قواعد الفقه المحكمة أن «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة»^(٢).

ط - هذا، وأشار ابن القيم وابن خلدون إلى الاحتكار المزدوج، أو احتكار «الصنف» ويقع داخل الدولة، كما تمارسه الدول الاستعمارية على الصعيد الدولي، تحكماً واستغلالاً لثروات الشعوب المستضعفة التي تقع تحت سلطانها، وهو ظلم في الأرض، وفساد كبير.

١٥ - أما مؤيدات مقاومة الاحتكار فنوعان:

١ - الوازع الديني، وهو الأصل. ٢ - سلطان الدولة.

فإذا ضعف الوازع الديني، قام مقامه وازع السلطة في الدولة، تأييداً للأول، وسلبت أمانة التكليف في مواقع التصرفات التي ثبت أن المكلف قد فقد هيمنة وازع الدين - وهو خشية الله تعالى - على نفسه، فيجبر على أدائها اضطراراً بعد أن نكص عنها اختياراً.

هذا، ولم يرد من مؤيدات الاحتكار في التشريع الإسلامي، إلا الوازع الديني فقط، وهو ما اقترن بفعله من الوعيد الشديد، والوصف بالعصيان والإثم، والبراءة من ذمة الله ورسوله.

(١) وسياسة التشريع تقتضي استنباط أحكام وإجراءات اجتهادية لمواجهة الواقع بظروفه الملائمة، بالاستناد إلى قواعد التشريع ومقاصده.

(٢) «الأشباه والنظائر» لابن نجيم. وللسيوطي: القاعدة الخامسة ص ١١٨.

أما سائر المؤيدات فاجتهادية ينهض بها «مبدأ سياسة التشريع» وهو أكبر مظهر لتدخل ولي الأمر، من أجل رعاية الصالح العام الذي هو أساس ولايته العامة على الرعية كما ذكرنا.

ونلخص المؤيدات الاجتهادية فيما يلي:

- أ - جبر المحتكر على إخراج المادة المحتكرة، وعرضها في السوق.
- ب - أمره بالبيع بالسعر الذي كان سارياً قبل الاحتكار، إزالة للظلم الذي تسبب فيه^(١).
- ج - البيع عليه جبراً إذا تمرّد.
- د - حرمانه من الربح وأخذه منه، عقوبة مالية على جريمة الاحتكار، ومعاملة له بنقيض قصده.
- هـ - مصادرة الحاكم للمال المحتكر، إذا خيف الهلاك على أهل البلد، وتفريقه عليهم للضرورة، بضمن المثل قبل احتكاره.
- و - تنظيم الاستهلاك.
- ز - الاحتزان الاحتياطي للمواد الأساسية من قبل الدولة، وطرحها في الأسواق بسعر معقول، منافسة للمحتكرين، كما يقول الإمام الأبي.
- ح - استيراد مثل المواد التي وقع عليها الاحتكار، إذا كان سعرها أخفض، وطرحها في السوق ليكثر عرضها، وتُسد حاجة الناس إليها.
- ط - منع التصدير للمواد التي تمسُّ الحاجة إليها إذا أضر بالناس ذلك.
- ي - إحراق المادة المحتكرة عقوبة ونكالاً.
- ك - منع المنافسة غير المشروعة إذا أدت إلى الاحتكار في المآل.
- ل - المنع من الهجرة الداخلية.
- م - توزيع الدولة الأراضي التي تملكها هي على الناس، بسعر معقول، وتوفير مواد البناء لهم بسعر عادل.

(١) «حاشية الجمل»: (١٨/٣)، و«الاختيار»: (١١٥/٣)، و«البدائع»: (١٢٩/٥).

ن - وجوب استثمار الأموال حلاً للأزمات الاقتصادية، وتوجيه هذا الاستثمار على ضوء ما تقتضيه ظروف عامة للمسلمين، تحقيقاً للوظيفة الاجتماعية التي خُلِقَتْ الأموال من أجلها، جبراً وبتكليف من ولي الأمر، لأن المالك مسؤول شرعاً عن أداء تلك الوظيفة، وولي الأمر مسؤول كذلك عن أداء وظيفة الأموال الخاصة والعامة غير المملوكة، إحياء واستثماراً وتنمية.

وفي هذا المعنى يقول بعض الباحثين المُحدّثين: «أما كيف يكون تنفيذ ولي الأمر لهذا التكليف - ضرورة القيام باستثمار الأموال - فهذا أمر تعالجه السياسة الشرعية في كل بلد إسلامي على ضوء ظروف هذا البلد، وطبيعة الموارد المعطلة، وتحديد مدة التعطيل التي تجيز تدخل ولي الأمر، إذ لا بد أن تتفاوت هذه المدة بحسب طبيعة المورد، من أرض قابلة للزراعة، أو منجم، أو مصنع، أو متجر، وعلى ضوء الأسباب التي أدت إلى هذا التعطيل، هل كانت مجرد عناد واستكبار من المالك، أو كانت لأسباب قهرية، لا قِبَلَ له وحده بالتغلب عليها؟»^(١).

ووجوب استثمار الأموال هو ما أشار إلى أساسه الفقهي الإمام الشاطبي في قوله إنه من «ضروري الحفظ» خشية ألا يفني، أو أن يفنى^(٢)، بمعنى أن حفظ المال عن طريق استثماره، واقع في مرتبة مقاصد التشريع الأساسية، وهي «الضروريات» وبذلك نتفادى الأزمات الاقتصادية من قلة المواد الأساسية التي تدفع التجار الجشعين إلى احتكارها، كما نتفادى الإجراءات الاستثنائية التي تقتضيها سياسة التشريع، كالتسعير الجبري.

ص - التسعير الجبري.

وآخر الأمر، ينبغي أن يُلاحظ، بل أن يؤخذ بعين الاعتبار، أن تطبيق أحكام الاحتكار ومؤيداته على التجار والناس، في الظروف الاستثنائية، والأزمات

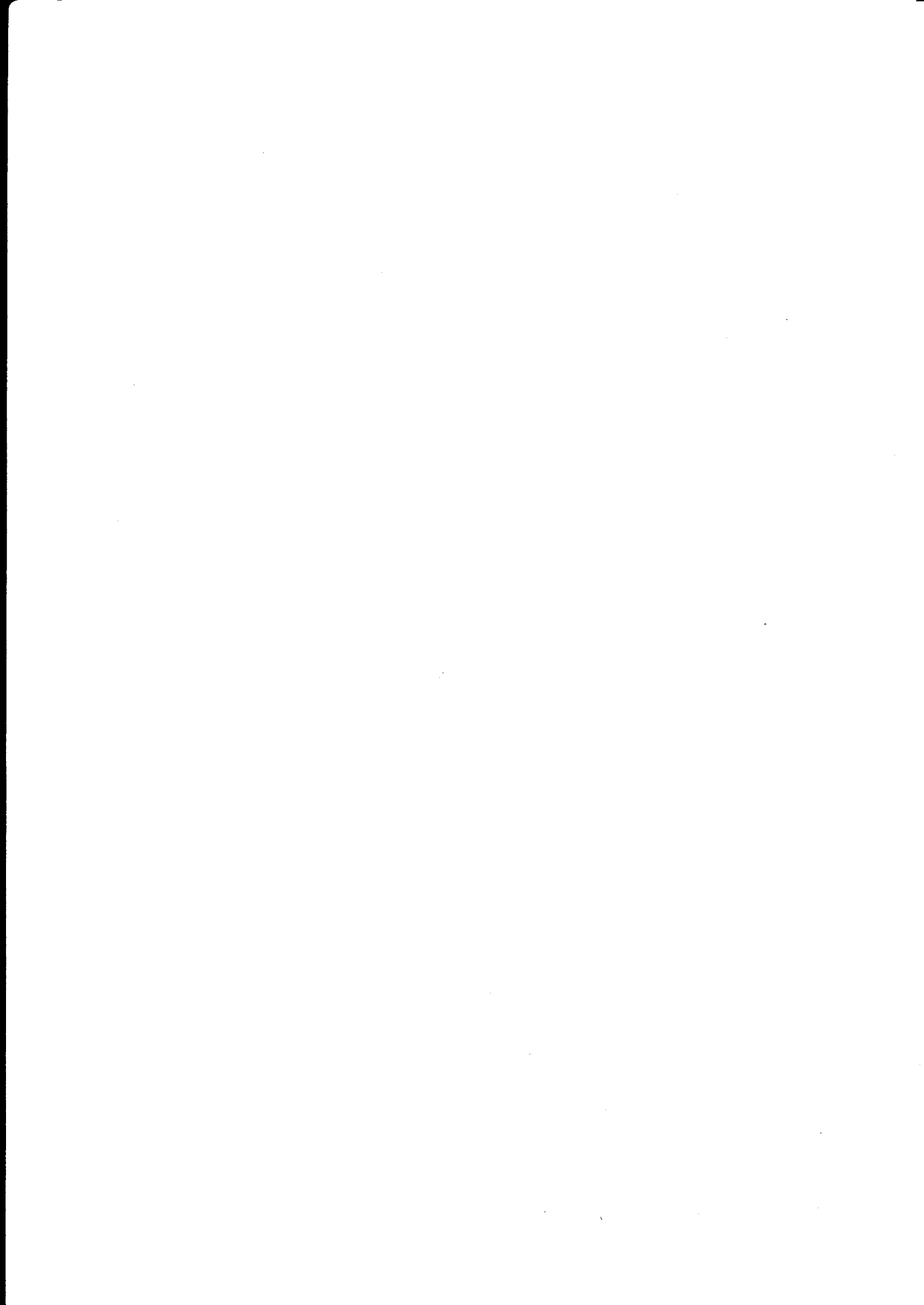
(١) بحث قدمه إلى المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية في الأزهر الشريف ص ١٢٦ الدكتور محمد عبد الله العربي، الملكية: آخر الجزء الثالث - للدكتور العبادي.

(٢) «الموافقات»: (٥/٤ وما يليها).

الاقتصادية، يفتقر إلى احتياط وحذر شديدين، إذ ليست العبرة بمعرفة القواعد الأصولية والفقهية النظرية المجردة، في موضوع معين فحسب، بل العبرة بتنزيلها على الوقائع المشخصة - كما يقول الإمام الشاطبي - وتطبيقها بدقة وخبرة، وتبصُّر بالمآل في ضوء الظروف الملازمة، فمن الذي يقدِّر أن الحالة قد وصلت بالناس إلى درجة المشقة، أو الضرر الحقيقي الواقعي الذي يقتضي تطبيق أحكام الاحتكار ومؤيداته؟؟ كل ذلك موكول إلى العلماء والخبراء المختصين المؤمنين، المتبصرين بعواقب الأمور، وإلا كان الظلم، ومصادرة حريات الناس في أملاكهم ومقدراتهم دون مسوِّغ شرعي، وهو محرم قطعاً.

فالمدار على تحقيق المناط الخاص لحكم الاحتكار إبان الاجتهاد في تطبيقه على الوقائع والجزئيات.





المبحث الثامن التسعير الجبري

١ - مقدمة:

قدمنا أن من المؤيدات الناجعة التي وضعتها الشريعة في يد ولي الأمر، لمقاومة الاحتكار «التسعير الجبري» بمشورة أهل الخبرة، ضماناً لعدم الإجحاف بحق التجار، وحق المستهلكين على السواء، وسداداً لمقتضيات مرافق الدولة.

وهو بحث اجتهادي يستمد أحكامه من قواعد سياسة التشريع، ومعقول نصوص السنة المتعلقة به.

هذا، ولم نَرِ أحداً من الفقهاء القدامى أو المحدثين، من تولاه بما هو جدير به من البحث الفقهي الأصولي الشامل المتعمق.

وقد بينا، أن سياسة التشريع، وما بينى عليها من أحكام، تحتكم فيها «مقاصد الشريعة ومبادئها العامة» - وهي أصول العدل - وعلى ضوئها ينبغي أن يجري تقدير كل دليل يدلي به المجتهد، فيما لم يرد فيه نص، كما تعتبر معياراً فقهيّاً أصيلاً في وزن كل توجيه استدلالي يعبر به الفقيه عن فهمه للدليله الخاص، ومستنده الجزئي، ولا سيما إذا كان نصاً^(١)، لمعرفة مدى مطابقت ذلك التوجيه لما تقضي به تلك المقاصد القطعية،

(١) قد يكون الدليل الجزئي غير نص، كالعلة الجزئية المستنبطة من نص خاص في واقعة معينة، يُبنى على أساسها حكم القياس في واقعة غير منصوطة، إذا تحققت فيها تلك العلة، لأن «العلة» هي مبنى الحكم حينما وجدت.

لأننا قررنا في أكثر من موضع، أن التشريع الإسلامي كلُّ متسق لا تتناقض جزئياته وكلياته، أو مع ما تقتضيه مباني العدل فيه^(١).

٢ - الفرق بين السعر والثمن:

قبل أن نشرع في تحديد معنى التسعير فقهاً، نرى أن نعرض اجتهاد بعض فلاسفة الفقهاء، في التمييز بين السعر والثمن.

أ - «السعر - في اجتهاد هؤلاء الأئمة - هو ما تقع عليه المبايعة بين الناس، بينما الثمن هو الشيء الذي يستحق في مقابلة المبيع»^(٢).

ومعنى هذا، أن السعر، هو ما يكون نتيجةً للمساومة، أو القدر الذي يتحدّد في السوق أثراً لما يسمى بقانون العرض والطلب.

وأما الثمن فهو القدر الذي يساوي قيمة المبيع في الواقع.

ب - للسعر معنيان في الفقه الإسلامي:

هذا، ويرى هؤلاء الفقهاء، أن الذي يوصف بالرخص والغلاء هو السعر لا الثمن، غير أنهم يميّزون بين نوعين من السعر:

أحدهما: ما يكون أمراً حتمياً طبعياً، دون افتعال أو تحكم من أحد من الناس، وهذا المعنى هو المشار إليه في الحديث الشريف، بقوله ﷺ: «إن الله هو المسعّر»^(٣).

الثاني: ما يكون من قبيل السلطان (الدولة).

وفي هذا المعنى يقول القاضي عبد الجبار: «ثم إن الغلاء والرخص - السعر - ربما يكون من قبل الله تعالى، وربما يكون من قبل السلطان».

(١) راجع موجّهات العدل ومبانيه في مؤلفنا «أصول التشريع الإسلامي» ص ٢٦٨.

(٢) «شرح الأصول الخمسة» لقاضي الفضاة عبد الجبار بن أحمد، تحقيق: المرحوم الدكتور عبد الكريم عثمان ص ٧٨٨، طبع مكتبة وهبة بالقاهرة ١٩٦٥، و«التسعير في الإسلام» للأستاذ بشرى الشوربجي ص ١١ وما يليها.

(٣) أخرجه أبو داود: ٣٤٥١، والترمذي: ١٣١٤، وأحمد: ١٤٠٥٧، من حديث أنس بن مالك، وإسناده صحيح.

ثم يبين ما يؤثر في تحديد كلٍّ منهما بقوله: «أما ما يكون من قبل الله تعالى، فهو أن يقل ذلك الشيء، وتكثر حاجة المحتاجين إليه، أو يكثر ذلك الشيء، وتقل حاجة المحتاجين إليه»^(١)، وهذا هو القانون الطبيعي الذي يُسيطر على تحديد الأسعار، رخصاً وغلاءً، ويسمى بالسعر التلقائي الحرّ.

أما النوع الثاني، فهو «ما يكون من قبل السلطان (الدولة)، بأن يسوم رعيته أن لا يبيعوا إلا بقدر معلوم»^(٢).

والخلاصة، أن الأول سعر تلقائي حرّ، والثاني تسعير مفروض محدّد. هذا، وأشار الإمام التفتازاني إلى سبب نشوء نوعي السعر أيضاً بقوله: «ويكونان - الرخص والغلاء - بما لا اختيار فيه للعبد، كتقليل ذلك الجنس، وتكثير الرغبات فيه، وبما له فيه اختيار، كإخافة السبل، ومنع التبائع، وأدخار الأجناس»^(٣) ولا يخرج هذا المعنى عن مضمون سابقه.

وأياً ما كان، فإن بحثنا مقصور على ذلك النوع من التسعير الذي يكون من قبل الدولة.

٣ - أهمية التسعير الجبري:

الواقع أنه إذا كان تحريم الاحتكار بأدلة تكاد تبلغ القطع، وما شرع الفقهاء له من مؤيدات اجتهاداً، على النحو الذي رأيت، من أهم مبادئ النظام الاقتصادي في الإسلام، فإن التسعير الجبري، بما هو من أنجع مؤيدات مقاومة الاحتكار عملاً، يعتبر مبدأ أساسياً في هذا النظام، لأن سياسة مقاومة الاحتكار ترتبط بسياسة التسعير الجبري ارتباطاً وثيقاً، لوحدة الغاية، فكان لذلك حرياً بالبحث المقارن. أضف إلى ذلك، أن المقصد الأساسي في تشريع المعاملات في الإسلام، هو

(١) المرجع السابق.

(٢) يسوم رعيته على ألا يبيعوا إلا بكذا، يريدهم عليه «المصباح المنير».

(٣) يقصد بادخار الأجناس، حبسها واحتكارها. «شرح المقاصد»: (١٦٢/٢) المبحث الخامس - طبعة

١٣٠٥هـ - بمصر.

تحقيق المصلحة والعدل، والتسعير الجبري، يقوم على أساس مكين منهما معاً، وبرهان ذلك أمران:

أحدهما: أن أهم دليل شرعي يستند إليه التسعير الجبري في اجتهاد الفقهاء القائلين به، هو «المصلحة المرسلّة» المتعلّقة بحق العامة بالإجماع، وبعض المحققين من الأصوليين قد أشار إليها صراحة في تعريف التسعير، كالإمام الشوكاني^(١)، والإمام الباجي، بصريح قوله: «ووجهه - أي ووجه التسعير الجبري، أو مستنده - هو ما يجب من النظر في مصالح العامة» وقوله أيضاً: «وإنما يُمنعون من البيع بغير السعر الذي يحدّده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة فيه»^(٢).

الثاني: أن الفقهاء، إذ علّلوا مشروعة الإلزام بالتسعير الجبري الذي يحدّده الإمام، بناءً على المصلحة، قالوا: «إنه إلزام بالعدل، ومنع من الظلم». يقول الإمام ابن تيمية في هذا الصدد: «إذا تضمن - التسعير الجبري - العدل بين الناس، - وهذا هو مناط التسعير الجبري - مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمان المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ زيادة على عوض المثل، فهو جائز بل واجب»^(٣) أي لأن الالتزام بالعدل واجب طوعاً أو كرهاً، وإذا كان الإلزام بالعدل، والمنع من الظلم يدخلان في مفهوم «المصلحة» التي هي أساس التسعير الجبري في اجتهاد المحققين من الأصوليين والفقهاء كما رأيت، دلّ ذلك قطعاً، على أنهم يتصوّرون معنى «العدل» عملاً، متمثلاً في المصلحة العامة الحقيقية المتوقعة^(٤)، أو الواقعة فعلاً، ولم يتخيّلوه

(١) «نيل الأوطار» للشوكاني: (٢٢٠/٥).

(٢) «المنتقى شرح الموطأ»: (١٨/٥).

(٣) «الحسبة»: ص ١٨، ص ١٩. وإنما كان التسعير الجبري، منعاً من الظلم، لأن الاحتكار محرم، لما فيه من ظلم العامة، كما يقول الإمام الكاساني، والتسعير لمنع هذا الظلم. والواقع أن كلاً من تحريم الاحتكار وإيجاب التسعير ذريعة لمنع الاستغلال، حال الشدة وظروف الضيق والأزمات، من أجل تحقيق المصلحة العامة، وهي العدل في الشرع واقعاً وعملاً، غير أن هاتين الذريعتين الشرعيتين وإن كانتا مختلفتين حكماً، إذ الأولى محرمة والثانية واجبة، إلا أنهما متّجذتان هدفاً، وهو تحقيق الصالح العام. وأيضاً الأولى ثابتة في الشرع نصاً، والثانية استدلالاً واستنباطاً.

(٤) راجع كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي»، ص ٢٤. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

معنى فلسفياً مجرداً، لذا تبدو لك أهمية هذا البحث من حيث صلته الوثقى بالمصلحة والعدل كما رأيت، وهما أساس التشريع الإسلامي كله^(١).

٤ - تعريف التسعير فقهاً:

أ - جاء في «كشاف القناع» في الفقه الحنبلي في تعريف التسعير: «وهو - أي التسعير - أن يُسعر الإمام أو نائبه، على الناس سعراً ويجبرهم على التبايع به»^(٢) أي بما يُسعره.

ب - وجاء في «نيل الأوطار» للشوكاني: «التسعير هو أن يأمر السلطان أو نوابه، أو كل من ولي من أمور المسلمين أمراً، أهل السوق، أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فيمنعوا من الزيادة عليه، أو النقصان، لمصلحة»^(٣).

ج - وجاء في «التيسير في أحكام التسعير»: قال ابن عرفة المالكي: «حدُّ التسعير، تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدرأ للمبيع المعلوم، بدرهم معلوم»^(٤).

د - وجاء في «المغني»^(٥) لابن قدامة الحنبلي: «وهو - أي التسعير - أن يقدر السلطان أو نائبه سعراً للناس، ويُجبرهم على التبايع بما قدره».

(١) «بداية المجتهد»، (٢/١٥٤).

(٢) (٢/١٥٠).

(٣) (٥/٢٢٠).

أما التسعير لغة، فهو الاتفاق على سعر أو تقديره، والسعر هو الذي يقوم عليه الثمن، وسعر النار: ألهبها وهيئها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلِذَا أَلْجَيْمٌ شِئْتًا﴾ [التكوير: ١٢]، وسمي الثمن المقدر سعراً، لأنه على ارتفاع غالباً. «مختار الصحاح» ص ٢٩٩ للرازي، «أساس البلاغة» ص ٢٩٦ للزمخشري، وفي «المصباح المنير»: «سَعَرَتِ الشَّيْءُ تَسْعِيرًا، إِذَا جَعَلْتَ لَهُ سِعْرًا يَنْتَهِي إِلَيْهِ، غَيْرَ أَنْ بَعْضَ الْفُقَهَاءِ قَدِ فَرَّقَ بَيْنَ السَّعْرِ وَالثَّمَنِ، كَمَا رَأَيْنَا. هَذَا وَالْمَصْلُحَةُ الَّتِي أَشَارَ إِلَيْهَا الْإِمَامُ الشُّوكَانِيُّ وَغَيْرُهُ، دَلِيلًا عَلَى إِجْبَابِ التَّسْعِيرِ، وَمَسْوُوعًا لِتَدْخُلَ وَلي الْأَمْرِ شَرْعًا، لِتَقْيِيدِ حَقُوقِ التَّجَارِ، بِمَا يَقْتَضِيهِ الْعَدْلُ فِي النِّشَاطِ الْاِقْتِصَادِيِّ، تَصْلُحُ دَلِيلًا أَيْضًا لِتَدْخُلِهِ فِي حَقُوقِ الْأَفْرَادِ بِوَجْهِ عَامٍ، إِذْ لَا فَرْقَ، مَا دَامَ الْغَرَضُ مُتَّحِدًا.

(٤) ص ٤١، طبع الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، للمجلدي، تحقيق موسى لقبال. وابن عرفة من أئمة فقهاء المالكية.

(٥) (٤/٢٨٠).

٥ - مناقشة ما ورد عن بعض الأئمة من تعاريف ونقده أصولياً:

أ - يلاحظ على تعريف «كشاف القناع» ما يلي:

أولاً - عرّف التسعيرُ بالتسعير، حيث يقول: «التسعير هو أن يسعر... إلخ»، حيث أخذ في التعريف المعرّف، فتوقف فهم التعريف على سابق معرفة بالمعرّف، في حين أن هذه المعرفة متوقفة على فهم التعريف، وهذا هو «الدّور» الذي يعتبر أكبر عيب في التعريف، فضلاً عن أنه ممنوع، لأنه لا يمكن أن يوصل إلى الكشف عن حقيقة المعرف وكنهه، فهو دوران في حلقة مفرغة لا تصل منه إلى شيء.

ثانياً - أظهر التعريف عنصر الإجبار، وهو أساس في التسعير الجبري الشرعي، من حيث هو مؤيد عملي، لمنع التغالي في الأسعار.

ثالثاً - أطلق التعريف «المُسعّر عليهم» فلم يخصّهم بأهل السوق بقوله: «على الناس»، وبذلك يطابق مفهوم الاحتكار من حيث الشمول، وهو منطبق يتسق مع كون التسعير مؤيداً وقائياً لمنع وقوع آثار الاحتكار، أو علاجياً بعد الوقوع.

رابعاً - بيّن مصدر التسعير، ليسبغ عليه صفة المشروعية، وهو السلطان أو نوابه، ولم يخصّه بحاكم السوق.

ب - أما تعريف الإمام الشوكاني فيرد عليه ما يأتي:

أولاً - أنه تفادى ما وقع فيه صاحب «كشاف القناع» من «الدور» فعرّف التسعير بأنه «أمر السلطان أو نوابه، بالألّا يبيعوا أمتعتهم إلّا بسعر كذا»، ولو قال إلّا بقدر معيّن من الدراهم، لكان أدق من قوله بسعر كذا، حتى لا يدخل المعرّف بلفظه في التعريف.

ثانياً - أشار إلى «الإجبار» الذي يقتضيه الأمر ضمناً، لأن أمر السلطان أو نوابه واجب التنفيذ بسلطان الدولة، لما له من حق الطاعة على الرعية شرعاً.

ثالثاً - قصر متعلّق التسعير على الأمتعة، في حين أن أوسع شمولاً، إذ يتعلّق بكل ما يضرّ بالناس احتباسه أو المغالاة في ثمنه أو أجره، إلّا أن يقال، إنه أوردتها

تصويراً لما يغلب وقوعه في التبايع، لا للتقييد، فيتطابق حينئذ مفهوم هذا المؤيد، والتعميم في المادة المحتركة، إذ التسعير مؤيد لمنع الاحتكار، وهذا التفسير غير بعيد، لأنه يتفق وما ذهب إليه الشوكاني نفسه من التعميم في المادة المحتركة.

رابعاً - ذكر غاية التسعير أو الدافع إليه أو مستنده، وهو المصلحة - وهي من قواعد سياسة التشريع - والتعاريف وإن كانت تُصان عن ذكر غاية المعرف، لأن الغاية ليست جزءاً منه، غير أن ذكرها هنا، يوحى بظرف التسعير ومآله، وهو دفع الضرر العام، وهو الدليل الموجب للتسعير.

خامساً - ذكر أن التسعير لا يجيز البيع بالزيادة ولا بالنقصان، أما الزيادة فظاهرٌ منْعُها، للضرر العام، وأما النقصان، فلا نرى وجهاً لعدم جوازه في أوقات الشدة، بل نرى أن جوازه مما يتفق وحكمة تشريع التسعير نفسه، وهي نفع الناس وتخفيف الشدة عنهم، بالوفاء بحاجاتهم بعوض المثل، إلا إذا تحقق في هذا النقص مناطُ التدرع إلى مآل ممنوع، وهو الاحتكار، فيصبح حينئذ منافسةً غير مشروعة.

يؤيد هذا، أن ثمة سياسة اقتصادية أخذ بها المالكية ومقتضاها: عدم جواز إنقاص أسعار السوق من قبل فرد أو طائفة، لمضاربة إخوانهم التجار، والإضرار بهم، وهو نوع من المنافسة غير المشروعة - في فقههم - سواء أكان هذا في الظروف العادية أم في ظروف الشدة والغلاء التي اقتضت التسعير.

سادساً - بيّن التعريف مَنْ لهم صلاحية إصدار قرارات التسعير - وهم السلطان أي رئيس الدولة أو نوابه وموظفوه - يدل على ذلك قوله: «أو من يلي من أمور المسلمين أمراً»، ولم يخصه بحاكم السوق، لعموم المسعر عليهم، كما أشرنا.

ج - أما تعريف ابن عرفة، فقد بيّن مشروعية التسعير من حيث كونه صادراً عن الموظف المختص المسؤول في الدولة، وهو حاكم السوق المعين خصيصاً لشؤونها، فخرج بذلك التسعير الصادر عن جماعة أو لجنة غير مسؤولة، إذ لا يكتسب مثل هذا التسعير صفة المشروعية والإلزام شرعاً، كما هو ظاهر التعريف.

وعنصر «المشروعية» من حيث المصدر، عنصرٌ أساسي من مقومات مفهومه شرعاً.

أضف إلى ذلك، أن امتثال أحكام التسعير الاجتهادية ونفاذها، لا يجب شرعاً على الرعية إذا صدرت عن شخص غير مسؤول، أو جماعة غير مسؤولة، لقوله تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٥٩] أو من ينوب عنهم بتفويض منهم. فعنصر المشروعية إذن منوط بالصلاحيّة المسؤولة، كفاءة وأمانة وعدالة لمن تولّيه الشريعة إياها، ومن هنا، لم يضع التشريع الإسلامي أساساً لطاعة غير المسؤول، حتى ولو كان عدلاً، خلافاً لما ذهب إليه بعض الإمامية، من أن التسعير يصبح «من حق عدول المسلمين عند عدم التمكن من الوصول إلى الحاكم»^(١) اللهم إلا إذا اختارتهم الأمة نفسها أو أهل البلد، للنيابة عنهم في التصرف في هذا الشأن عند الضرورة، لتعلّق حقهم به، في الأصل.

هذا، وإذا كان المالكية قد أباحوا أن تتولّى شؤون التسعير لجنة من أهل السوق، ومن الخبراء من خارج السوق، خشيةً التواطؤ على سعرٍ غير عدل، فقد اشترطوا أن يكون تعيين هذه اللجنة من قبل ولي الأمر نفسه، أو أحد نوابه «الوزراء»، وتحت إشرافه، وبذلك لا تكون الصلاحيّة تلقائيةً، بل مكتسبة من ولي الأمر الذي يضيف على ما يصدر عنهم من أحكام عامة اجتهادية مصلحية، صفة المشروعية التي تستلزم وجوب التنفيذ.

لا أساس لطاعة غير المسؤول شرعاً، ولو كان عدلاً، فيما يتعلّق بشؤون الأمة:

وعلى هذا فلا أساس لوجوب طاعة غير المسؤول شرعاً فيما يتعلّق بالأمة، إذ لا يجوز التصرف في شؤون الغير، وحقوقهم، دون ولاية منهم، أو ولاية يقرّها الشارع، منعاً للافتئات والتحكّم والفوضى التي لا يستقيم معها أمر المجتمع، إن لم يصبه في مقدّراته وحياته ضررٌ بالغٌ، وبشرط أن يكون تصرفه عليهم محققاً لمصلحتهم واقعاً،

(١) «مفتاح الكرامة»: ص ١٩.

وعلى مقتضى النظر الشرعي^(١)، وما عهد في الشرائع ترك مصالح الأمة لشخص غير مسؤول، ولا لغير ذي ولاية شرعية، ولو كان عدلاً وكفوفاً، بل ليس لموظف آخر مسؤول، ولكنه غير منوط به خصوص أمر السوق، أو أمر التسعير، أن يتولّى شؤون التسعير، وهو ما أشار إليه شارح كتاب ابن عرفة إذ يقول: «وقوله: حاكم السوق، أخرج به غير الحاكم، وغير المسؤول عن السوق، إذ هو مسؤول عن غيرها»^(٢)، وهذا من باب توزيع الصلاحيات والسلطات حسب الكفاءات في شؤون كل وزارة، كما ترى.

ب - يومئ هذا التعريف إلى أن تولّى حاكم السوق التسعير للمصلحة العامة، إذ لا معنى لتدخله، إلّا من أجل رعايتها، ولأن تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة.

ج - أما قوله «البائع المأكول» فهو صريح في قصر التسعير على «المواد الغذائية» عامة، دون التخصيص بالقوت، فيشمل العسل والزيت ونحوه. ويظهر لي أن ابن عرفة يميل إلى قصر مفهوم الاحتكار على المواد الغذائية وما يعين عليها، لذا جاء تعرفه للتسعير متسقاً مع ذلك المفهوم، ويؤخذ عليه عدم التطابق بين هذا المفهوم الخاص، ومفهوم الاحتكار العام.

د - يومئ التعريف أيضاً، إلى عنصر «الإجبار» لأن صفة الحاكمية تقتضي هذا.

أ - أما تعريف الحنابلة القدامى (ابن قدامة) للتسعير، فيتّسم بكونه أكثر تعميماً من حيث متعلّقه، فلم يقصره على ما هو موجود في السوق، إذ «التبايع» قد يكون فيما هو خارج عنها، كبيع غلّة الضيعة، أو إنتاج مصنع ناء، أو السلع المستوردة، يؤيد هذا التعميم أيضاً، التعميم على من يسعّر عليهم، وهم «الناس» فلم يقصر التسعير على خصوص أهل السوق، كما هو صريح في بعض التعاريف السابقة.

(١) ولذا كانت تولية ولي الأمر في الأمة، مقصداً أساسياً من مقاصد التشريع في الإسلام، ثابتاً بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، ولا يتسع المقام لبحث ذلك، لأنه موكول إليه حراسة الدين، وسياسة الدنيا بالدين، راجع «الأحكام السلطانية» للماوردي ص ٣ وما بعدها.

(٢) «عن الرصاع» ص ٢٥٨ - ٢٥٩، و«التيسير في أحكام التسعير» ص ٤١، وراجع أيضاً «المنتقى على الموطأ»: (١٨/٥) وما يليها.

ب - لم يُشِرْ هذا التعريف إلى تسعير الأعمال والمنافع .
ج - صرح بعنصر الإجبار، وعنصر المشروعية، وهما مقومان أساسيان في التسعير الجبري كما تعلم .

٦ - ما اتفقت عليه هذه التعاريف في بيان حقيقة التسعير شرعاً:

أولاً - أظهرت هذه التعاريف مصدر الأمر بالتسعير - وهو الإمام أو موظفوه المختصون، ليكتسب صفة المشروعية والإلزام .

ثانياً - بيّنت هذه التعاريف «ظرف التسعير» أو الموجب له ودليله، وهو حاجة الناس، بل شدتها^(١) على سبيل التصريح، كما في تعريف الشوكاني، بقوله «لمصلحة» أو ضمناً، كما في تعريف «كشاف القناع»، وتعريف «المغني»، من الحنابلة، وابن عرفة من المالكية .

ثالثاً - صرح كلٌّ من الأول، والثاني، والرابع، بعنصر «الإجبار» وأوماً الثالث إليه، وهو عنصر أساسي في مفهوم التسعير، لأن التسعير الاختياري أو الودّي إنما يُقصد به مجرد التبصير والتوعية بالأسعار العادلة، لا الإلزام بها، وهذا غير ناجع في مقاومة الاحتكار .

رابعاً - صرح التعريف الثاني والثالث بقصر متعلق التسعير على ما في السوق من أمتعة و سلع، دل على ذلك التنويه بأن أمر السلطان أو حاكم السوق موجه إلى أهل السوق خاصة، بخلاف التعريف الأول والرابع، كما بيّنا .

وعلى هذا، فلم تشمل بعض تلك التعاريف المنافع والأعمال، مما يفتقر إليه الناس والدولة في شتى مناحي الحياة .

خامساً - لم تتضمن قيد «استشارة الخبراء» تحقيقاً للعدالة في التسعير، وحفظاً للتوازن بين حق أرباب السلع والمنافع والكفاءات في ثمن أو أجر المثل من ناحية، وحق الناس والدولة من ناحية أخرى .

(١) والحاجة الماسة في حكم الضرورة الملجئة شرعاً .

٧ - تعريفنا للتسعير الجبري شرعاً:

هو: «أن يُصدر موظف عام مختص بالوجه الشرعي، أمراً، بأن تُباع السلع، أو تُبذل الأعمال أو المنافع التي تفيض عن حاجة أربابها، وهي محتبسة أو مُغالى في ثمنها، أو أجرها، على غير الوجه المعتاد، والناس أو الحيوان أو الدولة في حاجة ماسة إليها، بثمن أو أجر معين عادل^(١) بمشورة أهل الخبرة».

٨ - العناصر الأساسية في هذا التعريف:

أ - بَيَّنَّ التعريف شرعية الأمر، وأنه صادر من موظف مختص مسؤول، وبناء على قواعد الشريعة، بقولنا: بالوجه الشرعي.

ب - أظهرَ شمول متعلقات التسعير لكل ما يحتاج إليه الناس (١) والحيوان والدولة.

ج - بَيَّنَّ حقيقة التسعير الشرعي الجبري بقيود متعلقات التسعير، وهذه وإن كانت محترزات^(٢) أو شروطاً للتسعير، لكن قصدنا إلى ذكرها بُغْيَةً جلاء معنى التسعير، وتحديد حقيقته الشرعية.

د - أبرزَ عنصرَ الجبر باعتباره مؤيداً عملياً لمنع التغالي في الأسعار، بسلطة ولي الأمر، بقولنا «أمراً».

هـ - لم يقصر التعريف «المُسَعَّر عليهم» على خصوص أهل السوق، بل أطلق، ليشمل كل من يحتبس أمراً تتعلق به حاجة الأمة أو البلاد، وليتسق مع شمول مفهوم الاحتكار.

(١) الناس: المقصود بهم جميع المسلمين، أو أهل قطر أو بلد، أو طائفة منهم.

(٢) من هذه الشروط: شدة الحاجة، والتغالي في السعر، وأن تفيض عن حاجة أربابها، وقد تقتضي الظروف تسويتهم بغيرهم في مقدار الوفاء بهذه الحاجات، أولاً بأول، تحقيقاً للمواساة والتسوية كما بينا، أضف إلى ذلك العدل في تحديد السعر.

٨ - أدلة أحكام التسعير واردة في السنة غير المتواترة:

كل ما ورد من أدلة تنهض بأحكام التسعير على وجه الخصوص، إنما جاء في السنة غير المتواترة، ولم يرد شيء من ذلك في القرآن الكريم.

أصول أحكام التسعير كما وردت في السنة غير المتواترة:

أولاً - عن أنس رضي الله عنه قال: «غلا السعْرُ في المدينة على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فقال الناس: يا رسول الله، غلا السعر، فسعّر لنا! فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن الله هو المُسعّر، القابضُ الباسطُ الرازقُ، وإني لأرجو أن ألقى الله، وليس أحدٌ يطلبني بمظلمةٍ ظلمتها إياه، في دمٍ ولا مالٍ»^(١).

ثانياً - عن أبي هريرة: أن رجلاً جاء فقال: يا رسول الله سعّر. فقال: بل ادعوا، ثم جاء رجل، فقال: يا رسول الله «سعّر»! فقال: «إن الله يخفضُ ويرفعُ، وإني لأرجو أن ألقى الله، وليس لأحدٍ عندي مظلمة»^(٢).

ثالثاً - وروى البيهقي، أثراً عن عمر رضي الله عنه جاء فيه: أنه قد أمر بائع زبيب أن يرفع سعره، أو يُدخِلَه بيته، فيبيعه كيف شاء، ثم رجّع إليه وقال له: «إن الذي قلت ليس بعزْمَةٍ مني ولا قضاء، إنما هو شيء أردتُ به الخير لأهل البلد، فحيث شئت فبع، وكيف شئت فبع»^(٣).

٩ - ما يستنبط من ظاهر هذه الأدلة:

أ - أما الحديثان، فكلُّ منهما يصف التسعيرَ بأنه «مُظلمة» والظلم حرام، فالتسعير حرام.

(١) أخرجه أبو داود: ٣٤٥١، والترمذي: ١٣١٤، وأحمد: ١٤٠٥٧، وإسناده صحيح.

(٢) أخرجه أبو داود: ٣٤٥٠، وأحمد: ٨٤٤٨، وإسناده صحيح.

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»: (٢٩/٦). وروي أن بائع الزبيب هو حاطب بن أبي بلتعة، أي فعل ذلك استجابة لما يقضي به الصالح العام الذي كان أساس تصرفه الاجتهادي كما هو واضح. والعزمة هي الفرض أو الواجب.

ب - هذا، والرسول ﷺ قد امتنع عن التسعير، مع سؤالهم إياه، ووجود الداعية إليه، بل اعتبره «ظلماً» بقوله: «ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال»^(١)، ويقرن الحديث الشريف بين الظلم في المال، وبين الظلم في جريمة القتل عدواناً بغير حق، كما ترى.

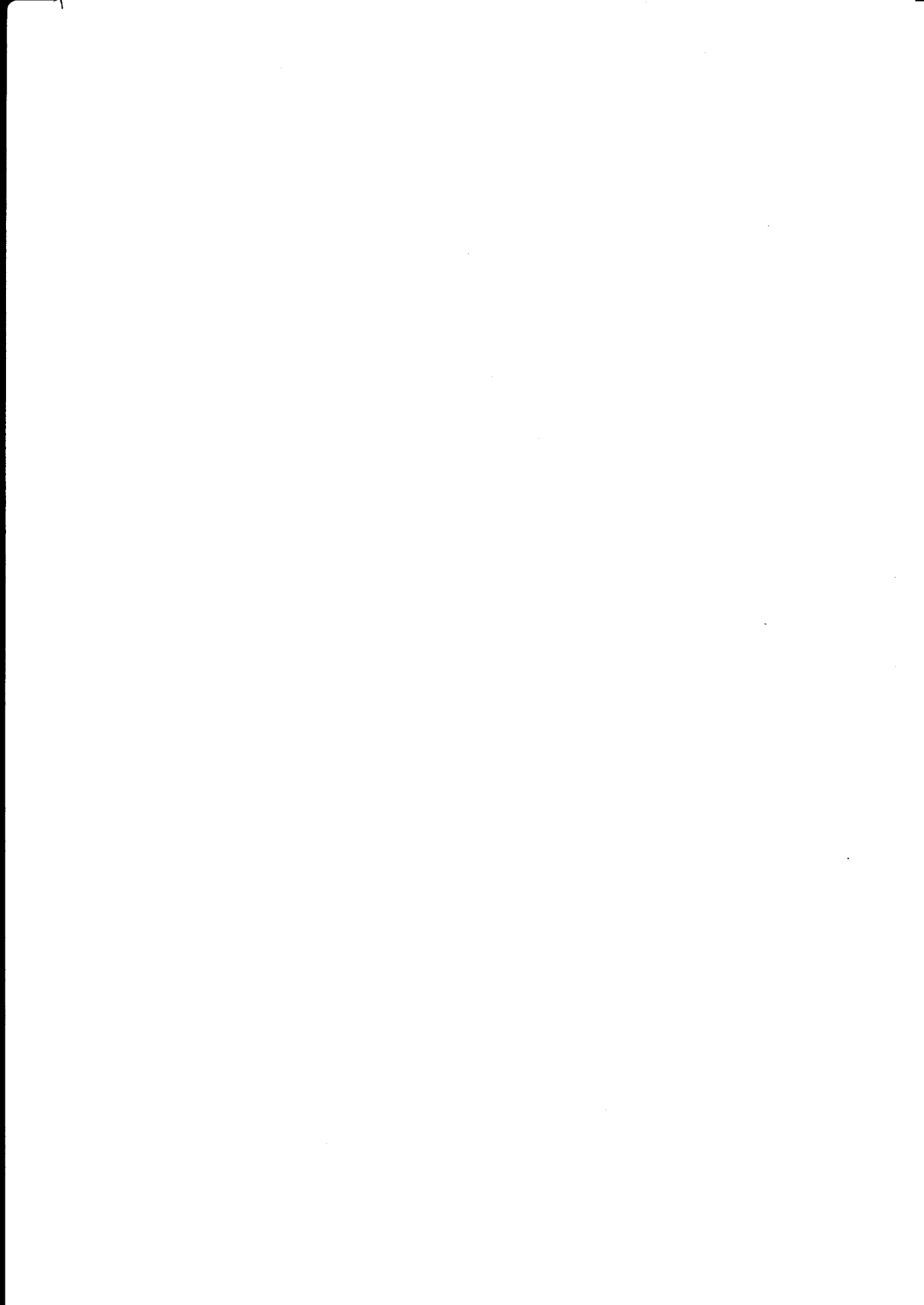
ج - أبان أنه تعالى هو الذي يخفض السعر ويرفعه، فليتجهوا إليه سبحانه بالدعاء، ليكشف ما بهم من ضرٍّ، بقوله ﷺ: «إن الله هو المُسَعِّرُ القابض الباسط، الرازق» وقوله أيضاً: «بل ادعوا» «إن الله يَخْفِضُ ويرْفَعُ».

وفي هذا إشارة إلى أن تخفيض الأثمان بالتسعير متعذر.

د - وأما أثر عمر رضي الله عنه فيدلُّ بظاهره على وجوب ترك التجار يبيعون على ما يختارون، دون تعرُّضٍ من ولي الأمر، لحرية هؤلاء، في نشاطهم الاقتصادي، بدليل نكوله عن ذلك، لأنه كان رأياً ارتآه باجتهاده أوّل الأمر، بدافع المصلحة العامة، ولم يكن فرضاً منه ولا إلزاماً، كما جاء صريحاً في نص الأثر.



(١) أخرجه أحمد: ١١٨٠٩، من حديث أبي سعيد الخدري، وهو حديث صحيح لغيره.



حكم التسعير الجبري في الفقه الإسلامي المقارن

ذهب جمهور الفقهاء، ومنهم فقهاء التابعين، والزيدية، والإمامية والظاهرية وغيرهم، إلى أن الأصل في التسعير هو الحرمة^(١).

وذهب الحنفية إلى أنه مكروه تحريماً^(٢).

غير أن الحرمة، والكراهة التحريمية، كليهما تقتضي المنع.

واختلفوا بعد ذلك، فيما إذا دعت إليه الحاجة العامة، مؤيداً لمقاومة الاحتكار،

أو محاربة تغالي التجار أو المالكين، في الأسعار، على رأيين:

الأول: أنه محرّم بإطلاق، أي في جميع الظروف والحالات، وإلى هذا ذهب

(١) «البدائع»: (١٢٩/٥)، و«الزليعي»: (٢٨/٦)، و«الدر المختار»: (٣٥٢/٥)، و«الاختيار»: (١١٦/٣)، و«نهاية المحتاج»: (٤٥٦/٣)، و«الأم مع حاشية المرني»: (٢٠٩/٢)، و«المهذب»: (٢٩٢/١)، و«المنتقى»: (١٨/٥). «الدردير وحاشية الدسوقي»: (٦٩/٣)، و«كشاف القناع»: (١٥٠/٣)، و«المغني مع الشرح الكبير»: (٤٤/٤) وما يليها، و«الحسبة» لابن تيمية ص ١٧ وما يليها، و«الطرق الحكمية» لابن قيم الجوزية: ص ٢٨٥ وما يليها، و«البحر الزخار»: (٣١٨/٣)، و«سبل السلام»: (٢٥/٣)، و«نيل الأوطار»: (٢٣٣/٥)، و«المختصر النافع» ص ١٤٨، و«مفتاح الكرامة» ص ١٠٩.

(٢) قال بالكراهة التحريمية الحنفية، ذهاباً منهم إلى أن حديث التسعير أحادي لا يفيد التحريم، إذ لا يثبت التحريم إلا بقطعي، في أصول مذهبهم. هذا، وممن منع التسعير بإطلاق، من الصحابة والتابعين وتابع التابعين: عبد الله بن عمر، وسالم بن عبد الله بن عمر، والقاسم بن محمد، والإمام مالك في رواية عنه. وممن قال بالتسعير: الليث بن سعد، وربيعة الرأي، وسعيد بن المسيب وغيرهم.

الظاهرية^(١)، والشوكاني^(٢)، ومتقدمو الحنابلة^(٣)، والشافعية في قول لهم^(٤)، وهو قول للإمام مالك في رواية ابن القاسم^(٥)، لا فرق بين حالة السعة أو الغلاء.

الثاني: أنه جائز مشروع، بل واجب عند بعضهم، وإلى ذلك ذهب الإمام مالك في رواية أشهب عنه، وبعض أئمة المذهب المالكي، ولاسيما متأخريهم^(٦)، والحنفية^(٧)، وهو قول في الفقه الشافعي^(٨)، ومذهب متأخري الحنابلة^(٩)، وبعض الزيدية^(١٠)، وبعض الإمامية^(١١).

وبما أن أدلة من ذهب إلى تحريم التسعير بإطلاق، هي عين أدلة القائلين بأن الأصل فيه التحريم، لذا، سنتناول هذه الأدلة عرضاً واستدلالاً ومناقشة.

أدلة من ذهب إلى تحريم التسعير بإطلاق^(١٢):

يقول الإمام الشوكاني^(١٣): «إن الناس مُسَلِّطون على أموالهم، والتسعير حَجْرٌ

(١) «المحلى»: (٦٢٧/٩).

(٢) «نيل الأوطار»: (٥/٢٢٠ وما يليها).

(٣) «كشاف القناع»: (٣/١٥٠)، و«الغني مع الشرح الكبير»: (٤/٤٤ وما يليها).

(٤) «نهاية المحتاج»: ج ٣، و«مغني المحتاج»: (٢/٣٨)، و«نهاية الرتبة في طلب الحسبة» للشيزري ص ١٢، و«الإقناع»: (١/٢٥٠).

(٥) «التيسير في أحكام التسعير» ص ٤٨ وص ٥٣.

(٦) «المنتقى»: (٥/١٧ وما يليها)، و«المواق»: (٤/٣٨٠)، و«تحفة الناظر» ص ١٣٤ وما يليها.

(٧) «الزيلعي»: (٦/٢٨)، و«رد المحتار على الدر المختار»: (٥/٣٥٢).

(٨) «الاختيار»: (٣/١١٦).

(٩) «الحسبة» ص ١٧ وما يليها، و«الطرق الحكمية في السياسة الشرعية» ص ٢٧٨ وما يليها.

(١٠) «البحر الزخار»: ج ٣، و«نيل الأوطار»: (٥/٢٢٠ وما يليها).

(١١) «المختصر النافع» ص ١٤٨، و«المبادئ العامة للفقه الجعفري» ص ١٧٨.

(١٢) تناول هذه الأدلة وزاد عليها ابن قدامة في كتابه «المغني مع الشرح الكبير»: (٤/٤٤ وما يليها)، وهو من مصادر الفقه الحنبلي.

(١٣) الإمام الشوكاني يعتبر من فقهاء الزيدية، غير أنه يربط السنة بالفقه الإسلامي المقارن في كتابه «نيل الأوطار»: (٥/٢٠ وما يليها). وانظر «الأم مع حاشية المزني»: (٢/٢٠٩).

عليهم، والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن، أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن، وإذا تقابل الأمران^(١)، وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم^(٢)، وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضى به، منافٍ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]^(٣). وجاء في «نهاية المحتاج»^(٤) ما نصه: «ويحرم على الإمام أو نائبه، ولو قاضياً، التسعير في قوت أو غيره... إذ الحجر على شخص في ملك نفسه غير معهود»^(٥). وفي الفقه المالكي^(٦): روى ابن القاسم عن مالك كأنه قال: «لا خير في

- (١) تقابل الأمران: تعارضاً، أي تعارضت مصلحة البائع مع مصلحة المشتري.
- (٢) التمكين للفريقين: إعطاؤهما حرية المساومة والتعاقد، دون تدخل من قبل الدولة، إذ كل فريق أدرى بمصلحته الخاصة، وأحسن تقديرها لها.
- (٣) أي مناقض لمبدأ التراضي في العقود والتصرفات التبادلية، وهو أساس حلّ انتفاع كل من المتعاقدين بمال الآخر شرعاً بالنص.
- (٤) للرملّي: (٤٥٦/٣)، ويطلق عليه: الشافعي الصغير.
- جاء في كتاب «الاختيار» في الفقه الحنفي: (٢٢٧/٤) ما نصه: «قال محمد: أوجب المحتكرين على بيع ما احتكروا، ولا أسعّر، ويقال له: بع كما يبيع الناس، وبزيادة يتغابن في مثلها، ولا أتركه يبيع بأكثر» أي ألزمه بالسعر العام في السوق، لا بموجب سعر محدد من قبل الإمام إذ قرر ذلك من قبل، بقوله: «ولا ينبغي للسلطان أن يُسعّر»، ثم يتابع، لبيان أن التسعير الجبري لا يترتب عليه حلّ الانتفاع: «ولو سعر السلطان على الخبازين الخبز، فاشتري رجل منهم بذلك السعر، والخباز يخاف إن نقصه، ضربه السلطان، لا يحل أكله، لأنه في معنى المكروه» (بفتح الراء).
- (٥) حتى لو بلغت الحالة الدرجة القصوى من الضرورة - لا الحاجة فحسب - لا يباح التسعير عندهم، وإنما تجوز المصادرة للأرزاق المحتكرة (الطعام) من قبل ولي الأمر، لتفريقها على الناس، دفعاً للضرورة، على أن يردوا مثلها وقت السعة، وينفي الحنفية أن يكون مثل هذا التصرف حجراً على التجار، لأنهم يتبرأون من كل معاني الحجر على المالك، بل هو نوع القرض المضمون فقهاً، ألجأت إليه ضرورة دفع المخمصة والهلاك، وهذا مؤدى قول صاحب كتاب «الاختيار»: «إذا خاف الإمام على أهل مصر الضياع والهلاك، أخذ الطعام من المحتكرين، وفرقه عليهم، فإذا وجدوا ردوا مثله، وليس هذا حجراً، وإنما هو للضرورة، كما في المخمصة». «الاختيار»: (٢٢٧/٤). غير أن الحنفية يرون أنه يجوز الحجر على العاقل البالغ للمصلحة العامة، - هذا والحنفية يجيزون التسعير في حالة واحدة فقط، هي ما إذا تعدى التجار تعدياً فاحشاً في الثمن، ولكنه تسعير غير ملزم، كما سيأتي.
- (٦) «التيسير في أحكام التسعير» ص ٤٨ - ٥٢، والتعبير بكلمة «لا خير» للدلالة على عدم المشروعية.

التسعير، ومن حَظَّ عن السعر أقيم» أي أخرج من السوق.

وفي الفقه الحنبلي: «ويحرم التسعير على الناس، بل يبيعون أموالهم على ما يختارون، لحديث أنس...»^(١).

ما يستخلص من عناصر الأدلة في هذه الاجتهادات، وتوجيه الاستدلال بها، وتحليلها أصولياً:

١ - حق الملكية الفردية - في التشريع الإسلامي - أصل ثابت قطعاً، وثمره هذا الحق هي حرية التصرف الممنوحة لصاحبه شرعاً، وهي سلطة لا تملك الدولة المساس بها أو التعرض لها، إلا بحق في الشرع، وليس التسعير منه، لأنه حَجْر يعود على أصل الحرية بالنقض، إذ لا معنى للملكية إلا حرية التصرف، وذلك محرّم لظاهر حديث أنس، وهذا معنى كون الناس مسلطين على أموالهم. يقول صاحب «كشف الرموز والأسرار»: «ولا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه»^(٢)، أي لحق المالك.

٢ - إن البيع والشراء - في اجتهاد هؤلاء الأئمة - تتعارض فيه مصلحتان فرديتان هما: مصلحةُ البائع، ومصلحةُ المشتري، وكلاهما على قدم المساواة في الاعتبار شرعاً، فليست مصلحة المشتري بإرخاص الثمن، بأولى من مصلحة البائع بإغلائه، وأيضاً، ليس بوسع الدولة أن ترعى مصلحة المشتري بأكثر مما يرعاها هو لنفسه حتى تُسعر، لأنه أدرى بها^(٣)، فعلى الدولة ألا تتدخل بالتسعير، لأن في ذلك ترجيحاً ومحاباةً لإحدى المصلحتين الفرديتين على حساب الأخرى بدون مُرَجِّح، وهو تحكم وإجحاف يجب على ولي الأمر أن يتجنبه، لأنه مأمور برعاية مصلحة المسلمين كافة بالقسطاس والعدل، وذلك إنما يكون - في نظرهم - بتمكين الفريقين من حرية

(١) «كشاف القناع»: (١٥٠/٣).

(٢) التعرض: هنا بمعنى التدخل، وباعتبار أن الإمام يمثل الشخصية الحكومية للدولة، فعدم التعرض من قبل ولي الأمر، معناه عدم جواز تدخل الدولة في تقييد حقوق التجار، ونشاطهم الاقتصادي إلا بحق ينهض به دليل معتبر.

(٣) يقيم اعتباراً لرغبات المشترين التي تؤثر في قانون العرض والطلب.

المساومة، أو حرية التعاقد التي نهض بها أصل الحل العام، وقواعد الملكية، إذ الحجر على الحرّ العاقل البالغ في ملك نفسه غير معهود شرعاً.

٣- إن إجبار البائع على بيع سلعته بسعر معين، يتنافى ومبدأ التراضي في العقود، وهو المبدأ الذي أرساه القرآن الكريم: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحِكْمَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] فالتراضي الحرّ بين المتبايعين، هو الأصل في حلّ انتفاع كل منهما بمال الآخر، بالنص، ولقوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرئٍ إلّا عن طيبة من نفسه»^(١)، فإذا ارتفع التراضي، انتفى الحلّ. ويقول صاحب «الاختيار» في ذلك^(٢): «وإذا سَعَّرَ السلطان على الخبازين الخبز، فاشترى رجل منهم بذلك السعر، والخباز يخاف إن نقصه ضربه السلطان، لا يحلّ أكله، لأنه في معنى المُكْرَه».

وقالوا: فإذا انتفى الرضا بالإجبار، افتقد العقدُ أساسَ انعقاده، وأصبح باطلاً، والباطل لا يترتب عليه أثر، لأنه غير موجود شرعاً، ولا يملك أحد أن يجيزه، فلا يحل بالتالي لأحد من المتعاقدين أن يأكل أو يملك مال أخيه على أساس هذه المعاوضة الإجبارية بالتسعير الجبري، لذا كان التسعير غير جائز شرعاً، وهو ما جاءت به السنة.

٤- ظاهر الحديث الأول، أن الرسول ﷺ يصفُ التسعير بأنه مظلمةٌ، ويورد هذا الوصف «مورد التعليل»^(٣) لحكم التسعير، وما كان ظلماً أو سبباً للظلم، فهو محرم لا محالة.

٥- يسوّي هذا الحديث الشريف بين مظلمة التسعير، وبين مظلمة الدم، وهو قتل النفس المعصومة بغير حق، وكلتاها ظلم، وإلّا ما كان لهذا الاقتران من وجه، والظلم محرّم بالضرورة، فالتسعير محرم، ومنع المحرّم واجبٌ، فالتسعير واجبٌ منعه.

(١) أخرجه أحمد: ٢١٠٨٢، من حديث عمرو بن يثري، وهو صحيح لغيره.

(٢) (٤/٢٢٧)، وانظر «الأم مع حاشية المزني»: (٢/٣) للشافعي، و«الإقناع»: (١/٢٥٠)، و«المحلى»: (٩/٦٢٧).

(٣) «المغني مع الشرح الكبير» لابن قدامة المقدسي: (٤/٤٤ وما بعدها)، وراجع تفصيل ذلك في بحث «التأويل» في كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي» ص ١٣١ وما يليها. [ط. الرسالة ٢٠٠٨]، و«عون المعبود شرح سنن أبي داود»: (٩/٣٢٠)، و«سبل السلام»: (٣/٢٥).

ويؤكد هذا أيضاً، أن الرسول ﷺ يرجو الله تعالى، ألا يقع في مثل هذا الظلم^(١).

الأدلة الأخرى التي أوردها الإمام ابن قدامة المقدسي الحنبلي بما تنطوي عليه من حجج اقتصادية:

يقول ابن قدامة: «الظاهر أنه - التسعير - سبب الغلاء، لأن الجالبين إذا بلغهم ذلك، لم يقدموا بسلعهم بدلاً يُكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون، ويطلبها المحتاج فلا يجدها، ويكتمها^(٢)، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها إلا قليلاً، فيرفع في ثمنها ليُحصِّلها^(٣)، فتغلو الأسعار، ويحصل الإضرار بالجانبين: جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم، وجانب المشتري في منعه من الوصول إلى غرضه، فيكون حراماً»^(٤).

تحليل الحجة الاقتصادية لابن قدامة في تحريم التسعير:

أ - إن التجار في السوق - وكذلك المنتجون والجالبون - يكتمون السلع والبضائع الضرورية، ويخفونها عادة، فراراً من أسباب التضيق عليهم بالتسعير الجبري، فيطلبها الناس، فلا يجدونها، فيضطر هؤلاء عندئذ إلى رفع أثمانها ليحصلوا عليها، وهذه هي «السوق السوداء» التي تروج عادة عقب التسعير الرسمي، ومن الثابت أن السوق السوداء أكبر عامل يهدم اقتصاد الدولة.

وبذلك يصبح التسعير الرسمي الجبري صورياً، بل ضاراً ضرراً عاماً وبالغاً، لأن الناس يتعاملون - في واقع أمرهم - لسد حاجتهم من السلع الضرورية، أو التي ليس

(١) وفي هذا رد على من ذهب إلى أن الرسول ﷺ قد انتحى بأصحابه في الرد على سؤالهم، منحى التورع والاحتياط، دون الإشعار بالوعيد الشديد، فأى تهديد أعظم تفتيراً للنفس المؤمنة، من مظلمة الدم بغير حق ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ﴾ [النساء: ٩٣] ١٩٩. «مجلة القانون والاقتصاد»، عدد ٣ سنة ٣٦، للأستاذ سلام مذكور، وانظر «التاج الجامع للأصول» للأستاذ منصور علي ناصيف، (٤/٢٠٤).

(٢) يخفيها.

(٣) وهذا ما يعبر عنه في أيامنا بالسوق السوداء.

(٤) «المغني مع الشرح الكبير»: (٤/٤٤ - ٤٥).

لها بديل يُستغنى بها عن تلك، على أساس السعر الواقعي الخفي، لا الرسمي المعلن، إذ المشتري العادي - في هذه الحال - يقبل هذا السعر، مهما كان تحكيمياً أو مغالى فيه، بل هو يرفعه مضطراً، ونتيجةً لهذا الوضع الاقتصادي الذي أنشأه التسعير الرسمي الجبري نفسه، يضارّ البائع والمشتري كلاهما على السواء، وفي آن معاً كما أشرنا.

أو قد يُعرض في السوق سلعٌ من نوع رديء بالسعر الرسمي، ويخفي النوع الجيد، فلا يحصل على هذا الأخير إلا القادرون، وبالتواطؤ على سعر خفيّ تحكيميّ فاحش اضطراراً كما ذكرنا، وهذا واقع مشهود.

أما التجار والمنتجون ومن إليهم - فيما يساور نفوسهم من خشية الوقوع في قبضة السلطة التي تترىص بهم أن يزدادوا في السعر المحدد - لا يملكون الحرية أو الجراءة لعرض سلعهم وبيعها أو تصريفها على ما يختارون، خشية إدانتهم بالغرامة المالية الباهظة على أدنى مخالفة، فتتعثر بذلك حركة التجارة، ويفتر النشاط الاقتصادي، وينقطع المنتجون عن الاستمرار في إنتاجهم وصناعاتهم، توقيهاً من تحمل خسارة فادحة.

وكذلك الجالبون، يُحجمون عن الاستيراد، إذا حُدّد لهم سعر معين للسلع المستوردة، يكرهون عليه، إذ يرون فيه غبناً لحقهم، ولا يستطيعون استزادة الأثمان بما يجاوز تلك الأسعار، فتزداد الأزمة بذلك تفاقماً^(١)، ويضارّ الجالبون، كما يضارّ العامة على السواء، ولا سيما إذا كانت السلع أو البضائع المستوردة، لا تنهض البلاد بإنتاجها أو صناعتها محلياً، حتى يكون لها بديلٌ يُستغنى بها عن المستورد^(٢).

وعلى هذا، فليس التسعير - في نظر هذا المذهب - وسيلةً غير كفيلة بتحقيق السعر العدل فحسب، بل هو سبب مباشر لضرر عام جسيم يحلُّ بالبائع والجالب والمنتج والمشتري المستهلك، وباقتصاد الدولة آخر الأمر.

(١) «المغني والشرح الكبير»: (٤/٤٤ وما يليها)، و«نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار»: (٨/٤٩٢)، و«تبيين الحقائق»: (٦/٢٧ وما يليها)، و«نيل الأوطار»: (٥/٢٢١ وما يليها)، و«مغني المحتاج»: (٢/٣٨).

(٢) لا سيما إذا كانت من الآلات الصناعية التي تستخدم في الإنتاج الزراعي أو الصناعي وما يماثلها.

ولا ريب أن وسيلة هذا مآلها، وهذه نتائجها من الأضرار الجسيمة، محرمة مطلقاً، فيمنع التسبب في اتخاذها.

تلك هي الخلاصة التحليلية لعناصر هذه الأدلة بما يكشف عن الفلسفة الفقهية لأئمة المذاهب، وهو يُنمُّ على بعد نظر من جهة، وعن الصلة الوثقى التي كانت تربط المجتهد بالواقع المعاش في عصره، وبالأعراف السائدة فيه، وعميق خبرته به، وصدوره في اجتهاده على أساسه، لأن التشريع للواقع كما أسلفنا.

أدلة من ذهب إلى جواز التسعير، بل وجوبه عند الحاجة، ووجوه الاستدلال بها:

أولاً - اجتهادات الحنفية القائلين بالجواز فقط لا الوجوب، وفي حالة معينة:

أ - جاء في «نتائج الأفكار»: «فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير، فحينئذ لا بأس به^(١)... فإذا فعل ذلك، وتعدى رجل عن ذلك، وباع بأكثر منه، أجازة القاضي، ومن باع منهم بما قدره الإمام صح، لأنه غير مُكره على البيع»^(٢).

ب - وجاء في «الاختيار»: «ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس، لما بينا» قال: «إلا أن يتعدى أرباب الطعام تعدياً فاحشاً في القيمة، فلا بأس بمشورة أهل الخبرة، لأن فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع»^(٣).

وبنحو هذا، جاء في «الفتاوى الهندية»، وفي «الدر المختار»^(٤).

(١) هذا التعبير الذي يفيد الإباحة، لا يتفق والمقدمات التي أتوا بها، لأن تلك المقدمات تنتج الوجوب لا الجواز، لأن صيانة حق المسلمين من الضياع واجب لا جائز فحسب، ولا يتم هذا إلا بالتسعير الواجب بداهة

(٢) (٤٩٢/٨).

(٣) «الاختيار»: (٢٢٧/٤).

(٤) المراجع السابقة لفقه الحنفية.

ثانياً - ما يستخلص من مذهب الحنفية في التسعير:

- ١ - إن التسعير وسيلة تشريعية استثنائية لحالة استثنائية، يجوز اللجوء إليها إذا تعيّن لدفع الضرر العام، وذلك عند التعدي في أسعار السلع تعدياً فاحشاً (ضعف القيمة) محافظة على حق العامة من الضياع^(١)، ولا يجوز في غير هذه الحال، وهذا من باب سياسة التشريع.
- ٢ - ليس التسعير ملزماً للتجار، بل هو للتوعية والتبصير، فلو باع التاجر بأكثر ممّا سَعَرَ الإمام، جاز بيعه، ومن باع بما قدر الإمام من الثمن، جاز بيعه كذلك^(١).
- ٣ - إن حالة الاحتياج العام، قد أنشأت للأمة حقاً يتعلق بما عند التجار والمالكين من سلع و مواد غذائية ضرورية.
- ٤ - هذا التقييد - في اجتهاد الحنفية - يظهر في وجوب الالتزام بالسعر الحرّ العام في السوق، لا بما يحدده تسعير الإمام.
- ٥ - إن استعمال حق الملكية - في اجتهاد الحنفية - أوسع مدى وحرية مما سنراه في اجتهاد من ذهب إلى وجوب التسعير الجبري الملزم.

ثالثاً - عمدة الحنفية في هذا الاجتهاد:

- أ - اعتمد الحنفية في استدلالهم على أن الأصل في التسعير هو التحريم، الأدلة عينها التي اعتمدها من ذهب إلى تحريم التسعير بإطلاق.
- ب - استدلوا على جواز التسعير الوُدّي غير الملزم في الحالة الاستثنائية بالقواعد والمبادئ العامة التي تنهض بسياسة التشريع، دون أي دليل تفصيلي من الكتاب أو السنة.

فقد استدلوا بقاعدة مقدمة الواجب - وهي من قواعد مبدأ سياسة التشريع - ويظهر لي أن استدلال غير مُحكّم، لما يلي:

(١) المراجع السابقة، وهذا معنى قول فقهاء الحنفية «أجازة القاضي» بمعنى أن العقد صحيح نافذ، لا بمعنى أن عقد البيع بالثمن الزائد عن التسعيرة موقف على إجازة القاضي.

أولاً - جاء اجتهاداً مستقلاً، يواجه أصل هذه المسألة - في حَدِّ ذاتها - بقطع النظر عن مقتضى معقول الأحاديث الواردة في التسعير أصلاً، أو ما تستهدفه من غايةٍ وحكمةٍ، مما يشعر بأن «مناط» الحكم في هذه الأحاديث - في نظرهم - غير مُتَحَقِّقٍ في هذه الحالة الاستثنائية، لا نَصّاً ولا روحاً ومعقولاً، وهو قصور في الاجتهاد في تفسير النّص الشّرعي، أو في^(١) منهجه الأصولي، لأنه إذا كان من مقتضى سياسة التشريع: أن «ما لا يتم الواجب إلّا به فهو واجب»^(٢)، فالّسعير - على هذا - ينبغي أن يكون واجباً، إذ المفروض أنه وسيلة متعينة لصيانة حق المسلمين من الضياع، ولمنع الظلم عنهم، وهذا واجب شرعاً، فوسيلته التي تفضي إليه، ينبغي أن تكون واجبة بالضرورة، لا جائزة فحسب، والحنفية قد أخلّوا بهذا المنطق التشريعي الذي يوجب الربط والتلازم بين المقدمة ونتيجتها، إذ بعد أن أقرّوا مبدأ تدخل ولي الأمر بالتسعير، رعاية لحق العامة^(٣) - على حدّ تعبيرهم - عادوا فاعتبروا أمراً جائزاً (لا بأس به)^(٤) وغير ملزم أيضاً، بدليل أنهم أجازوا للتجار أن يخالفوا عنه، وبذلك وقع التناقض بين حكم الوسيلة ومقتضى الغاية، فانتفى بذلك كل أثر عملي للتسعير، ما دام قد أضحى لمجرد التبصير والتوعية، كما انتقض التلازم بين حكم كل من الوسيلة والغاية.

هذا، ومن البدهي، أن تحكيم مبدأ سياسة التشريع - في مثل هذه الحال - يقضي بأن «ما لا يتم الواجب إلّا به فهو واجب» كما علمت، ولكن منطقتهم قاض بأن: «ما لا يتم الواجب إلّا به فهو جائز»!؟؟

ثانياً - أما استدلالهم بمبدأ حرية التعاقد، فذلك لأنهم لم يروا «الإجبار» في التسعير الرسمي، لا من حيث أصل تشريعه، ولا من حيث ما يقضي به، (أي من

(١) من أن النص التشريعي يجب أن يفسر ويحدد مجال تطبيقه، في ضوء حكمة تشريعه.

(٢) وهذه هي «مقدمة الواجب» عند الأصوليين والفقهاء.

(٣) المصادر والمراجع السابقة.

(٤) المصادر والمراجع السابقة.

حيث الإلزام)، وإنما رأوا «الإجبار» في إلزام التجار بالسعر الحر العام في السوق الذي كان سارياً فيها قبل إحداث الغلاء وافتعاله، إذ هو الذي يُقرَّر الثمن العدل في اجتهادهم، غير أن هذا أمر صعب المنال عملاً، لأنه يشترط فيه ألا تكون السوق احتكارية من جهة، وأن يكون للوازع الديني هيمنته وُسُوْدُهُ على النفوس، من ناحية أخرى، وكلاهما غير متحقق في مثل هذه الحال، فهو إذن اجتهاد نظري مجرد يحلِّق في أفق من التصور الذهني للإطلاقات والعمومات، دون تنزيلها على الواقع المائل بظروفه، وهذا ما نَبَّه إلى خطئه الفادح الإمام الشاطبي^(١)، كما أشرنا.

ويبدو لنا، أن الفقه الحنفي في هذا الصدد، أقرب ما يكون إلى مفهوم «الاقتصاد الحر» الذي يعتبر الثمن العدل هو ما يستقر عليه سعر السوق نتيجة لقانون العرض والطلب، خلافاً للفقه المالكي، ومتأخري الحنابلة وغيرهم كما سيأتي.

ثالثاً - نعم! حرية التعاقد تقتضي منع تدخل الدولة في التسعير الجبري، لكنها تقتضي أيضاً منع الاحتكار وافتعال الأزمات.

أما أن يؤخذ بمبدأ حرية التعاقد في هاتين الحالتين المُتَغَايِرَتَيْنِ، على السواء، فذلك نظر اجتهادي غير سديد، لأن لاختلاف الظروف أثراً في مآل تطبيقه، مما قد يوقع في الظلم المنهي عنه شرعاً^(٢).

والخلاصة: أن المذهب الحنفي، وإن اتجه إلى جواز التسعير غير الملزم، غير أنه - من الناحية العملية - يلتقي مع من قال بتحريمه بإطلاق، أو يمكن أن يعتبر مذهباً وسطاً بين القائلين بالمنع والقائلين بالوجوب.

(١) راجع بحث «تحقيق المناط» العام والخاص، سبباً هاماً من أسباب اختلاف الفقهاء.

(٢) ذكرنا أكثر من مرة، أن تطبيق مبدأ واحد على مسائل معينة، يفترض التشابه في ظروفها، ضماناً لوحدة النتائج، إذ العبرة بالمآلات، أما عند طرؤ العوارض المتغايرة، والظروف الملازمة المختلفة، فيختلف النظر الاجتهادي، على ما قدمنا، إذ لا بد أن تؤخذ هذه الظروف بعين الاعتبار، في كل مسألة على حدة.

رابعاً - اجتهادات متأخري الحنابلة:

ذهب متأخرو الحنابلة إلى أن التسعير نوعان:

أولهما: ظلم محرم. الثاني: عدل جائز بل واجب.

يقول ابن تيمية: «التسعير منه ما هو ظلم، ومنه ما هو عدل جائز بل واجب»^(١).
ويبين تلميذه ابن القيم، مناط كل منهما بقوله: «فإذا تضمن ظلم^(٢) الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه، أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين^(٣) الناس، مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم، من أخذ الزيادة على عوض المثل، فهو جائز، بل واجب»^(٤).

أدلة متأخري الحنابلة على جواز التسعير بل على وجوبه وتحليلها أصولياً:

١ - دليلهم على النوع الأول المحرم هو ظاهر حديث أنس: «غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ... الحديث»^(٥) وهو محمول على الحالة العادية التي يتبايع الناس فيها على الوجه المألوف من غير أن يظلم بعضهم بعضاً، لأن غلاء السعر، إما أنه كان بسبب قلة المعروض، أو كثرة الخلق، أو زيادة تكاليف النقل، أو غير ذلك، مما لم يكن للتجار أو غيرهم فيه يد، فهذا أمره إلى الله تعالى، ومن ثم كان التسعير عليهم، وإلزامهم في مثل هذه الحال بقيمة بعينها، إكراهاً لهم بغير حق، فحكمة تشريع الحديث - على هذا - واضحة، وهي دفع الضرر والظلم عن التجار كما ترى، لأن التسعير في مثل هذه الحال مظنة للظلم بالنسبة إليهم، ولا مسوغ له شرعاً، أو على حدّ

(١) «الحسبة» ص ١٤.

(٢) وهذا إشارة إلى مناط التسعير المحرم.

(٣) وهذا إشارة إلى مناط التسعير الواجب.

(٤) المرجع السابق ص ١٤، و«الطرق الحكمية في السياسة الشرعية» ص ٢٨٥ وما يليها.

(٥) أخرجه أبو داود: ٣٤٥١، والترمذي: ١٣١٤، وأحمد: ١٤٠٥٧، وإسناده صحيح.

تعبيرهم «ليس ثَمَّة من وجه يقتضيه» ولهذا امتنع الرسول ﷺ عن التسعير^(١). ذلك هو «مناط» تشريع حكم الحديث الذي ينبغي على ضوئه أن يُحدد معناه، وأن يُكشف عن الروح التي تهيم على حكمه.

٢- أما عمدتهم في النوع الثاني من التسعير، وهو الواجب، فكما يلي:
 أولاً: استدلوًا: «بحكمة تشريع الحديث نفسه» الذي استند إلى ظاهره المانعون. ووجه الاستدلال، أن مناط الحديث - كما نوهنا - هو دفع الظلم عن التجار، بدليل قوله ﷺ: «وإني لأرجو أن ألقى الله، وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم، ولا مال»^(٢) إذ لم يكن لهم يدٌ في غلاء السعر على عهد الرسول ﷺ^(٣) حتى إذا وقع الظلم منهم، إما بإغلاء السعر افتعالًا وتحكمًا، أو عن طريق الاحتكار، أو غير ذلك من الوسائل، وجب دفعه أيضاً، إعمالاً لحكمة تشريع الحديث التي هي «دفع الظلم» أيًا كان موقعه: التجار أو العامة، إذ العدل لا يتجزأ في شرع الإسلام.

فإذا كان الظلم - في ذاته - واجب الدفع شرعاً، عن أيِّ كان، وكان لا يتم ذلك إلا بالتسعير، وجب التسعير حينئذٍ، عملاً بمقدمة الواجب: «ما لا يتم الواجب إلا به، فهو واجب».

وأيضاً، إذا كانت علة امتناع الرسول ﷺ عن التسعير في تلك الحال، هي دفع الظلم عن التجار، وهم طائفة، فإن دفع الظلم عن عامة المسلمين، إذا كان واقعاً، أو متوقعاً، واجبٌ من باب أولى، إذ الضرر في هذه الحال أعظم بدهاءة، عملاً بروح الحديث ومعقوله^(٤)، لا بمنطوقه، وإلا كان التناقض في التشريع، بتحريم الظلم في

(١) راجع بحث «التعليل والتأويل» منهجاً أصولياً علمياً في تفسير النصوص بحث أسباب اختلاف الفقهاء.

(٢) أخرجه أحمد: ١١٨٠٩، من حديث أبي سعيد الخدري، وهو حديث صحيح لغيره.

(٣) وهذا هو النوع الأول من السعر الذي أشار إليه القاضي عبد الجبار، كما ذكرنا، فيكون امتناعه عن التسعير في مثل هذه الحال، لكونه مظنة للظلم. «التاج الجامع للأصول» للشيخ منصور علي ناصيف:

(٢/٢٠٤).

(٤) أي بدلالة النص، حيث العلة فيها متبادرة من المنطوق، يفهمها كل من يعرف اللغة، ولا تفتقر إلى اجتهاد في تبينها، كما تعلم.

موقع، وإباحته في موقع آخر هو أولى بالتحرير من سابقه، لأن الضرر فيه أشد، وهذا لا يتصور وقوعه في تشريع الله تعالى.

هذا، وليس أشد إيقاعاً في التناقض - فهماً وتطبيقاً - من التشبث بظواهر النصوص، دون النفاذ إلى معقولها، والحكمة التشريعية التي شرعت أحكامها من أجلها؛ لأنها تمثل العدل، والمصلحة المعتبرة شرعاً في أقوى صورها، أو كما يقول الإمام البزدوي: الحكم المبني عليها، هو شرع الله يقيناً^(١).

غير أن التسعير - كما ترى - قد اختلف حكمه في الحالين، لأنه محرم إذا أوقع بالتجار ظلماً، وواجب، إذ تعين وسيلة لدفع الضرر عن العامة، ولا ضير في ذلك، ما دام المقصد التشريعي متجداً، وهو دفع الظلم، ودفع الظلم عدل، والتشريع الإسلامي يوجب تحقيق العدل بكل وسيلة، وحيثما وجد العدل، فثم شرع الله ودينه.

إذن لا ضير إذا اختلف الوسيلة حكماً، ما دامت قد اتحدت مقصداً وغايةً، لاختلاف الحال، أو الجهة، بل هذا أصل في التشريع الاجتهادي الفروع، التطبيقي، لأن وسيلة الواجب واجبة، ووسيلة المحرم محرمة، بالإجماع، فالوسيلة تأخذ حكم غايتها^(٢).

مبدأ الإكراه على التعاقد بحق:

وبيان ذلك:

أن الشريعة الإسلامية وفقهها، قد ورد فيهما من الشواهد والتطبيقات في الفروع ما يجعل من هذا المبدأ أصلاً معنوياً عاماً، قد لاحظته المشرع في أحكام تلك الجزئيات، واعتبره «مناطقاً» للعدل في مثلها بما يحتف بها من ظروف واقعية تقتضي ذلك.

(١) «كشف الأسرار»: (٧/١)، وراجع «أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي»: ص ٣٦٠ وما يليها، للمؤلف.

(٢) «الفروق» للقرافي: (٣٢/٢)، و«إعلام الموقعين» لابن القيم: (١٢٠/٣)، وراجع «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص ٤٠٧، طبع جامعة دمشق، للمؤلف. «تنقيح الفصول» للقرافي ص ٢٠٠. «السياسة الشرعية» للأستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج: ص ٧٣.

لذا، كان هذا المبدأ من المقومات الأساسية لسياسة التشريع، في مجابهة ظروف الواقع، لما يقضي به من استثناء تلك الفروع التي تحقّق فيها منافعها الخاص، من الأقيسة العامة، تحقيقاً للعدل والمصلحة، ودفعاً لضرر الراجح، وإيضالاً للحق إلى مستحقه.

وإليك طرفاً من ذلك، من السنة وفقه الصحابة واجتهادات الأئمة:

١ - أخذ الشفيح المبيع المشفوع فيه، كرهأً عن المملك البائع، بالثمن الذي رضي به المشتري، وما قام عليه من التكاليف، دفعاً للضرر عن الشريك أو الجار، استثناءً من مبدأ التراضي في العقود.

٢ - بيع الغراس والبناء في ملك الغير، فإن لرب الأرض أن يأخذ بقيمة المثل جبراً عن صاحبه، دفعاً للضرر عنه.

٣ - بيع مال المدين المماطل، جبراً عنه، لقضاء الدين الواجب عليه، دفعاً لظلم مماطلته «مطل الغني ظلم»^(١).

٤ - أخذ المضطر طعام الغير الزائد عن حاجته، جبراً عنه، بقيمة مثله.

٥ - إجبار الرسول ﷺ سمرة بن جندب على بيع نخلته، ولما أبي، أمر الرسول ﷺ باستئصال شأفتها^(٢)، عقوبةً، وذلك دفعاً للضرر عن الأنصاري صاحب البستان، كما سيأتي تفصيل وجه استدلالهم.

كل ذلك إنما كان لمصلحة خاصة - كما ترى - في مقابل مصلحة مثلها، فإذا كان الأمر من أجل مصلحة عامة، فإن تطبيق مبدأ الإكراه على المعاوضة يكون واجباً من باب أولى، دفعاً لضرر أشدّ، ومن ذلك^(٣):

أ - نزع ملكية الأرض كرهاً عن صاحبها، ورصدها جميعاً لخيول الجهاد، ونعم الصدقة بقيمة مثلها، وقد تم ذلك بفعل عمر رضي الله عنه.

(١) أخرجه البخاري: ٢٢٨٧، ومسلم: ٤٠٠٢، وأحمد: ٨٩٣٨، من حديث أبي هريرة.

(٢) أخرجه أبو داود: ٣٦٣٦، من حديث سمرة بن جندب.

(٣) «الطرق الحكمية» ص ٢٧٨ وما يليها، و«القواعد» لابن رجب ص ١٤٠.

ب - أخذ الصحابة بعض ما حول المسجد الحرام من الأراضي كرهاً عن أصحابها، بقيمة مثلها، وأدخلوها في المسجد لتوسيعه^(١).

قرّر الإمام الغزالي وغيره أنه إذا خلا بيت المال، بحيث لم يكن فيه ما يكفي رواتب الجند، وخيف دخول الكفار بلاد الإسلام، أو خيف ثوران الفتنة الداخلية، فإنه «يجوز للإمام أن يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند، لأننا نعلم، أنه إذا تعارض شران أو ضرران، قصد الشرع دفع أشدّ الضررين، وأعظم الشرين»^(٢).

قالوا: وهذا تقييد لحق الملك، ومن ذلك حالة تواطؤ التجار على إغلاء الأسعار أو إخفاء السلع واحتكارها، لإغلاء أثمانها على الناس، فيجب - دفعاً للضرر الأشدّ ألاّ تباع إلاّ بثمن المثل^(٣).

على أن الإمام سحنون^(٤) - المالكي - قد استنبط «المناط»^(٥) في قوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ [البقرة: ٢٥٦] فقال: «إن المناط في منع اعتبار آثار الإكراه، هو أن الإكراه ظلم من المكره، حتى إذا كان الإكراه بحق، فإن آثاره تترتب عليه، لأنه أصبح مناطاً للعدل»^(٦).

وهكذا ترى، أن الأئمة رضوان الله عليهم لا يتشبهون بظواهر النصوص، بل يفسرون النص، ويحددون مجال تطبيقه، على ضوء من حكمة تشريعه التي هي مقصد الشارع منه، ومناط حكمه وعدله، ويجتهدون وسعهم في تحقيق هذا المناط في واقعة التطبيق المعروضة، وهذا أصل عتيق من أصول مناهج الاجتهاد في تفسير النصوص،

(١) المعاملات الشرعية - نقلاً عن حاشية أبي السعود للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم - ص ٧٣.

(٢) «المستصفي»: (٣٠٧/١)، و«الاعتصام» للشاطبي: (١٢١/٢)، و«نظرية المصلحة» للدكتور حسان ص ٤٥٧.

(٣) «الحسبة» لابن تيمية ص ١٤ وما يليها، وراجع كتابنا: «أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي»، ص ٤٠٦ في الهامش.

(٤) من أئمة فقهاء المالكية، وصاحب «المدونة» في الفقه المالكي.

(٥) والمناط هنا هو العلة التي هي مظنة حكمة التشريع وضابطها.

(٦) «نظرية المصلحة» للدكتور حسان ص ١٧١.

كما يقول الإمام الغزالي^(١)، ولا ريب أن هذا المناط، يكون أشد اقتضاء لحكمه، كلما كان تقرُّره في واقعة التطبيق بصورة أقوى وأكد، كما هو الشأن فيما نحن بصدده، من دفع الضرر العام.

ثالثاً: القياس الأولوي:

استدلوا بفحوى حكمه القضائي ﷺ في قضية سمرة بن جندب^(٢)، على وجوب المعاوضة، أو التبرع بمحل حق الملك، دفعاً للضرر عن الأنصاري، وقالوا في تعليل ذلك: «صاحب الشرع - أي الرسول ﷺ - أوجب عليه، إذا لم يتبرع بها - بالنخلة - أن يقلعها، لما في ذلك من مصلحة صاحب الأرض، بخلاصة من تأذيه بدخول صاحب الشجرة، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة، وإن كان عليه في ذلك ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما^(٣)، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه^(٤)». وأنت تعلم، أن القياس الأولوي^(٥)، يعمل عمل النص نفسه^(٦)، لأن علته قطعية

(١) «شفاء الغليل»: ص ٦٠ وص ٧٠ وص ٥٥٦، و«المستصفي» للإمام الغزالي: (٢/٢٩٨). وإليك نص قوله ﷺ: «الشرط الرابع، ألا يتغير النص الذي منه الاستنباط بالتعليل، بل يبقى على ما كان عليه قبل التعليل، أما إذا كان اللفظ عاماً، أو ظاهراً، لم يبعد أن يتغير بالتعليل ظهوره، وعمومه، فيتطرق إليه تخصيص، وتأويل». «شفاء الغليل»: ص ٥٥٦.

ومفاد قوله هذا، أن المصلحة أو حكمة التشريع المتبادرة أو المستنبطة من النص، تهيمن عليه، فتخصّص عمومه إن كان عاماً، وتؤوّل ظاهره على ضوء منها. وهذا نوع من الاجتهاد في التخصيص والتأويل، يختلف عن التأويل بمصلحة خارجة عن النص.

(٢) أخرجه أبو داود: ٣٦٣٦.

(٣) هذه القاعدة تعتبر أصلاً من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق، راجع كتابنا: «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص ٤٥٨.

(٤) «الطرق الحكمية» ص ٢٨٩، و«جامع العلوم والحكم»: ص ٢٢٣، و«القواعد» ص ١٤٠ لابن رجب الحنبلي.

(٥) ويطلق عليه أيضاً اصطلاح «دلالة النص» أو «فحوى النص» عند الأصوليين.

(٦) «كشف الأسرار» للبرزدوي: (١/٧٤).

هذا، واجتثاث النخلة من أصولها، إنما كان عقوبة، اقتضتها سياسة التشريع، وثبتت بالسنة.

متبادرة من منطوق النص، فيكون الحكم الثابت بالفحوى ثابتاً بالنص الشرعي نفسه. ويوضح ابن القيم وجه الاستدلال بالقياس الأولي هذا بقوله:

«وبيانه، أن إجبار سمرة على المعاوضة بثمان المثل، إنما كان لدفع الضرر عن فرد، وهو الأنصاري صاحب البستان، رعاية لمصلحته الخاصة، فلأن تجلب المعاوضة والإجبار عليها بثمان المثل عند حاجة الناس إلى السلع والمنافع، من باب أولى»^(١). أي بالتسعير الجبري.

فوجوب الإجبار على المعاوضة بثمان المثل مشمول بنص حديث سمرة السابق، روحاً ومعقولاً، لا منطوقاً، وهو حجة قطعاً.

هذا ولا تجد حكماً واحداً في تشريع المعاملات، مسلوب الحكمة التشريعية، أو المصلحة التي شرع من أجلها.

وقالوا - استدلالاً بالفحوى أيضاً - إن عدم التسعير إذا تعيّن، أو مخالفته، أشدّ ضرراً من الضرر المنهي عنه في تلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي، وهما ثابتان بالسنة^(٢).

رابعاً - الاستدلال بقواعد الشريعة، ومباني العدل فيها، على وجوب التسعير الجبري:

أ - حق العامة، «أو المصلحة العامة» أي المصلحة المرسلّة التي تتعلق بمصلحة عامة:

يوضح ابن القيم مبنى وجوب التسعير وعلته، وأنه مصلحة الأمة بقوله:

«وجماع الأمر أن مصلحة الناس، إذا لم تتم إلّا بالتسعير، سعر عليهم تسعير عدل لا وكس فيه ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم بدونه، لم يفعل»^(٣) فهو إذن تشريع استثنائي اقتضته الضرورة.

(١) بنوع تصرف «الطرق الحكمية» ص ٢٨٩ وما يليها، و«القواعد» لابن رجب ص ١٤٠.

(٢) المرجع السابق: لابن القيم. ومؤدّى ذلك، أن التسعير الجبري ثابت بفحوى السنة.

(٣) أي لا وكس (بخس) على البائع، ولا شطط (مغالاة) على المشتري، رعاية للحقين عدلاً، كما ترى.

والمصلحة العامة أقوى دليل يتمسك به القائلون بوجوب التسعير.

ما يستخلص من فقه جمهور المالكية - متقدميهم ومتأخريهم - تحليلاً وتأصيلاً:

أولاً: مبدأ التراضي - في اجتهادهم - شرط مراعى، على الرغم من إيجاب التسعير من قبَل ولي الأمر، وفي هذا المعنى يقول الإمام الباجي: «يُسعَّر - الإمام - بما فيه رضاهم، ورضا العامة»^(١).

والواقع، أن الظفر بتحقيق هذا التراضي قد يبدو - بادي الرأي - عزيز المنال، لتضاد النزعتين، غير أن فقهاء المالكية قد لاحظوا هذا في تعليلهم لفلسفة فقهم في المسألة، فحدّدوا معنى هذا «التراضي» تقريباً له إلى حيِّز الإمكان والوقوع، وإلى معنى العدل الذي هو أساس التسعير، ففسروا رضا التجار، بتمكينهم من الربح المعقول، دون بخسهم حقهم، أو منعهم من الربح أصلاً كما ذكرنا.

ويوضح الإمام الباجي هذا المعنى بقوله: «فإذا سَعَّر عليهم من غير رضا، بما فيه إجحاف لهم ولا ربح فيه، أدى ذلك إلى إفساد الأسعار، وإخفاء الأوقات...»^(٢).

فليس المقصود إذن، الرضا المطلق، بل المقيد بالربح المعقول (العادل) الذي تنتهي إليه استشارة أهل الخبرة المتمثلة في لجنة التسعير، مما ينفي تفسير رضا التجار بالاستجابة المطلقة، لنزعتهم المفرطة في الربح الذي فيه شطط ومغالاة على الناس، يوضح هذا أيضاً، قول الإمام الباجي بعد ذلك: «أن يُحضِر - الإمام - غيرهم»^(٣)، استظهاراً على صدقهم، فيسألها كيف يشترون، وكيف يبيعون فينازلهم^(٤) إلى ما فيه

(١) المرجع السابق.

(٢) رواج السوق السوداء.

(٣) أي من الخبراء من خارج السوق، ليتبين له صدق خبراء السوق، ودفعاً لشبهة التواطؤ على سعر غير عدل، مجحف بحق الناس.

(٤) يجادلهم في تكاليف السلعة وقدر الربح، ويحاوّرهم ليصل إلى سعر تتحقق فيه المصلحة المشتركة للفريقين، جاء في «المصباح» نازله: أي وقف كل واحد منهما في مقابلة الآخر، والمقصود الجدال والمناقشة.

لهم وللعمامة سداد»^(١) أي صواب ومصلحة للفريقين، أو بعبارة أخرى ما فيه حفظ الحقيقين معاً.

ولو كان المقصود رضاهم المطلق، لما كان ثمة وجه لتأليف لجنة التسعير أصلاً، والمنازلة إلى ما فيه سدادٌ لهم وللعمامة.

وبذلك يلتقي هذا الفقه، مع فقه متأخري الحنابلة الذين اشترطوا الربح المعقول، حيث قالوا: «لا وكس، ولا شطط»^(٢).

شرط الربح المعقول الذي فيه سداد للعمامة والتجار معاً، دون وكس أو شطط، يُدِحِضُ^(٣) أصل الحجة الاقتصادية التي اعتمدها ابن قدامة، لمنع التسعير.

وإذ يضع المالكية هذا الشرط، فإنما يتجهون فيه إلى إبطال الحجة الاقتصادية التي اعتمدها الإمام ابن قدامة لمنع التسعير، مؤدّاهما، أن التسعير يُفضي إلى إفساد الأسعار، وإخفاء الأقوات (السوق السوداء) ذلك، لأن المالكية قد احتاطوا للأمر بما يحول دون ذلك على ما فهم من تعليل الإمام الباجي في النصوص السابقة.

فالمالكية يرون أن رواج السوق السوداء، ليس منشؤه التسعير العادل المدروس الذي تنتجه الخبرة النزيهة، بل منشؤه الارتجال والتسرع^(٤) في التسعير، مما يؤدي إلى الإجحاف بالتجار، أو عدم تقدير ربح مُجَزِّ ومعقول لهم، أو إلى حرمانهم من الربح أصلاً، وهذا محرم قطعاً، وفرق بين هذين النوعين من التسعير.

فلا وجه إذن لما تخوّف منه الإمام ابن قدامة من رواج السوق السوداء، لأن منشأ ذلك إنما هو التسعير المجحف لا العادل المدروس، كما رأيت.

والأساس الفقهي للتسعير العادل في اجتهاد المالكية، أنه وسيلةٌ للمنع من الزيادة على ما سعره الإمام عدلاً، لأنها ظلمة^(٥)، والمنع من الظلم واجب، فالتسعير العَدْلُ

(١) السداد: الصواب والحق والعدل، ومنه الرأي السديد. «المتقى»: (٥/ ١٧ وما يليها).

(٢) مصادر فقهم السابقة. (٣) يبطل.

(٤) أما إذا قصد بالتسعير الإضرار بالتجار فهذا محرم من باب أولى.

(٥) أي غبن غير معتاد، وهذا هو الاستغلال بعينه، ولو كان التعبير عنه بلفظ آخر، لأن العبرة بالمضمون.

واجب، وهذا هو جوهر فقه الإمام الباقي في قوله: «ووجهه - التسعير الجبري - ما يجب من النظر في مصالح العامة، والمنع من إغلاء السعر عليهم، والإفساد عليهم»^(١). وفي قوله أيضاً: «ولا يسوّغ لهم ما يضر الناس»^(٢) لأن الضرر ظلم محرّم، وواجب منعه، ولا ضرر هنا يتصوّر إلا الاستغلال.

وهذا صريح في أنه ينبغي على الإمام ألا يستجيب لهوى التجار أو المالكين في المغالاة، وألا يعتدّ برضاهم المطلق، منعاً من الاستغلال الذي أطلق عليه الإمام الباقي «ما يضرّ الناس».

ثانياً - إنه يُحقّق «التوازن» بين مصلحة الفريقين على السواء، «حتى لا يضر بأيّ منهما». وإقامة التوازن من صميم مفهوم «العدل» في المبادلات المالية في التشريع الإسلامي، وهو ما أتجه إليه فقه متأخري الحنابلة أيضاً، كما قدّمنا.

ثالثاً - نظم كيفية التسعير عملاً، بتشكيل لجنة من الخبراء من أهل السوق ومن خارج السوق، تنزيهاً للخبرة العلمية من شبهة التواطؤ والمحاباة، وضماناً لعدالة التحديد على أكمل وجه، حفظاً للحقين.

وبذلك كانت الخبرة العلمية النزيهة من أهم مقومات «العدل» في التشريع الإسلامي، وتحقيق الصالح العام.

رابعاً - قضى الفقه المالكي بتنظيم التسعير على ما يدفع بعض الدول أحياناً من نزعة إلى التسعير «المُرْتَجَل» غير المدروس، واجتثت أصول التفرد بالرأي فيه أو التسرع في تحديده، أو القصد إلى الافتئات على حق التجار والمالكين، إضراراً بهم.

ومثل هذا يتصوّر في التسعير الجُزافي المجحف بأيّ من الفريقين، سواء أكان مفروضاً من قبل الدولة، أم نتيجةً للاحتكار المزدوج، من قبل طائفة ذات امتياز منحتة الدولة إياها، وهذا - كما يقول ابن خلدون - من أكبر العوامل على انهيار الاقتصاد، وفساد الدولة، كما أشرنا^(٣).

(١) «المتقى»: (٥/ ١٧ وما يليها).

(٢) المرجع السابق، أي لا يجيز الإمام للتجار أن يضرّوا الناس.

(٣) أشرنا آنفاً، إلى قول ابن خلدون في «مقدمته»: «ومن أعظم الظلم المفسد للعمران (للحضارة) =

خامساً - مناط التسعير هو المصلحة العامة، لقوله: «ولا يسوّغ - الإمام - له - للتاجر - ما يضرُّ الناس»^(١)، وقوله: «ووجه ما يجب من النظر في مصالح العامة»^(٢).

ولا جرم أن معظم «فقه المصالح» متفرِّغ عن مبدأ سياسة التشريع، بدليل أنك لا ترى في هذا الاستدلال المالكي تعريجاً على دليل تفصيلي، مما ورد في حكم التسعير من أحاديث على النحو الذي رأينا عند متأخري الحنابلة، إذ طبق هؤلاء نصوص أحاديث امتناع الرسول ﷺ عن التسعير بروحها، بل ترى الفقه المالكي يبني استدلاله على أساس ما يقتضيه صَوْنُ المجتمع من ذرائع الفساد المؤدي إلى التهافت اقتصادياً واجتماعياً، وهو «المصلحة المرسله» المتعلقة بالحق العام.

وبذلك قضى على معاذير من ذهب إلى تحريم التسعير بإطلاق.

ولو أنك تتبعت الفقه المالكي بوجه عام - فيما عدا التعديلات، وما ثبت بدليل قاطع، وما عَلِمَ من الدين بالضرورة، مما ليس للاجتهاد فيه مجال - لألفيته فقهاً يتخذ من المصلحة المرسله «قطب الرحي»^(٣) سواء أكانت متعلقة بحق خاص، أم بحق عام.

وقوام هذا المبدأ المصلحة والعدل، وسدُّ الذرائع التي تفضي إلى نقيضيهما، من الفساد والظلم.

= والدولة، التسلط على أموال الناس بشراء ما بين أيديهم بأبخس الأثمان، ثم فرض البضائع عليهم، بأرفع الأثمان». «المقدمة»: (٢/٢٨٤).

راجع بحث الاحتكار المزدوج أو احتكار الصنف: (٤٢٣/١).

ويقول المجليدي: «يجب على صاحب السوق الموكل بمصلحته، أن يجعل لهم من الربح ما يشبه، ويمنعهم من الزيادة عليه، ويتقدمهم في ذلك ويلزمهم إياه... ومن عصاه يعاقبه» ص ٤٩.

(١) المرجع السابق للباجي.

(٢) المرجع السابق للباجي.

(٣) كتاب «مالك» للشيخ محمد أبي زهرة ص ٤١٩، وراجع كتابنا: «أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي» ص ٢٢٤، وقاعدة «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة» وإلا ما أوجب إناطة تصرفه بها. المادة (٥) «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ١٥٧.

وإذا تبينّت، أن درء المفسدة مصلحة، فإنك لا تكاد تفرق حينئذ بين المصلحة وسدّ الذريعة من هذا الوجه.

هذا، وقد أثر عن الإمام مالك رضي الله عنه قوله: «الاستحسان تسعة أعشار العلم»^(١).
سادساً - تغيير الزمن وكثرة التحايل على قواعد الشرع، يقتضي الإجماع على وجوب التسعير إذا تعيّن إجراءً مصلحياً، كما نوه بذلك متأخرو المالكية^(٢).
سابعاً - لا يشترط الفقيه المالكي - كما رأيت - أن يتعدّى التجار في القيمة تعدياً فاحشاً (ضعف القيمة)، بل ما يعتبر ضرراً عاماً في عُرف أهل الخبرة، كافٍ - في اجتهاده - لإيجاب التسعير العدل، ولا شك أن هذا النظر، أدق فقهاً، وأدفع ضرراً.
ثامناً - لا يبسط حكم التسعير على المادة المستوردة.

نقد وتقدير هذا المذهب أصولياً، وفي ضوء فلسفة التشريع:

- ١ - يتّجه على هذا الفقه، أن تحقيق التراضي في التسعير، لا حاجة إليه، ما دام الإلزام بالواجب مبدأً مستقراً في التشريع، وبمشورة أهل الخبرة، وما دام قد تحدّد مفهومه بالربح المعقول.
- ٢ - وضع من الشروط ما يجعل التسعير وسيلة متعينة عملية ناجعة في إقامة العدل، ورعاية الصالح العام، مما ينبئ عن الدقة والواقعية في الاجتهاد.
- ٣ - اشترط تعيّن التسعير وسيلةً أو تدييراً استثنائياً لدفع الاحتياج العام.
- ٤ - ينطلق في اجتهاده من قاعدة «المصلحة المرسلّة» ويواجه المسألة في حدّ ذاتها، فلم يُعرج على الاستدلال بروح أحاديث الباب.
- ٥ - تصوّره للمسألة قائم على أساس تعارض مصلحة خاصة - هي مصلحة فئة التجار أو المالكين - مع الصالح العام، لا على أساس تعارض مصلحتين فرديتين.
- ٦ - احتكم إلى مبدأ رعاية الحقيّن^(٣)، وإقامة التوازن بينهما.

(١) «الاعتصام» للإمام الشاطبي: (١٣٨/٢).

(٢) «التيسير في أحكام التسعير» ص ٤٩ و ١٠٧ وما يليها.

(٣) لم يجز الفقه المالكي - تأسيساً على هذا - أن يمنح البائع ربحاً معقولاً عادلاً من ناحية - كما رأيت - =

٧ - ويتجه عليه أيضاً، أنه لا يبسط حكم التسعير على المستورد، وقد بينا أن الجالب، إذا تصرف فيما استورده على نحو يجعله في معنى المحتكر، وجب أن ينسحب حكم الاحتكار ومؤيداته عليه، ومنها التسعير الجبري، تأكيداً لمنطق التشريع، ولا سيما أنه ينطلق من قاعدة المصلحة.

وهذه المبادئ كلها، مما تقوم به سياسة التشريع.

مناقشة اجتهادات من ذهب إلى تحريم التسعير بإطلاق، ونقدها أصولياً:

أولاً - يتجه على الإمام الشوكاني من النقد، أن منشأ تصوّره للمسألة من أنها تقوم على أساس تعارض مصلحتين فرديتين، وما تفرّع عن هذا الاعتبار من أحكام، هو أساس غير صحيح، وتكييف غير واقعي، وإذا بطل الأصل انهار ما بُني عليه من أحكام، خلافاً للجمهور الذي أقامها على أساس تعارض مصلحة خاصة ومصلحة عامة، كما رأيت. فتغير وجه المسألة تكييفاً، والأصل الذي يتفرع عنه حكمها، إذ يحكم ظاهرة التعارض هذه - في اجتهاد الجمهور - مبدأ رعاية الحقيقتين، وإقامة التوازن بينهما كما بينا، لأن حق الخاصة وحق العامة، هما مدار التشريع الإسلامي كله، ومبنى العدل فيه.

بينما يقوم تكييف الإمام الشوكاني لمسألة التسعير على أساس تعارض مصلحتين فرديتين - كما رأيت - ومن ثم كانتا متساويتين في الاعتبار، فلا يجوز محاباة إحداهما على حساب الأخرى بالتسعير، لأنه في مصلحة المشتري دون البائع، فكان حراماً، لأنه - على هذا النظر - وسيلة هذه المحاباة، والمحاباة ظلم، وما يفضي إلى الظلم ظلم.

فاختلف حكم التسعير - كما ترى - باختلاف تكييف المسألة في اجتهاد كلٍّ من الفريقين، إذ لكل تكييف قاعدة تحكمه.

= كما أنه لم يجز للإمام من ناحية أخرى، أن يمكّن الناس من ظلم التجار. «المنتقى»: (١٤/٥) وما يليها).

ثانياً - ويتجه على قولهم: إن إلزام البائع ألا يبيع إلا بما يحدده ولي الأمر من الثمن، إكراه معنوي، لا تصح معه العقود، لمنافاة الإكراه لمبدأ التراضي المقرر في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ مِجْزَاةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] أقول: يتجه على ذلك أن الإكراه على التعاقد، لا يمنع صحة البيع لحق العامة، أي لمصلحة الأمة في الفقه الإسلامي كما فصلنا، لأنه «مناط العدل» في مثل هذه الحال، أو لمصلحة خاصة جديرة بالاعتبار، كما أشار إلى ذلك الإمام سحنون من المالكية، ومُتَأَخَّرُو الحنابلة، وغيرهم^(١).

ثالثاً - ويتجه عليهم أيضاً، أن ظروف الاستغلال والتحكم، إبان الأزمات الاقتصادية، ولاسيما المفتعلة من قبل التجار والمالكين، تجعل مبدأ التراضي صورياً أجوفاً بل سبباً لا يحقق المقصد الشرعي الذي شرع حكمه^(٢) من أجله، والعبارة بالمقاصد، وبيان ذلك: أن الجري على مقتضى مبدأ التراضي - في مثل هذه الظروف - يفضي إلى الضرر العام، لأن الواقع أن الحرية أو الرضا، يتمتع بهما البائع وحده^(٣)، دون المشتري، إذ البائع يستأثر بالسلعة، ويتحكم في الثمن، بخلاف المشتري، فإن

(١) «الطرق الحكمية» لابن القيم: ص ٢٧٨. وفي هذا المعنى يقول الأستاذ الزرقاء: «التراضي هو الأساس الدستوري لكل عقد، ولم يقر الشرع الإسلامي عقداً يلزم شخصاً بتكليف لم يرض به رضى يئناً، إلا فيما توجبه:

أ - قواعد العدالة. ب - مصلحة الجماعة فيما تمارسه السلطة الحاكمة باسم العدالة، لإحقاق الحق». ثم سرد أمثلة على ذلك، من بيع أموال المدين المماطل كرهاً، وبيع الأموال المحترقة، والاستملاك للمصالح العامة، ثم قال حفظه الله: «فهذه العقود الجبرية، هي من المؤيدات الضرورية للتشريع العادل، والغاية من قيام حكومة في دولة، وقد أخذت بها الشرائع الوضعية الحديثة التي أخذت بمبدأ الإرادة العقدية المطلق». «المدخل الفقهي»: (١/٤٩٩ - ٥٠٠). هذا، وقولنا: مصلحة خاصة جديرة بالاعتبار، كأن تكون إحقاقاً للحق، أو إيصالاً له إلى مستحقه.

(٢) حكم التراضي، هو حل انتفاع كل من المتعاقدين بمال الآخر، أو امتلاكه.

(٣) أشرنا آنفاً، إلى أن البائع في مركز اقتصادي قوي ممتاز بالنسبة للمشتري، وإذا لم يتساويا من حيث المركز الاقتصادي، كان التحكم من قبل القوي في الضعيف، وهو ما ينكره التشريع الإسلامي أشد الإنكار، فضلاً عن أن يسوّغه، أو يعين عليه.

الحاجة الماسة تدفعه إلى أن يقبل مرغماً بالسعر الذي يفرضه البائع، مهما كان تحكماً أو مغالاً فيه كما قدّمنا، ولا ريب أن هذا قبول ظاهري، لا رضا حقيقي، إذ الغبن الفاحش لا يرضى به أحد، وإذا لم يتحقق مناط الرضا الحقيقي، فلا ينتقل الملك، شرعاً، ولا يحلُّ بالتالي انتفاع أحد المتعاقدين بمال الآخر.

فقد وجد السبب - وهو التراضي - صورةً، لكن تخلف عنه حكمه الشرعي، واقعاً لصورية سببه، والحكم - وهو انتقال الملك وحلُّ الانتفاع - هو المقصود الشرعي من السبب، لذا بطل السبب شرعاً، لتخلف حكمه واقعاً.

وفي هذا المعنى يقول الأصولي المحقق الإمام الغزالي رحمته الله: «كلُّ سببٍ منصوبٍ لحكم، إذا أفاد حكمه المقصود منه، يقال إنه صح، وإن تخلف عنه مقوده، يقال إنه بطل»^(١).

فقد بطل التراضي الصوري - كما ترى - لتخلف مقصوده وحكمه، فلا يصح احتجاج الإمام الشوكاني به مبدأ في هذه الحال، لمنع التسعير.

رابعاً - إن التشبُّث بهذا المبدأ في مثل هذه الحال، والاحتجاج به، يفضي حتماً وبالضرورة إلى إعانة المستغل على الإمعان في الظلم، وهو إثم وعدوان على أموال الناس، وذلك محرّم بالنص، قال تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]. وقال رحمته الله: فيما يرويه عن ربه: «فلا تظالموا»^(٢).

وهل يعتقد أحد، فضلاً عن المجتهد، أن التعامل في ظل ظروف الاحتياج العام،

(١) «المستصفى»: (١/٦١).

هذا، ولا يقال إن الحكم الشرعي، من انتقال الملكية، وحل الانتفاع، منوط بالسبب الذي هو الإيجاب والقبول، لأن الرضا أمر نفسي خفي، لأننا نقول: إن السبب الظاهر أو الإرادة الظاهرة، تبقى معتبرة، إذا لم يقم دليل قوي، أو قرينة على فساد الأصل وهو التراضي، وظروف الاستغلال والاحتكار، والأزمات الاقتصادية، من أدل القرائن على بطلان هذا السبب. أو بعبارة أخرى، قد قامت الأدلة الناشئة عن الظروف على أن السبب (الإيجاب والقبول) لم يعد صالحاً للتعبير عن التراضي الحر.

(٢) أخرجه مسلم: ٦٥٧٢، وأحمد: ٢١٤٢٠، من حديث أبي ذر.

أو فيما يسمى بالسوق السوداء، بأسعارها الباهظة، وغبنها الفاحش، يقوم على أساس الرضا والاختيار الحرّ؟ ما نظن!

وإذا كان إعمال مبدأ التراضي يفضي إلى إعانة التاجر المستغل على إثمه وعدوانه في هذه الحال، وجب قطع التسبب في ذلك، واستثناء هذه المسألة من حكم هذا المبدأ، وتطبيق مبدأ آخر هو أقرب إلى تحقيق العدل، وهو «مبدأ الإكراه على التعاقد بحق» لأنه من مؤيدات التشريع العادل^(١)، كما بيّنا.

إذن، على أساس مثل هذه الظروف تنشأ قاعدة الاستحسان (الاستثناء) عند الحنفية والمالكية^(٢) وهو منهج من مناهج الاجتهاد بالرأي القائم على أساس المصلحة المرسلّة، وسد الذرائع في آن معاً، لأننا أشرنا آنفاً أن سدّ التذرع إلى المفسدة مصلحة.

خامساً - التعسف في استعمال حق التراضي محرّم شرعاً، فلا يصح حجة لمنع التسعير:

من المعلوم أن التعسف هو استعمال الحق في غير ما شرّع له.

وحق التراضي مشترك بين المتعاقدين، وهو كسائر الحقوق في الشرع، مقيد بعدم القصد إلى الإضرار بالغير، فرداً كان أم جماعة، إذ لم تشرع الحقوق وسيلة للإضرار أصلاً، وإلا كان التعسف في استعمال الحق، بالنظر لقصد الإضرار، لذا كان التعسف سبباً في سلب المشروعية عن التصرف، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: «المجتهد إذا سُئِلَ عن الفعل الذي شرّع لتحقيق مصلحة معينة، يقصد به فاعله، مما يناقض هذه المصلحة، فإنه يُفتي بحرمة هذا الفعل^(٣)، بناء على المقصد الكلي^(٤)».

والمقصد الكلي، أي المبدأ العام، وهو أن مصالح العباد معتبرة في الأحكام، ومعللة بها، لأنه غرض غير مشروع يتنافى ومقتضى ذلك المقصد الكلي، وهو هنا

(١) المرجع السابق.

(٢) يقول الإمام مالك: «الاستحسان تسعة أعشار العلم». «الاعتصام» للشاطبي: (٢/ ١٣٨).

(٣) راجع: التكييف الفقهي للتعسف، كتابنا: «الحق ومدى سلطان الدولة» ص ٢٨١.

(٤) «الموافقات»: (٣/ ٢٩٨ - ٣٠٤).

الضرر العام، بل شرع كل حق فردي، على العكس من ذلك، لصيانة الصالح العام من جهة، وهذا هو المقصد الشرعي الموضوعي، وهو حق الله تعالى في كل حق فردي، كما علمت، ولتحصيل مصلحة ذاتية لصاحبه من ناحية أخرى، وهذا هو الغرض الشخصي للحق، بما يحفظ التوازن في مقصديه معاً، موضوعياً وشخصياً.

وتأسيساً على هذا، لا يجوز لأحد المتعاقدين - وهو هنا التاجر أو المالك بوجه عام - أن يتمسك بحقه هذا، تعسفاً وإعناتاً لمن يتعاقد معه، واستغلالاً لضعفه وحاجته، إذا تفاوتتا في المراكز الاقتصادية قوة، إذ ليس هذا الضرب من التعامل مشروعاً في الإسلام، لما ينطوي عليه من قصد الإضرار، لمكان الاستغلال فيه، والاستغلال غَبْنٌ، والغَبْنُ ظلم، فيجب شرعاً قطع التسبب فيه.

هذا، وقد أكد حرمة التعسف في استعمال حق التراضي الناشئ عن حق التصرف في الملك، عند المغالاة في الأسعار، بعض كبار المحققين من الباحثين المحدثين^(١) بقوله: «ومن هذا - أي من الإساءة^(٢) في استعمال الحق التي تؤدي إلى التشديد قضاءً على صاحبه^(٣) - تسعير الحاكم على التجار بضائعهم، إذا غالوا في أثمانها على ما قاله الإمام مالك^(٤) رحمه الله. ومن المعلوم أن البيع والشراء، لا يكونان إلا عن تراضٍ، لكن لما أساء التجار استعمال حقهم الممنوح لهم شرعاً في طلب الثمن^(٥)، والناس في حاجة إلى ما بأيديهم، جعل الشارع للحاكم التسعير، بما لا يضر البائع والمشتري، لما له من ولاية إزالة الضرر العام^(٦)».

والخلاصة، أنه لا يجوز التعسف في استعمال حق التراضي، بقصد الاستغلال والإضرار، لأنه ضرب من التحيل على إبطال مصلحة عامة معتبرة شرعاً، لأن الاستغلال

(١) الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم - رحمه الله - أستاذ الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق بالقاهرة سابقاً.

(٢) بعض الفقهاء يستعمل كلمة الإساءة بدل التعسف.

(٣) على حد تعبيره.

(٤) ليس هذا القول مقصوداً على الإمام مالك، كما رأيت.

(٥) لأن تحديد الثمن، وطلبه - في الأصل - حق للبائع، ولا يجوز أن يحدده له ثمن بغير رضاه.

(٦) «مجلة كلية الحقوق»: عدد ٣ السنة ٢ وما يليها، القاهرة.

لا يعدو كونه استثماراً للحاجة عند التعاقد بالغبن الفاحش، أو تربصاً لها كالربا، وهذا محرّم شرعاً، وإلا فلم حُرّم الاحتكار؟ وبيع المضطر وشراؤه؟ وغبن المسترسل^(١)؟؟ هذا، والحاجة الماسة في حكم الاضطرار بالإجماع.

وفي هذا المعنى يقول ابن حزم: «فصح أن البيع بذلك - أي بالغبن - أكل مال الناس بالباطل»^(٢).

فإذا تحدّد مضمون «حق التراضي على النحو الذي قرره القرآن الكريم، فإن التعسف في استعمال هذا الحق، يترتب عليه حكمان يتعلّقان بالتسعير الجبري شرعاً: أولهما: أن عدم التسعير، في ظروف الغلاء والاستغلال، سبيل إلى أكل أموال الناس بالباطل - كما رأيت - وهو محرّم شرعاً، فثبت نقيضه، وهو وجوب التسعير، إذا تعيّن طريقاً للعدل، وحفظ أموال الناس، والوفاء بحاجاتهم، سدّاً للذريعة إلى المحرم، لأن ما يفضي إلى الواجب واجب بالضرورة.

الثاني: أن مخالفة التسعير العدل الواجب، بعد فرضه بالوجه الشرعي، يعتبر محرماً شرعاً أيضاً، لأنه - كما يقول الشيخ شلتوت بحق - يعتبر سبيلاً لأكل أموال الناس بالباطل^(٣).

فتلخص، أن «مبدأ التراضي» حجة للقائلين بوجوب التسعير لا للقائلين بمنعه، بل هو حجة عليهم.

من هذا التحليل الأصولي، وما أدركه المحققون من الفقهاء، يبدو لنا أن وجوب التسعير، يردّ قيداً على مبدأ التراضي نفسه، ليدرأ التعسف فيما يقوم عليه من تصرف، وذلك في حال استعماله بقصد الإضرار بالناس، وتربص الغلاء بهم، دون ما شرع له أصلاً من تحقيق مقصديه، الموضوعي والشخصي، أو تحقيق العدل والتوازن بينهما.

(١) هو الذي لا يحسن المساومة. «الطرق الحكمية» ص ٢٨٣.

(٢) «المحلى»: (٩/ ٤٥٣).

(٣) «توجيهات الإسلام»: ص ١٨٠. هذا، ويلاحظ أن الفقهاء المسلمين، يعبرون عن الاستغلال أحياناً بالغبن أو بالضرر، أو بأكل أموال الناس بالباطل، بينما هو سبب من أسبابه.

هذا، وإنما كان التعسف محرماً، وسبباً في سلب المشروعية عن التصرف، أو تقييده بما لا يضر، لأنه مناقضة للمشرع في مقصده الكلي، والمناقضة باطلة، فما يؤدي إليها باطل بالإجماع، ولذا وجب قطع التسبب فيه.

وعلى أن المحققين من الأصوليين قد رأوا أن التعسف يتحقق أيضاً في واقعة الضرر نفسها، بقطع النظر عن توفّر قصد الإضرار^(١) لدى صاحب الحق، بحيث إذا لزم عن التصرف في الحق الفردي ضرر عام، ولو كان القصد حسناً، مُنَع صاحبه منه، لأن مصلحته الشخصية قد أصبحت منوطة بالضرر العام، وهذا يخالف سَنَنَ المشروعات من إناطة الحكم بالمصلحة الراجعة، فهذا في نظر الشريعة تعسف ولو كان غير مقصود، إذ العبرة بالنتيجة الضرورية من حيث ذاتها، يؤكد هذا المعنى الإمام الشاطبي في كتابه «الموافقات في أصول الشريعة» بقوله: «ولا مصلحة تُتَوَقَّع مطلقاً، مع إمكان وقوع مفسدة توازيها، أو تزيد عنها»^(٢).

فالعبرة إذن بالنتيجة الضرورية أو المتوقعة في حدّ ذاتها، وهي هنا الضرر العام، فيمنع التاجر أو المالك من التسبب فيه، ولو كان قصده حسناً، فلا يوجه إذن لمن اعتمد حق التراضي حجة في مثل هذا الظرف، لأن الشارع الحكيم يربط الحكم إيجاباً وسلباً بالمصلحة الراجعة^(٣)، كما أسلفنا.

سادساً - وأما قولهم، إنه لم يعهد شرعاً الحجر على البالغ العاقل في ملك نفسه، فهو منقوض بالاحتكار، فقد حَجَرَ الشارع على المحتكر في ملك نفسه، بل اعتبره جريمة عظمى ومن الكبائر كما علمت، وكذلك حَجَرَ عليه في بيع المسترسل الذي اعتبره رِباً^(٤)، منعاً

(١) توفّر قصد الإضرار لدى صاحب الحق، يعتبر معياراً شخصياً أو ذاتياً للتعسف. وأما حصول واقعة الضرر الراجع، في حد ذاتها، فيعتبر معياراً موضوعياً له.

(٢) «الموافقات»: (١٩٦/٢)، وراجع مؤلفنا: «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» في تعريف التعسف، وتكييفه، وتأصيله عند الأصوليين والفقهاء، ص ٢٨١.

(٣) ودفع الضرر العام مصلحة راجحة بلا ريب، فإذا تعين التسعير وسيلة لدفعه، كان واجباً.

(٤) جاء في الحديث الشريف: «غبن المسترسل رِباً» [أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»: (١٢٦/٨)، من حديث علي، وجابر، وأنس]. و«بيع المضطر وشرأوه حرام» [أخرج أبو داود: ٣٣٨٢، وأحمد: ٩٣٧، من حديث علي بن أبي طالب، قال: نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر].

لاستغلال ضعفه أو جهله بالأسعار أو بالمساومة^(١)، كما حجر عليه في تلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي - كما تعلم - مما هو سبيل إلى التملك، دفعاً للغبن أو للضرر العام، وهو ما يطلق عليه الإمام الشاطبي «جهة التعاون»^(٢) فمن أين أتوا بهذه المقولة «إنه لم يعهد شرعاً الحجر على البالغ العاقل في ملك نفسه»؟ بل هي منقوضة بما رأيت.

إذن حَجَرَ الشارع في الملك بل وفي الامتلاك على السواء، غاية لجهة التعاون، ولم يعتبر رضاه ولا حرите لا فيما يملك ولا فيما عسى أن يملك، مع أنه في الأصل مُسَلِّط على ماله شرعاً، فلم لا يجوز منعه أيضاً من إغلاء الأسعار، والإفراط في الربح والإضرار بالناس في ظروف الاحتياج العام، بالتسعير عليه عدلاً، لوحدة العلة أو المقصد الشرعي، وهو دفع الضرر العام، أو رعاية جهة التعاون؟

ونحن نعلم أن رعاية المصلحة العامة^(٣) ركن العدل المكين، بل هي حق الله

(١) جاء في «تفسير المسترسل» أنه الجاهل بالأسعار، أو الذي لا يحسن المساومة.

(٢) «الموافقات»: (٣/٢٥٩ وما يليها). وهذا الأصل مشتق من قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]، وهذا المبدأ ليس نظرياً فقط، بل هو عملي مطبق في الفروع تشريعاً ملزماً. المرجع السابق.

(٣) في التشريع الإسلامي أصول ثابتة، لا تتغير بتغير الزمن، لأنها مباني العدل وموجهاته، من مثل: مبدأ رعاية الحقين، ومبدأ المصلحة العامة، ومبدأ سد الذرائع، لأنه توثيق للأصل العام الذي قام عليه التشريع كله، من جلب المصالح ودرء المضار والمفاسد، ومبدأ تغير الأحكام بتغير الأزمان، ومبدأ الإكراه على التعاقد بحق، ومبدأ دفع أشد الضررين بأيسرهما، ومبدأ سعر المثل، إلى غير ذلك من المبادئ الثابتة.

ومن شواهد السنة على تأثر الظروف المتغيرة في تكييف الوسائل، ووصفها الشرعي بالمشروعية وعدمها، والمصلحة التي تستهدفها ثابتة: مسألة إجارة الأرض، فقد نهى الرسول ﷺ عنها إذ قَدِم المدينة مهاجراً هو وأصحابه المهاجرون بقوله: «من كان له أرض، فليزرعها، أو لمعنها أخاه» [أخرجه البخاري: ٢٣٤٠، ومسلم: ٣٩١٨، وأحمد: ١٤٨١٣، من حديث جابر بن عبد الله]، ذلك لأن الثروة كلها كانت متمثلة في الأرض، وهي بيد الأنصار وحدهم، وكان أحدهم يملك من الأراضي الشاسعة ما يعجز عن زراعته واستثماره، فيؤجر ما زاد عن حاجته إلى غيره، فرأى النبي ﷺ أن المصلحة العامة في ظروف الهجرة - وهي حق الله تعالى - تقتضي النهي عن إجارة الأرض، وأشار على من عنده فضل من =

تعالى الذي لا يعلو عليه حق، وبذلك يتأكد منطق التشريع في تحريم الاستغلال في الشرع الإسلامي.

سابعاً: ثم ما أثر تحريم الاحتكار شرعاً، إذا لم ينفذ، لضعف وازع الدين؟ لا بدّ من مؤيد عملي واقعي عادل وناجع، وهو التسعير الجبري إذا تعين، وينبغي أن تُسلب أمانة التكليف من المحتكرين في مواقع تصرفاتهم في المال المحتكر، لإساءتهم استعمالهم حق الملك كما بينا^(١).

ثامناً - ويتجه عليهم، فيما تفرّج عن تصورهم، من وجوب تمكين كل من البائع والمشتري من الاجتهاد لنفسه، ومن حرية المساومة، وبالتالي منع التسعير، أن هذا^(٢) صحيح، بل هو الأصل، ولكن في غير هذه الحال^(٣).

ولكل حال^(٤) أدلة تنشأ عنها، وتنهض بأحكامها المناسبة لها، كما قدمنا.

ذلك أن المتبايعين، وإن كانا متساويين من حيث المراكز الشرعية، أي الأهلية الكاملة، فذلك غير كافٍ في تحقيق التوازن والعدل فيما بينهما من حيث الحقوق والالتزامات في مضمون العقد اقتصادياً، في مثل هذا الظرف، أو بعبارة أخرى، المهم في الأمر أن يكونا متساويين من حيث القوة الاقتصادية أيضاً كما بينا، وهذا مُنتفٍ بداهةً، ذلك لأن البائع في مركز اقتصادي ممتاز، فهو مستأثر بالسلعة أو المنفعة

= الأراضى، أن يمنحها أخاه دون أجر، ليزرعها ويستثمرها، توسعة على الفقراء المهاجرين، ولإيجاد عمل لهم يرتزقون منه، والثروة كلها كانت محصورة في الأراضى، كما ذكرنا. حتى إذا تغيرت الظروف، واستقرت الأمور، وأصبح المهاجرون الفقراء يجدون لهم مصدراً للرزق، أباح الرسول ﷺ لأصحاب الأراضى أن يتصرفوا في الزائد عن حاجتهم منها، إجارة لغيرهم، كما كان الحال من قبل. «الملكية» للشيخ علي الخفيف ص ١٢٨.

(١) راجع «مؤيدات مقاومة الاحتكار» ص ١١١.

(٢) الإشارة راجعة إلى التمكين وحرية المساومة.

(٣) حال التغالي والاستغلال، أي في الأحوال العادية، حيث الأصل حرية التعاقد والمساومة، على أساس التراضي، أو الحرية الاقتصادية.

(٤) راجع بحث تحقيق المناط الخاص من هذا الكتاب.

أو العمل، والمشتري أو المستأجر في مركز اقتصادي ضعيف، بحكم الحاجة، فهو مرغم لا متمكن، وهذا واقع ومشهود، كما في إجارة المساكن أو بيعها، أو بيع الأراضي وغيرها، فالقواعد النظرية ينبغي أن تلاحظ هذا الواقع، ليُرى مدى تحقق مناطها فيه.

وعلى هذا، فالعمل بمقتضى «مبدأ التمكين أو الحرية الاقتصادية» في هذا الظرف - وهو المبدأ النظري الأصلي - على الرغم من عدم تحقق مناطه العام، لأن المتمكن هنا في الواقع، هو البائع وحده، لقوته الاقتصادية، دن المشتري - يؤدي إلى إعانة البائع على الإمعان في التغالي والاستغلال والظلم، وذلك محرم بالنص: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢].

أما بالنسبة إلى المشتري، أو المستأجر، فتمكينه من الاجتهاد لنفسه - كما يقول الإمام الشوكاني في وجوب تطبيق «مبدأ التمكين» نظري محض لا واقعي.

وينتج عن ذلك مآلاً، أن مثل هذا التصرف لا اختيار فيه، وكل تصرف لا اختيار فيه، فهو غير صحيح، فكيف يقال - والحالة هذه - أنه ينبغي أن يترك الناس يبيعون ويشترون على ما يختارون!

تاسعاً - لا يحلُّ للبائع، الزائد عن ثمن المثل، في مثل هذه الحال، لأنه ربا محرّم، وكسب خبيث، بدليل الوعيد الشديد على الاحتكار، ولقوله ﷺ: «بيع المضطر، وشراؤه ربا»^(١) لمكان الإغلاء والاستغلال فيهما، والحاجة في حكم الاضطرار، كما علمت.

عاشراً - حكم وجوب التسعير من تطبيقات مبدأ سد الذرائع، وهو أصل معنوي عام، مجمع عليه، قد لاحظته المشرع، في جزئيات لا تحصى^(٢)، كما أسلفنا.

(١) أخرج أبو داود: ٣٣٨٢، من حديث علي بن أبي طالب، قال: نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر. وانظر «إعلام الموقعين»: (١٤٣/٣)، ط ١٣٢٥هـ، و«الدر المختار وحاشية ابن عابدين»: (١٤٦/٤)، ط ١٣٢٤هـ.

(٢) «إعلام الموقعين»: (١٢٠/٣).

ونظير ذلك - فيما نرى - تشريح جثث الموتى الذي تعيّن طريقاً لفائدة طبّ الأحياء، فالأصل في التشريح التحريم، محافظة على أصل الخلقة من التشويه والتمثيل، إذ المثلّة حرام، لكن يترتب على الامتناع عن التشريح مفسدة عظيمة، هي إهمال علم الطب، فأجيز التشريح، بل وجب، دفعاً للضرر العام^(١).

حادي عشر - إن الإمام الشافعي رحمه الله قد استشهد من السنة، بما يثبت أن الذرائع إلى الحلال والحرام، تشبه معاني الحلال والحرام، فقد جاء في كتابه «الأم»: «وفي منع الماء، ليمنع به الكلاء الذي هو من رحمة الله، عام يحتمل معنيين:

أحدهما: أن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله، لم يحلّ، وكذلك ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله، (قال الشافعي) فإن كان هذا هكذا، ففي هذا ما يثبت أن الذرائع إلى الحلال والحرام، تشبه معاني الحلال والحرام»^(٢). ومعنى هذا، أن الذريعة تأخذ حكم ما تفضي إليه.

وتخريجاً على هذا الأصل، أن ما كان ذريعة متعينة إلى الواجب المفروض، يشبه أن يكون في معناه من باب أولى، لأن «المصلحة» فيه أكد من الإباحة، والتسعير الجبري من هذا القبيل، لأنه ذريعة إلى صيانة حق المسلمين من الضياع ومنع الظلم عنهم، وهذا واجب مفروض قطعاً.

وفي هذا ردّ كافٍ على بعض الشافعية الذين قالوا بمنع التسعير، وهو ردّ مستمدّ من أصول مذهب إمامهم عليه السلام كما رأيت.

ثاني عشر: على أن أئمة مدرسة الحديث في المدينة، قد قالوا بوجوب التسعير،

(١) «الموافقات»: (٣/ هامش ص ٢٥٩). ويقول الشيخ دراز في تعليقه على اعتبار جهة التعاون: «هذا، وباب الحكم على الخاصة لأجل العامة واسع، ومنه نزع الملكية الخاصة للمنافع العامة، ومنه ما وقع في زمن معاوية عليه السلام من نقل قتلى أحد من مقابرهم إلى جهة أخرى، لإجراء العين الجارية بجانب أحد، وكان ذلك بمحضر الصحابة، ولم ينكروا عليه...» المرجع السابق.

فإذا كان تقديم المصلحة العامة على الخاصة واجباً شرعاً عند التعارض، فإن التوفيق بينهما إن أمكن، يكون واجباً من باب أولى، كما في التسعير، إذ لا يجوز التقديم إذا أمكن التوفيق.

(٢) «الأم» للشافعي (٣/ ٢٧٢).

دفعاً للضرر عن العامة، من مثل الإمام سعيد بن المسيب^(١)، وربيعة الرأي، شيخ الإمام مالك، ويحيى بن سعيد، فما هو عمدتهم في ذلك، هو عمدتنا.

ثالث عشر: يتّجه على الحنفية، أن منطقتهم الفقهي في الاجتهاد غير مُحكم، لانقضاء التلازم بين الوسيلة ومقصدتها الشرعي الثابت، كما أسلفنا.

وأيضاً قد أخذوا بمبدأ سدّ الذرائع، رعاية لمصلحة خاصة، وسَمُوهُ «استحساناً» في مسألة تصرف المالك إذا أضر بجاره ضرراً فاحشاً^(٢)، ومنعوه من التصرف على هذا الوجه، استثناءً من القياس العام، وهو حرية التصرف في الملك، فيلزمهم أن يأخذوا بالاستثناء في مسألتنا هذه، رعاية لمصلحة عامة من باب أولى، وإلا وقعوا في التناقض، لأن علة الحكم في الأولى متقرّرة بعينها، وبصورة أقوى في الثانية.

رابع عشر: وأما احتجاجهم بكون الإمام عمر رضي الله عنه عن اجتهاده في تقييد حاطب بن أبي بلتعة بالسعر العام في السوق^(٣)، إذ لم يُجز له أن ينتقص عنه، مما يدلّ على عدم جواز تدخل وليّ الأمر بالتسعير، فلا حجّة لهم فيه، ذلك لأن نكوله لم يكن ناشئاً عن اعتقاده بتحريم التسعير - كما وهموا - بل لعدم تحقق مناط التذرع - في هذه الواقعة - إلى الضرر العام، فلم يتحقق بالتالي مناط التسعير الواجب.

فهذا من باب «تحقيق المناط» في الوقائع، مما لا علاقة له بأصل وجوب التسعير الذي يستند إلى مبدأ سدّ الذرائع^(٤)، أو إلى قاعدة الاستثناء.

خامس عشر - ومما يؤكد وجوب التسعير أيضاً «مبدأ تغير الحكم بتغيّر الزمن» في

(١) وهو إمام مدرسة الحديث، وأحد رواة حديث النهي عن الاحتكار. «نبيل الأوطار»: (٥/٢٢٠ وما يليها).

(٢) «تبيين الحقائق»: (٢/١٦٢)، وراجع أيضاً نقد مذهب الحنفية في هذا الموضوع.

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»: (٦/٢٩).

(٤) قد أخذ الإمام عمر في كثير من وقائع اجتهاداته، بمبدأ سدّ الذرائع، عندما تحقق مناط التذرع في الواقعة المعروضة، كما في منعه التزوج بالكتائبيات الأجنبية، وتوريث المطلقة بائناً في مرض الموت، ومنع بيع اللحوم إلا في بعض أيام الأسبوع، وغير ذلك كثير، مما يقر الحق والعدل، والمصلحة العامة، كما أسلفنا. «الجامع لأحكام القرآن»: (٢/٥١) للقرطبي.

الفروع، لأنه - كما علمت - يدور مع المصلحة الراجحة المعتمدة شرعاً، نتيجةً للاجتهاد والبحث والخبرة، وهذا المبدأ مستقر في الفقه الإسلامي، يتم على أساسه تخريج أحكام الفروع المناسبة للمصالح التي تختلف تبعاً للظروف والأحوال، فما يعتبر مصلحة في حال، قد لا يعتبر كذلك في ظرف آخر، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي^(١): «إن الشأن في معظم المنافع والمضار، أن تكون إضافية (نسبية) لا حقيقة، فهي منافع ومضار في حال دون حال، وبالنسبة إلى شخص دون شخص، أو وقت دون وقت».

ويؤكد هذا المعنى، الشيخ عبد الوهاب خلاف، في كتابه: «السياسة الشرعية»، إذ يقول ما نصه: «إنما تربط جميع الأحكام بالمصالح، إذ الغاية منها (من الأحكام) جلب المنافع، ودرء المفاسد، حتى إن الرسول ﷺ كان ينهى عن الشيء لمصلحة تقتضيه، ثم يبيحه إذا تغيرت الحال، وصارت المصلحة في إباحته، فغاية الشرع هو المصلحة»^(٢).

ولا شك أن المصلحة المعتمدة شرعاً هي مقصود الشرع، كما يقول الإمام الغزالي، فيجب الاجتهاد في تحريره، لأنه مبنى العدل في الفروع عملاً. وهذا المبدأ - مبدأ تغير الحكم بتغير الزمن - من مقومات سياسة التشريع أيضاً، إذ يواجه الوقائع بظروفها، بما يحقق المصلحة والعدل في كل عصر وبيئة. وبذلك يترجح لديك، اجتهاد من ذهب إلى وجوب التسعير عند الاقتضاء، إذا تعين وسيلة لدفع الضرر العام، بأدلة تكاد تفيد بمجموعها القطع واليقين.

(١) «الموافقات»: (٢/٣٠)، و«أعلام الموقعين»: (١/٣).

(٢) «السياسة الشرعية» ص ٦ - ٧، المطبعة السلفية، القاهرة ١٣٥٠هـ، وراجع بحث تغير الأحكام بتبدل الأزمان في كتاب «تعليل الأحكام» للشيخ مصطفى شلبي ص ٣٠٧، وراجع المادة ٣٩ من «مجلة الأحكام العدلية».

شروط التسعير الجبري في الفقه الإسلامي

١ - شروط التسعير في الفقه الحنفي:

- ١ - تعديّ التجار في القيمة تعدياً فاحشاً، وفسّروا التعديّ الفاحش بما يساوي ضعف القيمة.
- ٢ - ظهور الاحتياج العام إلى السلع المغالى في أثمانها.
- ٣ - أن يتعين إجراءً أو نظاماً لمقاومة الاحتكار وكسره، أو لمحاربة الغلاء، وذلك بأن يعجز القاضي والدولة عن معالجة هذه الظاهرة، وصيانة حق العامة إلاّ به.
- ٤ - أن يكون الإمام عدلاً.
- ٥ - استشارة أهل الخبرة^(١)، دون اشتراط تشكيل لجنة على نحو معيّن، كما هو الشأن عند المالكية.

(١) أشرنا آنفاً إلى أن عنصر الخبرة العلمية النزيهة من قبَل الثقات العدول، مُقوّم أساسي في تحقيق معنى العدل في الوقائع، أو تحقيق الصالح العام واقعاً، وقد نص الفقهاء في كثير من المواطن على ذلك، ولاسيما في «نظام الحسبة» في الإسلام. فإذا كان هذا النظام العملي قائماً أساساً على تطبيق مبدأ الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، إذا رُقّ وازع الدين، فإنه يُشترط فيه «القدرة» أو «القوة» لحمل الناس على مقتضى النظر الشرعي، ولهذا قالوا إن الدولة هي التي تنهض به، وعلى ذلك جرى الخلفاء المسلمون منذ القدم، ولاسيما في عهد عمر بن الخطاب الذي كان أول من أنشأ هذا النظام، غير أن «القوة» قد تكون غاشمة تجافي العدالة، أو قد تتسم بطابع الارتجال والتسرع، لذا نرى الفقهاء يشترطون في المحتسب الثقة والأمانة والعلم بالأسباب أو الحيل التي تضر بالصالح العام، أيّاً كانت: من الغش، أو التدليس، أو التلاعب بالأسعار، أو غير ذلك، ليحول دون التسبب فيها، ولما كان المحتسب يعجز عن الإحاطة بكل ذلك، نشأ ما يسمى بنظام «العرفاء»، وهم الخيرة العدول الأمناء الذين يستعين بهم المحتسب في التعرف على أحوال السوق، وأرباب الصناعات، وما يجري فيها، وغير ذلك مما يمسُّ حق المسلمين وصالحهم، ومن هنا كانت الاستعانة بالخبرة في التسعير. وفي هذا المعنى يقول صاحب كتاب «نهاية الرتبة في طلب الحسبة» ما نصه: «ولما لم تدخل الإحاطة =

ب - شروط التسعير في فقه المالكية ومُتأخري الحنابلة:

- ١ - ظهور الحاجة العامة إلى السلع أو المنافع أو الخدمات التي غلا سعرها، أو أجرها، أو توقّع ظهورها، وهذا بالإجماع.
- ٢ - تشكيل لجنة التسعير على النحو الذي بيّنا، ضماناً للعدالة، ورعايةً للحقين.
- ٣ - تعيّن التسعير وسيلة إلى ذلك، وهذا متفق عليه كذلك، لأن التسعير خلاف الأصل، ولا يثبت إلا عند الحاجة الماسة، أو توقع حدوثها في غالب الظن.
- ٤ - أن تكون السلع من المكيل أو الموزون أي من المثليات، لأن قيمتها تعرف بالوزن أو الكيل، وما يلحق بها، بخلاف القيمات.
- ٥ - أن تستوي من حيث الجوّدة^(١)، لأن للجودة حظاً في الثمن كالمقدار، نوّه بذلك المالكية.

ويقاس على هذا، المصنوعات، والأعمال، والمنافع، والخبرات، لوحدة العلة، فينبغي أن تُسعر على أساس التفاوت في معيار الجودة، صنعةً، ومهارةً، وكفاءةً

= بأفعال السوق - أهل السوق - تحت وسع المحتسب، جاز له أن يجعل لأهل كل صنعة عريفاً من صالح أهلها، خبيراً بصناعتهم، بصيراً بغشوشهم وتدليساتهم، مشهوراً بالثقة والأمانة، يكون مشرفاً على أحوالهم، ويطالعه بأخبارهم، وما يجلب سوقهم من السلع والبضائع، وما تستقر عليه من الأسعار، وغير ذلك من الأسباب التي يلزم المحتسب معرفتها، فقد روي أن النبي ﷺ قال: «استمعينوا على كل صنعة بصالح أهلها» [ذكره العجلوني في «كشف الخفاء»: (١/١٣٤)]. «نهاية الرتبة في طلب الحسبة» للإمام الشيرازي الشافعي ص ١٢ تحقيق ومراجعة الدكتور السيد الباز العربي، طبع دار الثقافة - بيروت - لبنان ١٩٦٩م، وانظر «الطرق الحكمية»: ص ٢٧٦ - ٢٧٧.

(١) قال ابن حبيب: «وهذا في المكيل والموزون، مأكولاً كان أو غير مأكول - أي المثليات - من المبيعات التي لا تكال ولا توزن». أقول: ويلحق بهذا «المُقَدَّرات» التي لا تتفاوت بين أفرادها تفاوتاً فاحشاً يؤثر في القيمة عادة، والمصنوعات التي يثبت التماثل بين أحادها من حيث أصل المادة الخام، والصنعة، وكذلك الأعمال والمنافع، مهارة ودقة وخبرة وجودة. حسبما تقرره الخبرة العلمية في كل نوع. هذا، «ونظام الحسبة» من أهم النظم التي تقوم على قواعد سياسة التشريع في الإسلام، مؤيداً لمقاومة الاحتكار، وحمل الناس على الالتزام بالتسعير الجبري، ومنع التغالي، ومنع الغش، والتدليس، وما إليه بسلطان الدولة.

علمية، لأن التفاوت في الكفاءات، يستلزم - عدلاً - التفاضل في العطاء^(١)، فلا يكون العطاء على أساس الوظيفة، بل على أساس كل من المؤهل العلمي (الشهادة) والخبرة بالممارسة والقَدَم، والإنتاج المبتكر.

٦ - أن يكون الغلاء بفعل التجار وتحكمهم^(٢)، لا لكثرة الخلق (التضخم السكاني) أو قلة الإنتاج بسبب الجذب، أو لغير ذلك من الأسباب، مما ليس لأحد فيه يد.

٧ - أن يكون الإمام عدلاً.

٨ - أن يكون تحديد الأسعار قائماً على أساس رضا التجار ورضا العامة، وقد حدّدنا المعنى المقصود من الرضا، وهو أن يحقق ربحاً معقولاً للتجار والمنتجين والمالكيين بوجه عام، بلا وكس لا شطط.

هذه الشروط في جملتها، تتوقف عليها عدالة التسعير، وتوفر الثقة بأحقيته، ضماناً لسرعة الاستجابة والامثال.

ج - النقد العام لشروط التسعير:

يتّجه على الحنفية وعلى متأخري الحنابلة أيضاً، أنهم لم يبيّنوا النظام الذي يتم به تحديد الأسعار عملاً، على النحو الذي رأينا عند المالكية، من تشكيل لجنة على نحو خاص، وهذا - بلا ريب - أضمن لتحقيق العدل والتوازن بين الحقيين، وأبعد عن المحاباة أو الارتجال والتحكم، وسوء العاقبة.

(١) «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده»: ص ١٠٧ وما يليها للمؤلف، طبع مؤسسة الرسالة - طبعة ثانية - في موضوع «مبدأ العدل المطلق».

(٢) «الحسبة» لابن تيمية: ص ٣٣، و«الطرق الحكمية» ص ٢٧٦ - ٢٧٧.

ويقول أبو الوليد الباجي في اشتراط «الجودة» وأن يكون من المثليات: «هذا إذا كان المكيل أو الموزون متساوياً في الجودة، فإذا اختلف صنفه، لم يؤمر من باع الجيد أن يبيع بمثل سعره ما هو أدون، لأن الجودة لها حصة في الثمن كالمقدار».

هذا، وكثير مما كان يعتبر قيماً، أصبح مثلياً، أو قريباً منه، بفضل التقدم الصناعي، حتى الدجاج واللحوم، ولأن عدم إجراء التسعير عليها حرج بالغ. «المنتقى»: (١٧/٥) وما يليها.

ويتجه على الحنفية، أن شرط «التعدي الفاحش» أو مجاوزة ضعف القيمة ليس من شأنه أن يحقق رعاية الصالح العام غالباً، ولا سيما حق الفقراء ومُتوسطي الحال، وهؤلاء يشكلون الغالبية العظمى من المجتمع، فاشتراط أن يجاوز التاجر ضعف القيمة، بما يزيد عن مئة في المئة، ربحاً في المواد الضرورية (القوت) التي يكثر بيعها، ويستمر يومياً، مما يلحق ضرراً بالغاً بمعظم الناس.

على أننا لم نف لهذا التحديد على أساس شرعي ينهض به، ولم يثيروا هم إلى مستندهم في ذلك، وهذا ميل منهم إلى محاباة التجار - كما هو ظاهر - بتوسيع نطاق حرمتهم في التصرف والاستغلال.

وأيضاً، التاجر المستغل لا يطمع أن يُحَقِّق ربحاً في المواد الأساسية أكثر من ضعف القيمة (١٠٠٪) فهو شرط لا يقيد، بل يُحَقِّق جشعه، وبذلك أضحي التسعير غير ذي جدوى، فضلاً عن أن التسعير عند الحنفية للتوعية لا للإلزام، بل نرى أن مثل هذا الشرط في التسعير يُضفي على الاستغلال صفة المشروعية، بينما هو محرّم في الإسلام على سبيل القطع، وإلا فلم حرم الاحتكار؟

ونرى أن يُكتفى بأن يجاوز الحد المألوف في الأسعار الذي كان سارياً قبل التحكم والاحتكار.

ويتجه على المالكية، أن اشتراطهم توافر التراضي فيما تحدده اللجنة من سعر، لا داعي إليه، مادام الإلزام بحق مبدأ مستقراً في التشريع، لأنه أضحي مناطاً للعدل في ظرف الاحتياج العام كما أسلفنا.

على أن رضا التجار ليس مطلقاً، بل مقيد بالريح المعقول، ولا يسوّغ الإمام لهم ما يضر الناس.

وأما اشتراط تعيين الوسيلة بالإجماع، فذلك يُوضّح اتجاه التشريع الإسلامي إلى المحافظة على «حرية التجارة» ما أمكن، وحرية المالك في التصرف في ملكه، ولكن دون تعسف أو استغلال.

فلاستغلال إذن ظاهرة لا تستوجب - في أصول التشريع الإسلامي - استئصال

شأفة حق الملكية الفردية من أصول النظام الاقتصادي الإسلامي، بل تستوجب تقييدها بما يلزمها بالعدل جبراً، إن لم يتحقق اختياراً.

وهذا أدنى إلى تحقيق العدل والمصلحة اقتصادياً واجتماعياً، وإلى الاعتراف بشخصية الفرد في هذا التشريع، خلافاً للنظام الذي يلغي حق الملكية الفردية أصلاً، لأن هذا - في نظر الإسلام - ظلم عظيم.

ومما يؤكد ذلك، أن الأصل في التسعير - ودون مقتضٍ - هو التحريم، على ما جاءت به السنة.

وإذا علمت أن التسعير الجبري ضرب من «تدخل الدولة» في حقوق الأفراد، ونشاطهم الاقتصادي، رأيت أن الشريعة تُضيق من نطاق هذا التدخل، حتى تقتضيه ضرورة رعاية الصالح العام، وتحقيق العدل، وإيصال الحق إلى مستحقه.

أما شرط الربح العادل، فهذا يقتضينا أن نفرده له بحثاً في السعر العادل في الفقه الإسلامي المقارن.



السعر العادل في الفقه الإسلامي المقارن

المبدأ الثابت^(١) في التشريع الإسلامي - كتاباً وسنة - أن التسعير العادل هو ما لا يكون ضاراً أو مجحفاً بأي من المتبايعين:

- ١ - البائع أو المنتج^(٢) - زراعة أو صناعة - أو المالك.
- ٢ - المشتري أو المستهلك^(٣) ومن في معناه.

وهذا المبدأ - في منطق هذا التشريع الخالد - مُتَفَرِّعٌ عن المبدأ العام الذي هو مدار التشريع الإسلامي كله، وهو: «رعاية الحقين» والتوفيق بينهما ما أمكن عند التعارض^(٤).

(١) المبدأ العام، هو المفهوم التشريعي الكلي المجرد الذي يستهدف بحكمه تحقيق العدل في موضوعه، والمقصد الشرعي القطعي الذي شرع من أجله، وهو يتميز عن الإجراء أو النظام أو القانون الاجتهادي الذي يُتخذ لتطبيقه، وتحقيق مقصده من المصلحة والعدل.

(٢) البائع قد يكون أفراداً، أو شركات، أو الدولة.

(٣) والمشتري، قد يكون من صغار الباعة، وقد يشتري لا لبيع، ولا ليستهلك، بل ليستخدم ما يبتاعه في إنتاج أرضه أو مصنعه، من أدوات وآلات ذات أهمية بالغة، أو مواد خام، أو مواد مساعدة على تحسين إنتاجه، كالأسمدة الكيماوية وما إليها.

(٤) التعارض هنا قائم بين رغبة صاحب السلعة في تحقيق أكبر قدر من الربح لصالحه، زائداً عن نفقات إنتاجها، وتسويقها، والجهود التي بذلت في سبيل ذلك حتى وصلت إلى المشتري أو المستهلك، وبين اجتهاد المشتري لنفسه، في أن يحصل على السلعة بأدنى قدر ممكن من الثمن بالنسبة لقيمة منفعة تلك السلعة لمصلحته، فتعارضت المصلحتان.

وقد نهض بمبدأ السعر العادل قوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْخَسُوا الْكَيْسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾ [الأعراف: ٨٥]، وقوله ﷺ في الحديث القدسي: «يا عبادي! إنني حرمتُ الظلمَ على نفسي، وجعلتهُ بينكم محرماً، فلا تظالموا»^(١)، وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢).

وفي قول علي كرم الله وجهه: «يجب أن يكون البيع بأسعار لا تجحف بالفريقين من البائع والمبتاع»^(٣).

وجه الدلالة في الآية الكريمة، أنها تنهى عن نقص الناس حقوقهم^(٤)، بأن ينقص بعضهم حقوق بعض، وليس هذا خاصاً بالكيل والميزان فحسب، بل يشمل بعمومه نقص القيمة والمخادعة عنها، كما يكون البخس في السلعة بالتعيب والتزهد فيها، وكل ذلك ضرب من أكل مال الناس بالباطل^(٥)، كما يشمل البخس، المماكسة والغش والحيل التي تُنتَقَضُ بها الحقوق^(٦)، فالآية الكريمة شاملة بعمومها البائع والمبتاع كما ترى، كما تشمل تحريم البخس في الحقوق المعنوية، بأن يكفر الناس بعضهم حق بعض في العلم والفضل»^(٧).

= هذا، ومن مقومات العدل فيما لا نص فيه مبدأ «إعطاء كل ذي حق حقه»، والرسول ﷺ قد أشار إلى ذلك بقوله في شأن الإرث دون افتتات أو غبن أو إجحاف، كما أسلفنا، ولا جرم أن من حق البائع، أن لا يُمنَع ربحاً معقولاً، كما قال فقهاء المالكية، ودون وكس في حقه، كما يقول متأخرو الحنابلة، ومن حق العامة ألا يضاروا في حرمانهم حاجاتهم الضرورية، بل يجب أن يوفوها دون غبن فاحش أو شطط عليهم.

(١) أخرجه مسلم: ٦٥٧٢، وأحمد: ٢١٤٢٠، من حديث أبي ذر.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن.

(٣) «الإسلام وأوضاعنا الاقتصادية» للشيخ محمد الغزالي ص ٩٤، و«نهج البلاغة»: (٣٤٢/٥). وانظر تفسير: «لا ضرر ولا ضرار» والأوجه التي يحتملها في كتابنا: «نظرية التعسف في استعمال الحق» ١١٢ وما يليها. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٤) تفسير «المنار» للشيخ محمد عبده: (٥٢٥/٨ - ٥٢٦).

(٥) تفسير القرطبي: «الجامع لأحكام القرآن»: (٢٤٨/٧)، طبع دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، ١٣٨٧هـ و١٩٦٧م بالقاهرة.

(٦) تفسير «المنار»: (٥٢٥/٨ - ٥٢٦).

(٧) المرجع السابق.

ووجه الدلالة من الحديث القدسي: «أنه نهى الناس عن أن يظلم بعضهم بعضاً، لأن الظلم في ذاته محرم، أيّاً كان منشؤه، وموقعه كما أسلفنا والنهي بعمومه شامل تحريم الظلم بين المتبايعين».

والخلاصة، أن البخس - بما هو انتقاص للحق - ظلم محرم، أيّاً كان مصدره، وموقعه، سواء أكان محلّ الحق مادة أم معنى.

وعلى هذا، لا يجوز للعامّة أيضاً، أن ينقصوا التجار حقهم، فيمّاكسوا في السلعة، أو يخادعوا عن قيمتها في التعيب فيها، أو أن يستغلوا ظروفاً سيئة حاقت بالبائع، من إفلاس ونحوه، أو بسبب سلع أو مواد يتسارع إليها الفساد والعطب، أو لا تحتمل التخزين أمداً طويلاً، حتى إذا لم يتم تصريفها خلال أيام أو أسابيع، لحقت به خسارة فادحة، أو غير ذلك من الأسباب، فيأخذ الناس يتربصون به قرب وقوع المضرة، أو ظروفه السيئة، ليشتروا أمواله بأبخس الأثمان، ويلحقوا به خسارة جسيمة^(١)، وفي هذا المعنى يقول ابن القيم:

«وكذلك يمنع والي الحسبة «المشتريين» من الاشتراك (التواطؤ) في شيء لا يشتريه غيرهم، لما في ذلك من ظلم البائع»^(٢)، ويقول أيضاً: «فإذا كانت الطائفة تشتري نوعاً

(١) روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال: «سيأتي على الناس زمان عضوض، يعرض الموسر على ما في يديه، ولم يؤمر بذلك»، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَسْوَأُ الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] ويبيع المظنون، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع المظنر [أخرجه أبو داود: ٣٣٨٢، وأحمد: ٩٣٧]، والعلة ظاهرة في هذا النهي، وهي حالة الاضطرار لا ذات البيع، كما ذكرنا، ويورد ابن قيم الجوزية، نقلاً عن مسند الإمام أحمد، حديثاً عن حذيفة بن اليمان رضي الله عنه يؤكد هذا المعنى عن النبي ﷺ إذ يقول: «إن بعد زمانكم هذا، زماناً عضوضاً، يعرض الموسر على ما في يديه، ولم يؤمر بذلك، قال الله تعالى: ﴿وَمَا أَفْقَرُ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ يَخْلِفُهُ وَهُوَ خَيْرُ الْوَرِثَةِ﴾ [سبا: ٣٩] وينهر شرار خلق الله، فيبايعون كل مظنر، إلا إن بيع المظنر حرام، المسلم أخو المسلم، لا يظلمه، ولا يخونه، إن كان عندك خير، فمُدّ به على أخيك، ولا تزده هلاكاً إلى هلاكه» [ذكره ابن حجر في «المطالب العالية»: (٣٣٧/٧)، من حديث حذيفة]. وانظر «أعلام الموقعين»: (١٨٢/٣)، تحقيق الأستاذ الشيخ محمد محي الدين عبد الحميد ١٣٧٤هـ - ١٩٥٧م، الطبعة الأولى، المكتبة التجارية الكبرى - القاهرة.

(٢) «الطرق الحكمية» ص ٢٨٨.

من السلع أو تبيعها، قد تواطثوا على أن يهضموا ما يشترونه، فيشتروه بدون ثمن المثل، ويبيعوا ما يبيعونه بأكثر من ثمن المثل^(١)، ويقتسموا ما يشتركون فيه من الزيادة^(٢)، كان إقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان، ولا ريب أن هذا أعظم إثماً وعدواناً، من تلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي، ومن النجش.

وهذا استدلال بروح أو معقول ما ثبت تحريمه بالسنة من البيوع الممنوعة.

كما لا يجوز للدولة أن تمكّن العامة - محاباة لهم - من الإضرار والإجحاف بالمالكين، بتسعير ظالم أو جزافيّ مرتجل، إذ العلة في الحالين واحدة، ولأن التصرف على الرعية (جميعاً) منوط بالمصلحة، والمصلحة المعتبرة شرعاً هي مناط العدل.

هذا المبدأ ثابت في التشريع، كتاباً وسنة، كما ذكرنا، وهو أصل كلي شرعي متفق عليه، وأما في الاجتهاد التطبيقي لهذا المبدأ، فقد اختلفت وجهات النظر في وسائل وإجراءات هذا التطبيق على النحو الآتي:

أ - رأي الحنفية:

يرى الحنفية، أن السعر التلقائي الحرّ في السوق، أو في ميدان التعامل بوجه عام، هو الذي يحقق مبدأ العدل بين الفريقين، لأنه نتيجة طَبَعِيَّةٌ لحرية المساومة، والتعاقد، وهو ما يطلق عليه اليوم «قانون العرض والطلب»، حتى إذا نشأت «مُعَوَّقات» وجب إزالتها، كأن يتدخل التجار فيحتكروا السلع الضرورية، أو يتخذوا أيّ وسيلة أخرى لإغلاء الأسعار، أو أن تتدخل الدولة نفسها بالتسعير الجبري، فتُعكّر على هذا السعر التلقائي صَفْوَ مساره، ولذا أجمع فقهاء الحنفية، القدامى منهم والمتأخرون، على عدم جواز التسعير، فقالوا: «لا ينبغي للإمام أن يُسعّر...»^(٣)، ويقال للمحتكر المغالي: «بع كما يبيع الناس، وبزيادة يتغابن الناس في مثلها»^(٤).

(١) المرجع السابق.

(٢) والمقصود بالزيادة هنا، حصيلة المغالاة في الأسعار، أو هو الاستغلال بعينه.

(٣) لا يجوز ولا يصح شرعاً.

(٤) مصادر ومراجع الفقه الحنفي المشار إليها سابقاً.

ويذهب الإمام مالك - في رواية ابن القاسم عنه^(١) - إلى عدم جواز النقص عن هذا السعر العام، إذا أفضى مآلاً - في غالب الظن - إلى إفساد سعر السوق. حيث يقول: «وَمَنْ حَطَّ فِي السَّعْرِ أَقِيمَ»، وأما عدم جواز الزيادة فمن باب أولى، وكل ذلك محافظة على السعر الطبيعي العام الذي يحقق - في اجتهادهم - المبدأ العام، يرشدك إلى هذا، أن الحنفية - كما علمت - اتخذوا من الإجراءات ما يعيد السوق إلى حالتها الأولى لإزالة المعوّقات، ولم يلجأوا إلى التسعير الجبري، حتى بعد استنفاد الإمام لجميع الوسائل^(٢)، وعجزه عن منع التجار من التغالي في الأسعار عن طريق الاحتكار، فقالوا بإجبار أهل السوق على إخراج سلعتهم، وعرضها وبيعها بالسعر العام الذي كان سارياً فيها قبل التحكم، حتى إذا تعنتوا، باع عليهم الإمام جبراً بالسعر العام للسوق، لتعلّق حق العامة بتلك الأموال، ولم يسعّر عليهم، لأنهم يرون السعر الحرّ العام هو السعر العادل، وهو ما ذهب إليه مُتقدمو الحنابلة، وجمهور الشافعية.

يؤكد هذا، أن التسعير - عند الحنفية - للتبصير، لينطلق الناس إلى الاشتراء أو التعامل عن وعي، ثم يجتهدوا لأنفسهم بأنفسهم في المساومة، والدولة بمنأى عن ذلك، لأنهم أدرى بمصلحتهم من الدولة، وهذا هو ما يسمى اليوم بالاقتصاد الحرّ، كما ذكرنا.

ب - رأي مُتأخري الحنابلة وجمهور المالكية:

يرى هؤلاء أن «السعر العادل» لا يتحقق تلقائياً في السوق وقت الأزمات، بل يُحدّده الإمام بإشرافه واستشارة أهل الخبرة.

وفهم من هذا أمران:

أولهما: أنه لا يجوز التسعير جُزافاً أو ارتجالاً، أو محاباة لأحد من الجانبين.

(١) وهي الرواية التي تفيد أن الإمام مالك حرم التسعير الجبري بإطلاق. المراجع السابقة للمالكية.

(٢) أي ولو في حال الضرورة، أو الحاجة التي تكاد تبلغ مبلغها.

الثاني: أن السعر يتحدّد على أساس نفقة السلعة، وتكاليفها، وظروف تسويقها، والجهود التي بذلت في سبيل ذلك، مع زيادة نسبة معقولة من الربح، ومن ثم لا يكون لحاجة المشتري أو اضطراره أثر في هذا التحديد، خلافاً لما رأينا عند الحنفية، إذ اشترطوا - كما تعلم - تعديّ التجار ضعف القيمة، ولحاجة المشتري أثر في ذلك على النحو الذي بينا، فليس السعر العام التلقائي الحرّ في السوق إذن هو السعر العادل في اجتهاد هذا الفريق، لأنه - في نظرهم - ليس كفيلاً بتحقيق مبدأ العدالة في الواقع، أو مبدأ المثلية غالباً، نظراً للحيل وضروب المخادعة التي يلجأ إليها التجار عادة، مما له أثر في رفع مستوى هذا السعر العام من ناحية، ولاضطرار المشتري أن يقبل ظاهرياً بهذا السعر العام المفتعل، ولو بلغ ضعف القيمة ثمناً للسلعة أو المنفعة على ما اشترطه الحنفية، من ناحية أخرى.

وإذا كان لا اضطرار العامة أثر في تحديد هذا السعر العام، أو رفعه، لم يكن تلقائياً عادلاً، لأن الاضطرار هو سبب الارتفاع الذي هو منشأ الاستغلال.

ويرى المالكية أيضاً، أنه يجب - والحالة هذه - عدم ترك أمر «العدالة» في المبادلات وقت الأزمات الاقتصادية، لحرية التجار واختيارهم، بدليل كثرة إساءتهم التصرف فيما مُنحوا من حق الملك، وتأثيرهم في الأسعار بالإغلاء غالباً، والمجتهد الحق ينبغي أن يأخذ هذا الواقع بعين الاعتبار في التشريع الاجتهادي التطبيقي.

إذن، المنافسة الحرة، وحرية التعاقد والمساومة، مبدأ مستقر في التشريع الإسلامي، بل هو الأصل، ولكن في غير الأسواق الاحتكارية، أو ظروف الإساءة^(١) والتعسف في استعمال حق الملك جسعاً واستغلالاً.

(١) وظروف الإساءة والتعسف، هي منشأ دليل وجوب إزالة الضرر العام، وهذا منوط بولي الأمر الذي له الولاية العامة على الرعية، وهي أساس التصدي لمواقع الإساءة أو التدخل في شؤون التجار وحقوقهم، منعاً للظلم قبل وقوعه، أو إزالة له بعد الوقوع.

تقدير الاتجاهين ونقداهم أصولياً، وفي ضوء فلسفة التشريع:

لا شك أن مبدأ «رعاية الحقين» إذا تحقق تلقائياً من قبل الفريقين، دون تدخل من التجار أو الدولة، أي عن طريق المنافسة الحرة المشروعة، فذلك هو الأصل، أو القياس كما قلنا، لأن الوازع الديني كفيلاً بتحقيق ذلك لو استقام، ولكن رعاية الحقين لا تكون عند التعدي الفاحش، كما يراه الحنفية، ولا سيما في المواد الضرورية الأساسية، والمنافع والخدمات التي لا يستغنى الناس عنها.

على أن فقهاءهم قد نصوا على أن المساواة هي مبنى المعاوضة^(١)، فأين المساواة والتعاون في مثل هذا التفاوت الفاحش؟ والتعاون مفروض شرعاً.

والواقع أن ليس لهذا الاجتهاد أساس من العدل، لظهور محاباته للتجار أو المنتجين أو المالكين بوجه عام، هذا فضلاً عن أن حكم التسعير - في نظرهم - لا يجعله إجراءً ناجعاً لتحقيق السعر العادل، لأن الفريقين ليسا متساويين من حيث القوة الاقتصادية كما أسلفنا، فتحكم القوي في الضعيف، أمر واقع ومشاهد، وينتج عن ذلك حتماً، أن تحديد السعر العام الذي رأوه عادلاً، إنما يتم على أساس عامل اضطرار المشتري وشدة حاجته، لا على أساس قيمة السلعة وتكاليفها مع زيادة نسبية تمثل الربح المعقول.

ثم ما الفائدة من استشارة أهل الخبرة - كما يقول الحنفية - إذا أصبحت غير ذات أثر مباشر في معالجة التحكم، وأنت تعلم أن حرمة بيع المضطر وشرائه، لا لذات البيع والشراء بالبداية، بل للاضطرار وما ينشأ عنه من استغلال وغبن فاحش، إذ هو العلة في التحريم، فكيف يُقبل سعر ويوصف بأنه عادل، إذا كان عامل الاضطرار أساساً في تكوينه؟؟ بل كيف يتسق في منطق التشريع الإسلامي أن يكون عامل أو ظرف علة في النهي والتحريم، ثم يكون هو نفسه عاملاً ومقوماً من مقومات العدل فيه؟ لا يعقل هذا، للتناقض!!

(١) «البدائع»: (٤/ ٢٠٣)، «الغنية»: (٧/ ١٤٧).

أما الاتجاه الثاني، فنحن نرى أنه أدنى إلى تحقيق العدل عملاً، لأن التسعير يُدرس موضوعياً من كافة جوانبه وأسبابه ضماناً لعدالته، ولا يمكن أن يكون «العدل» موضع انتقاد من أحد، وهو ما أخذت به بعض التشريعات المعاصرة.

ومبدأ المنافسة الحرة في الاقتصاد نظري بحت، لأنه لا يتحقق معناه أو مناطه العام شرعاً في الواقع المعيش، ولا يؤدي ثمراته، من تحقيق السعر المتوازن العادل غالباً، لتفاوت القوى الاقتصادية بين الفريقين، وقت الأزمات، وهذا دليل يبين على أن الفقه الإسلامي واقعي وعملي.

فالمبدأ ثابت، ولكن الوسائل والطرق أو النظم الاجتهادية التي يتم بها تحقيق غايته من العدل - غالباً - مختلفة كما رأيت، وفي هذا المعنى يقول الشيخ علي الخفيف: «وإنه ليرى أن التشريع الإسلامي... اكتفى بوضع الأصول، والمبادئ العامة التي يجب أن تتخذ أساساً لتخيير النظم الملائمة للأمم على اختلافها، عصرًا، وثقافةً، وعرفاً، وبيئة»^(١)، وأقول: وأحوالاً وظروفاً^(٢).

التسعير العادل في الأعمال:

يُقرّر القرآن الكريم مبدأ عاماً في الجزاء على العمل في آياتٍ عدة، من مثل:

١ - قوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ [النجم: ٣٩] أي إن الأجر على قدر

الجهد الذاتي، أو المساواة والمعادلة بين الجهد والأجر، نوعاً وأثراً.

٢ - وقوله تعالى: ﴿وَلِكُلِّ دَرَجَةٌ وَمَا عَدِلُوا﴾ [الأنعام: ١٣٢]، فالأجر يتفاوت

تبعاً لنوعية العمل، وأهميته، وأثره.

٣ - وأكد القرآن الكريم على التعادل، والوفاء الحق بين العمل والأجر، دون

(١) «التصرف الانفرادي» ص ٥.

(٢) راجع كتابنا: «أصول التشريع الإسلامي» ص ٢٧٢ وما يليها، في المبادئ والأصول التي تعتبر من النظام الشرعي العام.

إذ لا ينكر تغير الحكم الاجتهادي بتغير الزمن، ويقصد بالزمن ظروف الناس وأحوالهم، راجع المادة ٣٧ من «مجلة الأحكام العدلية».

بخس أو غبن، بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْخَسُوا النَّكَاسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾ [الأعراف: ٨٥]، ولقوله سبحانه: ﴿وَمَنْ يَعْمَلْ مِنْ الصَّالِحَاتِ وَهُوَ مُؤْتٍ فَلَا يَخَافُ ظُلْمًا وَلَا هَضْمًا﴾ [طه: ١١٢]، وقوله عز وجل: ﴿هَلْ تُجْزَوْنَ إِلَّا مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ [النمل: ٩٠].

ولا جرم أن عدل الله تعالى في الآخرة، هو عين عدله في الدنيا، إذ «العدل الإلهي» واحد لا يتجزأ.

٤- هذا، وفي القرآن الكريم حافظ على الابتكار أو الإبداع في الأعمال، والوفاء بحقه، كقوله تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٧] فيوفى حقه في ذلك مهما قل أو صغُر، ولقوله تعالى: ﴿وَلِيُوفِيَهُمْ أَعْمَلَهُمْ وَهُمْ لَا يَظْمُونَ﴾ [الأحقاف: ١٩]^(١).

فلا ينبغي أن يُنتقص امرؤاً أو يُماطلَ في أداء حقه إليه كلاماً، ولقوله ﷺ: «أعطوا الأجير حقه، قبل أن يجفَّ عرقه»^(٢).

ولا ريب، أن تفاوت الأعمال حسب أهميتها ونوعها وأثرها، منوط بالعلم والخبرة والإنقان، ولا نقصد بذلك الخبرة العامة أو البدائية، فهذه اعتبارها الخاص أيضاً، لأنها ضئيلة الشأن والأثر، وإنما نقصد تلك الخبرة التي أساسها العلم والاختصاص، وذلك بدوره منوط بالمؤهلات العلمية، وهي متفاوتة، إن في العلم النظري المجرد، أو التجريبي العملي التطبيقي، أو المخبري.

وتأسيساً على هذا، لا تقاس قيمة العمل نوعاً وأثراً وجوده بالوظيفة، بل بالمؤهل العلمي والخبرة العملية الناشئة عنه، ولا شك أن لتعدد المؤهلات العلمية المتجانسة أو المتقاربة في موضوعها، اعتباراً في تقدير العطاء، لأنها مظنة سعة الأفق، وتفتح الذهن، وغزارة العلم.

ويتفرع عن ذلك، أن التفاوت في الكفاءات يستلزم التفاوت في العطاء عدلاً^(٣).

(١) ولا سيما إذا بخست وانتقصت أجورهم في الدنيا.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٤٤٣، من حديث ابن عمر.

(٣) راجع بحث «مبدأ العدل المطلق» في التشريع الإسلامي، كتابنا: «الحق ومدى سلطان الدولة في

تقييده» ص ١٠٣ - ١٠٧، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة - لبنان - بيروت ١٩٧٧م.

قال تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر: ٩] مكانةً وحقاً، حتى إذا تساوا في أصل الكفاءات، كان التفاوت بينهم في العطاء والأجر، على قدر الجهد المبذول، ومدى إتقانه، وتجويده، أو على أساس مبلغ الابتكار فيه.

ونرى، أن مجرد «الأقدمية» لا تصلح مظنةً للحق في زيادة الأجر، حتى يقوم الدليل على كونها كذلك، من الجهد المبذول، وإلا كانت «الأقدمية» في حد ذاتها، باعثاً على الركون إلى الكسل والإهمال، والعمل الرتيب على مر الزمن، وهو مشاهد محسوس، فإذا انتفى الجهد الزائد نوعية وأثراً، لم يكن ثمة أساس للحق في أجر زائد، إذ المبدأ العام الذي قرره القرآن الكريم صراحةً، أن الأجر على قدر الجهد الذاتي، كمّاً أو كيفاً، أو هما معاً، ورتيب العمل يستلزم رتيب الأجر، هذا فيما يتعلق بأرباب الكفاءات.

وعلى هذا، فإن ظرف الاضطرار، أو الحاجة الذي يحيق بأيّ من الفريقين: العامل أو رب العمل، لا يصلح أساساً لتحديد الأجر، لأن ذلك منافٍ لأصل العدل الذي يقضي بأن يكون الأجر العادل منوطاً بالعمل ذاته، كمّاً، وكيفاً، وأثراً، وبذلك نتفادى مشكلة «فائض القيمة» في علم الاقتصاد التي كانت سبباً في نشوء مذاهب اقتصادية متطرفة اتخذت من هذه المشكلة حجة لإلغاء أصل الملكية الفردية، على اعتبار أن هذه الملكية أصل نشوء صور الاستغلال، والأزمات الاقتصادية.

وإلغاء أصل الملكية الفردية - في نظر التشريع الإسلامي - ظلم عظيم، لأنها ثابتة من الدين بالضرورة، ولهذا عمِل على إبقائها، حماية لمصلحة الفرد وشخصيته العاملة الحرة المسؤولة المنتجة، وحارب الاستغلال محاربة لا هوادة فيها، كما حمى مصلحة المجتمع، بل جعل منهما محور التشريع كله، ونسق بينهما عند التعارض، حفظاً للحقين معاً كما رأيت.

التزام الدولة العمرية بتأمين تموين الناس بالمواد الغذائية الضرورية، فضلاً عن فرض أموال نقدية لكل منهم بما يحقق الكفاية:

ثبت أن عمر رضي الله عنه قد أمر - في خلافته - باتخاذ دفاتر عائلية، تكتب فيها أسماء أفراد العائلة، ومواليها، ذكراً كان أم أنثى، مسلماً كان أم غير مسلم، وفرض لكل محتاج منهم مئة درهم، ونصيباً معلوماً كافياً من الطعام في كل شهر^(١)، من الخبز والزيت والخل، وهذا يفوق تدعيم الدول الحاضرة لبعض المواد الغذائية الضرورية، كالخبز، والسكر، والأرز، والزيت، إذ تتحمل الدولة المعاصرة ما يقرب من خمسين في المئة أو يزيد من قيمتها الحقيقية، وهو يساوي الفرق ما بين القيمة الحقيقية لهذه السلع، وبين أسعارها التي تباع بها فعلاً بموجب بطاقات تموينية، مساعدة للطبقة الفقيرة.

وعلى هذا، فإن التسعير العدل للمواد الغذائية الضرورية الذي يساوي نفقات السلعة مع قدر من الربح المعقول، مرهق للطبقة الفقيرة، وأصحاب الدخل المحدود، فتلجأ الدول اليوم إلى مثل هذا التدعيم.

وقد رأيت أن سياسة عمر الاقتصادية قد سارت في هذا الطرق إلى مدى أبعد، فضلاً عن النصيب النقدي المفروض لكل فرد محدود الدخل في الدولة.



(١) انظر بحثاً للدكتور بلتاجي بعنوان: التزام الدولة الإسلامية بأرزاق الناس في خلافة عمر بن الخطاب، «مجلة الوعي الإسلامي»، السنة الثامنة، غرة جمادى الأولى سنة ١٣٩٢هـ. «التسعير الجبري» للأستاذ الشوربجي: ص ٤٦.

مؤيدات التسعير الجبري

العقوبة التعزيرية:

إن مخالفة التسعير بما يزيد عن المحدد أمرٌ محرّمٌ شرعاً، لما في هذه المخالفة من إضرار بالمصلحة العامة، ولذا كانت العقوبة عليها حق الشرع.

هذا، وليس ذلك مقصوراً على المواد «التموينية» بل هو شامل لكل ما يحتاج إليه الناس، ويوقعهم حرمانهم منه أو التغالي في سعره، في ضيق أو حرج غير معتاد كما بينا.

وعلى هذا المعنى، اتفقت كلمة الباحثين المحققين^(١)، ونسوق إليك نص الفتوى التي أصدرها مفتي الديار المصرية سابقاً، وعضو جماعة كبار العلماء^(٢): «إن تسعير المواد التموينية في وقت الضائقة، عمل ضروري تقتضيه المصلحة العامة، لتيسير العيش لجميع الأفراد على سواء، ولمنع التهارج والتغالب عليها، ويدخل ذلك في باب السياسة الشرعية التي تجعل لولي الأمر في مثل ذلك حق التخصيص، والتحديد، والتسعير، استناداً إلى قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» وقاعدة «الضرر مدفوع» وتجعل طاعته فيما يجزبه في ذلك حتماً^(٣)، ومخالفته إثماً، والعقوبة عليها حقاً^(٤)، والسياسة

(١) الشيخ محمد أبو زهرة في «ابن حنبل» ص ٣٠١ - ٣٠٩، والشيخ مصطفى شلبي في «تعليل الأحكام» ص ٧٨ و ٧٩، والشيخ محمد الغزالي في «الإسلام المفتى عليه» ص ١٠٥، والدكتور حسين حامد في «المصلحة» ص ١٨٠.

(٢) «فتاوى شرعية» للشيخ حسين مخلوف: (٢/١٥٠)، ط ٢. الشيخ حسين مخلوف.

(٣) ملزماً، وأمرأ مفروضاً. (٤) ثابتاً في الشرع.

العادلة الرشيدة من الدين الحنيف»^(١).

ولم تقصر الفتوى حكم التسعير ومؤيداته على المواد التموينية، بل جعلت ذلك شاملاً لكل ما يحتاج إليه الناس، بقولها:

«وكذلك الحكم في غيرها - غير المواد التموينية - مما يحتاج إليه، كالملابس، ومواد البناء، وغيرها، ومن اليين أن يحرم بيعها بأزيد مما سعرت به - والله أعلم»^(٢).

ممثل السلطة في الدولة الإسلامية ينهض بالعقوبة التعزيرية تقديراً وتوقيعاً (تنفيذاً)^(٣):

ينهض بهذه العقوبة في الإسلام تقديراً وتوقيعاً الإمام، أو من يعينه لذلك، وهو الوزير المختص غالباً^(٤)، فيصبح ممثلاً لسلطة الدولة، ومفروضاً عليه ذلك، بتفويض من رئيسها الأعلى، وبالتفويض تثبت المسؤولية والاختصاص.

العقوبة التعزيرية على أنواع: صفة وقدرًا:

هذا، والعقوبة التعزيرية على أنواع، صفةً، وقدرًا، منها: العقوبة المالية^(٥)،

(١) ولو لم يرد بخصوصها نص، أو قياس خاص.

(٢) المرجع السابق.

(٣) العقوبة التعزيرية ليست مقدرة من الشارع، بل تخضع لتقدير الإمام أو من يعينه لذلك، وتوقع على كل معصية: من ترك واجب، أو فعل محرم، مما لم يرد فيه حد أو كفارة، ويُقصد بها الردع، والزجر، والتأديب. «الحسبة» للإمام ابن تيمية ص ١٢.

(٤) ويقول ابن خلدون في «مقدمته»: «الحسبة وظيفة دينية، من باب الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر الذي هو فرض على القائم بأمر المسلمين، يعين لذلك من يراه أهلاً له، فيتعين فرضه عليه، ويتخذ الأعوان (العرفاء) على ذلك، ويبحث عن المنكرات، ويعزّر، ويؤدّب على قدرها، ويحمل الناس على المصالح العامة في المدينة». «المقدمة»: (٣/ ٢٠١)، مطابع الشعب بمصر، و«الطرق الحكمية» ص ٢٧٨.

هذا، وقد ولى النبي ﷺ على الحسبة، سعيد بن العاص، في سوق مكة بعد الفتح، وولى عمر بن الخطاب أمّ الشفاء الأنصارية على السوق، وعبد الله بن عتبة، بل كان يتولاها هو أحياناً. «القضاء في الإسلام» للأستاذ المذكور ص ١٤٧، و«الطرق الحكمية» ص ٢٧٧.

(٥) وتسمى عقوبة التفرغيم بالمال، وسيأتي بحثها مفصلاً مقارنة على استقلال.

والعقوبة البدنية، وعقوبة تقييد الحرية (الحبس)، وعقوبة نفسية محضة، كالتوبيخ^(١)، والنظر بوجه عبوس.

وسائر هذه الأنواع تستهدف غرضاً واحداً هو «الإيلام» زجراً^(٢) وردعاً.

يخضع تقدير العقوبة التعزيرية لمبدأ المماثلة في الجزاء، ومبدأ المناسبة التي تفضي بها غالباً إلى تحقيق الصالح العام:

يقول ابن تيمية: «إن عقوبات التعزير تختلف مقاديرها وصفاتها، بحسب كبر الذنوب وصغرها، وبحسب حال المذنب، وبحسب حال الذنب، قلّة وكثرة»^(٣).

ويؤكد هذا المعنى ابن القيم بقوله: «يتغيّر التعزير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً أو مكاناً أو حالاً، ويختلف تقدير العقوبة فيه، حسب خطر الجريمة، وتأصلها في نفس المجرم»^(٤).

ويلاحظ أن كلاً من مبدأ المثلية في الجزاء، ومبدأ المناسبة، يقوم على اعتبارات موضوعية من حيث خطورة الجريمة - في حدّ ذاتها - وأثرها على المجتمع، واعتبارات شخصية أيضاً، من حيث حال المتهم، ووضع الاجتماع، وأخرى مكانية وزمانية، كما رأيت، فلا بدّ من تطوير تشريعها قدرأ ووصفاً في كل زمن.

(١) «الطرق الحكمية» ص ٣١١.

(٢) ومعنى الزجر: ردع الجاني ومنعه من أن يعود إلى اقتراف الجريمة، وحمل غيره على الاعتبار والعظة، فيمتنع من ذات نفسه عن مقارفتها، رهبةً مما أصاب غيره من العقاب، فالشأن في العقوبة أن تفضي إلى الزجر غالباً، إذ هي مظنةٌ لذلك.

والإيلام أثر تتركه العقوبة التعزيرية بجميع أنواعها وصفاتها في نفس المجرم، سواء منها العقوبة البدنية، أم الغرامة المالية، أم العقوبة المقيدة للحرية، أم العقوبة النفسية، ويُختار منها ما يكون مناسباً وناجماً، لكل حال على حدة بظروفها الموضوعية والشخصية كما بينا، تحقيقاً للعدل والمصلحة العامة في التشريع العقابي، باستشارة الخبراء والمتخصصين في هذا الشأن، فضلاً عن أن العقوبة ينبغي أن تكون على وجه يصلح الجاني.

(٣) «الحسبة» لابن تيمية ص ٤٦.

(٤) «الطرق الحكمية» ص ١١٧. وقوله: بحسب اقتضاء المصلحة له: أي للتعزير، وص ٢٧٦ - ٢٧٧، ابن القيم.

وأما المناسبة فتعني، أن من شأن ترتيب الحكم بالعقوبة على الجريمة، أن يُقضي إلى المقصد الشرعي من أصل تشريع العقاب، وهو الزجر والردع، وحماية المجتمع، وتحقيق المصلحة العامة.

هذا، ومبدأ المثلية^(١) والمناسبة^(٢) من مباني العدل، وموجهاته في التشريع العقابي الإسلامي.

وتأسيساً على ذلك، لا يُتجاوز في العقاب ما يتحقق به المقصد الشرعي منه في كل حال على حدة، إذ التجاوز ظلم، فلا تُوقَّع عقوبة ما بما يجاوز ما تقتضيه الضرورة^(٣)، صفة ومقداراً، إذ لا يصار إلى دفع الظلم، بارتكاب ظلم مثله.

منشأ صفة مخالفة التسعير الجبري، من كونها معصية أو من المنكرات شرعاً:

إن منشأ صفة هذه المخالفة من كونها معصية أو منكراً، هو أن تحديد التسعير، إنما ثبت بالوجه الشرعي من قِبَلِ ولي الأمر، أو من يُعيَّنه لذلك كما قدمنا.

أما كونه قد تحدَّد بالوجه الشرعي فمن ناحيتين:

أولاهما: من حيث الدلائل الشرعية التي نهضت بوجوب التسعير.

الثانية: من حيث مصدر الأمر بهذا التحديد، وهو ولي الأمر أو أحد نوابه، لما له من الولاية الشرعية التي تتعلَّق بالصالح العام، ومن هنا وجبت طاعته، والمعاقبة^(٤)

(١) أما مبدأ المثلية في الجزاء، فقد قرره القرآن الكريم في مواطن عدة، من مثل قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءٌ سَيِّئًا سَيِّئًا مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠]، وقوله سبحانه: ﴿فَمَنْ أَعَدَّكَ عَلَيْهِمْ فَأَتَدَّوْا عَلَيْهِمْ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّكَ عَلَيْهِمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وقوله عز وجل: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾ [البقرة: ١٧٩] وهو المساواة - راجع مباني العدل وموجهاته في كتابنا: «أصول التشريع الإسلامي» ص ٢٧٧ وما يليها.

(٢) وأما المناسبة فمبناها المقصد الكلي في التشريع، وهو أن الأحكام معللة بمصالح العباد، فلا تجد حكماً في المعاملات والجزائيات، مسلوب الحكمة التشريعية كما قدمنا، وإلا لزم العبث أو التحكم، وكلاهما لا يُشروع، ومن هنا وجب أن يكون تشريع الحكم وتنفيذه، مفضياً إلى مقصد الشارع منه، فالحكم وحكمة تشريعه مقترنان تشريعاً وتطبيقاً. راجع بحث التفریم بالمال.

(٣) الأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه، لأن ذلك محرم شرعاً، وإنما شرع استثناء للضرورة على سبيل الجزاء الوفاق، فتقدر بقدرها.

(٤) هذا، والعقوبة التعزيرية بما هي في الأصل غير مقدرة من قبل الشارع، كالحودود والكفارات - قد تُترك =

على مخالفة أمره، لقوله تعالى: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٥٩] حتى عند القائلين بأن التسعير غير ملزم.

أو بعبارة أخرى، ثبت كون تحديد السعر بالوجه الشرعي، شكلاً وموضوعاً. وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية: «مخالفة التسعير معصية من المنكرات التي يناط بالمحتسب^(١) إنكارها، والنهي عنها، والعقاب عليها»^(٢).

هذا، ويجمع بين الاحتكار ومخالفة التسعير علة واحدة، وهي الاستغلال، فيتحد الحكم، وهو التحريم ضرورةً.

مؤيدات الإلزام بالتسعير في الواقع التاريخي:

وفي الواقع التاريخي، يذكر المقرئ في خطه، أن من أهم اختصاصات المحتسب، رقابة الأسعار، والإشراف على السوق، والتعزير والتأديب لمن يتلاعب بها... ويعاقب من يرفع الأثمان^(٣).

= أمر تقديرها إلى من ينيهم ولي الأمر في هذا التقدير تعييناً، كالقاضي أو المحتسب أو الوالي، وسلطة من يُعَيَّن لذلك، وإن كانت واسعة، غير أنها مقيدة بمراعاة الظروف الشخصية للمتهم، والظروف الموضوعية للجريمة نفسها، والمكانية والزمانية، وذلك قصداً إلى تحقيق «المثلية» و«المناسبة» بين العقوبة والجريمة، مقداراً ونوعاً وأثراً، وهذه شروط جوهرية في تحقيق «العدل» في العقاب التعزيري، لتغدو مظنة للوصول به إلى غرض الشارع من الردع والزجر والتأديب، كما بينا. أما الظروف الشخصية، فمن مثل مراعاة حال المتهم، ومدى أثر توقيع العقوبة المقدرة اجتهاداً على شخصيته بوجه خاص، واعتبار سوابقه، وأما الموضوعية، فمن مثل تقدير أثرها في المجتمع، وقد تكون «المناسبة» في توقيع أكثر من عقوبة، أو في التنفيذ، أو إيقافه، حسب الأحوال. «الحسبة» لابن تيمية ص ٤٦ - ٤٩، و«الحسبة» للشهاوي ص ١٤٦، وراجع البحث المفصل في التغريم بالمال في هذا الكتاب.

(١) ليس تخصيص المحتسب بالذكر يفيد الحصر، أو قصر هذه المهمة عليه، بل لأن الغالب أن يكون هو المنوط به ذلك - في تلك الأيام.

(٢) «الحسبة» ص ٤٦ - ٤٩، وانظر في هذا المعنى أيضاً: «من توجيهات الإسلام» لأستاذنا المرحوم الشيخ محمود شلتوت، شيخ الجامع الأزهر سابقاً ص ١٨٠.

(٣) «المواعظ والاعتبار»: (١/٦٣).

ويذكر المقرئ وغيره من المؤرخين، أن المحتسب كان يقوم بتسعير السلع، وإلزام الباعة بالإعلان عن أسعارها كتابة^(١)، وهو يشبه ما تتخذه الحكومات من إجراءات التسعير في عصرنا الحاضر.

هذا، وقد أجمع الفقهاء - كما رأيت - على تعزير المحتكر، إذا خالف السعر العام في السوق، وأوجب الجمهور إلزامه بالتسعير المُحدّد من قبل الإمام أو نوابه، وأيدوا ذلك بإجراءات عدة^(٢).

ونستعرض الآن اجتهادات الأئمة في التعزير على مخالفة التسعير:

أ - في الفقه الحنفي:

البيع الجبري - لا التسعير الجبري - هو المؤيد للسعر العام في السوق الذي يراه الحنفية عدلاً، بعد أن أمر البائع بإخراج ما احتكره، وبعد التعزير أو الحبس، كسراً للاحتكار، ومقاومة للغلاء المفتعل.

غيز أن الفقهاء من الحنفية والشفعية، قد رأوا عدم جواز مخالفة الإمام إن سعر، ولو للتبصير، لأن ذلك ضرب من المجاهرة بالخروج على طاعة ولي الأمر، والاستخفاف بأوامره، فيعاقب لذلك^(٣)، لا لكون التسعير ملزماً، ولكن البيع صحيح، ولا يملك الإمام فسخه، بل لا يملك إلا إجازته، والعقد نافذ غير موقوف عليها.

هذا، وذهب الحنفية إلى أن البائع إذا كان يخشى بطش الإمام، إن باع بأزيد مما سعره، لا يحلُّ للمشتري شراؤه ديانةً، لأنه في معنى المُكْرَه^(٤)، وهذا يؤكد أن التسعير غير ملزم في اجتهادهم.

(١) «نفع الطيب»: (٢/١)، و«الحسبة» للشهاوي ص ١٥٣، و«النظم الإسلامية» للدكتور حسن إبراهيم

حسن: ص ٣١٤، و«الحلل السندية» لشكيب أرسلان: (١/١٥٢).

(٢) راجع بحث مؤيدات منع الاحتكار: (١/٤٠٦ وما يليها).

(٣) «نهاية المحتاج» للرملي: (٢/٤٥٦)، و«تبيين الحقائق»: (٦/٢٨).

(٤) المرجع السابق.

هذا، ويرى الإمام أحمد، أن من ينقص السعر إضراراً بصاحبه، فهو آثم بقصده وفعله، لأن القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار ممنوع، على الرغم من أنه تدرع بفعل مباح في الأصل، وليس تصرفه =

على أنه جاء في الفتاوى الأنقروية، أن الإمام أبا حنيفة، سئل عن «متولي الحسبة، إذ سَعَّر البضائع بالقيمة، وتعدى بعض السوقية، فباع بأكثر من القيمة، هل له أن يعزره على ذلك، فأجاب: يعزره على ذلك»^(١).

فالاتجاه الحنفي يُقرُّ التعزير على مخالفة التسعير، لكن على أساس مخالفة الإمام وعصيانه، كما أشرنا.

ب - رأي جمهور المالكية، ومتأخري الحنابلة، والليث بن سعد، وغيرهم:

يرى هؤلاء الأئمة، معاقبة المخالف للتسعير، لأنه - في اجتهادهم - ملزم، ويعزره الإمام بما يراه زاجراً له، هذا، إن زاد عن السعر.

أما إن باع بأنقص من السعر المحدد، أقيم من السوق في رأي الإمام مالك^(٢)، حتى لا يضر بسائر أهلها.

= باطلاً بإطلاق. ويرى بعض الفقهاء المُحدِّثين، أن هذا الفعل، قد يؤدي إلى النفع العام والخاص، فضلاً عن انتفاع المرخص بإقبال الناس عليه، ورواج تجارته، ويتجه على ذلك، أن هذا لا يتم في جميع الظروف والحالات، فالنية إذا كانت متجهة إلى الشر، وكان الظاهر - على عكس ما افترضه - وسيلة إلى الضرر العام، بأن أفسد على أهل السوق أسعارهم المعقولة، فإنه يُمنع، بل يُقام من السوق في اجتهاد الإمام مالك، كما رأيت، إذ العبرة بالمآل من حيث المنع القضائي. «ابن حنبل»: ص ٣١٧ للشيخ أبو زهرة.

هذا، وكل منافسة بالإرخاص من قبل فرد أو بعض أفراد، كشركة مثلاً، بقصد إفساد أسعار السوق، وتحطيم سائر التجار في سلعة أو سلع معينة، تعتبر منافسة غير مشروعة، ويجب اتخاذ الإجراءات المناسبة لمنعها، كما سيأتي.

(١) «الفتاوى الأنقروية»: (١/ ١٥٩)، طبع بولاق. والمراد بالسوقية: التجار.

(٢) وفلسفة الإمام مالك الأصولية في هذا، تقوم على أساس اعتبار البيع بأنقص من السعر العام، مظنة (قرينة) قصد الإضرار بعامة أهل السوق، فيصلح مناصاً للمنع، ووجوب الرفع من السوق، أو من مثل هذه الحطيطة من شأنها أن تفضي في حد ذاتها إلى إفساد الأسعار في السوق، ولو لم يتوافر القصد إذا كثرت اللجوء إليها، حذراً وحزماً واحتياطاً. «الموافقات»: (٤/ ٢٠٠ وما يليها).

وهذا من باب «فقه الاحتياط» المعروف في المذهب المالكي، الذي يعتبر الكثرة مظنة وقرينة كافية في تحقيق مناط التذرع، ولا يشترط الغلبة، احتياطاً.

مؤيد الإخراج من السوق، أو منع الزيادة أو النقص في السعر في سلعة أو سلع معينة، من قبل فرد أو أفراد إذا أضر بالسعر العام في السوق، أو بالجالين:

ذهب العلماء في مشروعية هذا المؤيد مذهبين:

أولهما - عدم مشروعيته، فلا يجوز الأخذ به.

ثانيهما - أنه مشروع، يجب الأخذ به.

ومنشأ الخلاف هو تأويل حديث^(١) عمر رضي الله عنه مع حاطب بن أبي بلتعة.

فذهب الشافعي، وابن حزم، وابن رشد المالكي، إلى أن عمر رضي الله عنه منع حاطباً من الزيادة عن سعر مثل ما يبيع السوق، لا عن النقص، وأولوا قوله: «إما أن تزيد في السعر» أي في المكاييل، لا في الثمن.

وأما القول بأنه منعه من النقص عن سعر المثل، فقد علق عليه ابن رشد، كما جاء في الزرقاني على الموطأ، بأن هذا التأويل «غلط ظاهر، إذ لا يُلام أحد على المسامحة في البيع، والحطيطة فيه، بل يُشكر على ذلك، إن فعله لوجه الناس، ويؤجر إن فعله لوجه الله تعالى»^(٢).

(١) عن سعيد بن المسيب، أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة، وهو يبيع زيبياً له بالسوق، فقال له عمر: «إما أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا» [أخرجه مالك في «الموطأ»: (٦٥١/٢)، وعبد الرزاق في «مصنفه»: (٢٠٧/٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى»: (٢٩/٦)]، وانظر «الزرقاني على الموطأ»: (٢٩٩/٣)، المكتبة التجارية، مصطفى محمد، ١٣٩١هـ - ١٩٧١م.

وفي «حاشية المزني على الأم»: (٢٠٩/٢) من رواية داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر: «أنه مر بحاطب بن أبي بلتعة بسوق المصلى، وبين يديه غرارتان فيهما زيب، فسأله عن سعرهما، فسعر له مُدَّين بدرهم، فقال عمر: لقد حُدُّتْ بعير مُقبلة من الطائف تحمل زيباً، وهم (يغترون) أو يعتبرون بسعرك، فلما أن ترفع في السعر، وإما أن تُدخل زيبك البيت، فتبيعه كيف شئت، فلما رجع عمر، حاسب نفسه، ثم أتى حاطباً في داره، فقال له: إن الذي قلت لك، ليس بعزيمة مني ولا قضاء، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد، فحيث شئت فبيع، وكيف شئت فبيع» [أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»: (٢٩/٦)]، وانظر «الطرق الحكمية» ص ٣٠٠، و«المحلى»: (٤٠/٩) مسألة (١٥٥٤).

(٢) «الزرقاني على الموطأ»: (٢٩٩/٣).

وأكد هذا المعنى الإمام الشافعي بقوله: «وبه أقول^(١)، لأن الناس مسلطون على أموالهم، ليس لأحد أن يأخذها، ولا شيئاً منها، بغير طيب أنفسهم، إلا في المواضع التي تلزمهم، وهذا^(٢) ليس منها».

وهذا الفهم لا يتسق إلا على أساس التأويل بأن عمر رضي الله عنه نهى حاطباً عن الزيادة في السعر، لا عن النقص منه.

وأما ابن حزم، فقد أسقط الاحتجاج بأثر عمر رضي الله عنه أصلاً، حيث يقول: «إنه لا يصح عن عمر، لأن سعيد بن المسيب، لم يسمع عن عمر^(٣)، ثم خطأً من تأوله بالنهي عن النقص، وأوله بالنهي عن الزيادة، بقوله: «وأنه لو صح، لكانوا قد أخطأوا فيه على عمر، فتأولوه بما لا يجوز^(٤)، وإنما أراد عمر بذلك - لو صح عنه - بقوله: إنا أن تزيد في السعر، يريد أن تبيع من المكاييل أكثر مما تبيع بهذا الثمن، وهذا خلاف قولهم» فالنقص في المكيال لا في الثمن.

وأيد ابن حزم تأويله هذا الذي يتفق وتأويل ابن رشد المالكي، والإمام الشافعي، برواية لأثر عمر من طريق آخر، وبعبارة صريحة، إذ يقول: «كما روينا هذا الخبر عنه من طريق عبد الرزاق، عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، قال: «وجد عمر حاطب بن أبي بلتعة، يبيع الزبيب بالمدينة، فقال: كيف تبيع يا حاطب؟ فقال: مُدَّين، فقال عمر: تبتاعون^(٥) بأبوابنا، وأفنيتنا، وأسواقنا، تقطعون في رقابنا، ثم تبيعون كيف شئتم! ببع صاعاً، وإلا فلا تبع في أسواقنا^(٦)، وإلا فسيبوا^(٧) في الأرض، ثم

(١) أي بما روي عن عمر، من أنه حاسب نفسه، ثم رجع عن التصدي لحقوق التجار بالتسعير عليهم.

(٢) أي التسعير ليس من المواضع التي يجوز أن تؤخذ فيها أموال الناس بغير طيب من أنفسهم، بل ينبغي أن يبيعوا على ما يختارون. «الأم»: (٢/٢٠٩) كتاب الشعب، «حاشية المزني».

(٣) «المحلى»: (٢/٤٠) مسألة (١٥٥٤)، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت، تصويراً.

(٤) أي بالنهي عن نقص السعر.

(٥) أي تشترون السلع من أسواقنا ومدنيتنا، وتستولون على رزقنا، ثم تعمدون إلى الإغلاء علينا.

(٦) وهذا هو مناط الاستدلال على مؤيد الإخراج من السوق.

(٧) أي سيحوا فيها.

اجلبوا^(١)، ثم يبعوا كيف شئتم^(٢).

ثم ما لبث ابن حزم أن انتقد تأويل الفريق الآخر الذي يرى أن في النقص ضرراً بأهل السوق، فرد على ذلك، بأن في النقص مصلحة لأهل البلد، ولاسيما المساكين، وأما أهل السوق فلهم أن يسيروا في نقص الأسعار على نهجه، إذ يقول: «بل في قولكم أنتم^(٣) الضرر على أهل البلد كلهم، وعلى المساكين، وعلى هذا المحسن^(٤) إلى الناس، ولا ضرر في ذلك على أهل السوق، لأنهم إن شاؤوا أن يرخصوا كما فعل هذا، فليفعلوا، وإلا فهم أملك بأموالهم، كما هذا أملك بماله^(٥).

ومفاد هذا، أن كلاً منهما حُرٌّ في التصرف فيما يملك، ولا يجوز لأيٍّ منهما أن يتعرض للآخر بما يقيد تصرفه.

هذا بشأن الإرخاص، ولكن عمر - كما يرى ابن حزم ومن معه - نهى حاطباً عن الإغلاء، وأمره أن يبيع صاعاً بدل مُدِّين، بالثمن نفسه، والصاع أربعة أمداد، ثم رجع عمر عن ذلك، وترك الناس يبيعون على ما يختارون، زيادةً أو نقصاً، فدل ذلك على أن ولي الأمر، أو نوابه، لا يملكون أن يتعرضوا للتجار بالتقييد والتسعير.

وعلى هذا، فليس في خبر عمر بروايته، تأويلاً أو تصريحاً - في نظر ابن حزم - ما يصلح حجة على مشروعية الإخراج من السوق حال الزيادة، فضلاً عن النقص عن مثل سعر السوق، ومن ثم لا يجوز الأخذ بهذا المؤيد.

أما الفريق الآخر، فقد اتجه إلى وجوب الأخذ به، ومنع الإرخاص أو الزيادة، من قبل فرد أو أفراد، عن أسعار السوق، ومنهم الإمام مالك^(٦) رحمه الله، إذ أخذ

(١) أي من خارج المدينة، استيراداً، أو جلباً من القرى والمدن الأخرى.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه»: (٢٠٧/٨).

(٣) من عدم جواز نقص فرد أو أفراد عن مثل سعر السوق، وإلا فإنه يقام من السوق حتى لا يضر بهم.

(٤) وهو من أرخص السعر.

(٥) «المحلى»: (٤١/٦).

(٦) وهذا ما ذهب إليه الإمام الشوكاني أيضاً، على ما جاء في تعريفه للتسعير. «نيل الأوطار»: (٥/٢٢٠).

بخبر عمر رضي الله عنه على تأويل أنه نهى عن النقصان لا عن الزيادة، ولذا يرى، أن من حطَّ عن السعر العام أقيم من السوق، استدلالاً بقول عمر: «إما أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا»^{(١)(٢)}. ويقول الإمام مالك^(٣): «لو أن رجلاً أراد إفساد السوق، فحطَّ عن سعر الناس»^(٤)، لرأيت أن يقال له: إما لحقت بسعر الناس، وإما رفعت»^(٥) ولم يثبت في رواية الموطأ رجوع عمر عن ذلك.

وهذا تأكيد لإبقاء السعر العام الحر التلقائي في السوق، في الأحوال العادية، كما ترى.

أما الزيادة، أي الإغلاء، فقد علمت أن الإمام مالك يوجب به التسعير العادل. حكم هذا المؤيد - في رأينا - فرع عن الحكم على سياسة عمر الاقتصادية بوجه عام:

مؤدى سياسة عمر هذه، أنه لا يجوز لفرد أو أفراد - كشركة مثلاً - أن يعيشوا بسلامة السوق^(٦)، أو أن يضرروا بالمصلحة العامة، حالاً أو مآلاً، ذلك لأنه نظر إلى أن هؤلاء قد يُرخصون سعر سلعة، أو سلع معينة إلى أقل من مستوى تكاليفها ونفقاتها - أي قد يتكبدون خسارة فادحة بادئ الأمر - من أجل أن تكسد تجارة غيرهم في هذا الصنف من السلع أو ذلك، فيضطر هؤلاء إلى ترك الاتجار فيه، أو إغلاق محالهم، وحينئذ يستأثر المُرخصون بالسوق ويأخذون في التسلط والاستبداد، أو الحُكْرة

(١) أخرجه مالك في «الموطأ»: (٦٥١/٢)، وعبد الرزاق في «مصنفه»: (٢٠٧/٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى»: (٢٩/٦).

(٢) «الزرقاني على الموطأ»: (٢٩٩/٣) الشيخ محمد محيي الدين عبد الحميد، ومراجعة عبد الحلیم العسكري، طبع المؤسسة العربية للطباعة والنشر، ١٣٨٠هـ - ١٩٦١م.

(٣) فيما نقله ابن القيم في «الطرق الحكيمة» ص ٢٩٨ وما يليها - تقديم.

(٤) يقصد الجمهور من تجار السوق.

(٥) المرجع السابق. وراجع «المنتقى» للباجي: (١٤/٥)، و«المغني» لابن قدامة: (٢١٧/٤)، و«الطرق الحكيمة» ص ٢٩٨ وما يليها.

(٦) «المنتقى»: (١٤/٥) وما يليها، و«المغني»: (٢١٧/٤).

والتَّغْلِيَةُ، لِتَفَرُّدِهِم بِالِاتِّجَارِ فِيهِ، بَعْدَ تَحْطِيمِ غَيْرِهِمْ مِنَ التِّجَارِ، فَهَذِهِ «الْمَنَافَسَةُ» غَيْرُ مَشْرُوعَةٍ فِي الْإِسْلَامِ، لِأَنَّهَا صُورَةٌ مِنْ صُورِ التَّنْذِرِ أَوْ التَّسَبُّبِ فِي الْإِحْتِكَارِ مِنْ حَيْثُ الْمَالِ، وَأَنْتِ تَعْلَمُ سِيَاسَةَ عَمْرِ فِي مَقَاوِمِ الْإِحْتِكَارِ، بَلْ سِيَاسَتَهُ الْاِقْتِصَادِيَّةَ الْعَامَّةَ، إِذْ هُوَ الَّذِي أَنْشَأَ نِظَامَ الْحِسْبَةِ لِتَنْظِيمِ السُّوقِ، وَمِرَاقِبَةَ الْأَسْعَارِ وَالغِشَّ وَالتَّدْلِيْسَ، وَمَنْعَ بَيْعِ اللَّحُومِ إِلَّا فِي أَيَّامٍ مَعِيْنَةٍ مِنَ الْأَسْبُوعِ، حَتَّى لَا يُضَارَّ الْفُقَرَاءُ، وَبِالْجُمْلَةِ يَمْنَعُ كُلَّ تَسَبُّبٍ فِي الضَّرْرِ الْعَامِ، وَيَشْرَفُ عَلَى تَنْفِيْذِ ذَلِكَ بِدَقَّةٍ وَحِزْمٍ عَنْ طَرِيقٍ مِنْ يُوْلِيهِ أَمْرَ مِرَاقِبَةِ السُّوقِ، أَوْ يَتُوْلَى ذَلِكَ بِنَفْسِهِ أحياناً، كَمَا فِي مَسْأَلَتِنَا هَذِهِ.

وعلى هذا، فإن مؤيد الإخراج من السوق - منعاً للنقص - يتفق ومقتضى هذه السياسة العامة، ترجيحاً لتأويل الخبر على أنه نهى عن النقص في السعر. يدل ذلك على، أن المنع من النقص - كما ورد في الخبر - إنما كان لعله دفع الضرر العام عن الجالبيين وأهل السوق، والناس آخر الأمر، بدليل ما جاء في القصة نفسها «قال له عمر: حَدَّثْتُ بَعِيرٍ^(١) مِنَ الطَّائِفِ تَحْمِلُ زَبِيْبًا، وَهُمْ يَغْتَرُونَ^(٢) بِسَعْرِكَ، فِيمَا أَنْ تَرْفَعُ فِي السَّعْرِ، وَإِمَّا أَنْ تُدْخَلَ زَبِيْبِكَ الْبَيْتَ، فَتَبِيْعَهُ كَيْفَ شِئْتَ»^(٣).

فالعلة إذن هي اغترار الجالبيين بهذا السعر الرخيص، وفيه من الإضرار بهم ما فيه، إذ يحجمون عن قدوم المدينة بجلبهم، تحت تأثير اغترارهم ويتضرر أهل البلد آخر الأمر، إذ تعزُّ السلع فتغلو.

غير أن عمر رضي الله عنه حاسب نفسه، ثم رجع عن رأيه الاجتهادي هذا، وقال لحاطب: «أنت حرٌّ فيما تملك، وأن ما قلته لك ليس إلزاماً، بل هو شيء أردت به الخير لأهل البلد» أي المصلحة العامة، لأن ما كان يغلب على ظنه من وقوع الضرر العام الذي كان يتوقعه وقت المنع لم يتحقق، أو بعبارة أخرى: إن مناط التذرع إلى الضرر العام لم يتحقق في صنيع حاطب هذا، لا يقيناً، ولا ظناً غالباً، فرجوعه إذن لم

(١) العير: القافلة، ويعني الجالبيين للرزق.

(٢) اغترَّ به: خُدع أو ظن فيه الأمن والخير، ولم يتحفظ. «المصباح».

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»: (٢٩/٦).

يكن لعدم مشروعية أصل هذا المؤيد، بل لعدم تحقق مناطه في تلك الحادثة، وعلى هذا، فلا يملك ولي الأمر، أو نوابه، ولا أهل السوق التعرض لمن لا يضر بالصالح العام.

وفي ضوء هذه السياسة العامة، يمكن أن يُفسر الخبر على تأصيل الزيادة في السعر أيضاً، بالنظر إلى المآل.

والخلاصة: أن عمر رضي الله عنه حين غلب على ظنه، أن المصلحة في المنع، زيادة أو نقصاً قال به، لأن مصلحة حاطب الفردية - زاد أو أرخص - تعارضت ومصلحة أهل البلد، أو مصلحة أهل السوق والجاليين حسب الأحوال، ثم لما تبين له، أن حاطباً لم يكن ليبغي الإضرار بالجاليين، أو منافستهم منافسة غير مشروعة، أو لم يؤد إرخاصه أو زيادته للسعر من حيث ذاته إلى ذلك المآل، من الحُكْرَة والتَّغْلِيَة^(١)، أجاز له ذلك، وأن يبيع على ما يختار، لأنه علَّل حكمه بالمصلحة (الخير) إذ هي مدار الإذن، وفواتها هو مدار المنع.

ولا شك أن هذا التفات ذكي من عمر رضي الله عنه إلى أساس التعامل، والنشاط الاقتصادي، وهو المصلحة العامة، وأن تصرفات الأفراد فيما يملكون - ينبغي أن تكون في إطارها، وآلا تتصادم معها، وأن على ولي الأمر أن يشرف على ذلك إشرافاً دقيقاً.

وعلى هذا، فلا تناقض في تبادل اجتهاده، لأنه تبدلٌ يدور على غلبة الظن بتحقق المصلحة العامة، وانتفاها.

والأصل - كما رأيت - هو المحافظة على السعر العام الحرّ في السوق في الأحوال العادية، وهو مدار اجتهادات الأئمة، لأن به حفظ الحقين: حق المالكين والمستهلكين أو المشترين، شريطة ألا يكون ثمة معوقات تُعكّر صفو مساره، من التحكم، أو الاستغلال، أو الظلم، لأيٍّ منهما، وحينئذ يكون التعرض والتدخل لدفعه.

(١) أي: بقطع النظر عن قصد حاطب من الإرخاص.

هذا من حيث مشروعية هذا المؤيد.

أما من حيث الاستدلال بهذا الخبر على منع تصدي ولي الأمر أو نوابه للتسعير،
بدليل رجوع عمر رضي الله عنه عن ذلك، فنذكرك بما يلي:

أولاً - أنه لا حجة فيه على عدم جواز التسعير، إذ ورد في قضية معينة بظروفها
الخاصة، فلا يعم، أي لا يصلح هذا الخبر لأن يتخذ منه قاعدة تشريعية عامة
لجميع الحالات بإطلاق^(١)، إذ ليس فيه لفظ عام يفيد ذلك، ولا ما يفيد العموم
ولو إشارة وتلميحا، فهو كحديث امتناع^(٢) الرسول صلى الله عليه وسلم عن التسعير، وقد طلب
الصحابه منه ذلك حين غلا السعر.

ثانياً - أنه خبر صحابي في مسألة مُجتهد فيها، إذ لم يرد بخصوص النقص عن
السعر، دليل معين من كتاب أو سنة، أو قياس خاص، أو إجماع، ورأي
الصحابي في مثل هذا ليس بحجة على الراجح، ولا يعتبر مصدراً للتشريع.

ثالثاً - أن هذا الخبر يحتمل معاني متناقضة - كما رأيت - ومن المقرر أصولياً أن
الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال، سقط به الاستدلال.

رابعاً - أن رجوع عمر رضي الله عنه إنما كان لعدم تحقق مناط التذرع إلى الضرر العام -
كما علمت - لا لعدم مشروعية التسعير، فلا يصلح دليلاً على عدم جوازه، هذا
على فرض أن رأي الصحابي حجة.

خامساً - إن سياسة عمر الاقتصادية العامة التي بينها، تؤيد التسعير الجبري،
فينبغي أن يُفسر خبره بتأويله: النقص أو الزيادة، في ضوء هذه السياسة، إذا تعين

(١) وعلى هذا، لا يحتج بالقاعدة الأصولية التي تقضي بأن «العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب» إذ
ليس في هذا الخبر لفظ عام، كما ذكرنا، فلم يتحقق إذن مناط القاعدة فيه.

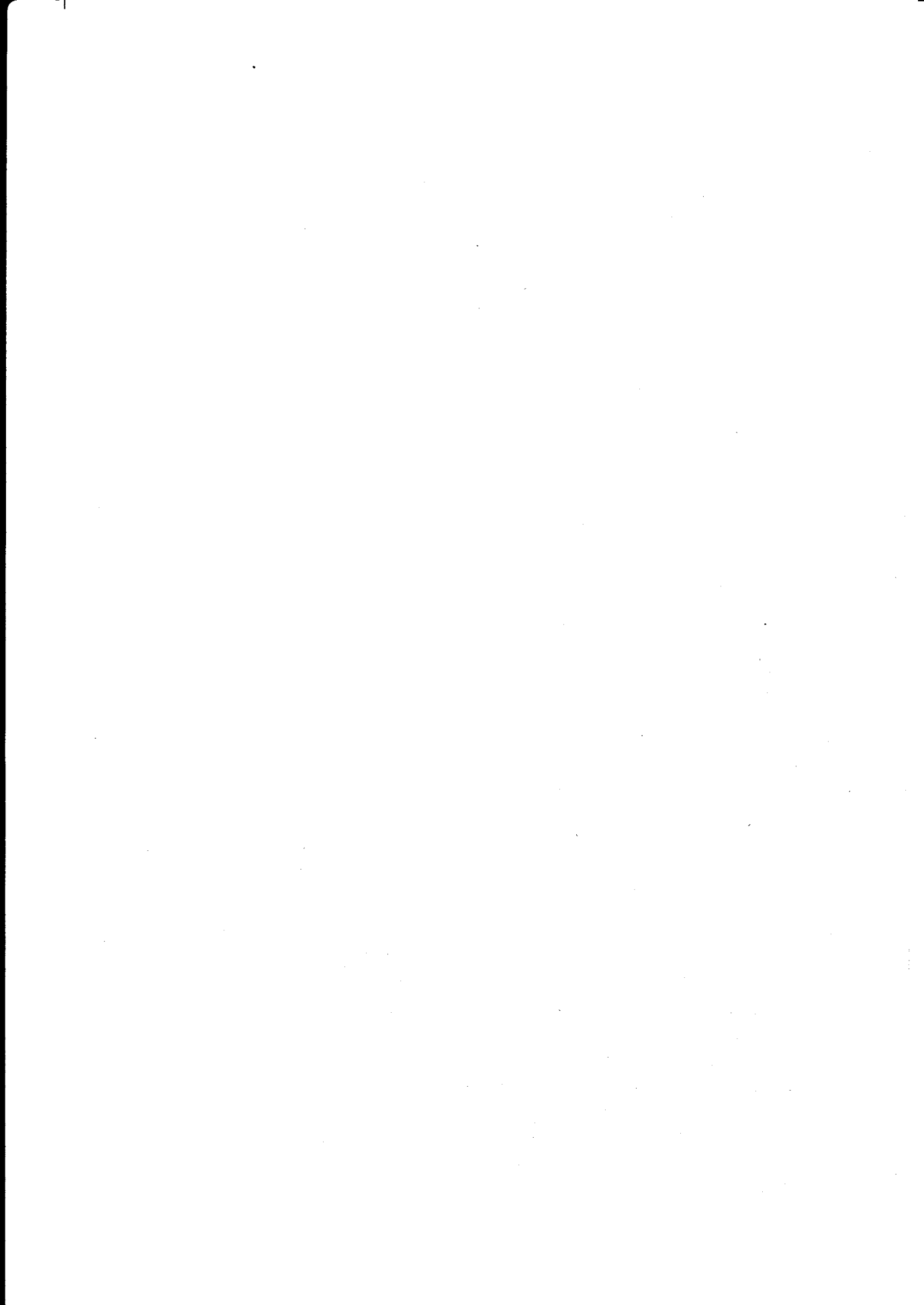
(٢) فرق بين المنع والامتناع، لأن المنع تشريع عام وملزم. وأما الامتناع فقد يكون بسبب ظروف معينة
تلابس واقعة خاصة، اقتضت ذلك الامتناع، وحينئذ لا يكون تشريعاً عاماً، أو قاعدة كلية تطبق على
جميع الوقائع وبإطلاق، ولو كان التسعير محرماً في ذاته، لبيته الرسول صلى الله عليه وسلم إذ لا يجوز تأخير البيان عن
وقت الحاجة، وقد وجدت الداعية إلى ذلك حين غلا السعر، وسأل بعض الصحابة الرسول صلى الله عليه وسلم أن
يسر لهم.

التسعير لمقاومة الاستغلال، واتساقاً مع سياسته في مقاومة الاحتكار بوجه خاص، المدار هو منع الاستغلال، وحماية المصلحة العامة. هذا، وللإمام أن يتخذ من مؤيدات مقاومة الاحتكار^(١) ما يراه مناسباً للحمل على الالتزام بالتسعير العدل، وناجماً في مكافحة التغالي في الأسعار، لما ثبت من أن «الاستغلال» كسبٌ خبيثٌ، بالانتظار والتربص، وانتهاز الفرص السانحة كالربا، بدليل ما ورد فيه من الوعيد الشديد بعذاب الآخرة^(٢)، فسياسة التشريع قاضية بأن يتعين منعه بكل إجراء اجتهادي يحقق ذلك، لأن منع الاستغلال مقصد شرعي قطعي.



(١) راجع «مؤيدات منع الاحتكار» (١/٤٠٦ وما يليها).

(٢) ومن الوعيد الذي جاءت به السنة على جريمة الاحتكار - كما علمت - براءة الله تعالى من المحتكرين، ولم يرد في القرآن الكريم، إعلان براءة الله ورسوله، إلا لجماعة المشركين، في قوله تعالى: ﴿وَأَذِّنْ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى النَّاسِ يَوْمَ الْحَجِّ الْأَكْبَرِ أَنَّ اللَّهَ بَرِيءٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ وَرَسُولُهُ﴾ [التوبة: ٣]، والشرك من الكبائر، فكذلك الاحتكار، لوحدة الجزاء. وبما أن مخالفة التسعير الجبري، تؤدي إلى الاستغلال، وهو عين العلة في تحريم الاحتكار وجزائه، إذ الاحتكار لم يحرم لذاته، فقد اتحداً علةً، فوجب أن يتحداً حكماً، في الدنيا والآخرة، لأن عدل الله تعالى لا يتجزأ فيهما. «من توجيهات الإسلام» للشيخ شلتوت ص ١٨٠.



الخلاصة الجامعة لبحث التسعير الجبري

١ - بينا الفرق بين السعر والضمن في اجتهاد بعض فلاسفة الفقهاء، وقلنا إن السعر هو: «ما تقع عليه المبايعة بين الناس»، أما الضمن فهو: «الشيء الذي يستحق في مقابلة المبيع».

وبينا كذلك، أن للسعر معنيين، باعتبار أنه هو الذي يوصف بالرخص والغلاء: أحدهما: ما يكون أمراً حتمياً طبعياً، دون افتعال أو تحكّم من أحد من الناس، وهو المشار إليه بقوله ﷺ: «إن الله هو المسعّر... الحديث»^(١)، وهذا هو السعر التلقائي الحرّ.

الثاني: ما يكون محدّداً ومفروضاً من قبل وليّ الأمر في الدولة أو نوابه، منعاً للتغالي والاستغلال، ومحلّ النزاع هو هذا الأخير.

٢ - أشرنا إلى أهمية التسعير، باعتبار أن أهم دليل يستند إليه شرعاً، هو المصلحة المتعلقة بحق العامة إجماعاً، وقد استمدت أهميته من تعليل الفقهاء لأساس مشروعته بقولهم: «إنه إلزام بالعدل، ومنع من الظلم».

والمقصود بالظلم هنا هو «الزيادة» في السعر، نتيجة للمغالاة، أو نتيجة للاستغلال.

وإذا كان الاستغلال ظلماً، فالسعر المعقول الذي يرضى الحقيين، عدلّ.

(١) أخرجه أبو داود: ٣٤٥١، والترمذي: ١٣١٤، وأحمد: ١٤٠٥٧، من حديث أنس، وإسناده صحيح.

٣ - وباعتبار أن أساسه المصلحة العامة، كان «العدل» في تصوّر الفقهاء، متمثلاً في «المصلحة» الواقعة أو المتوقعة المستقبلية، إذا كانت متعلقة بحق خاص، وهي تمثل «العدل» من باب أولى، إذا كانت متعلقة بالمصلحة العامة، فليس «العدل» في التشريع الإسلامي مفهوماً ذهنياً فلسفياً مجرداً، بل هو مدلول واقعي يجد موقعه في الحكم والمصلحة، الواقعة أو المتوقعة، أو قُل في «مقاصد التشريع» جملةً وتفصيلاً، وفي الأحكام كذلك، مبادئ وقواعد وجزئيات، باعتبارها وسائل لم تُشرع لذواتها، بل لمعانٍ أُخرى، هي تلك المقاصد^(١).

والتشريع كُله، حكمٌ ومقصد.

٤ - عرضنا للتعاريف التي صدرت عن فقهاء المذاهب المختلفة، فلم نظفر بتعريف جامع مانع، يرتبط مفهومه بمفهوم الاحتكار على الراجح في الفقه المقارن، باعتبار أن الأول مؤيد لمقاومة الثاني.

٥ - بينا «حقيقة التسعير الجبري» شرعاً، بما لا يتطرق إليه غموض أو نقص أو تزئيدٌ، فعرفناه بأنه: تحديد للثمن أو الأجر، لأرباب السلع أو الكفاءات أو الخدمات أو المنافع الفائضة عن حاجتهم، وإجبارهم على بيعها به، بموجب أمر يصدره موظف عام مختص بالوجه الشرعي، وباستشارة أهل الخبرة، عند شدة حاجة الناس أو البلاد إليها.

شمل التعريف العناصر الأساسية من ماهية المعرف، ومن عنصر الجبر، وشرعية الأمر، بمقتضى أصول الشريعة وقواعدها العامة، واستشارة الخبراء، وظاهرة الاحتياج العام.

وأطلق التعريف متعلقات التسعير حتى شمل كل ما أضر بالناس أو البلاد حبسه، وعمّ المُسعر عليهم من المالكين، فتناول بذلك كل من يملك سلماً أو منافع أو خبرات فنية أو غير فنية يحتاجها الناس أو الدولة، فلم يقصر حكم التسعير على خصوص

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٨٥ - ٣٨٧).

التجار، وهذا الإطلاق والتعميم قد سبق أن أقمنا الدليل الشرعي عليهما في بحث الاحتكار، وهو ما يتفق والتعميم في المادة المحتركة، لأن التسعير وسيلة كسر الاحتكار، ومؤيد لمنعه، فوجب ربط سياسة التسعير بسياسة الاحتكار، متعلقاً، وحكماً مناسباً.

٦ - أدلة التسعير تحريماً وإيجاباً، مستفادة من السنة نصّاً وروحاً - لا من القرآن الكريم، لأن نصوص التسعير معلّلة، لا تعبدية - فضلاً عن الاجتهاد التشريعي في ضوء مقاصد الشريعة، وقواعدها، لاسيما ما تعلق منها بسياسة التشريع.

٧ - أما التحريم فمستفاد من ظاهر النصوص محمولةً على الحالة المعتادة التي يكون السعر فيها تلقائياً، وهو النوع الأول منه، في عهد الرسول ﷺ، وهذا التخصيص قد نهضت به الحكمة أو المقصد الشرعي من حكم التحريم، حيث لم يكن ثمة ما تستوجهه^(١)، وبينا علة امتناع الرسول ﷺ عن التسعير، وهي دفع الظلم عن التجار.

٨ - وأما إيجاب التسعير الجبري، فأقوى أساس شرعي له هو المصلحة العامة التي نهض بوجوب اعتبارها القاطع من الأدلة في الشريعة وقواعدها العامة، وهي هنا دفع الضرر العام والظلم عن الناس أو الدولة، ويطلق عليها الإمام الشاطبي: «جهة التعاون»، أو بعبارة أخرى، إن وجوب التسعير إنما يقتضيه رفع التعارض بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة، والتنسيق أو التوفيق بينهما، فهو محرّم إذا أوقع ظلماً بالتجار، وواجب إذا تعيّن وسيلة لدفع الضرر عن العامة.

ودفع الضرر عن العامة مصلحة عامة، وتحققها من أقوى صور العدل في الإسلام، وهي - في مسألتنا - أقوى دليل تستند إليه مشروعية التسعير الجبري.

على أن التسعير الجبري لا يتنافى ومقتضى الحديث بروايته، لأنه وارد في حادثة معينة، فلا يعم، بل يتفق وروحه ومقصده على النحو الذي بينا، فيكون وجوب التسعير ثابتاً بروحه ومعقوله.

(١) ما يستوجب التسعير.

٩ - في التسعير العادل رعاية للحقين، وتحقيق التوازن بينهما، وهو أصل من أصول العدل في التشريع الإسلامي، والعدل واجب تحقيقه، والتسعير إذا تعين طريقاً إلى هذا الواجب، كان واجباً بالضرورة، كما يقضي بذلك العقل والدين، وهذه القضية: «ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب» من صميم مبادئ السياسة الشرعية القائمة على العمل بمقتضى المصلحة المعتبرة شرعاً.

ورعاية الحقين هي «القيمة المحورية» التي يدور عليها التشريع الإسلامي كله.

١٠ - التسعير تدبير تشريعي اجتهادي مصلحي ضروري يضطلع به من أنيط به توجيه السياسة الاقتصادية في الأمة حالة تعارض المصلحتين: الخاصة والعامّة، ويفسح مجالاً لتدخل ولي الأمر في توجيه حرية العمل أو التجارة، أو تقييد ممارسة حق الملكية، والعمل، على وجه لا يضرّ بجماعة المسلمين وأوطانهم، سواء أكان ذلك وقت الأزمات والظروف الاستثنائية القائمة، أم في الأحوال العادية إذا أسيء التصرف في حق الملك، إلى حدّ يخلق مثل تلك الأزمات، أو يوجد لها بعد أن لم تكن، وهذا التدخل تكليف مفروض على ولي الأمر، لأن تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة التي هي أساس ولايته العامة.

١١ - والتسعير تدبير وقائي يحول دون استغلال حاجة الناس، ويمنع التسبب في هذا الاستغلال قبل الوقوع، بمنع الاحتكار وفرض التسعير الجبري، كما أنه في الوقت نفسه تدبير علاجي أيضاً، يعالج الأزمة إبان وقوعها، وذلك بفرض التسعير إذا عجز أولياء الأمر عن المحافظة على حقوق الناس والبلاد والأمة إلا به، وبذلك كانت المصلحة المتوقعة كالواقعة، من حيث جلب المنافع ودرء الأضرار والمفاسد، عملاً بقاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان» وقاعدة «الضرر يزال»، وقاعدة «درء المفاسد أولى من جلب المصالح» وغيرها من القواعد.

١٢ - أما الأدلة الأخرى، لمن قال بوجوب التسعير، فنلخصها فيما يلي:

أ - مبدأ الإكراه على التعاقد بحق.

ب - القياس الأولوي.

ج - القواعد التشريعية^(١).

د - القواعد الفقهية.

هـ - مبدأ تغير الحكم بتغير الزمن.

١٣ - أما حكم التسعير في اجتهادات المذاهب الفقهية المختلفة في ضوء أدلته من

السنة فكما يلي:

أولاً - اتفق المالكية وبعض الشافعية، ومتأخرو الحنابلة، والشيعة الجعفرية، وغيرهم، على أن التسعير العادل واجب على ولي الأمر، وملزمٌ للمالكين، إذا تعين طريقاً لدفع الظلم العام، ومُستندُهم في ذلك، القاعدة المُحكّمة في الشريعة، ومؤدّاها: أن المصلحة العامة مقدّمةٌ على المصلحة الخاصة، وقاعدة: «يُتَحَمَّلُ الضررُ الخاص، في سبيل دفع ضرر عام»، وقاعدة مقدّمة الواجب، وقاعدة: «يدفع أشد الضررين بأيسرهما»، وقاعدة نفي مشروعية الضرر إيقاعاً أو وقوعاً، أياً كان منشؤه وموقعه، وكلها من قواعد سياسة التشريع في الإسلام التي تعالج بأحكامها ما لا نص فيه، والظروف الملازمة للوقائع المتجدّدة، ولاسيما الاستثنائية منها، بما يحقق مقاصد التشريع فيها.

ثانياً - وقالوا: ليس في التسعير إكراه على البيع حتى يكون العقد قابلاً للإبطال، لفقدان عنصر الإرادة الباطنة (الرضا)، بل فيه منع من الظلم، وهو البيع بأزيد من ثمن المثل، والمنع من الظلم واجب.

ثالثاً - في التسعير رعاية للحقين، كما نوهنا، وهو توفيق عادل يجب المصير إليه عند التعارض ما أمكن، لأنه أدنى إلى مفهوم العدل، وأقوم في الحق، وأحفظ للصالح العام الاقتصادي والاجتماعي.

رابعاً - على أن الإكراه على البيع بحق جائز، بل هو مبدأ مستقر في التشريع الإسلامي، وأوردوا لذلك نظائر وجزئيات، وفي بعضها جاز الإكراه لمصلحة

(١) فرق بينهما، إذ الأولى قد نص عليها الشارع، والثانية قد صاغها الفقهاء بعباراتهم استقراءً من الجزئيات التي تتعلق بموضوعها.

فردية، فجوازه للمصلحة العامة من باب أولى، كما يقول ابن القيم، وأتوا بأصول من السنة، وهو قضاء الرسول ﷺ في قضية سَمْرَةَ بن جندب^(١)، والشفعة، وغيرهما من الفروع، تشهد لهم.

خامساً - لا يجوز التعسف في استعمال «حق التراضي».

ونتج عن ذلك أمران:

١ - أن عدم التسعير الجبري في ظروف الاستغلال، سبيل إلى أكل أموال الناس بالباطل - أي الاستغلال - وهو محرم بالنص، فثبت نقيضه، وهو وجوب التسعير، لأنه تعين وسيلة لمنع الاستغلال.

٢ - أن مخالفة التسعير محرمة، للعلة نفسها، ومعصية تستوجب العقوبة التعزيرية المناسبة.

سادساً - ووجهوا استدلالهم على الوجوب من طريق القواعد التشريعية لا الفقهية فحسب، من مثل القاعدة التشريعية العامة المؤصلة في الدين، والتي تشهد لها في الشرع كليات وجزئيات: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» أرساها الحديث النبوي الشريف^(٢)، لتكون حاکمة على العمومات والإطلاقات في الكتاب والسنة، ومخصصة لها أو مقيدة، بغير مواقع الضرر، والحرَج.

فهي قوام الحقوق والإباحات تقييداً.

١٤ - التسعير الجبري قد وضعت له الشريعة ضماناً لعدالته، وهو أن يكون أساسه مشورة أهل الخبرة، أو من لهم بَصَرٌ بالشؤون التجارية والصناعية والاقتصادية بوجه عام، حسب الأحوال، وبتمؤجات الأسعار وأسبابها، من أهل السوق ومن غيرهم، استظهاراً على صدق الأولين، ونفياً لتهمة المحاباة^(٣)، وتحقيقاً للتراضي بين الطرفين

(١) أخرجه أبو داود: ٣٦٣٦.

(٢) أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣، من حديث جابر بهذا اللفظ، وهو عند ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون قوله: «في الإسلام».

(٣) محاباة أي من الفريقين: التجار أو العامة.

ما أمكن، ولكيلا يستبد ولي الأمر بالحكم في شيء يجله، فيعود حكمه حينئذ على أساس التسعير - وهو العدل - بالنقيض أو بالظلم والتحكم، مما يؤدي إلى رواج «السوق السوداء» التي تهدم اقتصاد البلاد مآلاً، وهذا من المحاذير التي دفعت بعض الفقهاء إلى تحريم التسعير بإطلاق، كابن قدامة في «مغنيه»، والماوردي في «حاويه»^(١).

فليس العدل إذن في السعر الذي يستقر عليه قانون العرض والطلب في الظروف الاستثنائية، وحالات الاحتكار والتحكم، إذ لا يمكن تحقيق مبدأ «إعطاء كل ذي حق حقه» في مثل هذه الحال، لاختلاف طرفي العقد قوةً وضعفاً، لذا وجب تحديد السعر العادل جبراً، حمايةً للطرف الضعيف من الاستغلال.

١٥ - وإذا توقف تحقيق العدل في التشريع على عنصر «الخبرة العلمية المتخصصة» إلى جانب الاجتهاد الفقهي، أدركنا مدى صلة الشريعة بالتقدم العلمي في تقدير المصلحة موضوعياً، وأن العلم والخبرة من مقومات العدل في التشريع الإسلامي، وهي صلة لا تنفصم.

١٦ - وكذلك الشأن في السياسة والحكم والاقتصاد والقضاء^(٢) وغير ذلك من الشؤون.

١٧ - الأصل في التسعير هو الحرمة بالإجماع، غير أن التسعير يصبح واجباً عند وجود ما يقتضيه، وهو تعارضاً لمصلحة الخاصة والمصلحة العامة، بشرط أن يتعين وسيلة لدفع الضرر العام.

(١) يقول ابن قدامة: «التسعير سبب الغلاء، لأن الجالبيين إذا بلغهم ذلك، لم يقدموا بسلعهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها، ويكتمها، ويطلبها أهل الحاجة فلا يجدونها إلا قليلاً، فيرفعون في ثمنها ليصلوا إليها فتغلو الأسعار...». ويقول الماوردي بما لا يختلف عن المعاني التي قررها ابن قدامة، فهو يقرر أن القول بأن في التسعير مصلحة، غلط، بل فيه فساد، وغلاء الأسعار. «الحاوي»: (١٦٢/٦).

(٢) عملاً بقوله تعالى: ﴿وَأْمُرُهُمْ سُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: ٣٩]، وقوله تعالى: ﴿فَسَتَلَوْا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣].

وهذا منطق تشريعي سديد، لأن الوسيلة لم تُشرع لذاتها بل لغايتها، فإذا فاتت المصلحة التي شرعت من أجلها، لم يبق لمشروعية الوسيلة وجه، فبتطل الوسيلة بفوات مقصدها الذي من أجله شرعت، سواء أفضت إلى نقيض مقصودها أم لم تفض إليه أصلاً، بأن كان التسبب فيها عبثاً، والعبث لا يُشرع، بناء على القول بأن أحكام الشريعة معللة بمصالح العباد، أما إذا أفضت إلى نقيض مقصودها، كانت محرمة قطعاً، سداً للذريعة^(١).

١٨ - نظر الفقه المالكي - ومن معه - في مسألة التسعير نظرة كلية إلى الشريعة، فلم يقتصر على المبدأ العام في حق الملكية، وهو حرية التصرف، وعدم جواز التدخل أو التقييد، صيانةً لهذا الحق كما قضت بذلك العمومات على النحو الذي رأيناه في اجتهاد غيرهم، بل نظر - مع ذلك - إلى الأصول الأخرى التي تقيد حق المالك في التصرف بما يمنع الضرر عن جماعة المسلمين، وهي قطعية في الدين، وهذه نظرة عامة شاملة توفق بين الجزئي والكلبي عند التعارض بما يمنع الضرر عن أي من الفريقين على أساس من الحق والعدل في مواقع الوجود، والتطبيق العملي.

١٨٩ - وقالوا: ليس في التسعير ضرر حقيقي بالتجار أو المالكين، لأنه يُقدَّر لهم ربح معقول، لا وكس فيه ولا شطط.

٢٠ - وأجاب المالكية ومُتأخرو الحنابلة على من تمسك بظهور من نصوص السنة في تحريم التسعير، وهي الظواهر التي تمسك بها من حرّم التسعير بإطلاق، بأنها واردة في قضية معينة فلا تعم، إذ لم يكن الغلاء بفعل التجار يومئذ.

ومن المحتمل أيضاً، أن الغلاء على عهد ﷺ كان نتيجة - كما يقول ابن تيمية وابن القيم - لقلّة المعروض، وكثرة المطالبين، لذا أسند الرسول ﷺ الغلاء والرخص إلى الله تعالى، لا إلى التجار، حيث يقول: «إن الله هو المسعّر القابض الباسط الرازق... الحديث»^(٢).

(١) المستصفي، للغزالي: (١/٦١)، والفروق، للقرافي: (٣/١٧١).

(٢) أخرجه أبو داود: ٣٤٥١، والترمذي: ١٣١٤، وأحمد: ١٤٠٥٧، من حديث أنس، وإسناده صحيح.

ومن المحتمل كذلك، أن يكون الغلاء بسبب ارتفاع نفقات وتكاليف النقل، أو الآفات الزراعية، أو الجوائح السماوية القهرية، إلى غير ذلك من الاحتمالات. فالظروف التي اجتهد الأئمة في إيجاب التسعير في ضوئها، لم تكن قائمة في عصر النبوة.

وهذا هو النوع الأول من السعر الذي أشرنا إليه، وهو ليس من محل النزاع.

٢١ - وأيضاً ليس في حديث التسعير «لفظ عام» يفيد شمول حكم التحريم لجميع الحالات، فلا وجه لتعميم النهي، مما يفيد أن التسعير ليس محرماً لذاته.

٢٢ - وأيضاً، إذا كان تحريم التسعير لدفع الظلم عن التجار حالة الغلاء دون تسبب منهم فيه، فليكن وجوب التسعير لدفع ظلم التجار أنفسهم عن المستهلكين، لأن الظلم في ذاته، حرام شرعاً وعقلاً، فيجب دفعه أيأ كان منشؤه، إذ العدل لا يتجزأ. فإذا تعيّن التسعير أو تمخّض وسيلة لدفع الظلم عن الناس، لظروف استثنائية، فُرِضَ، حتى إذا أصبح وسيلة لإيقاع الظلم على التجار دون مسوّغ مُنَع، استجابةً لمقتضى العدل في الحالين.

وعلى هذا، فتحريم التسعير ووجوب التسعير حسب الأحوال، كلاهما قد اتحد مقصدهما، ولا تناقض في ذلك، لاختلاف الجهة، أو انفكاكها، واختلاف الظروف. فاختلف حكم الوسيلة، ولكن المقصد متحدٌ، لما ذكرنا.

وأما شروط التسعير في اجتهادات الفقهاء، فكما يلي:

٢٣ - لم يشترط المالكية ومن معهم «التعدي الفاحش» في القيمة، بل اكتفوا بالامتناع عن البيع، والتغالي في السعر على نحو غير مألوف، وظهور الاحتياج العام، وعدالة الإمام، واستشارة أهل الخبرة عن طريق تأليف لجنة على نحو معيّن، وأن يتعيّن التسعير وسيلة لدفع الظلم العام، وعلى أساس التراضي بين الفريقين، بما لا يُجحف بحق أيّ منهما.

٢٤ - أما الحنفية، فقد اشترطوا أن يتعدّى أرباب المال والمالكون في القيمة تعدياً فاحشاً، أي يبلغوا بسعر الشيء ضعف قيمته، والناس في حاجة ماسة إليه، واستشارة

أهل الخبرة، ولكن التسعير - في اجتهادهم - غير ملزم، وأيضاً، لم يعينوا طريقة تأليف لجنة التسعيرة، وأما اشتراط عدالة الإمام، فأمر بدهي.

هذا، وقد قَصَرُوا التسعير على «القوت» خلافاً لجمهور المالكية ومُتَأخري الحنابلة.

٢٥ - مبدأ العدل في التسعير ثابت، وإنما الخلاف في النظام أو الإجراء الذي يتحقق به هذا المبدأ في التطبيق.

أ - فالسعر العادل، هو السعر التلقائي العام الذي هو نتيجة ما يسمى بقانون العرض والطلب عند الحنفية وغيرهم، لا في السعر المحدد المفروض من قبل الإمام.

حتى إذا نشأت معوقات مفتعلة تُعكّر صفو سير السعر التلقائي الحر هذا، وجب إزالتها، بإجراءات ومؤيدات، من مثل جبر المحتكرين على إخراج السلع وإجبارهم على بيعها بالسعر المعتاد، أو بيع السلع جبراً عليهم، والتسعير غير واجب على ولي الأمر، ولا ملزم للتجار، وهذا أشبه بما يطلق عليه مبدأ الاقتصاد الحر.

ب - ويرى آخرون أن السعر العادل يجب أن يُحدّد واقعياً، بأمر الدولة على الوجه الشرعي، بناء على تكاليف السلعة ونفقاتها، والجهود التي بذلت في سبيل ذلك، ثم تعيين نسبة معينة من الربح المعقول، بحيث لا يكون لاضطرار المشتري أيّ دخل في هذا التحديد، ولا يُترك تحقيق «العدل» لمشية التجار أو المالكين، والتسعير الجبري واجب على ولي الأمر أن ينهض به، ويفرضه على المالكين، ويعاقب مخالفه بما يراه مناسباً من العقوبة.

فالمبدأ ثابت - كما ترى - ولكن الاختلاف ناشئ عن الاجتهاد في تحيّر النظام أو الإجراء الذي يراه الإمام محققاً لتطبيق ذلك المبدأ في الفروع والجزئيات، على الوجه الذي يفضي إلى العدل والمصلحة فيها واقعاً وعملاً.

وأما السعر العدل في الأجور على الأعمال، فإن المبدأ العام يقضي بأن التفاوت في

الكفاءات يستلزم التفاوت في العطاء^(١)، وأن الجزاء على قدر الجهد الذاتي. لذا، فإن مجرد «الأقدمية» ليس مظنةً للحق في زيادة الأجر، حتى يقوم الدليل على ذلك من الجهد المبذول، إتقاناً وتجويداً^(٢)، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ [النجم: ٣٩].

٢٦ - على أن الدولة العمرية كانت تعالج ظاهرة الغلاء بالتزامها تأمين تموين الناس بما يسد حاجتهم من المواد الغذائية الضرورية دون عوض، فضلاً عن فرض أموال نقدية لمن لا يكفيه دخله المحدود، فلم يكن ثمة ما يدعو إلى التسعير.

وهذه السياسة التي تنمُّ على رخاء في الموارد المالية للدولة، تفوق ما تقوم به الدول المعاصرة من سياسة «تدعيم» المواد الغذائية الضرورية، رعايةً للطبقة الفقيرة، إذ تؤمّن لهم الحد الأدنى من هذه المواد شهرياً بسعر لا يكاد يبلغ نصف قيمتها الحقيقية، وبذلك تتحمل الدولة الحاضرة، ما يربو على خمسين في المائة أو يزيد من تلك القيمة، بينما كانت الدولة العمرية تتحمل العبء كاملاً.

٢٧ - أما مؤيدات التسعير، فثمة عقوبات تعزيرية أساسها الشرعي صفة منشأ مخالفة التسعير الجبري، من كونها «معصية» ومن المنكرات شرعاً.

أ - فالحنفية، لم يروا جواز مخالفة الإمام إن سَعَّر، وعلى ذلك يعاقب المخالف لأنه استخف بأوامره، لا لأن التسعير مُلزم.

ب - وأما جمهور المالكية، ومتأخرو الحنابلة وغيرهم، فيرون معاقبته لمخالفة التسعير ذاته، زيادة بما يراه الإمام زاجراً له، لكونها معصية.

أما إن نقص عن السعر، وأضرَّ بالسوق والجالبين، فالمالكية يرون مؤيد الإخراج من السوق، واستدلوا بحديث حاطب بن أبي بلتعة.

ج - غير أن بعضهم أوّله على معنى أن منع حاطب إنما كان للزيادة لا للنقص.

د - هذا، ومؤيد الإخراج من السوق إذا غلب على الظن تحقُّق «مناط» التذرع بالانقاص إلى الضرر العام، يتفق وسياسة عمر الاقتصادية.

(١) راجع بحث مبدأ العدل المطلق، في مؤلفنا «الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده» ص ١٠٣ للمؤلف.

(٢) راجع بحث مباني العدل وموجهاته في التشريع الإسلامي. «أصول التشريع» ص ٢٦٨ للمؤلف.

٢٨ - أما منافسة الدولة للتجار، لمنع التغالي في الأسعار، عن طريق إنشاء مؤسسات، فمشروعة، على ما رأينا من اجتهاد بعض المالكية، ما لم يضر بالتجار، أو المصلحة العامة، وتعتبر هذه المنافسة بديلاً عن التسعير الجبري، إذا اندفع بها الضرر العام، عملاً بمبدأ السعر التلقائي الحر، ولأن التسعير لا يُلجأ إليه إلا عند الضرورة، وذلك في حال تعينه وسيلة لمقاومة الاحتكار أو الغلاء المفتعل، وتعذر أي إجراء آخر لذلك.

٢٩ - ترجّح لدينا اتجاه الفقهاء القائلين بالتسعير الجبري، بما ثبت لديك من أن «حق الملك» في التشريع الإسلامي، ليس سلطة مطلقة، بل هو مقيد - كغيره من الحقوق - بأصل معنوي عام ثابت بالاستقراء قطعاً، ولا خيرة فيه للعبد، كما يقول الإمام الشاطبي، مؤذاه أن: «حق الغير محافظ عليه شرعاً» إبان التصرف في الحق كسباً وانتفاعاً، سواء كان ذلك الغير فرداً أم جماعة، وأن على المالك أن يراعيه ويلتزمه، ويعمل بمقتضاه إبان تصرفاته في كل ما منح من حق، وهذا مما يحذ من سلطان الإرادة بلا ريب، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن على ولي الأمر - مستعيناً بالمجتهدين وأهل الخبرة - أن يشرع من الأحكام الاجتهادية الملزمة، ما يحقق مقتضى ذلك الأصل عملاً، ولا سيما في كل ما لم يرد فيه نص، إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة تحقيقاً للتوازن والعدل، لأن التشريع الإسلامي لم يترك الأمر للتعاقد الحر في مثل هذه الظروف والأزمات الاقتصادية، لأن مبدأ حرية التعاقد - في ظلها - عاجز عن تحقيق مقتضى العدل من «إعطاء كل ذي حق حقه» لاختلاف طرفي العقد قوة وضعفاً من الناحية الاقتصادية، فيجب فرض التسعير العادل إذا تعيّن، درءاً لاستغلال القويّ الطرف الضعيف، وحماية للمصلحة العامة.



موضوع الموضوع

الموضوع	الصفحة
مقدمة الطبعة الجديدة	٥
ترجمة موجزة للمؤلف	٧
من البحوث المقارنة للمؤلف	٩
كلمة المؤلف	١١
المقدمة	١٩
الفقه المقارن	١٩
أ. الفقه لغة:	١٩
ب. الفقه اصطلاحاً:	١٩
ج. الفقه في إطلاق الفقهاء استعمالاً:	٢١
د. موضوع علم الفقه:	٢١
هـ. الشريعة والفقه:	٢١
معنى كلمة المقارن لغة واصطلاحاً:	٢٢
تعريف الفقه المقارن:	٢٢
مدى الاختلاف في المناهج الأصولية للاستنباط:	٢٤
المبحث الأول: مناهج الاجتهاد والتجديد في الفكر الإسلامي	٣١
المفهوم العام للاجتهاد بالرأي أصولياً، ومكانته في التشريع الإسلامي:	٣١
الأصل في النصوص التعليل والاجتهاد بالرأي سبيله، وحكمة ذلك:	٣٣

- الأبعاد المختلفة للاجتهاد بالرأي التي تمثل مناهجه، تتناول روح التشريع، ومقاصده الأساسية فضلاً عن نصوصه ٣٤
- ز- وجوب اعتبار الكلّي بالجزئي والجزئي بالكلّي اجتهاداً بالرأي لوحدة المنطق العام للتشريع ... ٤٠
- ح- بيان أن اعتبار الكلّي بالجزئي طرداً وعكساً هو ما تقتضيه وحدة المنطق التشريعي ٤١
- ط- ينبغي التمييز بين احتمال وقوع الاختلاف في النظر والاستدلال بين المجتهدين وبين ادعاء الاختلاف في أصول الشريعة وفروعها. ٤٤
- ي- صياغة النص القرآني جاء على نحو بليغ معجز، يحفظ ديمومة الحكم على الرغم من تغير الظروف، أثراً لتطور الحياة الإنسانية! ٤٥
- ك- الإمام الشاطبي يقيم الدليل القاطع المستمد من منطق الشرع والعقل على قضية انتفاء التناقض في الشريعة ٤٧
- ل- الاجتهاد بالرأي أضلاً مستقراً في التشريع الإسلامي يكسبه الواقعية والمرونة خصيصاً جوهرية فيه: ٤٨
- المبحث الثاني: الجمود الفقهي والتعصب المذهبي** ٧١
- الجمود الفقهي أو التعصب المذهبي، منافٍ لمقاصد الشريعة، ومضادٌ لمقصد الشارع من وضعها ابتداءً ٧٦
- أنواع الاجتهاد في الشريعة: ٧٧
- التعصب المذهبي أو الجمود الفقهي يتعارض مع أوضاع القرآن في البيان الذي من لوازمه، استمرارُ الاجتهاد بالرأي في كل زمن وبيئة، فرضاً كفايماً، وتفسير ذلك: ٨٧
- مظاهر المرونة في التشريع الإسلامي: ٩٦
- المبحث الثالث: أسباب اختلاف الفقهاء** ١٠٧
- إجماع الفقهاء على إحكام الصلة بين العقل الإنساني والتشريع الإلهي، ولكنهم اختلفوا في تحديد مداها: ١٠٧
- اختلاف العلماء في تحديد صلة الطاقة الفكرية للمجتهد بالتشريع: ١٠٨

الموضوع	الصفحة
الإمام الشافعي يقصر مجال الاجتهاد بالرأي على القياس :	١١٠
يؤكد المحققون أن الإمام الشافعي يتخذ من مفهوم العدل والإنصاف مبدأ أساسياً في اجتهاده :	١١١
الإمام الغزالي وتحديده لمدى صلة العقل المتخصص بالتشريع الاجتهادي :	١١٣
الإمام العز بن عبد السلام لا يحدّد مدى الاجتهاد بالرأي بالقياس الأصولي الخاص :	١١٤
الإمام «الجويني» يفسر المنهج الأصولي في الاجتهاد بالرأي عند الإمام الشافعي بمفهوم آخر غير مقصور على مفهوم القياس الأصولي الخاص، بل القياس بوجه عام	١١٥
الخطر كامن في التشريع بالمصالح المضادة لأصول الشرع الثابتة :	١١٦
الاجتهاد بالرأي في تقدير مآك التطبيق واقعاً يقتضيه توثيق أصل المصلحة التي هي مقصود الشرع :	١١٧
تحقيق المناط	١١٩
تصوير الاختلاف في «تحقيق المناط» والأمثلة التطبيقية التي توضح ذلك :	١٢٢
الاتفاق على أصل القاعدة لا يحول دون الاختلاف في شروط إعمالها :	١٢٣
أمثلة توضيحية لاختلاف الأئمة في تحقيق المناط، وتحليلها أصولياً :	١٢٣
تحقيق المناط قسماً :	١٢٧
- تحقيق المناط العام :	١٢٧
- تحقيق المناط الخاص :	١٢٨
منشأ قاعدة تحقيق المناط الخاص :	١٣٦
التأويل والتعليل	١٣٧
وجوه الاتفاق والاختلاف بين التأويل والتعليل :	١٣٨
١- من حيث المفهوم :	١٣٨
٢- دور كل من التأويل والتعليل :	١٤٠
٣- مجال كل من التأويل والتعليل :	١٤٠
٤- أثر كل من التأويل والتعليل :	١٤١
مثال توضيحي للتعليل والتأويل، وبيان دورهما وأثرهما :	١٤٢

الموضوع	الصفحة
القواعد الأصولية واللغوية	١٤٣
منهج البحث	١٥١
في أهم أسباب اختلاف الفقهاء	١٥١
أ- المقدمة	١٥١
تفصيل في أهم أسباب اختلاف الفقهاء	١٥٤
المبحث الرابع: نظرية البطلان والفساد في أصول الفقه المقارن في التصرفات الشرعية	١٧٣
مقدمة في أهمية نظرية البطلان والفساد:	١٧٣
أهمية النظرية:	١٧٥
التمييز بين الأفعال الحسبية والتصرفات الشرعية:	١٧٧
تحديد الضابط للأمر الحسي أصولياً:	١٧٧
فصلُ التفرقة بين الأمر الحسي وبين التصرف الشرعي:	١٧٨
الاتجاه الرابع:	١٨٣
أدلة الحنفية على الحالة الأولى:	١٨٩
الدليل العقلي:	١٩١
الدليل العقلي لهذا الفريق:	١٩٢
التصرفات الشرعية وحدها هي التي يمكن أن تتصف بالبطلان والفساد كجزاء دنيوي أو ديني	
لمخالفة إيقاعها لنظامها الشرعي:	١٩٨
من المقرر شرعاً أن النعم ليس سببها المعصية أو المحذور:	١٩٩
تحرير موقف الحنفية من مقتضى هذا الأصل في اجتهاداتهم في بعض المسائل:	١٩٩
الأصل المتفق عليه بين الأصوليين والفقهاء، أن النهي المطلق عن الأمر الحسي يوجب انتفاء	
المشروعية عنه أصلاً:	٢٠٠
بيان هذه المسائل وأحكامها في اجتهاد أصوليي الحنفية وفقهائهم:	٢٠١

الصفحة

الموضوع

- رد على بعض الفقهاء المُحدّثين في ذهابهم إلى أن المحظور قد يكون سبباً للحكم الشرعي الذي هو
 ٢١٤ نعمة:
- ٢٢٦ تحرير محلّ النزاع في هذه المسألة:
- ٢٣١ الثمرة التشريعية لهذا الخلاف:
- ٢٣١ منشأ الخلاف:
- ٢٣٧ منشأ نظريتي البطلان والفساد في فلسفة أصول الفقه الإسلامي المقارن
- ٢٣٧ مفهوم النهي المطلق عن المشروعات في اصطلاح الأصوليين والفقهاء:
- ٢٣٨ القدر المشترك بين هذه التعاريف:
- ٢٣٩ معنى الإمكان:
- ٢٤٤ الفرق بين النهي المطلق عن المشروعات، والنهي الذي هو سبيل النسخ:
- ٢٤٥ الفرق بين موجب النهي ومقتضاه:
- ٢٤٦ النهي المطلق يقتضي التحريم بالإجماع إن ثبت بدليل قطعي:
- ٢٤٧ النهي في الشرعيات يفيد حكيمين: أحدهما دنيوي قضائي، والثاني أخروي:
- ٢٤٧ مفهوم الصحة والبطلان والفساد أصولياً:
- ٢٤٧ مفهوم الصحة في عرف المتكلمين والفقهاء:
- ٢٤٩ الامتثال والإجزاء في العبادات:
- ٢٥٠ مفهوم البطلان أصولياً عند الجمهور:
- رجوع النهي إلى فقدان ولاية أحد العاقدين، يوجب بطلان التصرف عند الشافعية، خلافاً
 للحنفية: ٢٥٢
- مفهوم البطلان أصولياً في اجتهاد الحنفية، والفرق بينه وبين الفساد، معنى، وسبباً، وحكماً،
 مع الأدلة: ٢٥٩
- ٢٦١ مفهوم المشروعية - أصولياً - بين الحنفية والجمهور:
- ٢٦٢ مذهب الجمهور في أثر النهي المطلق على التصرف الشرعي:

الموضوع	الصفحة
التمييز بين البطلان، والفساد، منشأً، ومفهوماً، وحكماً، في اجتهاد الحنفية:	٢٦٤
تأصيل نظرية الفساد في الفلسفة الأصولية عند الحنفية:	٢٦٦
أولاً: حالة النهي المطلق عن المشروعات	٢٦٧
ثانياً: حالة ما إذا اقترن النهي بدليل يدلُّ على أنه لو صِفَ ملازم.	٢٦٧
نقد مذهب الجمهور:	٢٧١
الدليل الثاني (على الحال الأولى للحنفية):	٢٨٠
أدلة الحنفية على الحال الثانية في صدد تأصيلهم لنظرية الفساد:	٢٨٣
تحليل الإمام القرافي للفلسفة الأصولية، لتأصيل نظرية الفساد عند الحنفية، غير مستقصٍ لعناصره الأساسية:	٢٩٠
مقومات الانعقاد أو وجود ماهية العقد:	٢٩٤
أهم أسباب الفساد العامة في العقود في الاجتهاد الحنفي، وهي تتصل بالمعقود عليه ما عدا الإكراه:	٢٩٧
عقد النكاح بين الفساد والبطلان في أصول فقه الحنفية:	٢٩٨
اتجاه المتقدمين من مجتهدي الحنفية في باطل النكاح وفساده:	٣٠١
أدلة متقدمي الحنفية في عدم التفرقة بين باطل النكاح وفساده:	٣٠٤
المتأخرون من أصولي الحنفية وفقهائهم يفرقون بين باطل النكاح وفساده، كسائر العقود:	٣١٠
أحكام العقد الباطل:	٣١١
أحكام النكاح الفاسد:	٣١٢
تأصيل الفرق بين أحكام النكاح الباطل وأحكام العقد الفاسد في أصول فقه الحنفية:	٣١٤
ما يتجه على مذهب متقدمي الحنفية من النقد الأصولي:	٣١٤
المبحث الخامس: نظرية الاستصحاب في أصول الفقه الإسلامي المقارن	٣٢١
منهج البحث مفضلاً وموجهاً:	٣٢١
في علم أصول الفقه الإسلامي	٣٢٤

الموضوع	الصفحة
تحديد محل النزاع في حجّة الاستصحاب:	٣٦١
مدى حجّة الاستصحاب عند الأصوليين:	٣٦٣
مناقشة ما استند إليه متأخرو الحنفية من دليل:	٣٧٠
قواعد الاستصحاب:	٣٧٣
ثالثاً: الأصل في الصفات العارضة العدم	٣٧٥
خامساً: قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد دليل التحريم:	٣٧٧
المعاجم:	٣٧٩
المبحث السادس: قاعدة التحيل على إبطال مقاصد الشريعة وحكمها	٣٨١
منهج البحث في فلسفة أصول الفقه المقارن في التحيل:	٣٨١
تعريف التحيل عند الإمام الشاطبي:	٣٨٢
تحليل التعريف:	٣٨٣
تتبع الرخص في كل المذاهب، يعتبر تحلاً من ربة التكاليف:	٣٩٠
اعتراضات المانعين على أن يكون نكاح التحليل من باب الحيل، والرد عليها أصولياً:	٣٩٢
ب. مفهوم «التحيل» عند كل من الإمامين: ابن القيم، والشاطبي، وما يندرج فيهما من صور:	٣٩٤
أنواع الحيل التي تدور على أخذ حق، أو دفع باطل، عند ابن قيم الجوزية ولا تندرج في المفهوم المشهور للحيلة.	٣٩٥
ج. الأدلة من الأصول العامة، والقواعد الكلية التي تنهض بتحريم التحيل، ومنعه قطعاً، وبالحكم على التصرف المتحيل به بالبطلان، أثراً للباعث غير المشروع، وحماية لمقاصد التشريع:	٣٩٦
فلسفة أصول التشريع التي تتنافى مع اتخاذ أسباب التحليل، كما يتنافى المطلوب من المكلف شرعاً:	٤٠٠
الأدلة المنطقية العقلية على تحريم التحيل شرعاً ووجوب منعه وإبطاله، لفساد الباعث:	٤٠٠
د. مقارنة اجتهادات الأئمة في «طرق الإثبات» التي يَظنُّ بها الفعلُ أو التصرفُ المتحيلُ به قضاءً، وصولاً إلى استخلاص حكم التحيل شرعاً.	٤٠٣

الموضوع	الصفحة
المبحث السابع: نظرية الاحتكار في الفقه الإسلامي	٤٠٧
أ- تعريفه اصطلاحاً:	٤٠٧
ب- تحليل ومقارنة هذه التعاريف ونقدتها أصولياً:	٤٠٨
ج- ما اتفقت عليه التعاريف:	٤١٠
د- تعريفنا للاحتكار:	٤١١
هـ- ما يستخلص من هذا التعريف:	٤١١
أصول منع الاحتكار أو الأدلة التفصيلية الناهضة بتحريمه واردة في السنة وآثار الصحابة فحسب:	٤١٢
أ- أدلة السنة في تحريم الاحتكار ومنعه:	٤١٣
بحث حكم الاحتكار مقارناً	٤١٣
اجتهادات الفقهاء في الحكم التكليفي للاحتكار في ضوء الأدلة الواردة في السنة:	٤١٤
أولاً- المذهب الشافعي:	٤١٤
ثانياً- مذهب الحنابلة:	٤١٤
ثالثاً- اجتهاد الإمام الكاساني من الحنفية:	٤١٥
رابعاً- مذهب المالكية:	٤١٦
خامساً- مذهب الظاهرية:	٤١٨
سادساً- مذهب الزيدية:	٤١٩
سابعاً- مذهب جمهور الحنفية:	٤٢٠
أولاً: أن الاحتكار يتعاوره أصلاً تعارضاً.	٤٢١
مناقشة آراء المذاهب الفقهية في حكم الاحتكار	٤٢٢
جملة أدلة الجمهور:	٤٢٢
أ- أما السنة فما أوردنا من أحاديث الباب.	٤٢٢
ب- أدلة الجمهور من آثار الصحابة:	٤٢٣
ج- أدلة الجمهور من المعقول:	٤٢٤

الموضوع	الصفحة
مناقشة أدلة من أتجه إلى أن الاحتكار مكروه تحريماً (جمهور الحنفية):	٤٢٦
شروط الاحتكار	٤٢٨
الشروط في المادة المحتركة:	٤٢٨
الاتجاه الثالث: (القول بالتعميم).	٤٢٨
أ- التعميم في اجتهاد متأخري الحنابلة:	٤٢٩
الاحتكار المزدوج (احتكار الشراء والبيع أو احتكار (الصنف) في اجتهاد متأخري الحنابلة، وهو شبيه بالاحتكار الدولي الذي تمارسه الدول الاستعمارية في العصر الحاضر.	٤٢٩
ب- التعميم في الفقه المالكي:	٤٣٣
ج- التعميم في اجتهاد الإمام أبي يوسف، وفقه الظاهرية:	٤٣٤
أدلة الاتجاه الأول: (الاحتكار مقصور على قوت الأدمي فقط).	٤٣٤
أدلة الاجتهاد الثاني: (الاحتكار يشمل حكمه حبس علف الحيوان أيضاً).	٤٣٦
أدلة الاتجاه الثالث: (من قال بالتعميم):	٤٣٦
مناقشة هذين الاتجاهين:	٤٤٤
التصدير من البلاد يعتبر في معنى الاحتكار إذا أضر بالناس:	٤٤٧
احتكار القوت لمدة سنة (تنظيم الاستهلاك):	٤٤٧
شروط مدة الاحتكار:	٤٤٨
مدى تدخل ولي الأمر في أصل حق الملكية بسبب الاحتكار:	٤٤٩
المؤيدات	٤٤٩
الفلسفة الأصولية التي يقوم عليها المؤيد القضائي أو الديني الاجتهادي للوازع الديني في التشريع الإسلامي:	٤٥٠
الخلاصة الجامعة لبحث نظرية الاحتكار	٤٧٠
المبحث الثامن: التسعير الجبري	٤٨٧
١- مقدمة:	٤٨٧

الموضوع	الصفحة
٢- الفرق بين السعر والثلث:	٤٨٨
٣- أهمية التسعير الجبري:	٤٨٩
٤- تعريف التسعير فقهاً:	٤٩١
٥- مناقشة ما ورد عن بعض الأئمة من تعاريف ونقده أصولياً:	٤٩٢
لا أساس لطاعة غير المسؤول شرعاً، ولو كان عدلاً، فيما يتعلق بشؤون الأمة:	٤٩٤
٦- ما اتفقت عليه هذه التعاريف في بيان حقيقة التسعير شرعاً:	٤٩٦
٧- تعريفنا للتسعير الجبري شرعاً:	٤٩٧
٨- العناصر الأساسية في هذا التعريف:	٤٩٧
٨- أدلة أحكام التسعير واردة في السنة غير المتواترة:	٤٩٨
أصول أحكام التسعير كما وردت في السنة غير المتواترة:	٤٩٨
٩- ما يستنبط من ظاهر هذه الأدلة:	٤٩٨
حكم التسعير الجبري في الفقه الإسلامي المقارن	٥٠١
أدلة من ذهب إلى تحريم التسعير بإطلاق:	٥٠٢
الأدلة الأخرى التي أوردها الإمام ابن قدامة المقدسي الحنبلي بما تنطوي عليه من حجج اقتصادية:	٥٠٦
تحليل الحجة الاقتصادية لابن قدامة في تحريم التسعير:	٥٠٦
أدلة من ذهب إلى جواز التسعير، بل وجوبه عند الحاجة، ووجوه الاستدلال بها:	٥٠٨
أولاً- اجتهادات الحنفية القائلين بالجواز فقط لا الوجوب، وفي حالة معينة:	٥٠٨
ثانياً- ما يستخلص من مذهب الحنفية في التسعير:	٥٠٩
ثالثاً- عمدة الحنفية في هذا الاجتهاد:	٥٠٩
رابعاً- اجتهادات متأخري الحنابلة:	٥١٢
أدلة متأخري الحنابلة على جواز التسعير بل على وجوبه وتحليلها أصولياً:	٥١٢
مبدأ الإكراه على التعاقد بحق:	٥١٤
ثالثاً: القياس الأولوي:	٥١٧

الموضوع	الصفحة
رابعاً- الاستدلال بقواعد الشريعة، ومباني العدل فيها، على وجوب التسعير الجبري:	٥١٨
ما يستخلص من فقه جمهور المالكية- مُتَقَدِّمِيهِمْ ومُتَأَخَّرِيهِمْ- تحليلاً وتأصيلاً:	٥١٩
شروط الربح المعقول الذي فيه سداد للعامة والتجار معاً، دون وكس أو شطط، يُدَحِّضُ أصل الحجة الاقتصادية التي اعتمدها ابن قدامة، لمنع التسعير.	٥٢٠
نقد وتقدير هذا المذهب أصولياً، وفي ضوء فلسفة التشريع:	٥٢٣
مناقشة اجتهادات من ذهب إلى تحريم التسعير بإطلاق، ونقدها أصولياً:	٥٢٤
خامساً- التعسف في استعمال حق التراضي محرّم شرعاً، فلا يصح حجة لمنع التسعير:	٥٢٧
شروط التسعير الجبري في الفقه الإسلامي	٥٣٧
أ- شروط التسعير في الفقه الحنفي:	٥٣٧
ب- شروط التسعير في فقه المالكية ومُتَأَخَّرِي الحنابلة:	٥٣٨
ج- النقد العام لشروط التسعير:	٥٣٩
السعر العادل في الفقه الإسلامي المقارن	٥٤٢
أ- رأي الحنفية:	٥٤٥
ب- رأي مُتَأَخَّرِي الحنابلة وجمهور المالكية:	٥٤٦
تقدير الاتجاهين ونقدهم أصولياً، وفي ضوء فلسفة التشريع:	٥٤٨
التسعير العادل في الأعمال:	٥٤٩
التزام الدولة العمرية بتأمين تموين الناس بالمواد الغذائية الضرورية، فضلاً عن فرض أموال نقدية لكل منهم بما يحقق الكفاية:	٥٥٢
مؤيدات التسعير الجبري	٥٥٣
العقوبة التعزيرية:	٥٥٣
ممثل السلطة في الدولة الإسلامية ينهض بالعقوبة التعزيرية تقديراً وتوقيعاً (تنفيذاً):	٥٥٤
العقوبة التعزيرية على أنواع: صفة وقدرًا:	٥٥٤

الصفحة

الموضوع

.....	يخضع تقدير العقوبة التعزيرية لمبدأ المماثلة في الجزاء، ومبدأ المناسبة التي تفضي بها غالباً إلى
٥٥٥	تحقيق الصالح العام:
٥٥٦	منشأ صفة مخالفة التسعير الجبري، من كونها معصية أو من المنكرات شرعاً:
٥٥٧	مؤيدات الإلزام بالتسعير في الواقع التاريخي:
٥٥٨	أ. في الفقه الحنفي:
٥٥٩	ب. رأي جمهور المالكية، ومتأخري الحنابلة، والليث بن سعد، وغيرهم:
.....	مؤيد الإخراج من السوق، أو منع الزيادة أو النقص في السعر في سلعة أو سلع معينة، من قبل فرد
٥٦٠	أو أفراد إذا أضر بالسعر العام في السوق، أو بالجاليين:
٥٦٩	الخلاصة الجامعة لبحث التسعير الجبري
٥٨١	فهرس الموضوعات



بحوث مقارنة

في الفقه الإسلامي وأصوله

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

انتشار بالواه الطيف

جميع الحقوق محفوظة لمؤسسة الرسالة

الطبعة الثانية

١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م

ISBN:9953-32-359-3

حقوق الطبع محفوظة © ١٩٩٤ م لا يُسمح بإعادة نشر هذا الكتاب أو
أي جزء منه بأي شكل من الأشكال أو حفظه ونسخه في أي نظام
ميكانيكي أو إلكتروني بمكّن من استرجاع الكتاب أو أي جزء منه.
ولا يُسمح باقتباس أي جزء من الكتاب أو ترجمته إلى أي لغة أخرى
دون الحصول على إذن خطي مسبق من الناشر.

④

مؤسسة الرسالة ناشرون



مكتب : 30597

مكتبات - بيروت
مكتف : ٥٤٦٧٣ - ٥٤٦٧٤
مكتف : ٥٤٦٧٢٢ (٩٦١) ١
مكتب : ١٧٤٢٠

Resalah
Publishers

Tel: 546720 - 546721
Fax: (961) 1 546722
P.O.Box: 117460
Beirut - Lebanon

E-mail:
resalah@resalah.com
Web site:
<http://www.resalah.com>

بحوث مقارنة

في الفقه الإسلامي وأصوله

تأليف
الدكتور فتحي الدزيني

الطبعة الجديدة

مؤسسة الرسالة



المبحث التاسع حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن

مقدمة:

إن أحداً من الفقهاء القدامى أو أئمة المذاهب الفقهية، لم يتناول هذه المسألة بالبحث الموضوعي المحرر، تعمقاً واستقصاءً، اللهم إلا ما عثرنا عليه من أقوال مقتضبة للإمام القرافي المالكي في كتابه «الفروق»^(١) تتعلق بالاجتهادات الفقهية فحسب، مما لا يغني عن التفصيل والتحليل والإحاطة بالموضوع من جميع جوانبه، لتكوين تصور واقعي دقيق وشامل لفقه المسألة، مرتبطاً بآثارها العملية، من الناحيتين: العلمية النظرية، والتجريبية.

والسرّ في ذلك: أن هذه المسألة لم يكن لها وجود في القرون الماضية على النحو الذي نراه اليوم، بما تمخّض عنه التطور العلمي والصناعي والاقتصادي، من وسائل النشر والتوزيع؛ إذ كان العلم يُدوّن في مخطوط من نسخ معدودة، فضلاً عن أن الابتكار العلمي لم يكن له من الأثر والنضوج على النحو الذي نراه اليوم في الجامعات، والمراكز الثقافية، والمختبرات العلمية، وفي التطبيق العملي في العالم أجمع.

لذا، كان هذا الموضوع حريّاً - في عصرنا هذا - أن يُفرد بالبحث التشريعي، بما يقتضيه العدل والمصلحة، ليكون مجالاً واسعاً للاجتهاد بالقدر الذي يوازي أثره الظاهر في الحياة العلمية والثقافية والاقتصادية، بل والحضارية بعامّة.

(١) «الفروق»: (٢/٢٠٨ وما يليها).

أما الباحثون المحدثون، فما صدروا عنه من آراء، لا يمكن اعتباره وليد الاجتهاد، فلا يغني عن البحث العلمي في شيء، حيث اكتفى بعضهم بالتعليق عليه، وإحالة بحثه على المصلحة المرسله المتعلقة بالحقوق الخاصة^(١).

فالموضوع حيوي وواقع في عصرنا، وعلى نطاق عالمي، فلا يجوز أن يكون مصيره هذا الاقتضاب، لذا رأينا تناوله بالبحث من عدة وجوه، على ضوء من أصول كل مذهب، وعلى مقتضى أصول التشريع، تحريماً لما هو الحق عند الله تعالى، وذلك على النحو التالي:

أولاً - تحديد مفهوم الابتكار في الإنتاج الذهني.

ثانياً - التكييف الفقهي لطبيعة هذا الإنتاج.

ثالثاً - موقع الابتكار الذهني من مفهوم المال شرعاً في اجتهادات المذاهب الفقهية، مع المقارنة والمناقشة.

رابعاً - منشأ حق الابتكار.

خامساً - حق الملك في الإنتاج الذهني المبتكر، حق عيني مالي متقرر، لا مجرد.

سادساً - مدى قابلية هذا الحق للانتقال، معاوضةً، أو إرثاً، أو إيضاً.

سابعاً - مقارنة ومناقشة وردود.

أولاً: تحديد مفهوم الابتكار في الإنتاج الذهني

يقصد بالإنتاج الذهني المبتكر: «الصورة الفكرية التي تفتقت عنها المَلَكَةُ الراسخة في نفس العالم أو الأديب ونحوه، مما يكون قد أبدعه هو، ولم يسبقه إليه أحد».

تحليل التعريف واستخلاص عناصره:

١ - الإنتاج المبتكر هو «الصور الفكرية» وليس هو العين التي استقر فيها، من

(١) «المدخل إلى نظرية الالتزام» للأستاذ الزرقاء، و«الملكية في الشريعة الإسلامية» للشيخ علي الخفيف ص ١٠، و«أحكام المعاملات الشرعية» للمؤلف، الطبعة السابعة، ص ٢٨ وما يليها.

كتاب ونحوه؛ لأن هذه العين مَجْلَى لتلك الأفكار، ووسيلة لاستيفاء منفعتها، ومعيار تقديرها من حيث النوعية والأثر، فالصور الذهنية لا تدرك بإحدى الحواس، بل بالعقل وحده؛ لأنها صور معنوية مجردة، ومنافع عرضية.

٢ - يتسم بعنصر الإبداع، بحيث لا يكون تكراراً ولا محاكاةً ولا انتقالاً لصور أخرى سابقة.

على أنه ينبغي أن يلاحظ أنّ الإنتاج المبتكر لا يشترط فيه ليكون كذلك أن يتسم كله بالابتكار والإبداع؛ إذ لا بد في كل مبتكر ذهني من أن يكون مؤصلاً على ثقافة ساهم في تكوينها ابتكارات سابقة، وتراث علمي، فيختلف الابتكار إذن نوعياً وأثراً بمدى القدر المستحدث فيه، وجودته، تبعاً لمبلغ الجهد المبذول فيه، ومستواه، فالابتكار نسبي لا مطلق.

هذا، والترجمة فيها جهد علمي مبذول، لكن لا في أصل الصور الفكرية ابتكاراً؛ لأنها للمؤلف في اللغة المنقول عنها، بل يتبدى الابتكار النسبي فيها في دقة الفهم للمعاني المترجمة، وفي الأسلوب والصيغ التي أبدعها المترجم في اللغة المنقول إليها، وأفرغ فيها تلك المعاني، بحيث يكون ذلك انعكاساً وأثراً لمملكته الذهنية التي قوامها قدرة بارعة على تفهم خصائص اللغة الأجنبية وأساليبها وفنونها في البيان، واللغة المنقول إليها كذلك.

وعلى هذا، فابتكار المترجم يتجلى في ناحيتين:

أولاهما - في دقة الفهم للمعنى المنقول من اللغة الأجنبية، وتعمقه، والوقوف على مرامي المؤلف منه:

ثانيهما - في أسلوب وصيغ اللغة المنقول إليها، وهي مظهر لتلك المعاني، ووسيلة لأدائها، واستيفائها، فضلاً عن أنها انعكاس لشخصية المترجم المعنوية.

٣ - الصور الفكرية المبتكرة أثر للملكة الراسخة.

وهذا مَلْحَظٌ دقيقٌ تجب مراعاته في الاجتهاد في تأصيل الأحكام.

٤ - قولنا: العالم أو الأديب ونحوه، تعميم ليشمل إنتاج سائر العلوم التجريبية بفروعها المختلفة، والآداب والعلوم الإنسانية.

ثانياً: التكييف الفقهي لطبيعة الابتكار الذهني

أشرنا سابقاً إلى أن الابتكار الذهني صور معنوية مجردة، ولكنها أثر للملكة الراسخة في ذات المفكر، وتأسيساً على ذلك فهي تشبه منافع الثمرات^(١)، بعد انفصالها عن أصولها التي كانت قائمة عليها، فكذلك الإنتاج المبتكر بعد انفصاله عن المؤلف، واستقراره في كتاب أو عين ترسم فيها مظاهر هذه الصور الفكرية.

غير أن ثمة فارقاً جوهرياً بين منافع الإنتاج المبتكر، ومنافع الثمرات والأعيان من العقارات والمنقولات، من حيث النوعية والأثر.

١ - أما من حيث النوع، فمنافع العقارات من الأرضين والدور، وكذلك منافع المنقولات من الثمرات، والأثاث، والسيارات والحيوانات وما إليها، مصدرها هذه الأعيان، بخلاف المبتكرات الذهنية، فمصدرها الإنسان الحي العاقل المفكر بملكته العلمية الراسخة، أو العقل الإنساني المبدع، على الرغم من أن الأثرين يجمع بينهما جنس مشترك، هو كونهما أموراً معنوية، ومنافع عَرَضِيَّة.

٢ - أما من حيث الأثر، فلا جرم أن منافع الأعيان من العقارات والمنقولات والثمرات - وإن كانت كما يقول الإمام العز بن عبد السلام: هي «الغرض الأظهر من جميع الأموال»^(٢) بل هي المعيار في تقييم مصادرها - لكنها - على أهميتها - لا تسمو في نظرنا إلى مستوى الإنتاج الفكري من حيث الأثر الذي

(١) نقصد «بالتكييف» هنا ما يشمل الوصف الفقهي للشيء مطلقاً، تشبيهاً أو بياناً لطبيعته، فضلاً عن بيان ماهية العقد، أو التصرف بوجه عام.

(٢) «قواعد الأحكام»: (١٧/٢).

يُرى في توجيه الحياة الإنسانية، وتديير أمرها، بما يُيسّر من أنجع الوسائل العلمية للانتفاع بكل ما في الكون من مصادر النفع، وإلا رجعنا القهقري إلى حالة وظروف الإنسان البدائي الأول، حيث المصادر هي المصادر، والأرض هي الأرض، وما فيها وما عليها كذلك، وإنما الذي اختلف هو «الفكر» فاختلف التديير، وقامت الحضارة.

إذن منافع^(١) الأعيان - بما هي المقصودة أولياً منها، بدليل أنها الغرض الأظهر منها، وأنها المعيار في تقييمها - لا ترقى من حيث أثرها وجدواها إلى مستوى الإنتاج الفكري المبتكر الذي هو معيار التفاضل بين الإنسان والإنسان، والأمة والأخرى شرعاً، لقوله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر: ٩]^(٢).

(١) من الفقهاء المُحدّثين من أشار إلى تكييف طبيعية «المبتكرات الفكرية» من أنها لا تعدو كونها من «المنافع» تكتسب عند قراءتها في محالها من الكتب والمصادر بقوله: «وإذا ما أردت القراءة في كتاب، فلا توجد المنافع المقروءة إلا إذا فتحت الكتاب، ونظرت فيه، وتكون قراءتك فيه عند ذلك غير قراءتك فيه بعد ذلك، لاختلاف المقروء، واختلاف الوقت، وهكذا ترى أن المنافع أعراض تحدث ساعة فساعة عند طلبها واكتسابها. «المعاملات الشرعية» للشيخ علي الخفيف، ص: ٢٨.

(٢) قلنا: إن المبتكرات الفكرية والأدبية هي السبيل للارتقاء بالحياة إنسانياً وحضارياً؛ إذ من المعلوم أن جميع أوجه الحضارة المادية المتطورة، إنما هي - في الواقع - صورة مجسمة لتطبيق نظريات علمية، أو هي ما يسمى اليوم بالتكنولوجيا (التقنية)، يكمل بعضها بعضاً، بحيث تكون سابقتها مقدمة للاحق منها، أو تكون اللاحقة تصحيحاً لسابقتها. ولعظم هذا الأثر، كان العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة، بل هو من مقتضيات الفطرة، والدين هو الفطرة: ﴿فَطَرَتِ اللَّهُ الَّذِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا يَبْدِلُ إِيحَاقُ اللَّهِ﴾ [الروم: ٣٠]. غير أن الإسلام إذ يقرر أن العلم من مقتضيات الفطرة الإنسانية السليمة، بقوله سبحانه: ﴿الرَّحْمَنُ ۝ عَلَّمَ الْقُرْآنَ ۝ خَلَقَ الْإِنسَانَ ۝ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ﴾ [الرحمن: ١-٤] «ولا بيان بلا فكر»، ولقوله تعالى: ﴿عَلَّمَ الْإِنسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ﴾ [العلق: ٥] بخلق القوة المفكرة فيه، يحدد في الوقت نفسه نوعية «العلم» الذي يجب إعمال الذهن في تحصيله والابتكار فيه، وذلك بأن يكون «نافعاً» لقوله ﷻ: «اللهم ارزقني علماً نافعاً» بإطلاق، بالنسبة للعالم ولغيره، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾ [الأعراف: ٥٦] وليس المقصود الإصلاح العَقْدِيّ فحسب، بل الإصلاح المادي والمعنوي في جميع شؤون الحياة، ولا يتم ذلك إلا عن طريق العلم وإنتاج الفكر والإبداع فيه. ويستخلص من هذا، أن الإسلام حريص على تحقيق «الوجود المعنوي للمسلمين على أرقى مستوى حضاري، وفي كل عصر، ضُعداً في درجات الكمال؛ لأن الوجود المادي المجرّد - على أهميته - ليس =

ومما يؤكد كون الإنتاج الفكري - في نظر الإسلام - من قبيل المنافع، قوله ﷺ: «اللهم ارزقني علماً نافعاً»^(١)، وقوله عليه السلام: «إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له»^(٢).

فالحديث الشريف صريح الدلالة على أن العلم عمل، وأنه مصدر الانتفاع، وأن بالانتفاع المستمر بإنتاج العالم يكون استمرار عمله الصالح أبداً، بحيث لا تقطعه واقعة الموت، فالعلم إذن عمل هو مصدر للمنفعة شرعاً، يبقى أثراً خالداً بعد وفاة المؤلف، وانهدام ملكته العلمية بالموت^(٣).

لا معارض من جهة الشرع لتقييم الإنتاج المبتكر عرفاً، لكونه مقصداً شرعياً قطعياً يجب تحقيقه:

وأيضاً، إذا لاحظنا أن العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة؛ لأن المناط وصف الإسلام، كان العلم مقصداً شرعياً قطعياً^(٤)، وهو مصلحة معتبرة مؤكدة شرعاً، وذلك

= هو المقصد الأهم، وإلا ما أنزلت الشرائع، وأرسل الرسل والأنبياء، هذا، والعلم المبتكر الضار المدمر لا يستقيم مع هذا القصد الجلل».

(١) أخرجه ابن ماجه: ٩٢٥، وأحمد: ٢٦٦٠٢، من حديث أم سلمة، وإسناده ضعيف.

(٢) أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة.

(٣) راجع مؤلفنا «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي»، بحث أنواع العام ص ٣٨٩ وما يليها. [ط. الرسالة ٢٠٠٨]، و«أصول التشريع الإسلامي» ص ٤٩٣ وما يليها، طبع جامعة دمشق.

(٤) على أن فروع الاختصاص العلمي، مما تقتضيه مصلحة الأمة، وتنهض به مرافقها، هي من فروع الكفاية، بمعنى أن التكليف بها موجه - بادئ الأمر - إلى الأمة كافة، لتُعدَّ لكل فرع طائفة من المكلفين، تصبح مسؤولة عن إقامته وتحقيقه على الوجه الأكمل، على وجه الخصوص، فهناك إذن وجهان من التكليف في فروع الكفاية: وجه العموم، لتحقيق الاكتفاء الذاتي للأمة عامة، وقوامه تكليف الأمة عامة ممثلة في الدولة، بإعادة المتخصصين، وتأهيلهم، وإمدادهم بما يعينهم على التحصيل العلمي من مظانه، وتزويدهم بالوسائل الملائمة والناجعة التي تقدرهم على أداء ما أنيط بهم من مهام؛ ووجه الخصوص، وهو يتجه إلى المتخصصين فعلاً في كل فرع علمي، تحصيلاً وتنفيذاً وإفادة.

هذا، ولا تناقض بين التكليف العام والخاص، ولو كان مصدرهما خطاباً واحداً، لاختلاف الجهة، ونوعية التكليف، وهذا معنى قول الإمام الشافعي رحمته الله: «صيغة وردت عامة، ويراد منها العموم، =

منفعة بلا ريب، فالعلم منفعة خالصة، أو سبب لها، وإلا ما كان فرضاً مطلوباً تحصيله على وجه القطع واليقين، واعتباره - في نظر الإسلام - أساساً للتفاضل بين الأفراد والأمم، كما قدمنا.

ولا بد من الإشارة إلى أن الإنتاج العلمي، إذ ينفصل عن مؤلفه ليطلع في كتاب أو نحوه، فإن الكتاب يصبح هو المصدر المادي الذي لا يسع القارئ أن يستوفي منافع هذا الإنتاج إلا عن طريقه، ولهذا نرى أن الإنتاج العلمي المبتكر - بانفصاله عن صاحبه - يكون أقرب شهباً بالثمرة المنفصلة عن أصلها، ونرى الإمام ابن تيمية يشبه هذه الثمرة المادية - ثمرة الشجر وما إليه - بالمنفعة^(١)، من حيث إن المنفعة تُستوفى كالثمرة مع بقاء الأصل، ونحن بدورنا نشبه الإنتاج الفكري المبتكر بالثمرة التي تُستوفى مع بقاء أصلها، مع ملاحظة فارق أساسي بينهما، هو أن الثمرة المنفصلة عن أصلها لا يبقى لها بذلك الأصل صلة، بينما الإنتاج العلمي - بما هو ابتكار ناتج عن عقلية المؤلف العلمية المتخصصة، يبقى انعكاساً لشخصيته المعنوية، فصلته به قائمة بدليل تقرر مسؤوليته عما أنتج، دينياً، واجتماعياً، وسياسياً^(٢)، بل يبقى معياراً لتقديره أدبياً، وهذا هو «الطابع الأدبي»^(٣) للإنتاج الفكري، فضلاً عن كونه عنصراً تكوينياً لتراث الأمة عبر القرون.

أما الأعيان فلا يمكن انفصال منافعها عنها.

وهذا الفارق الجوهرى جعل الإنتاج المبتكر بعد انفصاله عن المؤلف أشبه

= ولكن يدخلها الخصوص، وهو مقصود أيضاً «الرسالة» ص: ٥٢، و٣٦٦، تحقيق الأستاذ أحمد محمد شاكر. وكتاب «الشافعي» للشيخ أبي زهرة ص: ١٩٤، و«أصول التشريع» للمؤلف ص ٤٩٣، ٤٩٩، طبع جامعة دمشق.

(١) «القياس» لابن تيمية، ص ٢٩ وما يليها.

(٢) أما المسؤولية الدينية، فعن إنتاج من تصدى للقول في الدين عن هوى وعصبية، أو عن الابتداع في الدين بما لا يقوم على أصل مقرر فيه، أو عن التأويل المستكبر لأصول ومبادئ ونصوص، لغرض غير شرعي، أو عن القول في العلم جهلاً، أو عن ابتكار علم ضار مدمّر.

(٣) وهذا الطابع الأدبي أو التقديرى بين العلماء لا يرى في المنافع المادية المحضة.

بالمشروعات منه بمنافع الأعيان، كما أن له أثراً على تعيين الوسيلة التي تُتخذ لتقديره نوعاً وكماً، على ما سيأتي تفصيله.

على أن «الطابع الأدبي» الذي يمثل شخصية المؤلف العلمية، لسنا بصدد البحث فيه؛ لأن بحثنا منصب أساساً على الجانب الآخر، وهو «الحق المالي» للمؤلف في إنتاجه الفكري^(١)، لكننا رأينا وجوب الإشارة إلى ذلك، بغية التأكيد على هذا الفارق الهام من حيث التكييف الفقهي بين خصائص منفعة الأعيان المادية التي تستمد من الأعيان ذاتها، كالأرضين والدور والحيوانات وما إليها، وخصائص الإنتاج الفكري المبتكر التي تستمد من العقل الإنساني^(٢) العلمي، نوعاً وأثراً.

(١) هذا، والمبتكرات الذهنية نسبية، بمعنى أن ما يعتبر إنتاجاً فكرياً مبتكراً بالنسبة إلى عصر، قد يصبح أمراً مألوفاً في عصر لاحق، أو يظهر حَظْوُهُ بنظرية لاحقة، وبذلك يثبت أن «العقل الإنساني» ينبغي أن يهضم جميع المبتكرات الذهنية السابقة على عصره، فيما اختص فيه من فروع العلم، ليتمكن أن يبتكر شيئاً جديداً ذا قيمة خاصة في ميدان هذا العلم حاضراً ومستقبلاً، فلا بد من تمثّل المدركات العلمية السابقة، ليملك القوة على إضافة لبنة إلى صرح العلم الشامخ الذي يزداد شموخاً بتقدم التفكير العلمي، سواء أكان تجريبياً أم نظرياً، فكلاهما يستقي من التجارب الإنسانية عامة، ولذا كان من المقرر أن حصيلة الإنتاج الفكري في عصرنا مدينة للتراث الإنساني السابق؛ لأنه لم ينشأ من العدم، أو لم يوجد في خواء أو فراغ.

وعلى هذا، فأصالة الفكر المبتكر نسبية لا مطلقة، كما أشرنا.

(٢) على أن معظم منافع الأعيان مردها إلى الإنتاج الفكري؛ لأنها تعتبر تطبيقاً له، أو تجسيداً للصور الذهنية فيه، كما يُرى في الآليات والمصانع، والأبنية، والجسور، ووسائل الزراعة الحديثة، والأجهزة الطبية وما إليها.

ولولا هذا الإنتاج الفكري في كل ميادين الحياة، تجريبياً ونظرياً، لبقيت مصادر المنافع بدائية على حالتها الأولى، ولما فتحت سبل إصلاح الحياة الإنسانية، لتيسير وسائل العيش على وجه الأرض مادياً ومعنوياً.

فالإنتاج الفكري المبتكر إذن هو أصل المنافع ومصدرها عملاً وواقعاً، بل هو أصل ما ينتفع به من وسائل مادية مستحدثة في كل عصر، وحينئذ يثور التساؤل: كيف يكون لهذه الوسائل المادية للمنافع قيمة مالية، ولا يكون لمصدرها الذي كانت تطبيقاً له، أو تنفيذاً مجسداً لصورته الذهنية المجردة، أي قيمة مالية؟؟ وبدهي أن الجهد المبذول في إنتاج الأصل، لا يوازي الجهد المبذول في مجرد التطبيق أو التصنيع.

والخلاصة: أن طبيعة الإنتاج الفكري المبتكر ذات خاصيتين:
أولاهما: أن الإنتاج الفكري انعكاس للشخصية العلمية للمؤلف المبتكر، كما
أشرنا، وهي خاصة لصيقة بالذات، بل هي الذات المعنوية نفسها، وهي منشأ
صلته به، ومسؤوليته عنه، فهي بمثابة الأصل الذي يُنتج الثمرات، ولكنه أصل
معنوي، أو ما يعبر عنه بالملكة الراسخة في النفس الإنسانية، وهي التي عبر عنها
الأصوليون من علماء المسلمين بالعقل أو القريحة^(١)، واشتروا توفرها في
المجتهد، أيًا كان العلم الذي تخصص فيه.

والثانية: أنه ثمرة لجهود ذهنية مبذولة، انفصلت عن تلك الشخصية المعنوية التي هي
الأصل، واتخذت لها حيزاً ومحلاً، أو مصدرأ مادياً مُشخَّصاً بحيث أصبح لها وجود
مستقل، وأثر ظاهر، لا يمكن استيفاؤها أو تقديرها، كمَّا وكيفاً، إلا عن طريقه.
وفرق بين الأصل والثمرة، من حيث الأحكام على ما سيأتي بيانه.

وإذا أمكن التمييز اعتباراً وواقعاً بين الأصل والثمرة، فإنه لا يجوز الخلط بينهما
في البحث الاجتهادي، من حيث تأصيل الأحكام، ومدى تقبل طبيعة كل منهما لها،
على ما سيأتي تفصيله، وعلى أساس هذا التكييف يكون الاجتهاد في ذلك التأصيل.

ثالثاً - موقع الإنتاج الفكري المبتكر والمنافع جملة من مفهوم المال شرعاً في الاجتهادات والمذاهب الفقهية

الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة أن المنافع أموال متقومة في ذاتها،
كالأعيان، سواء بسواء، إذا كان مباحاً الانتفاع بها شرعاً.
وتأسيساً على ذلك، ترد عليها العقود الناقلة للملكية، وتُستردُّ من غاصبها عيناً،
إن كانت قائمة، أو ضماناً (تعويضاً) إن هلكت أو استهلكت، بمعنى أنه تتقرر مسؤولية
غاصب مصادرها أو محالها، ويجري فيها الإرث على الجملة.

(١) «المستصفي» للغزالي: (٥/١)، و«الفقيه والمتفقه» للبغدادي: (٢/١٨٠)، و«أعلام الموقعين» لابن
قيم الجوزية: (٤٦/١).

وأما متقدمو الحنفية، فتعتبر المنافع - في اجتهادهم - أموالاً متقومة أيضاً، بورود عقد الإجارة عليها، استثناءً، مراعاة للمصلحة العامة، وحاجة الناس إلى المنافع في حياتهم، بدليل ما لها من موقع في تعاملهم عرفاً، والعرف مستنده المصلحة والحاجة، ونزع الناس عن أعرافهم إيقاع لهم في الحرج، والحرج مدفوع في الدين. ﴿وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَغْنَيْنَاكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٠] ولكنه سبحانه لم يشأ، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]. وذلك منطق الاجتهاد في مالية المنافع لدى متقدمي الحنفية^(١).

وعلى هذا، فالعقد - في نظر هؤلاء - هو الذي يُكسب المنافع والمعنويات خصائص المال المتقوم شرعاً، لورود الشرع بذلك استثناء من القياس العام الذي أصّلوه هم باجتهادهم في «مالية الأشياء شرعاً» وهو وجوب توافر عنصري «العينية» و«القيمة» بشرط التقوم.

هذا، ومعنى «العينية» أن يكون الشيء ذا كيان مادي، ووجود خارجي حسي يمكن معه إحرازه، والسيطرة عليه، وبقاؤه^(٢).

أما التقوم - في اجتهادهم - فمعناه أن يكون مباحاً الانتفاع به شرعاً^(٣).
مناطق مالية الأشياء - المادية والمعنوية - في اجتهادات المذاهب الفقهية:

أولاً - الفقه الشافعي:

«إن المال ما كان منتفعاً به... وهو إما أعيان أو منافع^(٤)... إلخ».

ويؤكد الإمام السيوطي عنصر «العرف»^(٥) في اعتبار المالية؛ إذ يقول: «لا يقع

(١) «الأشباه والنظائر مع شرح الحموي»: (٢/٢٠٩ و ٣٥٤)، و«المبسوط» للإمام السرخسي: (١١/٨ وما يليها).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) يلاحظ أن التقوم شرط للمالية عند الحنفية، وليس عنصراً ذاتياً فيها.

(٤) انظر «قواعد الزركشي الشافعي» ص ٣٤٣.

(٥) العرف في الشرع الإسلامي - بما هو مصدر من مصادر التشريع - هو منشأ الحق هنا حيث لم يرد نص، ما دام لا يصادمه نص خاص في موضوعه، أو قاعدة عامة قطعية، أو إجماع، كما أشرنا، ذلك لأن =

اسم المال إلا على ما له قيمة، يباع بها، وتلزم متلفه، وإن قُلت، وما لا يطرحه الناس...»^(١).

ومفاد هذا، أن «العرف» هو أساس ثبوت مالية الأشياء شرعاً، لقوله: «لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة» أي: بين الناس عرفاً، بحيث أضحى محلاً للمعاوضة «يباع بها».

وأما قوله: «وتَلَزَمُ مُتْلِفُهُ»، فهذا أثر لاعتباره ذا قيمة في العرف، وهو التعويض عن الإتلاف.

ويلزم عقلاً من كون الشيء ذا قيمة، أن يكون له منفعة؛ إذ لا قيمة لما لا نفع فيه، فلا يكون مالاً، ولهذا يطرحه^(٢) الناس.

ومقتضى هذا التعميم المستفاد من قوله: «ما له قيمة» لأن «ما» من ألفاظ العموم، أن يشمل هذا التعريف المنافع والأمور المعنوية، إذا تعورف تقييمها بين الناس، وجرى ابتياعها، بأن أضحى محلاً للاعتياض عنها.

= مستند العرف غالباً هو «المصالح الحاجية» التي هي من مقومات العدل في التشريع الإسلامي؛ إذ راعى الشارع تحقيقها وصيانتها في كثير من الجزئيات، ثبت ذلك بالاستقراء، وهي تلي «المصالح الضرورية» من حيث الأهمية الذاتية، ولكنها - في الوقت نفسه - تعتبر سبباً منيعاً للمحافظة على أساسيات الشريعة من المصالح الضرورية الخمس المعروفة، وهي: الدين والنفس والعقل والنسل والمال».

راجع «مقاصد الشريعة» - «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٢/٢ وما يليها).

وإنما أطلق عليها مصالح حاجية؛ لأن في مراعاتها دفع حرج بالغ، ومشقة غير معتادة، أو بمعنى آخر لأنها حاجات أساسية للناس في تعاملهم، لولاها لوقع الناس في حرج شديد، والحرص مدفوع في الدين. وقد أشار الأئمة من فقهاء المسلمين إلى كون العرف مناطاً لمالية الأعيان والمنافع والحق؛ كما رأيت.

(١) «الأشباه والنظائر» للسيوطي: ص ١٩٧ - وهو شافعي المذهب - وقوله: «إن قُلت أي: قلت قيمة ما أتلف».

(٢) ومفاد هذا أن ما لا يطرحه الناس، أي: يتمولونه، لمنفعته الباقية فيه. أما ما يطرحه الناس، فلا قيمة له عرفاً، وما كان كذلك لا يجري فيه التعامل، ومن ثم لا يكون مالاً شرعاً، إما لأنه لا منفعة فيه أصلاً، أو فيه منفعة ولكن محرمة، وإما لأنه كان ذا منفعة، ولكن عينها قد بليت من كثرة الاستعمال حتى ذهبت منفعتها جملة.

وإذا أدركنا أن «القيمة» هي مناط المالية الثابتة عرفاً، وأن القيمة أساسها المنفعة، نتج عن ذلك أن «المنفعة» هي الأصل في التقييم والاعتبار، وهذا ما أكده الإمام العز ابن عبد السلام فيما نقلنا لك من قوله: «إن المنافع هي المقصود الأظهر من جميع الأموال»^(١).

وأما قوله: «وما لا يطرحه الناس» إشارة إلى أن الأعيان وإن نقصت منافعها، بكثرة الاستعمال، لما يصيبها من البلى، فإن عدم طرح الناس لها دليل على بقاء شيء من منافعها، وإن قلَّ، فتبقى ماليتها قائمة بقدر منفعتها الباقية، مما يدل قطعاً على أن المالية منوطة بالمنفعة وجوداً وعدمًا، لا بالعين ذاتها.

ابن خلدون يصرح بأن الأعمال من المتممّولات:

الأعمال اليدوية أو الهندسية وما إليها، ليست أعياناً، ولكنها من المتممّولات، ويعتبر ابن خلدون اغتصاب قيمتها تسخيراً للمعتملين من أسباب فساد العمران، والانتقاض على الدولة، حيث يقول: «تكليف الأعمال، وتسخير الرعايا بغير حق، من أشد الظلمات وأعظمها في فساد العمران، وذلك أن الأعمال من قبيل المتممّولات... فإن الرعية المعتملين في العمارة»^(٢)، إنما معاشهم ومكاسبهم من اعتمادهم ذلك، فإذا كلفوا العمل في غير شأنهم، واتخذوا سُخْرِيًا في معاشهم، بطل كسبهم، واغتصبوا قيمة عملهم ذلك، وهو مُتممّولهم»^(٣).

ويلاحظ أن الإنتاج العلمي المبتكر عمل ذهني، بل قد ثبت في السنة كونه عملاً، فيكون متمملاً^(٤).

(١) «قواعد الأحكام»: (١٧/٢).

(٢) وهذا على سبيل المثال لا الحصر، ويقاس عليه غيره.

(٣) «المقدمة»: (٢٨٦/٢) وما يليها.

(٤) ثبت ذلك بقوله ﷺ: «إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، وعلم ينتفع به، ...

الحديث». [أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة].

ثانياً - وفي فقه الحنابلة:

«أن المال، ما فيه منفعة مباحة، لغير حاجة أو ضرورة، كعقار، وجمل، ودود قز، وديدان لصيد، وطير لقصد صوته كبلبل وببغاء... أما ما لا نفع فيه، كالحشرات، وما فيه نفع محرم، كالخمر، وما لا يباح إلا للضرورة، كالميتة، وما لا يباح اقتناؤه إلا لحاجة، فليس مالاً»^(١).

ويستتج من اجتهاد الفقه الحنبلي في مناط المال، ما يلي:

أ - أن المنظور إليه في مالية الأشياء ليس هو «عينية» الشيء المادي، بل منفعته وأثره، بدليل قولهم: «إن ما لا منفعة فيه، فليس بمال» أي: ولو كان شيئاً عينياً. فمناط المال إذ هو «المنفعة» لا «العينية» في حد ذاتها، وهو ما اتجه إليه الفقه الشافعي، كما رأيت.

فأما مصادرها أو محالها من الأعيان المادية، فهي التي بها يمكن أن تستوفى أو تحاز، أو تقدر؛ إذ لا قيام لها بنفسها.

يوضح هذا، أن «الديدان» أعيان في ذاتها، ولكنها ليست أموالاً، على الرغم من عينيتها؛ إذ لا نفع فيها، حتى إذا صارت تُتخذ طُعماً في أشراك الصيد مثلاً، غدت حينئذ ذات قيمة مالية، لا بالنظر لعينيتها أو ماديتها، بل بالنظر لهذه المنفعة التي ظهرت لها، ولولا ذلك لبقيت من المحقّرات التي يطرحها الناس.

وفي اجتهاد الحنفية - وهم أكثر الفقهاء اعتداداً بالعينية عنصراً مقوّمًا وحيداً للمالية - أن «هَوَامَّ» الأرض تصبح مالاً، وبالتالي محلاً للملك إذا ظهرت منافعها في الدواء، ويلزم متلفها بالضمان (التعويض)، وغاصبها بالردّ عيناً إذا كانت قائمة؛ لأنها ذات قيمة مالية عرفاً^(٢).

وفي الواقع أن ذلك إنما كان نتيجة للإنتاج الفكري المبتكر أولاً، ثم جرى تطبيقه واقعاً في المختبرات الطبية، وفي العلاج عملاً، فأوجدت هذه المنافع العظيمة.

(١) «الإقناع»: (٥٩/٢)، و«المغني الكبير» لابن قدامة: (٤٣٩/٥).

(٢) «مجمع الأنهر»: (١٠٨/٢).

والسؤال الذي يفرض نفسه هنا، كيف يُتصور عقلاً ومنطقاً أن يكون لهذه الديدان أو الهوام قيمة مالية، ثم لا يكون «للعلم» الذي أنتجها أي قيمة مالية؟! فالقيمة إذن منوطة بالمنفعة التي هي أصلها ومستندها، بل ومعيّارها، ولا ريب أن المنفعة أمر معنوي لا يدرك إلا بالعقل وحده، فحيث تكون المنفعة تكون القيمة، أي: تكون المالية.

وتأسيساً على هذا، يتسع هذا المناط أو القياس العام، ليشمل «كل نفع ذي قيمة بين الناس» إذا لم يكن محرماً الانتفاع به شرعاً، مما استلزم بالتالي جريان المعاوضة فيه عرفاً، أو كما يقول الفقهاء: «يجري فيه البذل والمنع» أي: محل للمعاوضة.

بل يتسع هذا «المناط» أو القياس العام، ليشمل كل شيء لم يكن مالاً في الأصل، أو كان محرماً لضرره من وجه، إذا ظهرت له منفعة فيما بعد من وجه آخر، أثراً لاكتشاف علمي، ما دام حكم المالية شرعاً يدور على ما للشيء من أثر ظاهر يتعلق بالنفع الإنساني العام، مما جعل الناس يتواضعون على تقييمه محلاً في مبادلاتهم المالية.

فأمصال اللقاح مثلاً، قوامها - في الأصل - جراثيم ضارة فتاكة، لكنها أصبحت اليوم «أموالاً ذات قيمة عالمية» بعد أن ظهر نفعها في مقاومة الأوبئة إذا جرى تصنيعها لتخفيف سمومها، بما تُحدث من أثر في الأجسام يكسبها مناعة ضد الإصابة بتلك الأوبئة، كالهَيْضَة (الكوليرا) والجُدري، والطاعون، وما إليه، وهو نفع عظيم يتعلق بحفظ حياة الإنسان ووقايته من الفناء، والموتان^(١)، وهو مقصد شرعي من الضروريات، وتُبنى عليه الأحكام قطعاً.

وكذلك الدم الآدمي، هو في الأصل محرّم الاتجار به لمجرد الاتجار والكسب، صيانة للكرامة الإنسانية التي أرساها القرآن الكريم مبدأً دستورياً أصيلاً بقوله سبحانه: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠] لكن لما ظهر نفعه العظيم - علماً وواقعاً - في إنقاذ

(١) المَوْتَان: الموت الذريع أثراً لوباء خطير مثلاً.

حياة جرحى الحروب الذين استنزفت دماؤهم أثراً لجراحاتهم البالغة، واعتماد الناس تداوله دولياً، لما أضحى له من قيمة، كان مالاً متقوماً شرعاً، تخريباً على هذا المناط العام، في مالية الأشياء في الفقه الإسلامي.

ومن هنا قرر الفقهاء: أن ملك المنفعة يستوجب حيازة العين التي تقومُ بها تلك المنفعة، ولا يقدح في هذا الأصل أن تكون المنافع غير قائمة بنفسها، بل غيرها، ما دام ممكناً إحرازها بإحراز مصادرها، واستيفائها منها، كالدور والكتب، وما إليها.

جريان الملك في الأعيان والمنافع يستلزم ماليتها شرعاً:

وعلى هذا، تقرر أصل آخر في مالية المنافع شرعاً، يقضي بأن جريان الملك في الأعيان يستلزم ماليتها، مادام الانتفاع بها مباحاً شرعاً.

وجريان الملك في المنافع، يستلزم ماليتها شرعاً أيضاً على الراجح في الفقه الإسلامي المقارن. والمعوضة أساسها الملك، وهي جارية عرفاً في الابتكار الذهني كما هو واقع ومشهود، فكان الابتكار الذهني مالاً لذلك.

وقد صرح بعض الباحثين من الفقهاء المحدثين، عن وجهة نظر الجمهور في «صفة المالية» في الفقه الإسلامي، ومناطها، بقوله: «ومن الفقهاء من صرح بأن (المالية) ليست إلا صفة للأشياء، بناءً على تمول الناس، واتخاذهم إياها مالاً ومحلاً لتعاملهم، وذلك لا يكون إلا إذا دعيت حاجتهم إلى ذلك، فمالت إليه طباعهم، وكان في الإمكان التسلط عليه، والاستئثار به، ومنعه من الناس، وليس يلزم لذلك أن يكون مادةً تدخر لوقت الحاجة^(١)، بل يكفي أن يكون الحصول عليها ميسوراً عند الحاجة إليها غير متعذر، وذلك متحقق في المنافع، وفي كثير من الحقوق، فإذا ما تحقق ذلك فيها عُدَّت من الأموال، بناءً على عرف الناس وتعاملهم»^(٢).

وهذا رأي وجيه وتفقه جيد.

(١) وهذا رد على مذهب مقدمي الحنفية.

(٢) «الملكية» للشيخ علي الخفيف: (١٣/١)، الهامش.

وجرياً على مقتضى مناط المالية في الفقه الحنبلي، من أن «ديدان الصيد» تعتبر مالاً، بالنظر لمنفعتها المحدودة، من جعلها طعماً لاقتناص طائر، أو اصطيد سمك، فإن «المنافع الخاصة» ذات الأثر البالغ في حياة البشر - كالابتكار الذهني - ينبغي أن تكون مالاً من باب أولى؛ لأن من المقرر أصولياً أن الحكم يتأكد شرعاً، بمدى قوة تقرر مناطه فيما يشمله من وقائع^(١).

والتفاوت شاسع بين الأثرين بداهة، بل لا يخفى ذلك على من له أدنى مُسكّة من عقل؛ إذ النفع في الحشرات والديدان أثرٌ محدود لمخلوقات تافهة، بخلاف الإنتاج الفكري المبتكر، فهو أثر لمجهود عقلي شاق ومضن، يبذله الإنسان الحي العاقل المفكر العالم، لتقويم وتديير الحياة الإنسانية الفاضلة، باعتباره مُستخلفاً عن الله في الأرض.

سلمنا أن لها أثراً بالغاً، لكن ذلك نتيجة للبحث العلمي، والابتكار الذهني.

والخلاصة: أن المنفعة - في فقه الحنابلة - تعتبر أساساً للقيمة، والمالية، ولو كانت ترفهية يسيرة الشأن، كما في تغريد بلبل، أو تصويت ببغاء، وهل هذا يقارن بالإنتاج الفكري المبتكر لجهاذة العلماء من حيث النوعية والأثر؟!

الشريعة الإسلامية معقولة المعاني والدلالات، ولا سيما في فقه المعاملات، والتفقه الأصيل ما كان صادراً عن تلك الدلالات والمعقولة في كل ما لم يرد فيه نص خاص ولا إجماع، ولا نظير يقاس عليه؛ لأنها روح التشريع ومقاصده التي أشار إليها الإمام العز بن عبد السلام باعتبارها أصلاً عامّاً قوامه جلب المصالح، ودرء المضار والمفاسد؛ إذ يقول: «ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح، ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان 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).

(١) «أصول التشريع» للمؤلف ص ٣٥٥ وما يليها.

(٢) «قواعد الأحكام»: (٢/١٦٠)، وراجع مؤلفنا: «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص ١١٩، طبع

مؤسسة الرسالة و«المغني» و«الشرح الكبير» في فقه الحنابلة لابن قدامة: (٥/٤٣٩).

ونفس الشرع هي روح العدل والمصلحة المعتبرة فيه، والإنتاج العلمي المبتكر مصلحة عامة حقيقية مؤكدة، بلا ريب، فبنى عليها الأحكام تحقيقاً لها، وصوناً لحقوق أصحابها فيها.

ثالثاً - في فقه المالكية:

يقول الإمام الشاطبي في كتابه «لموافقات في أصول الشريعة»: «المال ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك»^(١).

فالفلسفة التشريعية التي يقوم عليها مفهوم المال عند الإمام الشاطبي - وهو من أئمة أصول المذهب المالكي - أنه مجرد اعتبار أو وصف شرعي، لأن الملك في اجتهاد جمهور الأئمة مجرد علاقة اختصاص يقرها الشارع بين المالك ومحل الملك، وهذا ما صرح به القدسي في «حاويه»، حيث عرف الملك بأنه: «اختصاص حاجز». ومن ذهب من الفقهاء والأصوليين إلى تعريف الملك بأنه: «حكم شرعي مُقدَّر وجوده في العين أو المنفعة». لم يخرج عن المعنى الذي قال به الإمام الشاطبي، من قبيل أن الملك مجرد اعتبار شرعي يقره الشارع، ومعلوم أن إقرار الشارع إنما يكون بحكم^(٢).

(١) «الموافقات» الشاطبي: (١٧/٢).

هذا، والاستبداد هو الاختصاص والاستئثار بالمال، والاستحواذ عليه مادياً، إن كان المال بطبيعته قابلاً لذلك، وإلا فإن الاختصاص أو الانتماء يقوم مقام الحيابة المادية المباشرة إن كانت طبيعة المال تأبأها، وحينئذ يكتفى بالحيابة غير المباشرة، وهي حيابة مصادر المال المعنوي الذي يقوم بها؛ إذ لا قيام له بنفسه. الواقع أن الاستبداد على هذا الوجه يورث صاحب المال سلطة تقدره على منع الغير من التجاوز على ماله، والاعتداء عليه، والتصرف فيه تصرفاً نافذاً إلا بإذنه.

هذا، ويتم الاستبداد أو الاختصاص بالابتكار الذهني اليوم، بتسجيله على اسم صاحبه، في أرقام سلسلة، وإيداعه لدى الجهات المختصة في الدولة، وبذلك يحفظ حق مؤلفه فيه، وتثبت الحماية القضائية له، ولا جرم أن هذا أقوى أثراً في تحقق معنى الاختصاص الذي يمنع الغير من التجاوز على الحق، من الحيابة المباشرة في الماديات.

(٢) «الفروق» للإمام القرافي: (٢٠٨/٢)، و«الأشباه والنظائر» لابن نجيم، «الفن الثالث»، مع «حاشية الحموي»، باب الملك ص ٣٤٦.

وهذه العلاقة التي أقرها الشارع بين المالك ومحل الملك، تورثه التمكين الشرعي من التصرف في الملك، فيصبح المالك متمكناً مما يملك لتمكين الشارع إياه، فالتمكين إذن هو مناط السلطات الثلاث، من التصرف والاستعمال والاستغلال، وبذلك يصبح بوسعه أن يمنع غيره من التجاوز أو الاعتداء على ماله، أو التصرف فيه تصرفاً نافذاً إلا بإذنه، أي: أن العلاقة الشرعية (الملك) منحتة القدرة على التصرف إيجاباً وسلباً، ومن عرّفه من الفقهاء^(١) بأنه قدرة شرعية، فتعريفه بالأثر لا بالحقيقة؛ لأن الواقع أن القدرة أثر الملك لا عينه.

وإنما قيدت التصرف بكونه نافذاً، لإخراج الفضولي؛ إذ قد يتصرف في مال غيره بدون إذن منه ولا ولاية، ولكن نفاذ تصرفه موقوف على إجازة المالك عند بعض الفقهاء كالحنفية.

وهذا الاعتبار الشرعي الذي يقوم عليه مفهوم المال - في اجتهاد المالكية - هو مناط الصفة المالية للأشياء، مادية كانت أم معنوية، وبذلك يشمل الأعيان والمنافع وسائر الأمور المعنوية كالحقوق^(٢)؛ لأن الحقوق كلها تقوم على أساس الملك؛ إذ الحق جوهره الاختصاص - كما علمت - والاختصاص جوهر الملك وحقيقته، وإلا ما كانت حقوقاً بالمعنى الدقيق، بل مجرد إباحات^(٣)، وإذا كانت الحقوق من قبيل الملك، فالحقوق أموال؛ إذ المال مرادف للملك في فقه المالكية، كما رأيت.

(١) «فتح القدير» الكمال ابن الهمام: (٥/٧٣ وما يليها).

(٢) الفقه المالكي أكثر المذاهب الفقهية اعتباراً لكون الحقوق من المال، إلا ما كان لا يقبل التجزيء كالولاية وما إليها، كما سيأتي بيانه.

(٣) الفرق بين الحقوق والإباحات، أن الأولى تقوم على خاصة الانتماء والاختصاص، بحيث تحجز وتمنع غير صاحب الحق، من أن ينتفع به أو يتصرف فيه تصرفاً نافذاً إلا بإذنه. أما الإباحات، وهي ما يطلق عليها اليوم «الحريات العامة» فهي ليست حقوقاً؛ إذ لا تقوم على عنصر الاختصاص، بل هي مجرد ترخيص وإذن عام بالانتفاع المشترك بين الناس، وعلى قدم المساواة، ولا يجري فيها التعامل، إذ ليس أحد من المباح لهم مالاً حتى يتصرف فيما يملك، أي: ليس في مركز ممتاز قبل الكافة، كما هو الشأن في صاحب الحق، بل للمباح له أن ينتفع بالشيء المباح إباحة عامة، هو وغيره على السواء، إذ لا يملك أحدهم في المباح أكثر مما يملك الآخر، وإنما يملك المباح بالاستيلاء والحوز مع القصد إلى التملك، إذا كانت طبيعته لا تأبى ذلك، كالكأ، والحطب في الغابة، والماء، والطيور، والحيوانات، من كل ما هو موجود في الطبيعة، ولم يسبق عليه ملك لأحد.

هذا، ومن المعلوم أن الإنتاج العلمي المبتكر، تجري فيه المعاوضة عرفاً والمعاوضة أساسها الملك، فكان مالاً؛ لأنه وقع عليه الملك بالمعاوضة، على حد تعريف الإمام الشاطبي الذي يفيد هذا التعميم في مفهوم المال حتى شمل الأعيان والمنافع والمعاني والحقوق عنده؛ لأن لفظ «ما» في قوله: «ما يقع عليه الملك» من ألفاظ العموم، كما تعلم.

هذا، والاختصاص أو الاستبداد الذي ورد في التعريف، لا يعني الحيازة المادية بداهة، وإن كان يقوم مقامها فيما تأبى طبيعته الاستحواذ المادي المباشر؛ لأن هذا لا يُتصور في الحقوق والمعنويات، بل مجرد «الانتماء» كاف في ثبوت حق الملك في الإنتاج المبتكر، وذلك بتسجيله على اسم مؤلفه، تحت رقم متسلسل لدى المراجع المختصة في الدولة، وإيداعه، وبذلك يُحفظ حقه فيه، وتثبت الحماية القضائية له.

تعميم معنى الملك على مفهوم المال عند الإمام الشاطبي، مخالف لما استقر عليه فقه المالكية في مالية بعض الحقوق:

ليس كل حق - وأساسه الملك - مالاً بالإجماع، وعند المالكية بوجه خاص. فإذا ما أطلق الحق على ما ليس محله مالاً، وما لا تعلق له بالمال، كما أشار الإمام القرافي، أو على ضرب من الحقوق الشخصية المحضة، كالوكالة والولاية والوظيفة، مما لا يقبل التجزئ فلا يكون مالاً؛ إذ لا تعلق له بالمال أصلاً^(١)، على الرغم من جريان الملك فيه.

(١) وقد يرد علينا «حق القصاص» فهو حق متقرر في محله، وليس حقاً مالياً بالبداية؛ لأن محله - وهو ذات القاتل - ليس بمال، ولا متعلقاً بمال، ومع ذلك جاز إسقاط القصاص نظير عوض مالي (الدية) بالنص، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَمْ يَنْ أَجِبْهُ شَيْءٌ قَالِيًاغٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ١٧٨].
ويجاب عن ذلك، بأن العوض المالي هنا إنما كان نظير الإسقاط، لحمل ولي القاتل عليه، مكافأة له، لا ثمناً للحق ذاته؛ لأنه ليس بمال، كما قدمنا، ونظيره حق التخليق؛ لأنه حق متقرر في محله، وهو الزوجة، وهي ليست بمال بداهة، وإنما جاز أخذ فدية نظير إسقاطه بالمخالعة، لا ثمناً لذات الحق، دفعاً للضرر عن الزوجة.

وعدم قبول التجزئ لا يعني عدم إمكان تمييزه وفرزه بل عدم تصنيفه مثلاً. «الحق والذمة» لأستاذنا المرحوم الشيخ علي الخفيف: ص ٢٤، ص ٣٧، و«بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/٢٤٠).

فهذا التعميم في تعريف الإمام الشاطبي لا يتفق وواقع المذهب المالكي، بل ولا مع الإجماع.

تعريف الإمام ابن عرفة للمال، وتفسيره له، ينطبق على الإنتاج العلمي المبتكر، ويؤكد معنى المالية فيه:

على أن نرى الإمام ابن عرفة يفسر «المنافع» بأنها أمور عقلية معنوية مجردة، لا حسية، وهي مالٌ كالأعيان، ورأينا هذا الإمام - وهو من مجتهدي المالكية الأعلام - يحدد مفهوم المال تحديداً بحيث يشمل الابتكار الذهني، ويؤكد هذا الشمول بوجه قاطع بما أتى به من تفسير لهذا التحديد، إذ يقول: «ظاهر المال إذا أُطلق يشمل العين والعرض».

وفسر «العرض» بكونه «منفعةٌ أو معنى لا يمكن عقلاً الإشارة إليه»^(١) حساً، إلا إذا أضيف إلى مصدره، وأمكن استيفاؤه».

يقصد بذلك أن «المنافع أو المعاني» من حيث ذاتها، لا يمكن عقلاً أن يشار إليها حساً، إلا إذا نسبت إلى مصادرها التي تقوم فيها، كأن تقول: منفعةُ السيارة، أو منفعة الأرض، أو منفعة الدار، ويمكن استيفاؤها، بالاستعمال أو الاستغلال عن طريق ذلك المصدر.

هذا المناط متحقق في الابتكار الفكري، كما ترى؛ لأنه صور ذهنية أو معاني عقلية مجردة، لا قيام لها بنفسها، ولا يمكن الإشارة إليها حساً، من حيث ذاتها، إلا بعد إضافتها إلى صاحبها ومصدرها الذي اتخذته حيزاً مادياً لها من كتاب ونحوه، فتقول مثلاً: هذا ابتكار خالد، أو تضيفها إلى الكتاب نفسه عنواناً له، بعد نسبه إلى المؤلف، وتشير إليه، فتقول: وهذه «رسالة الشافعي» في الأصول، أو هذا «أدب العقاد»، أو هذا تصميم مشروع هندسي للمهندس فلان، أو هذا كتاب الفيزياء للمؤلف فلان، وهكذا.

(١) «شرح حدود ابن عرفة» ص ٣٨٠.

وبدهي أن الابتكار الفكري بعد إمكان الإشارة إليه حساً، لانفصاله عن صاحبه، واستقلاله عنه، واستقراره في كتاب أو عين، يمكن استيفاؤه، عن طريق الدراسة أو القراءة، شيئاً فشيئاً، كما هو واقع مشهود؛ لأن منافع الابتكار الذهني تستوفى عن هذه الطريق، وكذلك الرسوم الهندسية، مثلاً، يمكن أن تُستوفى عن طريق الدراسة، ثم التطبيق والتنفيذ، بعد انفصالها عن عقلية المهندس في خرائط وما أشبه، فتحقق مناط المالية فيها كما حدده الإمام ابن عرفة، دون لبس ولا إبهام، كما ترى^(١).

ويشير ابن عرفة إلى الفرق بين المنفعة القائمة بالعين، بحيث يمكن الإشارة إليها حساً، ويمكن استيفاؤها، وبين ما لا يمكن استيفاؤه، فلا يعتبر بالتالي مالاً؛ إذ لا بد من إمكانية الاستيفاء شرطاً لاعتبار المنفعة مالاً.

فالصفة العلمية القائمة بالعالم من الملكة الذهنية، أو قوة الإدراك العلمية، ليست مالاً؛ إذ لا يمكن استيفاؤها في حد ذاتها؛ لأنها مجرد قوة أو قدرة عقلية قائمة في ذات العالم، وهو ما كنا أشرنا إليه، من أنها لا يمكن انفصالها، ولا استيفاؤها، وبالتالي لا تُورث للاستحالة، ولأنها تنهدم بموته، بخلاف «أثر» هذه القوة العلمية، أو الملكة، من الإنتاج العلمي، كما بينا.

ولا ريب، أن أثر الشيء ليس هو عين الشيء، كما نوهنا.

إذن يدخل الإنتاج الذهني المبتكر في مفهوم المال الشامل للمعاني العقلية دخولاً أولياً، كما حدده ابن عرفة، ولَمَّا أتى به من تفسير لهذا التحديد.

والإمام الشاطبي أكد هذا المعنى بأسلوب آخر، إذ جعل الملك «أساس المالية»، ومعلوم أن الملك لا يجري إلا فيما فيه نفع، وما له قيمة عرفاً بدهاءة؛ لأنه اختصاص، ولا معنى للاختصاص بشيء لا نفع فيه ولا قيمة له، والملك معنى شرعي، أو مجرد علاقة معنوية شرعية.

فتلخص أن «الملك والمنفعة» كليهما معنيان شرعيان: أحدهما حق، والآخر مال.

(١) «شرح حدود ابن عرفة» ص ٣٨٠.

وتبين أن لا أثر لاختلاف طبيعة محل الملك، على حقيقة معنى الملك شرعاً، في فقه الجمهور، بما فيهم متأخرو الحنفية، على ما سيأتي، فكانت كلها أموالاً إلا ما استثني من ذلك، مما يحرم الانتفاع به شرعاً، أو كبعض الحقوق التي لا تقبل التجزيء.

هذا، وطبيعة سلطة الملك الممنوحة له شرعاً بمقتضى حق الملك^(١)، على ابتكاره العقلي أو الأدبي، كطبيعة سلطته على أمواله العينية، سواء بسواء، مع الاختلاف في مداها، نظراً لطبيعة محلها، لا لذاتها، كما سنفصله قريباً.

رابعاً - منشأ حق الابتكار:

حق الابتكار منشؤه العرف، والمصلحة المرسله المتعلقة بالحق الخاص أولاً، وبالحق العام ثانياً؛ لأن إقرار الشارع للحق إنما يكون بحكم، والحكم مستمد من مصادر التشريع التي منها العرف والمصلحة^(٢).

(١) أي: أثراً لثبوت حق الملك، وهي سلطة الانتفاع والتصرف في محل الملك، وهذا أثر للإباحة أو التمكين الممنوح للمالك من قبل الشارع، بمقتضى حق الملك، كما ذكرنا؛ إذ لا قيمة لإقرار الشارع لهذا الحق لصاحبه، وحمايته، إذا لم يمكنه من التصرف، فالتمكين أثر ثبوت الحق شرعاً، وهو مناط ثبوت سلطات المالك في التصرف والانتفاع.

(٢) المصلحة - في الواقع - كما يقول الإمام الغزالي - مقصود الشرع، وغاية الحكم، أو حكمة تشريعه، مما يجلب نفعاً، أو يدفع ضرراً، وسميت مُرسلة لأنه لم يرد في الشرع نص خاص بها، يعتبرها، أو يلغيها، ولم تكن مستنبطة من نص خاص ورد في نظير لها، ولم ينعقد عليها بعينها إجماع، فبقيت هكذا «مطلقة» عن النصوص والأحكام الخاصة بها، وهذا هو معنى الإرسال. غير أنه لا بد أن يشهد لها نص عام، أو معنى عام، أو قاعدة عامة بالاعتبار، لتكون من الشرع، وإلا كانت غريبة لا يُعتد بها. هذا، والأصوليون يطلقون «المصلحة المرسله» ويريدون سببها، لا عينها، مجازاً، ومعلوم أن سبب المصلحة هو الفعل، أو التصرف الذي من شأنه أن يحققها، والحكم الشرعي الذي يُبنى على المصلحة باعتبارها ثمرة الحكم وغايته، هو في الحقيقة متعلق بالفعل أو التصرف؛ لأن الأحكام تتعلق بأفعال المكلفين، فالمصلحة مجاز عن الفعل الذي سببها.

وعلى هذا، فالإنتاج المبتكر عملٌ ذهني، أو تصرف عقلي، يستمد حكمه شرعاً من المصلحة أو المنفعة التي تترتب عليه، وهي هنا النفع الإنساني العام، فكان واجباً بوجوب تحقيق هذه المصلحة العامة، ولذا سمي هذا الإنتاج مصلحة.

أما العرف، فواقع ومشهود، وهو عرف عالمي لا إسلامي فحسب، والعرف مصدر لنشوء الحق، أي: مصدر للتشريع، فيما لا نص فيه على الخصوص، إذا لم يصادمه دليل خاص بموضوعه من جهة الشرع يحرمه، ولم يوجد، بل الذي وُجد أن الشرع يفرضه، بل ويجعله^(١) ميزاناً للتفاضل بين الأفراد، والشعوب، والأمم، بعضها قبل بعض، كما أشرنا.

وأما المصلحة المرسله، فهي حجة شرعاً؛ لأنها - كما يقول الإمام الغزالي - مقصود الشرع، ولا ريب أن «العلم النافع» سبب لنفع عظيم شامل، فكان مقصداً شرعياً قطعياً ينبغي أن تُبنى على مثله الأحكام التي تقرر الحقوق الخاصة لمن أنتجه، وهو حق العالم، وهذه «المصلحة» هي التي اعتبرها الإمام العز بن عبد السلام: «نفس الشرع»^(٢)، أي: روحه ومعقوله، وأساس العدل فيه.

وأما كون هذه «المصلحة» متعلقة بالحق العام أيضاً، فلأن العلم تتعلق به مصلحة عامة، ونفع حقيقي مؤكد للأمة، بل للمجتمع الإنساني كله، بلا مرأه.

وبالمقارنة بين الحقيين: حق المؤلف المبتكر، وحق الأمة في العلم النافع، يبدو لنا أن الأول لا يعدو أن يكون مالياً من وجه، وأدبياً اعتبارياً لشخصية المؤلف العلمية من وجه آخر، كما قدمنا، بخلاف الثاني، فإنه حق متعلق بالنفع العلمي المعنوي الخاص.

وتأسيساً على هذا، لم يعد حق المؤلف فيما ابتكره حقاً فردياً خالصاً له، لا يَشْرِكُهُ فيه أحد، بل هو مشوب بحق عامة المسلمين، بل والناس أجمعين، وهذا هو حق الله تعالى^(٣) في كل حق فردي.

(١) ولا يرد علينا أن ما يفرضه الشرع قد ورد فيه نص، فلا يكون حينئذ مصلحة مرسله؛ لأننا نقول: إن كون «العلم» بوجه عام، مفروضاً تحصيله شرعاً، أو إنتاجه، شيء، وتقرير الشرع «للحق المالي» للمؤلف شيء آخر، وهذا الأخير هو ما نحن بسبيل البحث فيه، ولم يرد فيه نص خاص به.

(٢) «قواعد الأحكام»: (٢/١٦٥).

(٣) حق الأمة إنما سمي «حق الله تعالى» ونسب إليه سبحانه - كما يقول الأصوليون - لعظيم خطره، وشمول نفعه؛ لأن الله تعالى لا مصلحة له في هذا الحق، بل منزه عن المنافع، وغني عن العالمين. «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» للمؤلف ص ٧٠.

والواقع، أن المصلحة المرسله المتعلقة بالحق العام والخاص، هي مستند العرف الصحيح؛ شرعاً، لأن الناس بطبيعتهم لا يتعارفون، ولا يتعاملون إلا فيما فيه نفع ومصلحة لهم، والشرع يُقرُّ ذلك ما دام لا يتعارض وتعاليمه، تحقيقاً لمصالحهم.

إذا تقرر هذا، فإن عدم اعتبار «مالية الإنتاج العلمي» وما يترتب على هذه «المالية» من حق الملك فيه للعالم الذي ابتكره، يفضي غالباً إلى انقطاع العلماء عن الاستمرار في الابتكار والإنتاج، وهذا مآل ممنوع شرعاً؛ لأنه إهدار للمصالح العام، فضلاً عن الصالح الخاص، ولأنه مقصد شرعي قطعي، وهدمه مناقضة لإرادة المشرع الحقيقية، وهذا باطل، لا يجوز المصير إليه بحال، فوجب أن تُسدَّ الذريعة إلى هذا المآل، وذلك باعتبار ماليتها، تأكيداً لتحقيق هذا «المقصد» في واقع المجتمع الإسلامي، بل وللصالح الإنساني العام، فيتأكد حكم الحق المالي للمؤلف بمدى قوة تقرر المصلحة التي بني عليها هذا الحق.

وأيضاً، انتفاء «الحق المالي» للمؤلف، يناقض مقتضى الأصل العام في التشريع الإسلامي، من أن «لكل إنسان حقه» الكامل في ثمرة مجهوده الذاتي لا يجوز بخسه، ولا المماطلة في أدائه، فضلاً عن هضمه، والافتئات عليه؛ لأن هذا ضرب من أكل أموال الناس بالباطل، وهو محرم بالنص، وقد سبق أن بينا أن الشرع يعتبر العلم النافع عملاً، بل ومن أجل الأعمال^(١)، وحق الإنسان في عمله أمر ثابت من الدين بالضرورة.

(١) لقوله ﷺ: «إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به... الحديث»

[أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة].

لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ﴿١٥﴾ وَأَنَّ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَى ﴿١٦﴾ ثُمَّ يُجْزَاهُ الْجَزَاءَ الْأَوْفَى ﴿١٧﴾﴾ [النجم: ٣٩-٤١] ولا يلزم من نوال الإنسان أجره في آخرته، حرمانه من حقه في دنياه، وإلا أدى ذلك إلى انقطاع الحقوق، واختلال نظام المعاش.

ولقوله سبحانه: ﴿وَلَا يَخْسِرُوا النَّكْأَسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾ [الأعراف: ٨٥]، فأكل الحق جملةً محرم من باب أولى، والشيء أعم من أن يكون مادة أو معنى، كما علمت.

ولقوله ﷺ: «أعطوا الأجير حقه، قبل أن يجف عرقه» [أخرجه ابن ماجه: ٢٤٤٣]، والبائع كالأجير؛ لأن مناط حكم المبادرة إلى إعطاء الحق كاملاً هو تقررُه لكل منهما.

خامساً - حق الملك في الإنتاج العلمي المبتكر، حق عيني مالي متقرر لا مجرد:

حق المؤلف في إنتاجه الفكري المبتكر حق عيني مالي متقرر، وليس حقاً مجرداً، ذلك لأن علاقة المؤلف بإنتاجه الفكري علاقة مباشرة وظاهرة من ناحيتين: إحداهما: كونه انعكاساً للشخصية العملية للمؤلف، وهي منشأ مسؤوليته عنه، وهذا هو الطابع الأدبي للإنتاج العلمي، كما بينا.

الثانية: كونه ثمرةً منفصلة عن شخصيته المعنوية هذه، حتى اتخذت لها حيزاً مادياً، كالكتاب ونحوه، به تُستوفى، وتُقدَّر، ويظهر أثرها، ووجودها المستقل. أما كونها علاقة مباشرة، فلأنه لا يتدخل فيها شخص آخر معين، كما يرى في حق الدائنية مثلاً، بل هي علاقة منصبية مباشرة على الإنتاج ذاته، فكانت لذلك حقاً عينياً متقراً، وفي هذا المعنى يقول بعض الباحثين: «أما الحقوق المعنوية - حقوق الابتكار - فهي التي تَرِدُ وتنصبُّ مباشرةً على أشياء معنوية - صورة ذهنية - لا تدرك بحاسة من الحواس، بل بالعقل وحده»^(١).

وأما كونه حقه مائلياً، فلأن محله مال، في فقه الجمهور، ولا سيما المالكية. وأما كونه حقاً متقراً لا مجرداً، فلأن من المعلوم أن الحق المجرد لا يتغير حكم محله بالإسقاط، والنزول عنه، وهنا يتغير، ألا ترى أن المؤلف إذا أسقط حقه المالي في إنتاجه قِبَلِ الناشر أو غيره، أصبح الإنتاج مباحاً بعد أن كان ملكاً حاجزاً لا يحق لأحد الانتفاع به، والتصرف فيه تصرفاً نافذاً إلا بإذنه؟ إذن تغير حكم محل الحق شرعاً بالإسقاط هو دليل التقرر^(٢)، فضلاً عن أن محله مال.

هذا، وحق الملك في المنقول^(٣) يقبل الإسقاط عند بعض الفقهاء من الحنفية والمالكية والإمام أحمد.

- (١) «الملكية»: للشيخ علي الخفيف، (١٦/١)، وقوله: تنصبُّ مباشرة، إشارة إلى أنها حق عيني.
- (٢) والتقرر قد يكون في محل هو مال، أو في محل ليس بمال، فحق القصاص مثلاً متقرر في رقبة القاتل، وهو ليس بمال، وبإسقاط الحق يتغير حكم المحل، فيصبح القاتل معصوم الدم بعد أن كان مُهْدَرَه.
- (٣) المرجع السابق.

سادساً - مدى قبول حقوق الابتكار - للانتقال بالمعاوضة أو الإرث أو الإيصاء شرعاً،
والأساس الفقهي لذلك:

وإذا ثبت أن حق المؤلف في إنتاجه الفكري المبتكر هو حق عيني مالي مقرر، فإن من أبرز خصائص الحق المالي قبوله الاعتياض عنه، وجريان الإرث فيه، وإلزام مغتصب محله برده عيناً، إن كان قائماً، أو متلفه بالتعويض والضمان.

فتخريجاً على هذا القياس العام في فقه الجمهور - ولا سيما فقه المالكية - يدخل حق الإنتاج العلمي المبتكر دخولاً أولياً في المفهوم العام للحق المالي وما يترتب عليه من أثر، من ناحيتين:

أولاهما: من ناحية كونه مالاً، إذ هو منفعة من أعظم المنافع؛ لأن مصدرها الإنسان العالم المفكر المبدع، وهي منفعة قد جرى العرف الإنساني العام - ولا سيما الإسلامي - باعتبارها ذات قيمة، بدليل جريان المعاوضة فيها، والمعاوضة أساسها الملك.

فكانت بذلك محلاً للملك، والملك مال في فقه المالكية، كما علمت. وهذا هو عين ما اتجه إليه الفقه الحنبلي والشافعي، باعتبار أن كل ما له قيمة بين الناس عرفاً، فهو مال، ما دام لم يصادمه دليل خاص من جهة الشرع.

الثانية: من ناحية كونه حقاً تنهض به هذه العلاقة المباشرة الظاهرة التي أقرها الشارع بين المؤلف وإنتاجه المبتكر، بدليل تقرر مسؤوليته عنه، ولا يسأل شخص عما لا علاقة له به، سواء أكانت تلك المسؤولية دينية أم سياسية أم اجتماعية أم علمية، باعتباره ثمرة لجهوده الفكرية، وانعكاساً لشخصيته العلمية التي قضى في تكوينها معظم سني حياته، وأنفق من أجلها نفيس أمواله.

وإذا تقررته علاقته بإنتاجه مباشرة، ومسؤوليته عنه، واختصاصه به، فالحق علاقة اختصاصية مباشرة يقرها الشارع، كما علمت، وإقراره بحكم، ومصدر حكم الشارع هنا هو العرف المعتبر؛ لأن العرف من مصادر الشريعة، وأساس هذا العرف هو المصلحة، كما بينا.

فبالنظر لكون العلاقة مباشرة، أقرها الشارع، كان الحق عينياً^(١).
 وبالنظر لكون محله مالاً - أي: منفعة ذات قيمة عرفاً - كان حقاً مالياً متقراً،
 فنتج عن ذلك أن حق التأليف حق عيني مالي^(٢).
 على أن الحقوق المالية المتقررة في محل هو مال هي في ذاتها منافع أيضاً،
 والمنافع أموال، تجري فيها المعاوضة^(٣)، ما عدا ما استثني، كما قدمنا.
 ومن هنا يُرى أنه يستوي في الوضع الشرعي - في فقه المالكية، والحنابلة،
 والشافعية - أن يكون محل الحق العيني المالي عيناً أو منفعةً، أو معنىً، أو حقاً؛ لأن
 كل أولئك منوط بالمنفعة المتقومة شرعاً.
 واختلاف طبيعة محل الحق من كونه مادة أو معنى - ليس بذی أثر على كونه حقيقة
 العلاقة الاختصاصية بين صاحب الحق ومحله، والتي تنهض بمعنى الملك، فالملك
 يجري في كل أولئك.
 فمعنى الملك لا يتغير باختلاف طبيعة محله.

(١) يتحقق مفهوم الحق العيني في الفقه الإسلامي لا في خصوص الأعيان المالية فحسب، بل في المعاني،
 كما في ملك المنافع، وفي الأعيان غير المالية، كحق الطلاق؛ لأن محله الزوجة، وحق الحضانة؛
 لأن محله القاصر، وبذلك يُرى أن ليس كل حق عيني في الفقه الإسلامي حقاً مالياً، بخلاف القانون.

(٢) ثمة حق عيني غير مالي، كحق الحضانة؛ لأنه علاقة مباشرة بين الحاضن والطفل، وهو ليس بمال،
 فضلاً عن كونه حقاً لا يقبل التجزيء.

يطلق فقهاء القانون الوضعي على العلاقة المباشرة بين الشخص والشئ الذي هو مال، بحيث تورثه
 سلطة مباشرة عليه، يقرها القانون، اسم الحق العيني، وهو في اجتهادهم - لا يكون إلا حقاً مالياً، أو
 ذا قيمة مالية، فضلاً عن أنه يشترط أن يكون محله عيناً، أي: شيئاً مادياً، بخلاف الفقه الإسلامي، فإن
 الحق العيني قد لا يكون مالياً، إذا لم يكن محله مالاً، كحق الحضانة، كما أنه لا يشترط في الحق
 العيني المالي أن يكون محله عيناً بل قد يكون منفعة أو معنى.

(٣) «الميراث المقارن» للشيخ عبد الرحيم الكشكي ص ٧٤.

السلطات الثلاث - من الانتفاع الشخصي (الاستعمال) والاستغلال، والتصرف (المادي والقولي الشرعي) ثمرة حق الملك لا عينه:

ثمرة الشيء ليست ذاته، وإن كانت هذه السلطات الثلاث مظهراً مادياً للملك، لا كنهه، ذلك لأن العلاقة الاختصاصية التي هي جوهر الملك أمر اعتباري ثبت بحكم الشرع، ولا يدرك إلا بالعقل، ولكن ظهور المالك في ممارسته لهذه السلطات الثلاث على ملكه، مظهر مادي، لكن ثبوتها ليس مناطاً لوجود الحق نفسه، بل العكس هو الصحيح؛ إذ الحق مناط وجودها، أثراً له.

على أن التمكين من التصرف هو - في الواقع - مناط لثبوت السلطات الثلاث، كما بينا، والتمكين أثر حق الملك ومقتضاه كما يقول القرافي^(١)، فالسلطات الثلاث هي أثر الأثر.

هذا، ويطلق الفقه الوضعي على هذه السلطات لفظ: «مضمون الحق أو مزاياه أو مكنياته»^(٢).

عدم تغير معنى الملك شرعاً، من حيث هو علاقة اختصاص يقرها الشارع، باختلاف طبيعة محله، مما يؤكد معنى الملك كماً في الإنتاج المبتكر لمؤلفه:

إن مما يؤكد معنى الملك كماً في الإنتاج الفكري المبتكر لمؤلفه، أن اختلاف طبيعة محله لا يؤثر على معنى الملك فيه، سواء أكان محله عيناً أم منفعة أم موراً معنوية، ما دامت قائمة في عين يمكن استيفائها منها، وتقديرها بها، لوجود

(١) «الفروق» للقرافي: (٢/٢٠٨)، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٣٤٠.

(٢) يعرف الدكتور السنهوري - رحمه الله - الملكية بأنها: حق الاستئثار باستعمال الشيء وباستغلاله، وبالتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون، وهذا تعريف ينصب على أثر الملك أكثر مما يحدد حقيقته، فالاستئثار بالسلطات التي هي مزايا الملك، آثار المترتبة على وجوده وثبوته؛ لأن علاقة الملك، وهي علاقة معنوية اختصاصية بمحله - كما علمت - توجب بدورها اختصاصاً واستئثاراً بمزاياه وسلطاته؛ لأن الاختصاص الحاجز يقضي أن يكون المالك مستأثراً بسلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، وهي سلطات تُثبت مقتضى للملك، كما ذكرنا. «الوسيط»: (٤٩٣/٨).

المقتضي، وانتفاء المانع^(١)، فمعنى الملك ومناطه ثابت كماً، ولا مانع من جهة الشرع في الاعتياض عنه.

ويرى أن الشارع الحكيم - بالنسبة للأشياء التي لا توجد إلا على وضع معين - لا يشرع أحكاماً أو يضع شروطاً لا تتفق وهذا الوضع؛ لأن الحكم الشرعي لا يغير من طبائع الأشياء، بل الأحكام الشرعية أوصاف واعتبارات معنوية شرعية تتعلق بالأفعال لا بالذوات^(٢)، ولذا لم يجئ التشريع الإسلامي ضدًا عليها؛ إذ لا يتعلق بذلك مقصد شرعي، إن لم يكن ذلك ضرباً من العبث، والعبث لا يشرع، بناء على القول بالمصالح، أو سبباً في إهدار المصالح؛ لأن إهدارها مفسدة، والشرعية إنما جاءت لجلب المصالح، ودرء المضار والمفاسد، بل يرى الخبير بأسرار التشريع الإسلامي أن فلسفته تقوم على إمكانية تطبيق أحكامه، وتحقيق مقاصده في الوجود، فلا تكليف إلا بمقدور، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، ولا يمكن تطبيق أحكام تضاداً طبائع الأشياء.

ومن هنا كانت «مالية» المنافع والأمور المعنوية جارية على سنن القياس لا على خلافه^(٣)، أو استثناء منه؛ لأن المنافع والمعنويات بحكم طبيعتها، لا توجد إلا على ما هي عليه، والشارع الحكيم إنما يُسبغ عليها وصفاً شرعياً في المعاملات، تحقيقاً لمصالح الناس فيها، فلا يتطلب ولا يشترط أن تكون على غير حقيقتها ووضعها الذي تقوم به، وتتحقق في مواقع الوجود، وهذا ما ذهب إليه الجمهور.

فالحكم الشرعي في الخمر مثلاً، لا يغير من طبيعتها، وكونها مسكرة، بل يُسبغ عليها وصف الحرمة التي تتعلق بالفعل.

مناط الملك يثبت ولو انتفت إحدى سلطاته، أثراً لطبيعة محله:

على أنه قد يقال: إن «حق التأليف» بما هو ملك، أو حق مالي متقرر، يورث

(١) والمانع من مثل الغرر، والربا، وأسباب المنازعة، وانتفاء مشروعية المحل.

(٢) لأن الحكم أصولياً هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين... لا بالذوات كما تعلم.

(٣) سنن القياس، بفتح السين والنون: هو مقتضى القاعدة العامة المطردة.

صاحبه السلطات الثلاث، من الاستعمال والاستغلال والتصرف، كما أسلفنا، وهي شُعبٌ متغايرة في مفاهيمها تصوراً ووقوعاً، فإن المؤلف لا يُتصوّر أن ينتفع بإنتاجه الفكري استعمالاً، أو انتفاعاً شخصياً معنوياً، فإذا سقط عنصر من مضمون الملك، أو سلطة من سلطاته، فهل يبقى قائماً؟

والرد على هذه الشبهة سهل ميسور؛ إذ الملك في جوهره - كما قدمنا - علاقة اختصاصية، أو حكم شرعي مُقدّر في العين أو المنفعة، كما يقول الإمام القرافي^(١) في «فروقه»، والإمام السيوطي في «نظائره»^(٢)، ذلك هو مناط الملك، وأما السلطات فأثار الملك، لا عينه، كما قدمنا، والشأن في الملك أن تكون له هذه الآثار جميعاً، لكن ثبوت هذه الآثار جميعها ليس مناطاً لثبوت الملك نفسه، فالملك يثبت بأحدها ما دام قد تحقق مناطه وهو الاختصاص، ألا ترى إلى حق المرور، هو حق متقرر لمنفعة عقار على عقار آخر، يورث صاحبه سلطة الاستعمال فقط، دون الاستغلال، وكذلك الموقوف عليهم للسكنى، يثبت لهم حق الاستعمال دون الاستغلال، وهذا لا ينفي أن يكون لهم حق في ملك المنفعة على هذا الوجه، فلا أثر إذن لتخلّف ثمرة من ثمرات الملك على ثبوت معنى الملك نفسه كاملاً، فإذا كان الشأن في الملك أن تثبت سلطاته الثلاث جميعاً، لكن ذلك ليس من مستلزماته^(٣).

وبذلك يثبت للمؤلف حق الملك في إنتاجه المبتكر، على الرغم من تخلف سلطة من سلطاته بالنظر إلى طبيعة محله.

حق المؤلف في إنتاجه الفكري نوع خاص من الملك ذو خصائص ذاتية مستمدة من طبيعة محله باعتباره أفكاراً ذهنية مجردة:

١ - ودليل ذلك ما يلي: أنّ حق الملك في الأعيان دائم، وفي المنفعة الأصل فيه التوقيت.

(١) «الفروق» للقرافي: (٢٠٨/٢ - ٢٠٩).

(٢) «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٣٤٠ وما يليها.

(٣) لأن الملك سبب يُمكن صاحبه من التصرف استعمالاً واستغلالاً ومعاوضة بحسب طبيعة محله، فالتمكين أثر الملك، والتمكين هو علة ثبوت السلطات الثلاث، كما أشرنا.

٢ - أن الملك في الأعيان مطلق، وفي المنافع يتقيد بالزمان^(١)؛ لأنه معيار من معايير تعيين مقدارها، وبالمكان، والصفة، والنوع، للتعريف بما يملك من المنفعة، ونوعها، وكيفية استيفائها، لعدم قيامها بنفسها. بخلاف ملك العين، فإنه دائم مطلق، ومتميز محدّد، ومستجمع لصفاته؛ لأنه قائم بنفسه.

وتتلخص الفروق بين الحق العيني الذي محله عين، وبين حق الابتكار الذهني الذي محله صور ذهنية مجردة، فيما يلي:

- ١ - من حيث طبيعة المحل. وقد سبق القول فيه.
- ٢ - من حيث الديمومة، فملك العين دائم ومطلق، وذلك مؤقت، وسنأتي على تفصيل ذلك، وبيان أساسه.
- ٣ - من حيث السلطات، تثبت لملك العين سلطاته الثلاث مبدئياً، وتتخلف سلطة الاستعمال في حقوق الابتكار، بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لمحل هذه الحقوق.

لذا، أمكن القول بأن مناط المال وجوهر الحق، متحققان في حق الابتكار، مع ملاحظة الفروق التي نشأت عن الطبيعة الخاصة لمحل هذا الحق.

وهكذا ترى أن الشارع يسير في تشريعه وفق طبائع الأشياء، ويشرع شروطاً وأحكاماً متفقة معها، فينشأ لها خصائص ذاتية، تبعاً لطبيعة ذلك الشيء، وإلا فلم كان التقييد بما ذكر في ملك المنفعة دون ملك العين؟

وتأسيساً على ذلك، لا يطبق القياس العام في ملك العين على ملك المنفعة على ما اتجه إليه متقدمو الحنفية دون مراعاة الفروق الأساسية بين طبيعة كلٍّ من محليهما؛ لأن التشريع كما قلت لا يكون ضدّاً على طبائع الأشياء؛ إذ لا يتحقق بذلك مقصد شرعي، بل فيه إهدار للمصالح والحقوق، وهذا لا يتصور من الشارع الحكيم.

(١) وقد تتقيد بالمسافة مثلاً، أو بتحديد نوع العمل، أو بغير ذلك، على ما يقضي به العرف.

وعلى ضوء ذلك، يمكنك تقدير القياس العام في المال عند متقدمي الحنفية، وأن تدرك لم أخذوا يخالفون عن مقتضاه بالاستثناءات^(١) بالنسبة للمنافع، على النحو الذي أشرنا إليه؟

السبب في ذلك هو التعميم التجريدي دون مراعاة الفروق الجوهرية الواقعية. هذا، وعلى الرغم من كون ملك المنفعة يتقيد بالزمان، لكنه يقبل - عند الجمهور - الانتقال بالإرث، كملكية الأعيان سواء بسواء^(٢)، وبالإيضاء؛ لأن الإيضاء تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، كالوصية بالمنفعة، وهذا ملك محله مال، والمال يورث، ويجوز فيه التصرف حالاً أو مآلاً.

الملك الذي يجري في منافع الإنتاج الذهني أقرب شبيهاً بالملك الذي يجري في الثمرات المادية والأعيان، منه بالمنافع:

على أن الملك الذي يجري في منافع الإنتاج الذهني، هو أدنى شبيهاً بالملك الذي يجري في الأعيان والثمرات المادية منه بمنافع العقارات من الدور والأرضين، وسائر المنقولات؛ لأن هذه الأخيرة ليست منافعها قائمة بنفسها، بل تقوم بأعيانها، ولا يتصور انفصالها عنها، بينما يرى الإنتاج الفكري ينفصل عن صاحبه، ويتخذ مظهرأ له في النماذج المطبوعة من الكتب والمجلات، والرسومات، والأعيان، فأصبح أقرب شبيهاً بالثمرات المادية المنفصلة عن أصولها، ولهذا التكييف أثر في تحديد نوعية الحق، وتعيين وسيلة تقدير محله، وتحديد ماهية العقد الذي يرد عليه، على ما سيأتي في تفصيله.

(١) المرجع السابق، «المبسوط»: (٧٨/١١).

(٢) القياس العام أن المال لا يكون إلا عيناً يمكن إحرازها ويقاؤها وادخارها لوقت الحاجة، وأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد عليها، عند الحنفية، ويتفرع عن هذا أن المنافع ليست أموالاً في ذاتها، فلا تضمن بالغصب، واستثنوا من ذلك غصب مال اليتيم، والمعد للاستغلال، وغصب مال الوقف، استثناء اقتضته المصلحة. «المبسوط» للسرخسي: (٧٨/١١)، و«مجمع الأنهر» للدماماد: (٨٢/٢)، و«رد المحتار»: (٣/٤ و ١٠٥)، و«البحر الرائق»: (٢٥٦/٥ - ٢٥٧)، و«الأشباه والنظائر»: لابن نجيم مع «شرح» للحموي: (٢٠٩/٢).

إيجاب الفقهاء حيازة العين التي تقوم بها المنفعة، حيث لا يكون ثمة سبيل إلى استيفائها إلا عن طريق تلك العين دليل يبين على مراعاتهم لطبيعة المنفعة، ولوضعها الذي وجدت عليه في مواقع الوجود:

قرر الفقهاء أن «ملك المنفعة» يستوجب حيازة العين التي تعلق بها، عندما لا يكون ثمة سبيل إلى استيفائها إلا بالعين^(١)، وهذا انسياق مع الوضع الذي وجدت عليه المنفعة بطبيعتها من حيث هي أمور معنوية، ثم هي حيازة غير مباشرة للمنافع التي تقوم بها، وهو فقه أصيل.

منشأ شبهة الإمام القرافي في طبيعة حق المؤلف والرد عليها:

يرى الإمام القرافي أن «الاجتهادات»^(٢) التي هي نتاج العقل، أو التفكير العلمي، وإن كانت حقاً لمؤلفها، لكنه حق غير مالي، بل لا تعلق له بالمال أصلاً، وبالتالي لا يورث، وأيد دعواه هذه بأن الوارث لا يرث «الأصل» وهو العقل، فلا يرث الفرع، أو ما يتعلق بالأصل، وهو الاجتهادات، أو الإنتاج العلمي المبتكر. وأيضاً «الاجتهادات» أعمال دينية، أو متعلقة بالدين، والدين لا يورث، فكذا ما يتعلق به^(٣).

وإليك نص قوله: «اعلم أنه يُروى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من مات عن حق فلورثته»^(٤)، وهذا اللفظ ليس على عمومته، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث،

(١) «نهاية المحتاج»: (١٢٤/٥)، و«كشاف القناع»: ج ٣٠٩.

(٢) «الاجتهادات» اصطلاح أصولي يطلق على الإنتاج الفكري المستنبط من نصوص الشريعة، وقواعدها، ومقاصدها، وروحها العامة، وقوامه آراء علمية للمجتهدين الذين توفرت فيهم عناصر الاجتهاد التي اشترطها علماء الأصول، وهي آراء مبتكرة، لم يسبق إليها، وإلا كانت ضرباً من التقليد، والأصوليون يفرقون بين الاجتهاد والتقليد من حيث المفهوم والأحكام.

(٣) هذا الدليل قاصر عن عموم الدعوى، كما ترى؛ لأنه خاص بالاجتهادات الدينية، فلا يشمل الابتكار الذهني بوجه عام، كما في العلوم الإنسانية النظرية، والتجريبية، العلمية.

(٤) أخرجه البخاري: ٢٢٩٨، ومسلم: ٤١٥٧، وأحمد: ٨٦٧٣، من حديث أبي هريرة، بلفظ: «من ترك مالا فلورثته».

ومنها ما لا ينتقل . . . وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله . . . لا ينتقل، بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال. وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله، لا ينتقل للوارث، والسر في الفرق: أن الورثة يرثون المال، فيرثون ما يتعلق به تبعاً، ولا يرثون عقله . . . وما لا يورث، لا يرثون ما يتعلق به . . . ومناصبه وولاياته، واجتهاداته، وأفعاله الدينية، فهو دينه، ولا ينتقل شيء من ذلك للوارث؛ لأنه لم يرث مستنده وأصله»^(١).

وبتحليل مضمون اجتهاد الإمام القرافي الوارد في النص السابق، يمكن أن يُستخلص منه العناصر الأصولية التالية:

أ - إن للمؤلف حقاً في إنتاجه العلمي المبتكر (وهو ما أطلق عليه اسم الاجتهادات)، يدل على هذا استثناءه هذا الحق من عموم الحقوق التي ورد نص الحديث الشريف بحكم جريان الإرث فيها: «من ترك مالا أو حقاً، فلورثته»^(٢).

ب - إن هذا الحق في الإنتاج العلمي المبتكر، (الاجتهادات)، هو - في نظر القرافي - حق مجرد^(٣) لأن محله ليس مالا، بل لا تعلق له بالمال أصلاً، ولأنه جعله نظيراً لحق الوظيفة والولاية، وهي حقوق مجردة.

أو بعبارة أخرى: إن حق الولاية أو المنصب، مبناه المميزات الشخصية، والكفاءة العلمية، وهي صفات ذاتية راسخة في النفس الإنسانية، لا يُتصور انتقالها، فضلاً عن أنها ليست بمال، ولا متعلقة به أصلاً، فكذلك حق الاجتهادات.

(١) «الفروق» للإمام القرافي المالكي: (٣/٢٧٥ وما يليها).

(٢) أخرجه البخاري: ٢٢٩٨، ومسلم: ٤١٥٧، وأحمد: ٧٨٩٩، من حديث أبي هريرة، دون كلمة «حقاً».

(٣) الحق المجرد هو ما لم يتم بمحل يدرك بالحس، كحق الشورى، وكحق الوظيفة، والمنصب، والولاية، وحق التملك، بخلاف الملكية، فإنه حق متقرر؛ لأنه حق قائم بالمال، محل الملك، ويدرك بالحس. ومن هنا لم يكن الحق المجرد مالياً، أو ذا قيمة يعترض عنها بالمال كحق التملك؛ لأنه مجرد ولاية ثبتت أثراً لإذن عام من الشارع، فكان من المباحات، وهي لا تقبل المعاوضة؛ لأن الإباحة العامة لا تفيد تملكاً في المباح العام، بل مجرد رخصة في أن يملك.

ج - «الضابط العام» الذي وضعه الإمام القرافي مؤداه، أن ما كان أصله مالاً، أو متعلقاً بالمال، فهو ذو قيمة مالية، ويجري فيه الإرث، تبعاً لأصله، وما لا فلا .

فالتلازم - كما ترى - قائم بين الأصل والفرع، أو بين الأصل وما ينتج عنه، أو يتعلق به، وهو - في نظره - تلازم لا انفكاك له .

وتطبيقاً لهذا «الضابط العام» يرى أن «الاجتهادات» أو الابتكار الذهني، لا يُقَوِّم بمال، ولا يجري فيه الإرث؛ لأن أصلها الذي نتجت عنه كذلك .

د - إن «الاجتهادات» - وقد قصرها الإمام القرافي على الاجتهادات الفقهية أو ما يتعلق بالدين جملة - أفعال دينية؛ لأنها متعلقة به، والدين أصل الطاعات، فكذلك ما يتعلق به، فالاجتهادات طاعات، لا تقوِّم بمال، ولا يجري فيه الإرث، ولا تقبل التعامل، تبعاً لأصلها .

سابعاً - مناقشة الإمام القرافي في عناصره الأصولية السابقة، ونقدها:

أولاً - يتجه على الإمام القرافي من النقد - بادئ ذي بدء - أنه نظر إلى المسألة المعروضة من وجه دون وجه، وكان ينبغي - وفاء للبحث المستقصي - أن يتناول المسألة من جميع جوانبها، ولا سيما الجانب العلمي الواقعي ذي الأثر الظاهر؛ لأن التشريع الإسلامي واقعي، تتعلق أحكامه ومقاصده بالآثار الواقعة أو المتوقعة، وبيان ذلك:

أن الإمام القرافي قد اتجه إلى «الصفة العلمية» أو «الملكة الذهنية» الراسخة في ذات العالم، وهي التي سماها «العقل» وباعتبار أن «الاجتهادات» انعكاس لها، فإنها تأخذ حكمها؛ إذ «العقل» هو الأصل، بل هو منشأ الصلة الحقيقية المباشرة بين العالم وإنتاجه المبتكر، ومن هنا كانت شبهة الإمام القرافي في تصوره للحقوق الذهنية، وتكييفه لها، وبناء حكمه عليها .

أما أن الإنتاج العلمي أثر للعقل، ونتاج عنه، فهذا لا نزاع فيه، لكننا نعلم أن

للإنتاج العلمي وجهاً آخر، ما كان ينبغي إغفاله، لأهميته وآثاره البالغة والظاهرة من الناحية الواقعية التي تتعلق بها الأحكام، ذلك هو كون هذا الابتكار - في حد ذاته، وبقطع النظر عن أصله - ثمرةً لمجهود وعمل ذهني انفصل عن المؤلف ليستقر في كتاب أو عين، فكان بذلك ذا كيان مستقل، وأثر ظاهر، وبذلك خالف الأصل الذي يستحيل استقلاله وانفصاله عن ذات مؤلفه، ومن هنا نشأت «قيمتُه المالية» إذ أمكن تداوله عرفاً، واتخاذُه محلاً للتعامل والمعاوضة، لكيانه المستقل وأثره الظاهر.

ثانياً - لا نُسلّم انتفاء «الصفة المالية» عن الإنتاج العلمي، بناءً على انتفائها في الأصل، بل الواقع أنه توافر في الإنتاج المبتكر مقومان من حيث الوقوع والأثر، لا من حيث التصور فحسب، وهما: «القيمة والعرف»، ولا معارض لهذا العرف من جهة الشرع.

وهذا هو الوجه الثاني الذي أغفله الإمام القرافي، ولا شك أن هذين العنصرين هما «مناط المالية» شرعاً، على الراجح، كما أسلفنا.

وإذا ثبت أن للإنتاج العلمي «قيمة مالية عرفاً» على الصعيد العالمي، لزم عن ذلك أن يكون «منفعة» أو مصلحة عامة حقيقية مؤكدة، ما دام لا يصادمها معارض من جهة الشرع، ولم يوجد؛ إذ لم يرد دليل لا في الكتاب ولا في السنة، ولا في سائر الدلائل الشرعية المستمدة منهما، أن المنفعة ليست بمال، بل لم يرد فيها دليل واحد يحدد مفهوم المال بوجه عام أصلاً، ومعلوم أنه إذا انتفت «الحقيقة الشرعية» للشيء المتعامل فيه، وجب الاحتكام فيه إلى «الحقيقة العرفية» التي تواضع الناس عليها من أجل مصالحهم؛ لأن مراد الشارع من إغفال التحديد هو التنبيه للرجوع إلى ذلك، ولأن أصل التعامل قائم على تحقيق مصالح الناس في معاشهم، والعرف مظنة ذلك؛ لأن مستنده هذه المصالح، كما بينا.

فالصفة المالية إذن، إنما هي للإنتاج العلمي في حد ذاته، بعد انفصاله عن مؤلفه، في وجود مستقل، وأثر ظاهر، بقطع النظر عن أصله، أو ما يتعلق به.

وهذا الإنتاج، وإن كان صوراً عقلية لا يمكن الإشارة إليها حساً، لكن يمكن

استيفاؤها عن طريق ما استقرت فيه من كتاب ونحوه، وبذلك يتحقق مناط المالية فيها لا سيما عند فقهاء المالكية، كابن عرفة.

فمنشأ حكم الصفة المالية شرعاً للإنتاج الذهني المبتكر إذن هو «العرف» الذي يستند إلى المصلحة المرسلة، كما بينا.

ثالثاً - يلزم عن ذلك بدهاءة، أن حق المؤلف على إنتاجه العلمي حق متقرر لا مجرد؛ لأنه متقرر في مال، أو بعبارة أخرى: ليس هذا الحق مجرد مكنة أو ولاية تَمَلُّك، بل هو حق منصب على مال فعلاً^(١).

ونحن نعلم أن من خصائص الحق المالي، قبوله الاعتياض عنه بالمال، وإلزام متلف محله بالضمان والتعويض، وجريان الإرث فيه، فبطل ما ذهب إليه الإمام القرافي من اعتباره حقاً مجرداً غير مالي، ولا تعلق له بالمال، وبالتالي لا يورث، بدليل تنظيره بحق الولاية والمنصب.

ومن هنا يبدو لك أن الاجتزاء في تصور المسألة وتكييفها، بوجه دون وجه، لا يغني عن وجوب الاعتداد بالوجه الآخر للمسألة، وهو الجانب الوقوعي العملي، والأحكام تناط بالآثار التي تتعلق بها مقاصد التشريع، صيانة للحق والعدل والمصلحة.

نظير ذلك في الاجتزاء في التصور بوجه دون وجه، «حق الخيار» في عقد البيع، فقد وقع الخلاف بين الفقهاء في تصور هذا الحق، ومُدْرِكِهِ، فمن نظر إلى «حق الخيار» على أنه صفة قائمة بالعاقد نفسه، من حيث كونه إرادة ومشية ذهب إلى أنه لا يورث؛ لأن ما هو صفة قائمة بالشخص نفسه من الإرادة والمشية يبطل بموته، ومن نظر إلى «حق الخيار» على أنه صفة للعقد الذي انفصل عن العاقد، فأصبح له كيان مستقل، وأثر ظاهر، قال بتوريثه؛ لأن ما كان صفة للعقد ينتقل معه، فاختلاف الحكم - كما نرى - فرع عن اختلاف التكييف.

(١) راجع «منشأ حق الابتكار في الفقه الإسلامي»: (٢/٢٦ وما يليها).

رابعاً - جاءت السُّنة تؤكد انفصال الأثر العلمي عن صاحبه واستقلاله، في نظر الشرع، بدليل أنه لا يبطل بعد وفاته، بل يستمر أجره عليه، باستمرار نفعه وأثره، في قوله ﷺ: «إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له»^(١)، فصار الإنتاج المبكر أصلاً في ذاته، والمؤلف تابع لأثره ومثاب عليه.

خامساً - إن أصل النظر في المآل، وما تفرع عنه، من مبدأ سد الذرائع - والمذهب المالكي من أكثر المذاهب الفقهية إعمالاً له - يجب تحكيمه في المسائل الاجتهادية العملية، لا سيما إذا تعلق بالمصلحة العامة، وهو أصل عتيد في توثيق أصل المصالح.

فإهمال النظر إلى «الصفة المالية» للابتكار الذهني ذريعة تفضي - من حيث المآل - إلى اغتيال حقوق المؤلفين والعلماء، مما يؤدي بالتالي إلى انقطاعهم عن مواصلة البحث والابتكار، وحرمان الأمة، بل والمجتمع الإنساني كله من مصلحة حقيقية مؤكدة، وهو ما لا يجوز المصير إليه بحال، بالنظر إلى هذا المآل الممنوع، كما أسلفنا.

سادساً - أضف إلى ذلك، أن مثل هذه المصلحة الإنسانية الحقيقية الكبرى، تعتبر حقاً من حقوق الله تعالى قطعاً^(٢)، ونحن نعلم أن حق الله تعالى يتعلق به حكمان:

أحدهما: أنه لا يجوز إسقاطه، أو التهاون فيه، بل يجب تحقيقه.

والثاني: أنه تجب حمايته، والدفاع عنه من العدوان عليه، وسد جميع الذرائع المفضية إلى تضييعه وإهداره.

(١) أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة.

(٢) حق الله تعالى يطلق على ما لله تعالى من حق خالص، كالعبادات والجهاد، كما يطلق أيضاً على ما فيه حماية المجتمع، كالحدود، وعلى ما تعلق به نفع عام للأمة دون اختصاصه بأحد بعينه، كالبحوث العلمية؛ إذ نفعها شامل، وأثرها عام، ولذا أسند إليه تعالى.

وبدهي أن عدم اعتبار الإنتاج الذهني المبتكر مالا، يؤدي إلى تضييعه، بالانقطاع عنه، وهذا المآل باطل، فبطل ما أدى إليه.

سابعاً - من المقرّر أصولياً وبالإجماع، أن «الحق» إنما يتقرر في شيء، بمدى قوة تقرر المصلحة التي يحميها^(١)، فكان تفاوت الأحكام طلباً - وهي مناشئ الحقوق - منوطاً بمدى تفاوت المصالح قوة؛ لأن تلك المصالح إنما شرعت الأحكام وسائل لتحقيقها وحمايتها، أو بالأحرى إن قوة طلب الحكم منوطة بمدى قوة المصلحة التي يحميها.

فينتج عن ذلك، أن المصلحة العامة الحقيقية المؤكدة - ومنها المصلحة الناجمة عن الابتكار الذهني في شتى الفروع العلمية التي نحن بصدد البحث فيها - من أكد المصالح، وأقواها أثراً، وأعمّها نفعاً، فيتقرر الحكم بطلبها وإيجادها، بصورة أكد، وذلك لا يتم إلا باعتبارها مالا.

ثامناً - ويتجه عليه فيما ذهب إليه من أن «الاجتهادات» تتعلق بالدين، أن هذا لا نزاع فيه، لكن دعوانا أعم؛ لأن موضوعنا شامل للابتكار في شتى العلوم، فالدليل قاصر عن إثبات عموم الدعوى.

على أن المتأخرين من المجتهدين قد أفتوا بجواز أخذ الأجر على الطاعات خشية الانقطاع عنها، للحاجة، وهذا منها؛ إذ المُدْرَك واحد.

تاسعاً - «خصوص الاجتهادات الفقهية» التي لا يرى الإمام القرافي فيها للعالم حقاً مالياً يقبل الاعتياض عنه بالمال، لمكان «المعنى الديني» فيها، بحيث ارتقى بها إلى مستوى الطاعة، أقول: يتجه عليه في ذلك، ما قرره هو نفسه في كتابه الفروق من أن «المعنى الديني»^(٢) لا ينفصل - في شرع الإسلام - عن كل عمل دنيوي يصدر عن المسلم، عقلياً كان أم مادياً، بل لا ينفصل

(١) «المناهج الأصولية»: ص ٣٠٧، و«أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف: ص ٣٠٥ وما يليها.

(٢) راجع مؤلفنا «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص ٧٠ وما يليها ص ٢٣٠، و«الموافقات» للإمام الشاطبي: (٢/٣٢٢).

عن كل حق، وهو عين ما ذهب إليه الإمام الشاطبي رحمته الله إذ الأصل أن الله تعالى حقاً^(١) في كل حق فردي مهما كان نوعه، فكل حق فردي إذن مشوب بحق الله تعالى، وهذه هي الصفة الدينية التي أسبغها الإسلام على النشاط الإنساني كله، مادياً ومعنوياً، وأكد هذا الإمام الشاطبي في صدد بحثه في «مصدرية الحق» بقوله رحمته الله: «فإن ما هو الله - أي: من الحقوق - فهو لله، وما كان للعبد - للإنسان الفرد - فراجع إلى الله من جهة حق الله فيه»^(٢) وهذا بين.

أقول: يتجه على الإمام القرافي، أن «الصفة الدينية» لعمل الإنسان لو كانت علة في حرمانه من حقه المالي فيه - كما فهم من تعليقه - لما استحق إنسان في الدنيا عن أي عمل أو جهد عوضاً، وهذا باطل، وليس مراداً للشارع قطعاً؛ لأنه ظلم، ولأنه يؤدي إلى انقطاع الناس عن العمل جملةً، وتضييع المصالح، ولا يقول بهذا أحد، فضلاً عن مجتهد^(٣).

عاشراً - على أن قوله هذا منقوض بالجهاد في سبيل الله؛ إذ هو من العبادات المحضمة إجماعاً؛ لأنه حق خالص لله تعالى، كالصلاة والصيام، وعلى الرغم من ذلك، فإنه تعالى قد رتب للمجاهدين حقاً في أربعة أخماس الغنائم، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ...﴾ الآية [الأنفال: ٤١]^(٤).

والأصوليون جعلوا حق الغانمين هذا من حقوق الله تعالى، غير أنهم اعتبروه حقاً قائماً بنفسه، لا يقوم على سبب الجهاد؛ لأن الجهاد عبادة خالصة، ثم ما لبثوا أن

(١) «الفروق» للإمام القرافي: (٢/٢)، و«الموافقات» للإمام الشاطبي: (٣٢٢/٢).

(٢) «الموافقات»: (٣١٦/٢)، و«الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» للمؤلف ص ٧١.

(٣) «الموافقات» للشاطبي: (٣٢٢/٢).

(٤) صحيح أن عمر بن الخطاب منع تقسيم أراضي سواد العراق بين الغانمين، كما هو معلوم، ولكن بقيت المنقولات، وللغانمين حق في أربعة أخماسها. «التوضيح مع شرحه التلويح» للإمام صدر الشريعة: (١٥١/٢) وما يليها.

اعتبروا حق المجاهد في الغنيمة، معونة من الله تعالى له، أو مكافأة لتمكينه من الاستمرار في الجهاد، وأياً ما كان التكييف لهذا الحق، بكونه حقاً قائماً بنفسه، أو أنه معونة أو مكافأة، فالذي يعيننا من تقريره هنا، أمران:

أولهما - أن المكافأة قد رتبها الشارع على الجهاد، حتى لا ينقطع المجاهد في سبيل الله، فقد اعتبر المآل؛ لأن للجهاد مؤنة لا يقوم بدونها.

وما نحن بصدد البحث فيه، لا يساوي الجهاد في سبيل الله؛ إذ لا يرقى إلى مستوى الطاعة المحضة كالصلاة، ولكنه من فروض الكفاية، فيستحق المؤلف مكافأة للمعونة، وخشية الانقطاع، من باب أولى، لعدم خلوص حق الله تعالى في الإنتاج المبتكر كالجهاد، وإن كان العالم المخلص المجتهد، يعتبر كالمجاهد في سبيل الله.

الثاني - أن الدرجة العالية الرفيعة التي بَوَّأها الله تعالى المجاهد في الجنة، يوم القيامة - وهي مثوبة عظيمة - لم تكن علةً في حرمانه من حقه في الغنائم في الدنيا، معونةً له، لتمكينه من الاستمرار في الجهاد في سبيل الله، فمثوبة الآخرة إذن لا تنقض الحق في الدنيا شرعاً.

حادي عشر - لا نزاع أن الورثة لا يرثون «عقل» مورثهم أو شخصيته العلمية؛ لأنها قائمة بذاته، وتهدم بموته، فانتقالها محال، وهذا هو الوجه الأول للمسألة، ولسنا بصدد البحث فيه، لكننا ننظر إلى الوجه الثاني، وهو ما ينفصل عن المؤلف من مجهوده وعقله الذهني، واستقلاله في عين من كتاب ونحوه، ليكون له كيان مستقل، وأثر ظاهر، وهذا لا ينهدم ولا ينقطع بموته، بل على العكس، يستمرُّ أثراً بعد وفاة المؤلف، بدليل استمرار أجره عليه، كما جاء في السنة، وذلك لإمكان استيفاء ذلك الأثر، والانتفاع به.

فثبت أن لا تعارض بين ما يستحقه المرء عوضاً عن مجهوده وعمله في دنياه، وبين ما يتقرر له من أجر ومثوبة، لامثاله أمر الله تعالى في ذلك المجهود، واجتناب نهيه، في الآخرة.

على أن الإنسان مأمور بالأل ينسى نصيبه من الدنيا، ومن ذلك حقه في ثمرات جهده وسعيه، كما قدمنا.

ثاني عشر - إن «ضابط» الإمام القرافي منقوض أيضاً بالعمل اليدوي والمهني الذي يصدر عن الأجير الخاص أو المشترك، فإنه «مال متقوم» شرعاً، مع أن مصدره الإنسان أو العقل وهذا ليس بمال، وكان من مقتضى ما وضعه من ضابط باجتهاده - من أن الفرع تابع للأصل في حق المالية والإرث - ألا يكون عمل أيٍّ منهما مالاً، وهو خلاف الإجماع، فما هو جوابه عن ذلك، هو جوابنا!

ثالث عشر - إذا ثبت أن عمل الأجير مال متقوم بقطع النظر عن أصله بالإجماع، فإن الابتكار الذهني - وهو عمل لا ينقطع أثره ونفعه بنص الحديث - مال، من باب أولى، ذلك لأن الأحكام الشرعية لا تتعلق بالأعمال من حيث صورها ومصادرها، بل من حيث آثارها، يرشدك إلى هذا أن الله تعالى إذا حرّم التأفف بالنسبة للوالدين، برّاً بهما، فالضرب محرم من باب أولى، ولو لم يرد تحريمه صراحة بالمنطوق، ذلك لأن حكم التحريم متعلق بأثر الفعل، وهو الأذى، وهو متحقق في الضرب والتجويع مثلاً بصورة أقوى، فاشترك التأفف والضرب والتجويع من حيث الأثر، لا من حيث الصورة أو المدلول اللغوي، والأثر هو الذي يتعلق به الحكم، وهو مناطه الذي يرتبط به وجوداً وعدمياً.

وعلى هذا، فعلم الأجير لا يرقى إلى مستوى الابتكار العلمي من حيث الأثر بداهة، فكان حكم المالية متقراً شرعاً في العمل الذهني بصورة أقوى وأكد، للفتاوت الشاسع بين نوعية النفع في كلٍّ منهما، والأحكام منوطة بالآثار^(١)، والنتائج، ولذا كانت هي الأصل، لا مصادرها، أو أصولها.

(١) الأذى الذي هو أثر التأفف، هو علة الحكم بالتحريم، وهذه العلة تنطوي على حكمة التشريع، وهي تحقيق بر الوالدين، وكلما كانت هذه العلة - وهي الأذى، نفسياً كان أم حسيّاً - متقررة في الواقعة بصورة أقوى، كانت أشد اقتضاءً لحكم التحريم فيها، حمايةً لتلك الحكمة، وهو تأكيد بر الوالدين وقصارى همنا، أن نثبت أن الأحكام متعلقة بالآثار لا بالذوات والأعيان وصور الأفعال. «مصادر التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي» للمؤلف ص ٣٥١.

ولقد أشار ابن خلدون إلى قيمة أثر الأعمال من الناحية الاقتصادية في التشريع الإسلامي، وأن العدوان عليها، وتسخير الناس فيها، دون عوض، من أشد أنواع الظلم، بقوله: «ومن أشدّ الظُّلُمات، وأعظمها في إفساد العمران، تكليف الأعمال، وتسخير الرعايا بغير حق، وذلك أن الأعمال من قبيل المُمَوَّلَات»^(١).

والخلاصة، أن العمل الذهني كالعمل اليدوي أو الحرفي، كلاهما عمل مصدره الإنسان، فإذا كان هذا الأخير^(٢) مالاً بالإجماع، اعتباراً لأثره ونفعه، في حق «الصفة المالية» بقطع النظر عن أصله ومصدره، وهو الإنسان، فالابتكار الذهني كذلك، للاعتبار عينه، بل ومن باب أولى؛ لأنه أعظم نفعاً، وأدوم أثراً بنص الحديث^(٣)، والفرقة تحكّم.

إذن، الاعتبار الشرعي أو مناط «الصفة المالية» للعمل، إنما هو الأثر في حد ذاته، لا مصدره وأصله، فلا إلحاق^(٤) كما ترى، فانتقض بذلك ضابط الإمام القرافي الذي يقوم على الإلحاق، في اعتبار المالية وقابلية الإرث لآثار الأعمال، من القواعد.

وإذا ثبتت المالية للابتكار الذهني، ثبت حق الإرث فيه، بداهة؛ لأن من خصائص الحق المالي قبوله الاعتياض عنه، وجريان الإرث فيه.

رابع عشر - على أن «الضابط» الذي وضعه الإمام القرافي باجتهاده، وعمم حكمه على كل أصل وفرع، بأن جعل الفرع تابعاً في حق الصفة المالية، والإرث، غير مُسَلَّم، وفيه نظر وبحث من وجه آخر.

(١) «مقدمة ابن خلدون» ص ٢٨٦، ٢٩٠.

(٢) العمل اليدوي أو الحرفي.

(٣) «إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلا من ثلاث... الحديث» [أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة].

(٤) أي: إلحاق الأثر أو الفرع، بمصدره، وأصله، في حق الصفة المالية؛ إذ الفرع تابع لأصله فيها، كما يقول الإمام القرافي، ولو أخذ بمقتضى هذا «الضابط» لانتفت الصفة المالية عن العمل اليدوي أو الحرفي، تبعاً لانتفائها في الأصل، وهو الإنسان، وهذا خلاف الإجماع.

ذلك، لأن الفرع قد يكون مخالفاً في طبيعته للأصل، مما ينشأ معه فارق جوهرى يفسد اعتبار هذا الإلحاق شرعاً؛ لأن إلحاق الفرع بالأصل في الحكم يفترض فيهما وحدة الخصائص الجوهرية (العلة) التي هي مبنى الحكم، والفوارق تقضي على وحدة هذه الخصائص؛ لأنها ذات أثر في تشكيل علة الحكم، فإذا اختلفت العلة، لا يتحد الحكم؛ لأن اختلاف العلة يوجب اختلاف الحكم، عقلاً وشرعاً، فبطل الإلحاق لتخلف شرطه، أو انتفاء سبب اقتضائه.

على أن الشارع الحكيم - كما أشرنا - قد راعى هذه الفوارق، ألا ترى إلى الشارع كيف شرع للمنفعة أحكاماً في المعاوضات لا تجدها في الأعيان؟ ومنشأ ذلك الطبيعة الخاصة للمنفعة، هذا سننُ المشرع في التشريع.

وأيضاً، قد يتحد الفرع والأصل في نوع من الحكم الشرعي، بناءً على موقع من مواقع وجودهما، ولا يلحق أحدهما بالآخر في حكم شرعي آخر لا يتفق وطبيعتهما في مواقع أو جوانب أخرى.

فالأصل والفرع في مسألتنا هذه - وهما العقل وما نتج عنه - يتحدان في حق الانتماء أو النسبة، إذ كلاهما للمؤلف؛ لأن هذا واقع لا ينكره الشرع.

أما في حق المالية والإرث، فالأمر مختلف، واقعاً وشرعاً، تبعاً لاختلافهما طبيعة.

فالأصل بطبيعته - وهو العقل أو الملكة الذهنية - مما يستحيل معها أن تتعلق به الصفة المالية، أو أن يجري فيه الإرث، في حين أن تعلق هذين الحكمين بالنسبة لما ينتج عنه - وهو الفرع - أمر ممكن، بالنظر لطبيعته الخاصة.

ولا أدل على هذا الإمكان من الوقوع، وبيان ذلك:

أن ميراث «العقل» محال، والمحال لا يتعلق به حكم شرعي تكليفي؛ إذ لا تكليف إلا بمقدور، كما لا يتصور جريان الملك فيه حكماً وضعياً^(١)، على أساس

(١) الحكم الشرعي نوعان: تكليفي ووضعي، كما تعلم.

المعاوضة أو غيرها، لعدم إمكان الانفصال والاستيفاء، بخلاف الإنتاج الذهني المبتكر، فمن الممكن أن يورث إذا انفصل عن صاحبه، واستقل في عين، بحيث يُضحى له وجود مستقل، وأثر ظاهر، وكذلك من الممكن أن يكون ذا قيمة مالية يتعامل الناس فيها، كما هو واقع فعلاً ومشهود، لاستقلاله، وأثره، وإمكان استيفائه، ومن ثم لا يلحق الممكن بالمحال في حق هذين الحكمين: «المالية والإرث» بل يُفرد كل منهما بالحكم الذي يناسبه شرعاً.

خامس عشر - ويتجه على الإمام القرافي أيضاً، أنه لا يلزم من كون الشيء أصلاً في الواقع، أن يكون كذلك في اعتبار الشارع، إذا كان النظر إليه - من حيث ذاته - لا يتعلق به مصلحة، ولا مقصد شرعي.

فالعين أصل لمنفعتها واقعاً، لقيامها بها؛ إذ لا قيام للمنفعة بنفسها، غير أنه - على الرغم من ذلك - فإن المنفعة هي الأصل المقصود في اعتبار الشارع، لا العين في حد ذاتها، بدليل أن ما لا نفع فيه من الأعيان، لا قيمة له، ولا اعتبار، فالمنفعة إذن هي التي تتعلق بها المقاصد والمصالح، والمصالح - كما تعلم - هي مباني الأحكام، فضلاً عن كون المنفعة هي المقصودة، واقعاً، وعرفاً، وتعاملاً.

ولا ريب أن العبرة باعتبار الشارع قطعاً.

ومقتضى هذا، أنه ينبغي ألا تُجعل المنفعة تابعة للعين في أحكام الشرع، من حيث المالية والإرث - على ما رأى الإمام القرافي - لأن المنافع هي الأصل، بل والمقصود الأظهر من الأعيان شرعاً^(١)، كما يقول الإمام العز بن عبد السلام، بل ينبغي أن تُفرد المنفعة بالحكم، ويكون اعتبار العين - من حيث ذاتها - بالقصد الثاني، أي: على أنها مجرد وسيلة لإمكان استيفاء ما يقوم بها من منفعة، أو لتعيين تلك المنفعة نوعاً، أو مقداراً، فحسب، على حسب الأحوال.

إذا تقرر هذا، فإن ما نحن بسبيل البحث فيه كذلك؛ إذ الإنسان أصل هذا

(١) «قواعد الأحكام»: (١٧/٢).

الإنتاج، بمميزاته الشخصية واقعاً، ولكن المقصود أساساً من خَلْقِهِ ووجوده، هو عمله الذي يتم به ابتلاؤه، ولا ريب أن الإنسان تابع لعمله شرعاً، وإن كان هو أصلاً لعمله واقعاً، وإذا تردد النظر بين الواقع والشرع أخذ باعتبار الشرع قطعاً.

ولا مرأى أن اعتبار ما كان أصلاً في الواقع، فرعاً في الشرع، لا يغير من طبائع الأشياء إطلاقاً، بل يقيم اعتباره على أساس ما يتفق وطبيعة التشريع نفسه، من حيث إنه يتعلق بالمنافع والمصالح دون مساس بطبائع الأشياء في ذاتها؛ لأن تغييرها محال، كما أسلفنا، ولا يتعلق بذلك مقصد شرعي.

أما أن العمل هو الأصل، فلأنه أساس تقييم الإنسان شرعاً، فهو مَجْزِيٌّ به خيراً أو شراً، وإلا فالوجود المادي الحسي المجرد للإنسان من حيث هو، ودون عمل، لا يتعلق به مقصد شرعي.

ولا بد من تحكيم مقاصد التشريع في مناشئ الخلاف.

وتأسيساً على هذا، يبدو لك انهيار الضابط الذي وضعه الإمام القرافي، حيث اعتبر ما هو تابع في التشريع، أصلاً فيه؛ إذ المقصود أصالةً في بناء الأحكام، هو الأعمال والآثار والمنافع؛ لأنها أصول المصالح وأسبابها، والمصالح مباني الأحكام، كما تعلم.

لذا، وجب أفراد الإنتاج الذهني المبتكر بالحكم، كما ذكرنا؛ لأنه الأصل اعتباراً ومقصداً، ويشرع له من الأحكام ما تتعلق به المصالح، وتضان الحقوق، ويتحقق العدل، جرياً على سَنَنِ المشرع، ولا يُجعل هذا تابعاً لما لا يتعلق به - من حيث ذاته - مقصد شرعي.

سادس عشر - أما الولايات والمناصب والوظائف - وهي حقوق مجردة^(١) لصيقة بالشخصية الإنسانية - فيتجه عليه فيها أنه لا يصح تنظير حقوق الابتكار بها،

(١) لأن الحق المجرد - كما قلنا - لا يتعلق بمحل هو مال، كحق التملك؛ لأنه نوع ولاية، أو رخصة، بخلاف حق الملك، فإنه متعلق بالمال محل الحق، وأيضاً حق الوظيفة مجرد؛ إذ لا تعلق له بالمال، فأساسه ميزات شخصية، وكفاءات معنوية قائمة بصاحبه.

لما قدمنا من أدلة تنهض بأن هذه الأخيرة حقوق مالية متقررة في محل هو مال شرعاً و عرفاً، ويورث بالبداهة، ويلزم متلف محله بالضمان، كما يلزم غاصبه رد عينه إن كانت قائمة.

سابع عشر - على أن اجتهاد متأخري الحنفية قد اتجه إلى جواز النزول والاعتياض عن حق الوظيفة بالمال، لجريان العرف بذلك، بعد أن كان محرماً؛ لأنه كان يُعدُّ من الرشوة في مذهب المتقدمين منهم، فلأن يُعد الإنتاج المبتكر - وهو حق مالي متقرر - مالاً من باب أولى.

هذا، وقد رأينا المذهب المالكي، أكثر المذاهب الفقهية قبولاً لمبدأ «ميراث الحقوق» تبعاً لماليتها، فالأصل في الحقوق - في اجتهاد المالكية - أنها أموال؛ لأن أساسها الملك، ما عدا الحق الذي لا يقبل التجزيء، كولاية النكاح، والوظيفة، والوكالة، وحق الحضانة، وحق التطلاق^(١).

ثامن عشر - ويتجه على الإمام القرافي أيضاً، أن «الملك» - كما يحدده هو نفسه - حكم شرعي مقدر وجوده في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من أضيف إليه من الانتفاع بالعين أو بالمنفعة، والاعتياض عنها، ما لم يوجد مانع من ذلك^(٢).

وبتحليل مضمون هذا التعريف للملك، واستخلاص عناصره، يتبين لنا مدى موقع حقوق الابتكار منه، في اجتهاد الإمام القرافي نفسه.

أولاً - الملك حكم شرعي أو وصف شرعي:

والواقع أن الحكم الشرعي ليس هو عين الملك، بل مصدر وجوده شرعاً، أو

(١) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه»: (٤/٤٥٧)، مطبعة صبيح. وقبول التجزيء، أن يقال: لفلان النصف، ولفلان الربع.

(٢) «الفروق» للإمام القرافي: (٢/٢٠٨ وما يليها)، و«الشرح الكبير»: (٤/٤٥٧)، وقريب منه تعريف الإمام السيوطي في «الأشباه والنظائر» ص ٣٤٠. يقصد بالمانع انعدام الأهلية أو نقصانها، فينوب عن المالك عديم الأهلية أو ناقصها حينئذ وليه؛ لأنه محجور عليه، فالمانع يتعلق بالأهلية.

إقراره؛ إذ لا يثبت حق في الشرع إلا بإقرار الشارع واعتباره، وهو ما يؤكد الإمام الشاطبي^(١)، فالشارع يُقر الملك بعد وجوب سببه الشرعي، بحكم.

الحكم الشرعي المقدّر وجوده في منافع الإنتاج الفكري المبتكر، منشؤه العرف^(٢)، ومستند العرف المصلحة المرسلّة المتعلقة بالحقوق الخاصة، وبالحقوق العامة:

الواقع أن الإنتاج الفكري المبتكر - تطبيقاً لتعريف القرافي - يستند من حيث حكمه الشرعي المقدّر فيه إلى نوعين من المصلحة المرسلّة، لكن من جهتين: إحداهما: كونه ملكاً منصباً على مال، بدليل جريان المعاوضة فيه، والمعاوضة أساسها الملك، أي: كونه حقاً عينياً مالياً خاصاً؛ إذ المصلحة فيه عائدة إلى المؤلف أولاً، وهذا ظاهر.

(١) يوضح الإمام الشاطبي أن الشريعة هي أساس الحقوق، اعتباراً وإقراراً، نصّاً أو دلالة، بقوله: «لأن ما هو حق للعبد - الإنسان الفرد - إنما ثبت كونه حقاً، بإثبات الشرع ذلك له، لا بكونه مستحقاً لذلك بحكم الأصل». «الموافقات»: (٣١٦/٢)، وكتابنا «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص ٧١ - الطبعة الثانية - مؤسسة الرسالة.

وبقوله في موضع آخر: «فإن ما هو لله - أي: من الحقوق - فهو لله، وما كان للعبد، فراجع إلى الله، إذ كان لله ألا يجعل للعبد حقاً أصلاً» المرجع السابق. وبذلك يتضح أن شرع الله تعالى هو مصدر الحقوق. ويؤكد الإمام العز بن عبد السلام - وهو شافعي - أن مصادر الشريعة هي مصادر الحقوق، وهي ليست محصورة في الدلائل النقلية من الكتاب والسنة، بل الإجماع والقياس «والاستدلال الصحيح» الذي يشمل المصالح المرسلّة، وسد الذرائع، والاستحسان، والعرف، بقوله: «فإن خفي شيء منها - أي: من المصالح المعترية - طلب من أدلة الشرع، وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس المعترية، والاستدلال الصحيح». «قواعد الأحكام»: (٨/٢)، و«أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف: ص ٢٥، ص ٢٩١.

والاستدلال الصحيح ليس إلا أخذاً بالعرف وبالمصالح المرسلّة، وغيرها من الدلائل المعترية التي هي مبانٍ للحكم فيما لم يرد فيه نص، سواء أكانت متعلقة بالحقوق الخاصة أم العامة.

(٢) غير أن الشريعة، وإن كان للعرف عندها اعتبار تبنى على أساسه الأحكام فيما لا نص فيه، ليست محكومة بالأعراف، بل هي الحاكمة على العرف، وذلك من حيث إن العرف لا يعتبر إلا على أساس أن ما يستند إليه من مصلحة مرسلّة معتبرة، لا تصادم نصّاً خاصاً في موضوعها، وإلا كانت ملغاة، أو كانت لا يشهد لها أصل كلي في الدين، فتكون حينئذ غريبة خارجة عن الشرع أصلاً - «أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف ص ٥٢٦، طبع جامعة دمشق ١٩٧٧.

فالمصلحة المرسله هنا متعلقة بحق خاص، كما ترى.

هذا فضلاً عما للمؤلف من مصلحة أدبية، تتصل بشخصيته العلمية، وهي ليست

محل بحثنا.

الثانية: أن فيه مصلحة عامة مؤكدة راجعة إلى المجتمع الإنساني كله، وهو الانتفاع بما فيه من قيم فكرية ذات أثر بالغ في شتى شؤون الحياة، وهو بهذه المثابة حق من حقوق الله تعالى في نظر الإسلام، كما قدمنا، لشمول نفعه وعظيم خطره.

هذا، والمصلحة المرسله بنوعيتها: الخاصة والعامة، مرعية في الدين، تبنى عليها الأحكام، ولا سيما في الفقه المالكي؛ لأنها من مباني العدل والحق، وهي مستند للعرف، كما أشرنا؛ إذ لا عرف بدون مصلحة.

فالمناط العام للملك الذي وضعه الإمام القرافي باجتهاده، متحقق في الإنتاج الفكري المبتكر، كما ترى؛ لأنه لا يعدو أن يكون حكماً شرعياً مقدراً في منافع الظاهرة، وأقر الشارع حكم كونه حقاً بالمصلحة والعرف، وكلاهما حجة تثبت بهما الأحكام، ما دام لا معارض لهما من جهة الشرع؛ إذ لم يرد دليل خاص من الكتاب أو السنة أو غيرهما يدل على التحريم، وعدم التحريم دليل على الحل والمشروعية، وإلا كان التحريم بلا دليل، وهو لا يجوز قطعاً؛ لأنه افتتات على حق الله تعالى في التشريع.

ومعلوم أيضاً أن الحق العيني الذي محله مال يجري فيه الإرث.

وبذلك ناقض الإمام القرافي نفسه، من حيث إنه لم يعتبر ما تحقق فيه مناطه العام في الملك الذي يقتضي تمكين من أضيف إليه من الانتفاع^(١) به، والمعاوضة عنه، كما يقول هو، لم يعتبره ملكاً ولا مالاً، وبالتالي لا يجري فيه الإرث، وهو تناقض ظاهر.

(١) يقصد الإمام القرافي بالانتفاع والمعاوضة، السلطات الثلاث التي هي ثمرة الملك، بدليل قوله: «يقتضي» فهي من مقتضيات الملك وآثاره، وذلك لأن الانتفاع يشمل الاستعمال والاستغلال، كما يشمل التصرف الذي عبر عنه بالمعاوضة؛ إذ المعاوضة ليست إلا ضرباً من الانتفاع، لكنه نوه بها، لأهميتها.

أضف إلى ذلك، أن «المصلحة المرسله» بنوعيتها، هي قطب الرحى في الفقه المالكي، ما عدا الأدلة القطعية^(١).

هذا من حيث «الحكم الشرعي» ومنشؤه، وثبوته، وتقدير وجوده في منافع الابتكار، حتى كان ملكاً، والملك مال.

ثانياً - ليس عنصر «العينية» من مقومات مفهوم الملك أو المال عند القرافي خاصة، فضلاً عن المذهب المالكي، فكون الشيء عيناً ليس مناطاً لثبوت كونه ملكاً، أو مالاً، بل المنفعة إذا قدر وجود الحكم الشرعي فيها، كانت ملكاً ومالاً معاً؛ لأن كل ملك مال، وحقوق الابتكار ليست محالها إلا منافع ذات أثر ظاهر، وتجري فيها المعاوضة، وأساس المعاوضة الملك، إذ لا تجري في المباحات، فكان هذا الابتكار مالاً.

ثالثاً - قول الإمام القرافي: «يقتضي تمكين من أضيف إليه من الانتفاع به، والمعاوضة عنه» يستنبط منه عنصران:

أولهما عنصر الاختصاص، وهو جوهر الملك، كما علمت، وقد عبر عنه بقوله: من «أضيف إليه» والإضافة نسبة واختصاص بلا ريب، وذلك آية الملك، وهو عين ما عرف به القدسي في «حاويه»: «الملك اختصاص حاجز» وما عرفه به الإمام الشاطبي بقوله: «ويستبدُّ به المالك».

ثانيهما: آثار الملك، وهي سلطاته الثلاث، مما يطلق عليه الاستعمال والاستغلال والتصرف، وقد عبر عنها بقوله: «يقتضي التمكين من الانتفاع والمعاوضة» وفي كلٍّ من هذه الثلاث ضرب من الانتفاع حتى المعاوضة التي نوّه بها، كما ذكرنا.

والخلاصة، أن الملك جوهره الاختصاص^(٢)، ويثبت مناطه ومعناه كَمَلاً، ولو

(١) «مالك» لأستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبي زهرة ص ٤١٩.

(٢) على أن بعض الفقهاء يفرق بين حق الاختصاص، وحق الملك.

فحق الاختصاص في نظرهم لا يكون شاملاً لجميع وجوه الانتفاع، ولا تجري فيه المعاوضة، وإن كان لا يملك أحد مزاحمة صاحب حق الاختصاص هذا، ولا يفيد هذا الحق إلا الانتفاع.

تخلفت سلطة من سلطاته، كما في ملك المنفعة بالنسبة لحق المرور، والموقوف عليهم للسكنى (الاستعمال) دون الاستغلال.

ذلك لأن «التمكين» مناط لثبوت السلطات الثلاث، إذ يثبت بالتمكين التمكّن للمالك، أثراً له، وبالتمكّن يمارس المالك سلطات الانتفاع، وهي مظهر الملك، ولكنها ليست مناطاً لثبوت عين الملك؛ إذ هي (السلطات) أثر للملك، والأثر لا يكون علة في وجود المؤثر، بل العكس هو الصحيح.

وتأسيساً على هذا، فإن تَخَلَّفَ سلطة من هذه السلطات، لا يؤثر على ثبوت معنى الملك كَمَلاً؛ لأنه تَخَلَّفَ أثر من آثاره، كما قدمنا.

وقوله: «يقتضي» يشير إلى ذلك، لأن المقتضى - بفتح الضاد - هو الأثر الثابت للملك، كما تقول: مقتضى العقد، أي: حكمه الأصلي الثابت به.

غير أن ثمة نوعاً من التصرف المادي في الإنتاج المبتكر، يعود على صاحبه

= وهو مؤدى تعريف ابن رجب الحنبلي لهذا الحق بقوله: «هو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به، ولا يملك أحد مزاحمته، وهو غير قابل للشمول والمعاوضات». «القواعد» ص ١٩٢.

فالمالك يجري في الأعيان والمنافع، أما حق الاختصاص، فلا يكون محله إلا الانتفاع. على أن الاختصاص يجري فيما هو محرم لا يملك، كعصير العنب إذا تخمر عند مالكة، فيثبت له حق اختصاص لا ملك، وسبيله التخليل أو الإراقة، وكجلد الميتة، وما تنجس من السوائل، كالسمن والزيت والخل ونحوه.

هذا، والاختصاص قد يثبت في بعض المباحات في الأصل، فيفيد «حق الأولوية» بفعل معين، كما في تحجير الأرض الموات، فالتحجير لا يفيد ملكاً بل حق أولوية في الإحياء، مدة معينة، يمنع غيره من مزاحمته طوال هذه المدة.

«الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع»: (٢/٢٥ وما بعدها)، و«نهاية المحتاج» للرملي: (٥/٣٣٦)، و«المغني» لابن قدامة: (٥/٤٢).

وكذلك السابق إلى بعض المباحات، كمقاعد الأسواق، والمساجد. «قواعد ابن رجب» ص ١٣٩.

«مغني المحتاج»: (٢/٣٦٥ وما يليها)، باب إحياء الموات.

لكننا نعني بالاختصاص في موضوعنا اختصاص الملك الذي يجري كَمَلاً في الأعيان والمنافع على السواء، ويفيد صاحبه وحده التمكين من التصرف والانتفاع به، أصالةً وابتداءً، ويحجز غيره عن التصرف فيه إلا بإذنه، ومحله مال في حكم الشرع، وهذا ما يطلق عليه «الملك» أو «حق الملكية».

بضرب من الانتفاع العائد على شخصيته العلمية أصالةً، من التعديل المادي، والتصحيح، والإلغاء لبعض الأفكار التي يتبين له خطأها في قوام إنتاجه المبتكر، وهذا نتيجة اختصاصه به، ونسبته إليه، وما تفرع عن ذلك من سلطته عليه، ومسؤوليته عنه.

وهكذا ترى، أنه يستوي في الوضع الشرعي - وفي اجتهاد الإمام القرافي بالذات - أن يجري الملك والاختصاص الذي يُورثُ هذه السلطات الثلاث، في الأعيان، أو في المنافع والحقوق^(١) على السواء، فاختلاف طبيعة محل الملك، لا يؤثر على تمام معنى الملك فيه.

رابعاً - يُستخلص من تعريفه، أن الملك الذي محله مال من عين أو منفعة^(٢) أو حق، أو معنى، من أبرز خصائصه قبوله المعاوضة، وهي لا تكون إلا في المال.

خامساً - ونتيجة لعنصر الاختصاص، وآثاره الثابتة به، وما ينهض بذلك من علاقة مباشرة ظاهرة وواقعية بين المؤلف وحقوقه الابتكارية، أن ليس لأحد غير المؤلف من سلطة على إنتاجه المبتكر، أو التصرف فيه تصرفاً نافذاً إلا بإذنه، وهذا مؤدى قول القدسي في «حاويه»: «اختصاص حاجز»، أي: مانع للغير من التصرف والانتفاع.

سادساً - يلزم عقلاً من ثبوت الحق بحكم شرعي مقدر في منافع حقوق الابتكار، ومن اقتضائه تمكين صاحبه من الانتفاع به، والمعاوضة عنه، أقول: يلزم عن ذلك عقلاً حماية الشارع لهذا الحق، كسائر الحقوق الخاصة، من العدوان عليه، وإلا لم يكن لهذا الحق من معنى، بل لا يتصور، للتناقض.

وأيضاً، حق المعاوضة يُؤذنُ بذلك؛ لأنه يقوم على التراضي الحر، والتراضي هو

(١) لأن الحق أساسه «الملك» ولا يخلو من نوع من الانتفاع، لكن ليس كل حق مالاً، فالحق أعم.
(٢) على أن المذهب المالكي، يتجه - كما علمت - إلى أن «ظاهر المال» إذا أطلق يشمل العين والعرض، وهو المنفعة أو الفائدة التي لا تُمكن الإشارة إليها حساً، إلا إذا أُضيفت إلى مصدرها، كما قدمنا، وأمکن استيفاؤها، والمنفعة العلمية - بإمعان النظر في حقيقتها - يتحقق فيها مناط المالية هذا. «شرح حدود ابن عرفة» ص ٣٨.

أساس حل انتفاع كل من الطرفين بمال الآخر، فإذا انتفى التراضي بالعدوان والغضب، انتفى أصل الحل، وكان المتعدي مسؤولاً بالرد أو الضمان، حسب الأحوال، وذلك آية الحماية.

وبذلك، يتحقق مناط الملك في اجتهاد المالكية - ولا سيما القرافي نفسه - في الإنتاج المبتكر، باعتباره حكماً شرعياً مقدراً وجوده فيه، وما يستلزمه من مقتضيات، وكل ملك مال.

٤ - مفهوم «المال» عند متأخري الحنفية:

خالف متأخرو الحنفية متقدميهم في عنصر «العينية» مقوِّماً من مقومات مفهوم المال، فقد جاء في «الدر المنتقى شرح الملتقى» في تعريف المال: «ويطلق المال على القيمة، وهي ما يدخل تحت تقويم مقوِّم من الدراهم والدنانير»^(١).

فمناط المالية إذن هو «القيمة» التي تقدر بالدراهم والدنانير عند متأخري الحنفية.

وعلى هذا، كل ما له «قيمة» بين الناس عرفاً، فهو مال شرعاً، وهو عين ما اتجه إليه فقه الحنابلة، والشافعية، والمالكية، إذا كان الشيء يباح الانتفاع به شرعاً - كما رأيت - لأن «القيمة المالية» تستلزم المنفعة، كما أشرنا، ولا يتعارف الناس على تقييم ما ليس له منفعة بداهة، ولا يجري فيه التعامل، والعرف هو الأساس، وبذلك يمكن القول أن متأخري الحنفية، يضعون ضابطاً عاماً للمال، هو: «كل ما له قيمة مالية عرفاً» فالعرف هو «المُحَكَّم»، ويتفق هذا الضابط وما عرف من أحدث الضوابط في الفقه العالمي بوجه عام، من أن المال هو: «كل حق ذي قيمة مالية بين الناس»، وبذلك يندرج الإنتاج الفكري في هذا الضابط العام عند متأخري الحنفية، لما له من قيمة مالية بين الناس عرفاً، لا تنكر، وبما يبذل الناس من نفيس أموالهم في سبيل تموُّل مصادره، ما دام لا يصادمه دليل من جهة الشرع.

(١) راجع: «رد المحتار» الحصكفي: (١١/١).

الاختصاص يقوم مقام الحيازة المادية - إذا استحالت - في كثير من أحكام الشرع:

هذا، والحق - بما يمتاز عن الإباحة بميزة الاختصاص - يغدو بوسع صاحبه أن يستحوذ على إنتاجه في الابتكار الذهني، فيمنع غيره من نشره أو استغلاله^(١) بدون إذنه، والشرع أو القضاء يحميه، دون أن يتوقف ذلك على الحيازة المادية لهذا الإنتاج، ألا ترى إلى حق الدين - وهو مالٌ حكماً - أمر اعتباري، أو وصف ثابت في الذمة، يقوم الاختصاص فيه مقام الحيازة المادية؛ لأن طبيعته تأبى قبولها، والشرع بالنسبة لكل شيء لا يوجد إلا على وضع معين، لا يتطلب ولا يشترط شروطاً تضاداً هذا الوضع؛ لأن ذلك من المحال الذي لا يتحقق بالتكليف به مقصد شرعي، فكذلك ما نحن فيه، كما بينا، فينبغي تحكيم مقاصد التشريع في الاجتهادات الفقهية.

على أن الدول الحديثة، قد وضعت «نظام حماية» لهذا النوع من الملكية، وهو نظام التسجيل والإيداع، بأرقام متسلسلة، تحقيقاً للاختصاص، وحفظاً للحقوق، والشرعية تُقر مثل هذا النظام أو الإجراء الذي يحفظ الحق لصاحبه، كما فرضت عقوبات على اغتياله أو انتحاله، كمؤيد لحماية هذا الحق، وهو إجراء تنهض بقبوله سياسية التشريع في الإسلام؛ لأن مقصدها صيانة الحق، وإقامة العدل، وتحقيق المصلحة المشروعة، وهذا أبلغ في حماية الملك من الاستحواذ المادي، ولا سيما فيما تأبى طبيعته ذلك.

وبذلك توافرت في الإنتاج الفكري الخصائص التالية:

١ - الاختصاص: وهو جوهر الملك (حق الملكية) وهو لا يكون إلا فيما له قيمة بين الناس؛ إذ لا معنى للاختصاص بشيء لا قيمة له، لا شرعاً ولا عرفاً، ولا تشترط فيه الحيازة المادية فيما تأبى طبيعته ذلك.

(١) وهذا المعنى أشار إليه التفنازاني صاحب كتاب «التلويح على التوضيح» في الأصول، بأن الملك يصدق على كل شيء مادي أو معنوي، من شأنه أن يتصرف فيه صاحبه على وجه الاختصاص. (٩٨/٢)، ولم يشترط الحيازة المادية كمتقدمي الحنفية؛ إذ لا يتعلق بهذا الشرط مقصد شرعي في الصفة المالية للأشياء، والمقصد الشرعي مُحكَّم في الاختلاف، يَفْصَلُ فيه.

٢- المنع: وهو نتيجة حتمية للخصيصة الأولى، أي: الاختصاص الذي يمنع الغير.

٣- جريان التعامل فيه، والمعاوضة عنه عرفاً، وهذا من مقتضيات الملك شرعاً، إذ المعاوضة أساسها الملك، ولا تجري في المباحات.

٤- حق المطالبة القضائية، وهي نتيجة للحماية الشرعية للحق.

متأخرو الحنفية يجيزون النزول عن حق الوظيفة بالمال:

على أن متأخري الحنفية، قد أجازوا النزول عن حق الوظيفة بالمال^(١)، وهو حق مجرد، لا متقرر، كما تعلم، ومُدْرَكُهُم الشرعي في هذا هو الاستحسان، ودليله هو العرف، أو المصلحة، أو الحاجة، يفهم هذا من تعليلهم بأنه «لما جرى به العرف في المعاوضة، أصبح يُعدُّ مالاً» خلافاً لما كان عليه متقدموهم، الذين كانوا «لا يجيزون ذلك، لشبهة الرشوة»^(٢).

وكأن متأخري الحنفية، استندوا في اعتبار هذا الحق مالاً إلى «مناط المالية» عند الجمهور الذين يعتبرون مالاً كل ما له قيمة بين الناس عرفاً، عيناً كان أم منفعة أم حقاً، والمعاوضة عنه بالمال قرينة على ذلك.

فهذا - كما ترى - تطور بالغ المدى في مفهوم المال شرعاً في اجتهاد متأخري الحنفية.

وتأسيساً على هذا الأصل، يمكن القول بأن الإنتاج الفكري المبتكر بالنظر إلى كونه منفعة ظاهرة الأثر، وبما هو ثمرة لجهد الصفوة المختارة من العلماء لميزة الابتكار فيه، وبما أضحى له من قيمة مالية عالمياً لا يمكن تجاهلها، وبما يتحقق فيه من حاجات الناس وضروراتهم في معاشهم، يكون مالاً من باب أولى؛ لأن هذا

(١) «رد المحتار»: (٤/٢٠٥)، أول باب البيوع، مطلب في النزول عن الوظائف بالمال، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٣٢٧، و«كشاف القناع»: (١/٧)، و«شرح منتهى الإرادات»: (٢/٢٤٨)، و«الموافقات»: (٢/١٧).

(٢) المراجع السابقة.

«المناط» متحقق فيه بصورة أكد^(١)، في اجتهاد أئمة المذاهب الأربعة، ما عدا متقدمي الحنفية.

الرد على متقدمي الحنفية:

أما الرد على متقدمي الحنفية الذين اشترطوا لتحقيق صفة المالية توفر عنصرين: «العينية والقيمة» بحيث اعتبروهما المَقْوَمَين لفهوم المال ومناطه، فَيَرِدُ عليهم من النقد ما يلي:

أولاً - أن «العينية»^(٢) لم يوافقهم على اشتراطها أحد من فقهاء المذاهب الأخرى، فضلاً عن أن المتأخرين منهم، لم يأخذوا بهذا الشرط حين أجازوا الاعتياض عن الحقوق المجردة بالمال، كحق الوظيفة، بل وحين حددوا مناط المالية على النحو الذي رأيت.

ثانياً - اشتراط «العينية» إنما كان منهم بقصد إمكان تحقيق «الحياسة المادية» التي يتحقق بها الاختصاص - في نظرهم - وهو جوهر الملك، ولما كانت هذه «الحياسة المادية» لا تتصور إلا في الأعيان، لذا اشترطوا في المال أن يكون عيناً، لكن هذا النظر أقرب إلى الصناعة الفقهية منه إلى النظر في المفاهيم الشرعية، ودلالات التشريع، أو ربما يكون أقرب إلى المفهوم اللغوي منه إلى المفهوم الشرعي ومقصد الشارع؛ إذ يتحقق الاختصاص دون الحياسة، أو الاستحواذ المادي، كما رأيت.

ثالثاً - اشتراط «إمكانية الادخار» لتحقيق صفة المالية في الأعيان، يُخرج من مفهوم المال ما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعته، كالخضر والفواكه، مع أنها مال عرفاً، لجريان التعامل فيها، لعظيم نفعها، وبالغ أثرها.

رابعاً - قالوا: إن المنافع إنما تُقَوِّمُ بعقد الإجارة عليها، على خلاف القياس، أي

(١) راجع: «رد المحتار على الدر المختار» لابن عابدين: (٥١٩/٤)، و«الموافقات»: (٢٠٥/٤).

(٢) «المبسوط» للسرخسي: (٧٨/١)، و«التلويح مع التوضيح» للفتازاني: (٩٨/٢)، و«رد المحتار»:

(٥٠/٥).

استثناءً، لأجل المصلحة، وهذا المُدْرَك أو العلة متحقق في أصل المنافع، سواء ورد عليها العقد أم لم يرد، مما يقضي بوجوب اعتبار أصل المنافع أموالاً، لاتحاد العلة، وهو المصلحة^(١).

خامساً - لم يُعهد شرعاً أن العقد يغير من خصائص الأشياء، فيجعل مالاً ما لم يحكن كذلك؛ لأن وظيفة العقد إنما هي إنشاء حقوق والتزامات بين طرفيه في محله، كما هو معلوم، لا تغيير طبيعة هذا المحل، بل يُشترط أن يكون محل العقد مالاً متقوماً ابتداءً، حتى يصح ورود العقد عليه، ويترك أثره فيه.

فما ليس بمال لا يصح أن يكون محلاً للعقد أصلاً، والعقد لا يبدل طبيعته، بل العقد عليه باطل.

فكيف يستقيم في منطوق الشرع إذن، أن يكون ما هو شرط في انعقاد العقد، أو صحته، أن يصبح العقد شرطاً في تقومه واعتباره؟

وكيف يستقيم في منطوق الشرع والعقل أيضاً، أن يكون ما هو وسيلة إلى المنفعة، مالاً، ولا يكون المقصد من تلك الوسيلة مالاً؟ منطوق عجيب لم نعهده في فقه وضعي، فضلاً عن التشريع الإلهي.

سادساً - على أن ما اشترطوه من ضرورة «الحياسة المادية» متحقق في المنافع، والأمور المعنوية، ومنها الإنتاج الفكري المبتكر؛ إذ يمكن أن تتحقق الحياة المادية للمنافع، ولكن بطريق غير مباشر، وذلك عن طريق حياسة مصادرها، كما قدمنا، فحياسة مصادرها حياسة لها، فيجب أن يُتوسع في مفهوم الحياسة ليشمل المنافع والحقوق؛ إذ الحياسة ينبغي أن تكون في كل شيء بحسبه، وهذا معهود في الشرع، مجارةً لطبائع الأشياء، وخصائصها الذاتية، ألا ترى إلى اشتراط الشارع رؤية المبيع للزوم العقد، حيث قالوا: إن الرؤية ليست هي خصوص

(١) «المبسوط» للإمام السرخسي: (٧٨/١١).

الرؤية البصرية، بل تكون في كل شيء بحسبه، وكما في القبض والحِرْز، فكذا ما نحن فيه .

ونظير ذلك أيضاً، ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في تحديد «مفهوم الإحياء» الذي هو سبب الملك في الأرض الموات، لقوله ﷺ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ»^(١) من أن الإحياء هو «ما تعارفه الناس إحياءً في مثل المَحْيَا»؛ لأن الشارع لم يحدد صفة ولا كيفية له، فيصار إلى «العرف» فكذلك الحيازة، متروك أمر تحديد مفهومها إلى العرف الذي يقوم عليه التعامل، وتتحقق به المصالح.

سابعاً - أن هذه الاستثناءات التي أوردوها على ضابطهم العام في المال، دليل على فساد النظر فيه، فقد استثنوا «منافع مال اليتيم» فاعتبروها أموالاً متقومة في ذاتها قبل ورود العقد عليها، أي: على خلاف القياس، ونتج عن ذلك أنها تُضمن بالغصب، محافظةً على حقه، وكذلك «منافع الأعيان التي يملكها بيت المال» أو منافع الأعيان «المُعَدَّة للاستغلال» من مثل دور السكن، والحوانيت، وسيارات الأجرة، وما إليها.

وعلى أساس هذا المُدْرَك الأخير لمتقدمي الحنفية، يمكن اعتبار الإنتاج الفكري للمؤلف، والذي طبع في كتاب، أو استقر في عين، مالاً مُعَدَّ للاستغلال، واقعاً، وعلى ذلك فإن غصبه يلزم بالضمان والتعويض.

وهكذا يمكن القول بأن ما تقضي به أصول التشريع، وقواعد العامة، وما عثرنا عليه من اجتهادات الأئمة فيما يتعلق بمناط المالية^(٢)، وخصائصها، والملك وخصائصه، من حيث إن الملك مال^(٣)، أنها تقضي بأن ينهض بالمال مقومان اثنان هما:

(١) أخرجه الترمذي: ١٣٧٩، والنسائي في «الكبرى»: ٥٧٥٨، وأحمد: ١٤٢٧١، من حديث جابر بن عبد الله، وهو حديث صحيح.

(٢) في فقه الجمهور، ولا سيما تحديد الإمام ابن عرفة المالكي.

(٣) من حيث إن الملك مال، كما حدده الإمام الشاطبي المالكي.

١ - العرف . ٢ - القيمة .

رد شبهات:

١ - تحريم كتمان العلم لا يستلزم نفي ما للمؤلف من حق مالي في إنتاجه الفكري المبتكر:

أ - أما مسألة «كتمان العلم» الذي دل الحديث الشريف على تحريمه لزوماً من التهديد والوعيد عليه: «من كتمَ علماً يَعْلَمُهُ، جاء يوم القيامة مُلْجِماً بلجام من نار»^(١)، فلا ينقض ما تأصل في التشريع الإسلامي من أصل عتيد قطعي، هو ما يقضي به للإنسان من «حق الملك» في كل ثمرات جهده، والله تعالى يقول: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، ويقول تعالى: ﴿وَلَا تَبْخُسُوا النَّاسَ أَمْوَالَهُمْ﴾ [الأعراف: ٨٥].

ب - هذا، وكتمان العلم كاحتكار المنافع، والخبرات، والسلع، حيث يُخفيها أربابها تغالياً في أثمانها، والناس في حاجة ماسة إليها، ولم يقل أحد: إن حرمة الاحتكار تستلزم شرعاً بذل المادة المحتركة مجاناً ودون عوض، وبالسُّلع قوام الأبدان، وبالفكر قوام الأرواح والعقول، بل قوام المدنية والحضارة وعمارة الكون، فتحريم الكتمان لا يستلزم نفي المالية، بل على العكس من ذلك، لِمَا رأيت من أن الفقهاء قد أجمعوا على أن يكون بيع المادة المحتركة بأثمان معقولة تحفظ الحق للفريقين، دون وكس ولا شطط.

ج - على أن تحريم كتمان العلم، يحتمل الدلالة على معانٍ عدة، تُسقط حجية الاستدلال بالحديث على موضوعنا، لكثرة هذه الاحتمالات التي منها:

١ - أن كتمان العلم يعني إظهار الزيف، وإخفاء الحقائق أو تحويرها، مجارة لسياسة قائمة، أو خوفاً من بطش ظالم، أو كفراً بالدين الحق^(٢)، وهو أمر

(١) أخرجه أبو داود: ٣٦٥٨، وابن ماجه: ٢٦١، وأحمد: ١٠٤٨٧، من حديث أبي هريرة، وإسناده صحيح.

(٢) ومن ذلك صنيع علماء اليهود، حيث كانوا يكتمون ما بيّنه الله تعالى في كتابهم - التوراة - مما يتعلق =

لا يتصل بموضوعنا، من قريب أو بعيد، ولا يستلزم بالضرورة نفي حق المؤلف في ثمرات مجهوده الشاق المضني.

فليس مناط حكم الحديث إذن متعلقاً باقتضاء المؤلف حقه في المعاوضة عن إنتاجه العلمي المبتكر.

وبذلك يتفق مضمون هذا الحديث الشريف على أحد احتمالاته، مع قوله ﷺ: «أفضل الجهاد، كلمة حق عند سلطان جائر»^(١). ولا ريب أن حمل الحديث على هذا، خير من مصادمته لأصل قطعي عام في القرآن والسنة، من أن للإنسان حقاً ثابتاً مؤكداً في ثمرات جهده وعمله، ولا سيما في الأعمال المبتكرة التي لم يسبق إليها، وقد استغرقت جهده وعمره، والحديث الأحادي الظني - ولو لم تكن فيه هذه الاحتمالات - لا يقوى بداهة على معارضة القطعي، فضلاً عما في ذلك من هضم للحق، وظلم لصاحبه، والظلم عدو الإسلام الأول.

فيجب التوفيق بين النصوص عند التعارض ما أمكن.

٢ - كما يحتمل الدلالة على وجوب إجابة المستفتي عن فتواه، وتوعيته فيما يلزم به من شأن، بإخلاص وتجرد، ولو كانت الفتوى نقلاً وتقليداً للعلماء، ولا ابتكار فيها، ولا اجتهاد، وهو لا يتصل بخصوص موضوعنا، كما ترى.

٣ - ويحتمل أيضاً الدلالة على حرمة احتكار العالم للعلم، والحيلولة دون نشره وتوزيعه، حتى لا يرى غيره عالماً، أو حرمة جعله جُكراً بين طائفة معينة على النحو الذي كان معهوداً بين رجال الاكليروس، استثثاراً برياسة العلم، واستغلالاً للمنافع المادية الدنيوية لتلك الرياسة.

= بأمر محمد ﷺ وبنبوته، وصفته، ومبعثه، والهدى الذي جاء به، حيث يقول سبحانه: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنزَلْنَا مِنَ الْكِتَابِ وَالْهُدَىٰ مِنْ بَدِّ مَا بَيَّنَّكَ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ...﴾ الآية [البقرة: ٢١٥٩]، «الكبائر» للذهبي ص ١٤٦.

(١) أخرجه أبو داود: ٤٣٤٤، والترمذي: ٢١٧٤، وابن ماجه: ٤٠١١، وأحمد: ١١١٤٣ مطولاً، من حديث أبي سعيد الخدري، وهو حسن لغيره.

٤ - وفيه احتمال الدلالة أيضاً على رفض القيام بمهمة التعليم والتثقيف والتدريس، والنكول عنها، مما يُعَدُّ امتناعاً عن تلقين أمور مقررة ليس فيها اجتهاد، ولا ابتكار، مع القدرة على التعليم، والتفرغ له، وحاجة الناس إليه.

ومع هذه الاحتمالات لا يكون الحديث نصّاً في خصوص موضوعنا، فلا يصح الاحتجاج به.

٥ - على أن الحديث منصوص العلة، وهو «الكتمان» لا «المعاوضة» بقوله عليه السلام: «من كتم علماً^(١)...»^(٢)، وما نحن فيه ليس فيه كتمان، بل فيه نشر وتوزيع، وإذا انتفت العلة في المعاوضة، انتفى الحكم، وهو التحريم.

وإذا لوحظ أن هذا العالم أو الباحث قد وقف حياته كلها على هذا الجهد، فكيف تستقيم حياته إذا حُرِمَ من حقه فيه؟ أيعيش على الصدقات، وما تجود به أنفس المحسنين؟ وحقه في عمله ثابت له شرعاً؟

٦ - على أننا رأينا الفقهاء الأعلام، يُقَوِّمون جهود الحيوانات لأصحابها، ومنافع الهوامّ والحشرات والديدان، وأصوات الببغاوات، وتغريد البلابل، ومنفعة الكلاب في الحراسة، أفلا يكون للجهد العقلي الإنساني المبتكر - في منطق هذا الفقه - مكان في هذا التقويم الشرعي؟!

الشرع الإسلامي عدل كله، ومعقول المعاني والمقاصد، فثبتت المالية للابتكار الذهني بالأقيسة الأولوية.

٧ - ألم يُجزِ الرسول ﷺ جعل تعليم بعض من آيات القرآن الكريم مهراً؟ ومعلوم أن المهر لا يكون إلا مالاً^(٣)، فثبت أن «التعليم» يُقَوِّمُ بالمال شرعاً، بدليل

(١) أخرجه أبو داود: ٣٦٥٨، وابن ماجه: ٢٦١، وأحمد: ١٠٤٨٧، من حديث أبي هريرة، وإسناده صحيح.

(٢) ومن المقررات الأصولية في مسالك العلة، أن تعليق الحكم على المشتق، يؤذن إيداناً وإيماءً بعلية ما منه الاشتقاق، وهو المصدر (الكتمان).

(٣) لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

جعله مهراً وعوضاً، وتعليم القرآن الكريم طاعة بلا ريب، وهو جهد محدود، لا يعدو أن يكون مجرد ترديد لآيات من القرآن الكريم ممن يحفظها ويتلوها تعليماً، أو تحفيظاً لغيره، فلا يرقى مثل هذا الجهد إلى مستوى الجهد العقلي للعلماء بالبداهة، بما يتسم به من الابتكار الذي هو مظهر الثقافة الواسعة، والتعمق الفكري، بل لا سبيل إلى المقارنة بينهما، فإذا كان التعليم جهداً مقوماً بالمال، فالإنتاج المبتكر من باب أولى.

٢ - العدل في الجزاء الأخروي أصل يستلزم وجوب إقامة العدل في الجزاء الدنيوي؛ إذ

العدل لا يتجزأ:

على أن ما وعد الله تعالى به المؤمنين العاملين من ثواب أخروي، جزاءً وفاقاً، فيه إشارة وإرشاد للناس إلى «العدل» الذي يجب أن يستقر مبدأ يعملون بمقتضاه فيما بينهم في الدنيا؛ إذ العدل لا يتجزأ، فما هو عدل في الآخرة، هو عدل في الدنيا في شرع الله، وقد ورد آيات كثيرة تقرر هذا الأصل الذي يقضي بأن يكون «الجزاء على قدر الجهد الذاتي» بقوله سبحانه: ﴿هَلْ تُجْزَوْنَ إِلَّا مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ [النمل: ٩٠] وأن مراتب الجزاء إنما تكون تبعاً لمدى أثر العمل وجدواه، أي: مدى نفعه، وقوة المصلحة فيه، لقوله تعالى: ﴿وَلِكُلِّ دَرَجَةٍ مِمَّا عَمِلُوا﴾ [الأحاف: ١٩]، وأما قوله تعالى بعد ذلك: ﴿وَلِيُوقِيَهُمْ أَعْمَالَهُمْ﴾ [الأحاف: ١٩]، ففيه إشارة إلى أن العامل إذا ما بُخس حقه في دنياه، فسيوفى حقه كاملاً عند الله تعالى في آخرته، وهكذا ترى أن الترابط قائم بين الحقيين أو الأجرين في الدنيا والآخرة، ولا تناقض، والكل طاعة، ما دام يتنغي بعمله وجه الله تعالى، مخلصاً فيه، متقناً إياه، متوخياً نفع الأمة به.

فتلخص أن لا تناقض بين إقرار المثوبة في الآخرة، ووجوب الحق في الدنيا، ودليل ذلك الجهاد، وأن حديث «الكتمان» لا حجة فيه؛ لأنه منصوص العلة، وهي الكتمان، لا المعاوضة، ولو كانت «الطاعة» هي «العلة» في حرمان العامل من حقه في دنياه، لسقطت الحقوق جميعاً، وأهدرت المنافع، وظلم العاملون، وانتقض شرع الله تعالى، ولا يقول بهذا أحد.

حقوق المؤلف قبيل الناشر والمستفيد:

أ - معيار تقدير منفعة العمل الفكري المبتكر بالنسبة للناشر:

يتحدد مقدار هذه المنفعة بعدد النسخ المتفق على طبعتها، أو تصويرها، أو النماذج التي تم التعاقد على صنعها، حتى إذا نفذت، عاد الحق في أصل المنفعة إلى المؤلف، أي: في بيع مقدار آخر منها على هذا الأساس، وهو حق مقصور على صاحبه.

وهذا المعيار في التقدير متفرع عن اعتبار منفعة العمل الفكري أشبه بالثمرات منه بمنافع العقارات، كما أسلفنا، لسبب بسيط، هو أن منفعة العقار التي تحدد مقدارها بالزمن أو بالمسافة، أو غير ذلك من الوسائل المتعارفة - كما علمت -، أقول: إذا تعين مقدار المنفعة الذي تم استيفاؤه، بإحدى تلك الوسائل، عاد للمالك حقه في بيع مقدار آخر منها، أما محل المنفعة، وهو العقار، فلم يزل عن ملكه، وهذه هي الإجارة التي لا تعدو أن تكون بيعاً للمنافع بعوض، والعين المؤجرة أمانة في يد المستأجر. وكذلك الشأن في منافع الأعيان المنقولة إذا حددت مقاديرها بالزمن والمسافة كالطائرات والسفن وما إليها.

أما فيما نحن فيه، فالأمر مختلف؛ إذ الناشر ومن تلقى الملك عنه من المستفيدين، يملكون العين ذاتها التي قام بها الإنتاج، سواء أكان ملك العين مجردة في الأصل للمؤلف، ثم انتقلت عنه بعقد البيع، أم كانت ملكاً للناشر في الأصل، ثم انتقلت إلى المستفيد، ومن هنا كانت منفعة العمل الفكري أشبه بالأعيان القائمة بذاتها كالثمرات، منها بمنافع العقار، بجامع الانفصال والاستقلال في كل، فيختلف معيار التقدير تبعاً لذلك، كما تختلف حقيقة العقد، وتكييفه، فيغدو عقد بيع لا عقد إجارة.

ولا يغير من حقيقة هذا العقد، أن تكون النماذج المجردة في الأصل ملكاً للمؤلف أو الناشر؛ لأنها بمثابة «وعاء» يحتوي الثمرات، ولذلك اعتباره في حساب

ثمن المبيع، ولا أثر له في حقيقة العقد من حيث كونه عقد بيع، كما ذكرنا. أو بعبارة أخرى: لا يخرج العقد الذي تم إبرامه بين المؤلف والناشر عن كونه عقد بيع، أن تكون ملكية النماذج مجردة، للمؤلف أو للناشر؛ لأنه بمثابة وعاء، ولملك الوعاء أثر في ثمن المبيع زيادة أو نقصاً حسب الأحوال لا في حقيقة عقد البيع نفسه.

والخلاصة: أن اعتبار منافع العمل الفكري المبتكر بالثمرات، وقياسه عليها، يجعل العقد الوارد عليه عقد بيع لا عقد إجارة، حيث يملك المشتري أو المستفيد المبيع - وهو النسخة - عيناً ومنفعة، ويتحدد مقدار المبيع - وهو المنفعة - بعدد النسخ، أو بالنسخة المشتراة حسب الأحوال، وتكون حيازة المشتري للنسخة حيازة ملك لا حيازة أمانة.

ب - العلاقة التي ينشئها عقد بيع النماذج بين الناشر والمستفيد، ومدى الحقوق المكتسبة بهذا العقد:

أما العلاقة التي ينشئها العقد بين الناشر والمستفيد، مثل أصحاب المكتبات التجارية والعلمية، أو القراء، بوجه عام، فمقدار المنفعة محدد بالنسخة ذاتها، أيضاً، كما بينا، ينتفع في حدودها؛ لأنه ملك هذا المقدار من المنفعة، واستوجب ملك المنفعة، حيازة العين التي تقوم بها، ولكنها حيازة ملك لا حيازة أمانة، كما أشرنا، فتحدد مقدار المنفعة بأصلها ومحلها، كالكتاب ونحوه. وهذا فارق أساسي بين منفعة الكتاب، ومنفعة العقار، أو المنقول في عقد الإجارة.

وتأسيساً على ذلك، لا يملك المشتري الذي تلقى الملك من الناشر أصلاً المنفعة التي يملكها المؤلف؛ لأن الناشر نفسه - وهو المُمَلِّك - لا يملك أصل المنفعة، بل مقدراً معيناً منها، وتحدد بعدد النسخ، ومن المقررات في الفقه أن المالك لا يستطيع أن يُمَلِّك^(١) أكثر مما يملك، وإلا كان متعدياً غاصباً وضامناً.

(١) بتشديد اللام وكسرها.

وإذا كان الناشر لا يجوز له أن يملك إلا المقدار المحدد من النسخ المتفق عليها، فكل عقد تملك صادر منه يجاوز هذا العدد، يعتبر تصرفاً باطلاً وحراماً إن لم يجزه المؤلف؛ لأنه تصرف في ملك الغير، دون إذن منه، ولا ولاية.

هذا، ولا سبيل إلى تحديد مقدار المبيع إلا على هذا الوضع، فلا يُنهى عنه، كما يقول الإمام ابن تيمية، بل يكون جائزاً شرعاً، لوجود المقتضي، وانتفاء المانع.

وبغير هذا المعيار تتسرب الجهالة إلى تعيين المبيع ومقداره، وهي جهالة مفسدة لعقد البيع إجمالاً، ومن ثم لا يحل لأي من طرفي العقد أن ينتفع بمال الآخر على هذا الوجه.

وقد قدمنا أن الشارع الحكيم، لا يشرع من الأحكام، ويضع من الشروط، ما لا يتفق والأوضاع المعينة التي لا توجد الأشياء بطبيعتها إلا عليها، تعارفاً وتعاملاً؛ لأن ذلك لا يقع في التكليف بداهة؛ إذ لا يتعلق به مقصد شرعي غير تعجيز المكلفين، وإيقاعهم في الحرج والعسر، وهو خلاف مقتضى الأصول الشرعية القاطعة.

ومن هنا جرى «العرف» على هذا الوضع بالنسبة لحقوق الابتكار، وللعرف اعتبار في التشريع، ولا سيما في فقه المعاملات الذي يقوم أساساً على تحقيق المصالح، ودفع حاجة الناس، ما دام لا يوجد في الشرع ما يصادمه بوجه خاص، وكل حكم فرعي يعود على أصله بالنقص باطل.

إذا تقرر هذا، فإن القارئ المستفيد أو المكتبة التجارية، أو العامة، لا يملك أي منهم من المنفعة إلا المقدار الذي تحدد بعدد النسخ أو النماذج المشتراة؛ إذ لا يمكن أن تُقدَّر إلا بذلك، ولا أن تباع إلا على هذا الوجه، بدليل جريان التعامل في العالم على هذا الوضع.

ومن ثمَّ، لا يجوز للمستفيد أن يطبع أو يصور نسخاً أخرى على نسخته للاستغلال، أو للإعارة، أو للإباحة الخاصة للغير؛ لأنه لا يملك أصل المنفعة، بل مقداراً محدداً منها، فتحدد حقه في التصرف في حدود هذا المقدار، استعمالاً أو استغلالاً، أو إباحة خاصة للغير، أو إعارة.

ومن ثمَّ كان له أن يبيع ما اشترى من النسخ، أو أن يؤجرها أو يعيرها، أو يبيع لغيره الانتفاع بها إباحة خاصة دون عوض.

ومعلوم أن الإباحة الخاصة إنما تكون في حدود ملك المبيع، وهي لا تفيد المباح له ملكاً، بل مجرد مكنة الانتفاع^(١) الشخصي فحسب.

ج - المكتبات العامة العلمية، والجامعية، والمراكز الثقافية، والتجارية، وما إليها، حقها المكتسب كالمستفيد الفرد، إن في مقدار المبيع، أو وجوه التصرف في حدوده:

وكذلك الشأن في المكتبات العامة، والجامعية، والمراكز الثقافية؛ إذ تملك أن تبيع لروادها الانتفاع بالكتب أو النماذج انتفاعاً شخصياً، وفي حدود ما تملك من نسخ، أو إعارتها، بإذنها، وقد تبيع هذه النسخ المشتراة إذا لم يعد لها بها حاجة، ولكنها لا تملك حق الطباعة أو التصوير دون ترخيص من المؤلف بعوض أو بدون عوض.

على أنه يُشترط في الترخيص لهؤلاء أو لغيرهم، ألا يكون على وجه يتعارض وما يكون قد التزم به المؤلف من شروط قَبْلَ ناشر سابق، حتى لا يؤدي إلى الإخلال بحق مكتسب ثابت للغير، وسابق على هذا التصرف؛ لأن «مقاطع الحقوق عند الشروط» كما يقول الإمام عمر رضي الله عنه ولوجوب الوفاء بالعقود شرعاً على وجه لا يؤدي الوفاء بأحدها إلى نقض حق ثابت مقرر بعقد آخر سابق عليه.

د - الانتفاع العلمي باقتباس أفكار المؤلف أو صيغته وعباراته، تأييداً لفكرة علمية ارتأها المقتبس، أو من أجل التوسع فيها، والبناء عليها، جائز شرعاً، شريطة أن يَغزُو الأفكار إلى مؤلفيها، أداة للحق العلمي لمؤلفه:

ومن نافلة القول أن نشير إلى أن للمستفيد - إذا كان عالماً - أن ينتفع من الكتاب

(١) ثمة فروق بين ملك المنفعة، وحق الانتفاع، عند الحنفية، فالأول لا يكون إلا بعقد ملك كالإجارة والإعارة، أما حق الانتفاع فهو مجرد إذن وترخيص بالانتفاع الشخصي دون تملك. والإعارة مُخْتَلَفٌ في موجبها - بفتح الجيم - هل هو تملك للمنافع بدون عوض، أو هو مجرد حق في الانتفاع دون تملك؟

في اقتباس بعض أفكار المؤلف، في إنتاج فكري مبتكر يقوم به الباحث المقتبس؛ لأن هذا ضرب من الانتفاع الشخصي المباح له شرعاً، دون إخلال بحق لأحد، ولا استغلال فيه، مع وجوب العزو^(١)، لكن لا يجوز انتحال الكتاب جملةً، أو فصلٍ من فصوله، لينسبها المنتحل إلى نفسه زوراً؛ لأن هذا اغتيال لحق المؤلف، وعدوان على جهده، كالاعتداء على عينٍ مالية من أعيان أمواله سواء بسواء، وهو محرم بالنص، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، وقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئٍ إلا عن طيبة من نفسه»^(٢)، ولو لم يكن ذلك الانتحال بقصد الاستغلال.

كذلك يجوز للمراكز الثقافية، والجامعات، أن تستفيد من الكتب المقتناة على النحو الذي ذكرنا من باب أولى، لما لها من حق الملك عليها، ولأن النفع أشمل، ولأن الانتفاع بالمصادر العلمية لا يكون إلا على هذا الوجه، فهو جائز لداعية المصلحة: الاجتماعية، والعلمية العامة.

وهذا يختلف عن «الاستغلال المادي» على وجه الطبع أو التصوير للتجارة، وهو يبيِّن.

هـ - لا يملك المؤلف منع إباحة الانتفاع العلمي بمبتكراته؛ لأنه حق الله في كل حق فردي، ولكنه يملك أن يمنع استغلالها مادياً بدون إذن منه ولا ولاية، ويمنع انتحالها زوراً:

وعلى هذا، لا يملك المؤلف منع إباحة الانتفاع العلمي بمؤلفه على هذا الوجه؛ لأن للمجتمع حقاً في كل حق فردي في التشريع الإسلامي، وهو ما يعبر عنه بحق الله في كل حق فردي^(٣)، كما أسلفنا، وإلا كان كتماناً للعلم، وهو منهي عنه بالنص، ولكن يملك أن يمنع استغلال الغير لكتابه مادياً بوجه أو بآخر.

إذن يقوم حق المراكز الثقافية، والجامعات، والمكتبات العامة، وما إليها،

(١) إضافة أو نسبة الفكرة إلى مبتكرها، أداء للأمانة العلمية.

(٢) أخرجه أحمد: ٢١٠٨٢، من حديث عمرو بن يثري، وهو حديث صحيح لغيره.

(٣) «الموافقات» للشاطبي: (٢/٣٨٥)، و«الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص ١٤٨.

والمستفيدين من روادها، من العلماء، وطلبة العلم، وسائر المثقفين، في الانتفاع بالإنتاج الفكري المبتكر، على أصل مقرر في التشريع الإسلامي، وهو حق الله تعالى، وهو ثابت في كل حق فردي، ولا معنى لحق الله هذا إلا المصلحة العامة^(١).

فلا يملك المؤلف أن يمنع المجتمع حقه هذا، ولكن في حدود الانتفاع العلمي لا الاستغلال المادي، كما أشرنا.

و - مبدأ مقارنة التساوي بين العوضين - كما يقول الإمام ابن رشد - من مباني العدل في تشريع المعاملات، وهو يقتضي توقيت حق المؤلف وورثته من بعده في استغلال إنتاجه العلمي المبتكر^(٢):

على أن مبدأ آخر يحكم المبادلات المالية، وهو مبدأ «مقاربة التساوي» بين البديلين، تحقيقاً للعدل في التعامل، أو «التوازن» في مضمون العقد، أي: بين التزاماته المتقابلة، كما يقول ابن رشد^(٣).

ولما كان حق استغلال الإنتاج الفكري بالنسبة للمؤلف ولورثته من بعده، أجيالاً متعاقبة، قد يؤدي إلى الإخلال بهذا «التوازن» الذي هو مبدأ العدل في المعاملات في التشريع الإسلامي، كما ذكرنا، يُرى تحديد أمد حق الاستغلال هذا، ولا سيما إذا لاحظنا أن الأصل في المنفعة هو «التأقيت».

ونرى أن يتولى تنظيم ذلك لجنة من العلماء والخبراء بكل فرع من فروع العلم والأدب، من حيث مقدار عنصر المنفعة، وجودتها، وأثرها، وما يقابل ذلك من عوض عادل.

(١) «أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف. بحث النظام الشرعي العام، و«الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» للمؤلف ص ١٤٨، و«الموافقات» للإمام الشاطبي: (٢/٣٨٥).

(٢) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/١٢٣).

(٣) المرجع السابق.

ز - أقصى مدة استغلال الورثة لحق الإنتاج العلمي المبتكر ستون عاماً، من تاريخ وفاة المؤلف مورثهم:

وعلى أي حال، فإننا نرى ألا تزيد أقصى مدة الاستغلال عن ستين عاماً، من تاريخ وفاة المؤلف، اعتباراً بأقصى مدة للانتفاع عرفها الفقه الإسلامي في حق الحكر، وهو حق القرار على الأرض الموقوفة، للغرس أو البناء، بطريق الإجارة الطويلة.

ذلك، لأن أصل هذا الاعتبار^(١) هو كون الإنتاج العلمي نسبي الابتكار لاعتماده على تراث السلف، وهو حق عام للأمة، بمثابة الموقوف على جهة بر عامة. هذا، ويصبح الإنتاج الفكري المبتكر بعد ذلك حقاً مشتركاً للأمة، وعنصراً من تراثها على مر القرون.

ويمثل الأمة مؤسسة أو جهة خيرية تنشأ لتنظيم حق الاستغلال هذا، والإشراف عليه، أو الدولة.

وللمؤسسة أن تستغل بدورها هذا الإنتاج بعد انقضاء المدة المعينة، ليصرف ريعه في وجوه الخير العام، كطلبة العلم مثلاً لإتمام تحصيلهم، أو بناء المساجد، والمشافي والمدارس، ودور اليتامى والعجزة، وغير ذلك من وجوه البر العام.

كما أن للمؤسسة أن تنشره هي وتعاوض عنه، ولكن في نظير تكاليفه فقط، شريطة ألا تدع مجالاً لأحد لاستغلال حق مؤلفه مادياً؛ إذ لا يجوز بحال أن نُظفَى حق المؤلف وورثته من بعده في استغلال إنتاج مورثهم، ليرثه غيرهم، لاستغلاله استغلالاً خاصاً، دون وجه حق.

ذلك ما لا يبيحه منطوق ولا شرع.

هذا، وللورثة حق مخاصمة المستغل لإنتاج مورثهم، عدواناً، في القضاء.

(١) أي: القياس الأصولي الخاص بين الأصل والفرع، لعلة جامعة بينهما.

ح - منع ورثة المؤلف من استغلال إنتاجه المبتكر بعد انتهاء المدة المعينة، لا يعني حرمان ناشره من نسبة معينة معقولة من الربح زائدة عن أصل التكاليف:

منع استغلال الورثة لحق المؤلف بعد مضي المدة، يوجب إسقاط حقه المالي، وبيع النسخ على أساس أصل التكاليف، مع زيادة نسبة معقولة معينة من الربح لمن يتولى نشره، نظير أتعابه، فلا يجوز إذن أن يحل أجنبي محل الورثة في تقاضي الحق المالي للمؤلف مورثهم؛ لأنه ضرب من أكل أموال الناس بدون وجه حق، فإذا منع الوارث مع قيام سبب التوريث، فالأجنبي أولى.

ط - حق الناشر في النماذج المجردة إذا ملكها بعوض من ماله الخاص:

قد تكون النماذج ملكاً للمؤلف، والطبع على حسابه الخاص، وحينئذ يملك حق التأليف وأوعيته وما تم به إخراجها.

فإذا ورد عقد البيع على مقدار معين من الإنتاج مُحدِّد النسخ، شاملاً لها ولما تم به إخراجها، ملكها الناشر جميعاً.

وقد يشترط المؤلف في صلب العقد ألا يشمل إلا مقدار المنفعة والنماذج مجردة، فيبقى للمؤلف حينئذ الحق فيما تم به إخراج هذه النماذج من الحروف والصور والرسوم والعناوين التي نهض بها فنيون على حساب المؤلف، فتبقى على ملكه بالشرط.

هذا إذا كانت النماذج ملكاً للمؤلف، والطبع والإخراج على حسابه الخاص.

أما إذا كانت النماذج مجردة ملكاً للناشر، وكانت طباعتها وإخراجها على حسابه الخاص، فإنه يملك كل أولئك ملكاً خاصاً بالإضافة إلى قدر من الإنتاج المبتكر مُحدِّد بعدد النسخ، دون أصل الابتكار، كما ذكرنا.

وعلى هذا، فلا يملك المؤلف في هذه الحال إلا أصل المنفعة التي انتقلت ملكية مقدار منها إلى الناشر بعقد البيع، وما سوى ذلك فهو ملك خاص للناشر.

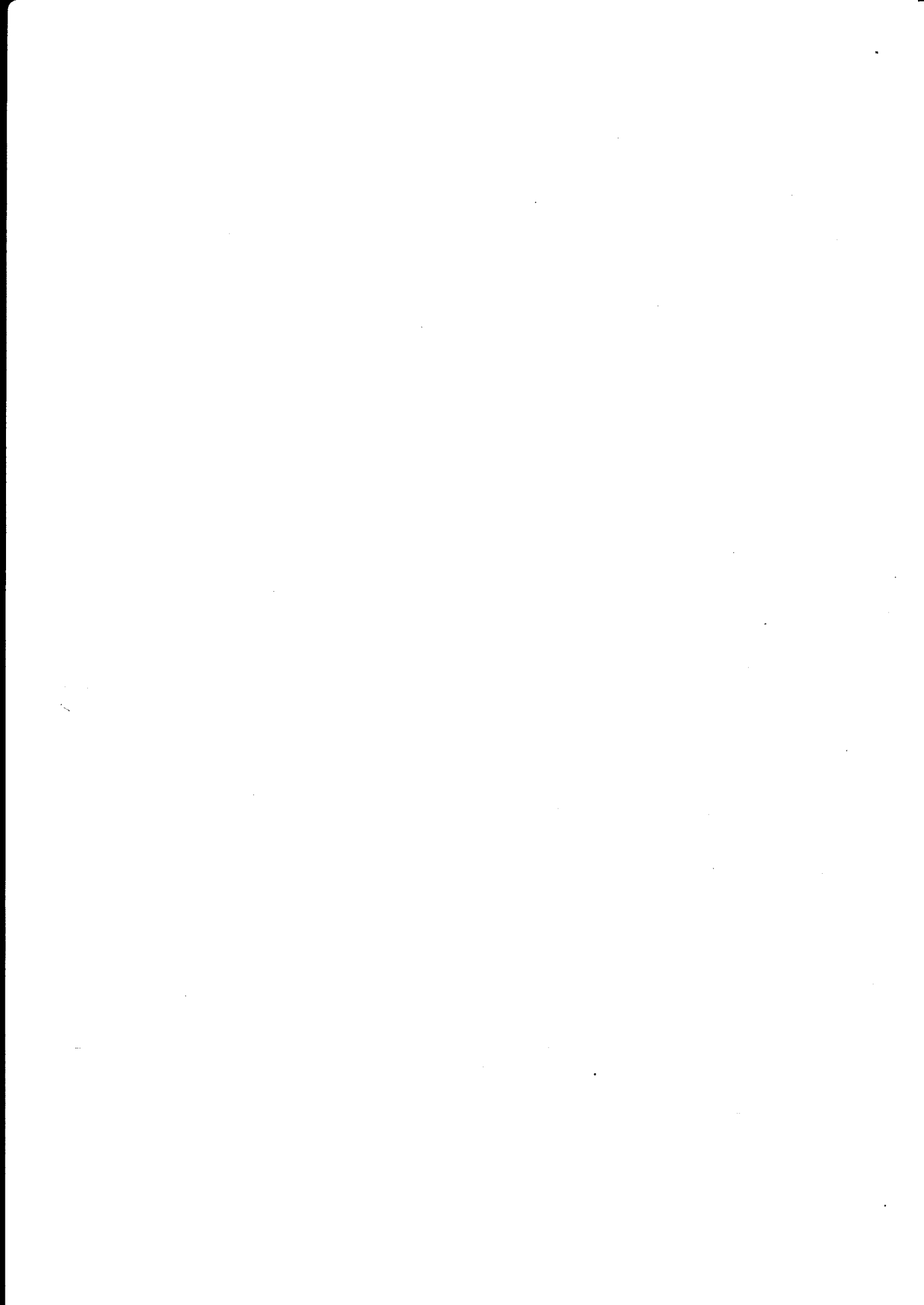
أما المستفيد، فيملك النموذج ورقاً، ومقدار المنفعة الذي تحدد به، ولا يملك ما

تم به إخراجهم من الحروف والصور والعناوين وما إليها، مما يدرك بالحس، لما قدمنا، فضلاً عن أنه لا يملك أصل المنفعة.

ومن ثم لا يجوز لأحد - حتى المؤلف نفسه - أن يصورها أو يقلدها، إلا بإذن من الناشر نفسه؛ لأنها ملك خاص خالص له، كما قدمنا.

هذا مبلغ أقصى وسعنا من الاجتهاد في هذا الموضوع الجديد الهام الذي لم يخدمه البحث العلمي في القديم ولا في الحديث، والله أسأل التوفيق والسداد، وهو الهادي إلى الحق، وإلى صراط مستقيم.





المبحث العاشر عقوبة التفرغ بالمال في الفقه الإسلامي المقارن

تمهيد:

من المقرر في التشريع الإسلامي، أن العقوبات فيه على ضرب ثلاثة^(١):
أحدها: عقوبات قدرها الشارع بالنص عليها نصاً صريحاً بيّناً، كما نص على المعاصي التي شرعت تلك العقوبات النصية المحددة من أجلها، فلا يزداد عليها، ولا ينقص منها، كحد الزنا، وحد القذف، وحد المحاربة وقطع الطريق.

الثاني: ما لا تقدير فيه، كالتعزير، وهو عقوبة على كل معصية لا توجب حداً ولا كفارة^(٢)، مما يكون أصل تقديره وتوقيعه منوطاً بولي الأمر ونوابه.
الثالث: التأديب، كضرب الزوج لزوجته، أو تأديب الآباء والأمهات لأولادهم، لورود النص به^(٣)، مما يكون أصل توقيعه منوطاً بهؤلاء، لا بولي الأمر، أو من يعينهم لذلك.

(١) «قواعد الأحكام» للإمام العز بن عبد السلام: (٢/٧٤ وما يليها).

(٢) «الشرح الكبير مع المغني»: (١٠/٢٤٧).

(٣) «قواعد الأحكام»: (٢/٧٤ وما يليها).

هذا، والتأديب بالضرب قد ورد به النص بالنسبة للزوجة، تقويماً لها عند النشوز، إذا لم تُجدِ أي وسيلة أخرى أخف منها من الوعظ أو الهجر في المضاجع، لقوله تعالى: ﴿فَيَطُورُهُنَّ وَأَجْبُرُهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] والنشوز معصية.

وإلى هذا التفصيل جنح بعض الفقهاء في تعريف التعزير^(١)، إذ قالوا: إنه «اسم لما يختص بفعله الإمام أو نائبه في غير الحدود، والتأديب»^(٢).

وعلى هذا، فالتأديب عند هؤلاء الفقهاء ليس قسماً من التعزير، بل هو قسيم له، وملحظه في ذلك أن «التأديب» لا يكون على جريمة يتعدى أثرها إلى المجتمع مباشرة، بل غالباً ما يكون على مخالفات شرعية في محيط الأسرة، أو المدرسة، كما هو الشأن في تأديب الزوجة، والأولاد الصغار، وقصداً إلى تقويمهم، واستصلاحهم، دينياً وخلقياً وثقافياً، ولا سيما تعويدهم فعل الطاعات، ليسهل عليهم أداؤها حين وقوع التكليف بها، من أداء فرائض الصلوات إذا بلغوا النكاح راشدين.

وأيضاً، نصوا على جواز «تقويم الحيوان» قصداً إلى منعه من الجراح، وردده عنه،

= وأما ضرب الأولاد إذا بلغوا العاشرة من السن، وكانوا متهاونين في أداء فريضة الصلاة، فقد ورد به من السنة من قول الرسول ﷺ: «مروهم لسبع، واضربوهم عليها لعشر» [خرجه أبو داود: ٤٩٤، والترمذي: ٤٠٧، وأحمد: ١٥٣٣٩، من حديث سيرة، وإسناده حسن]. حملاً لهم على أداء الصلوات في أوقاتها، وتعويدهم على الطاعة، على الرغم من أنهم غير مكلفين بها شرعاً، لعدم بلوغهم سن الرشد؛ إذ العقل والبلوغ هما مناط التكليف.

هذا، وجعل بعض الفقهاء تأديب الحيوان نوعاً من العقوبة الجائزة شرعاً، لتقويمه وردده عن الجراح، ولكن لم يطلق عليه اسم التعزير.

(١) راجع «عقوبة التعزير على مخالفة التسعير»: (١/٥٤٧ وما يليها).

(٢) المرجع السابق: (٢/٧٤ وما بعدها)، تحت عنوان: «الباب الحادي عشر: التأديب والزجر على ضرب»، و«معالم القربة» لابن الأخوة ص ٢٨٤، وإنما جعل «التعزير» إلى الإمام أو نائبه لا للمضور المعتدى عليه، دفعاً للمظالم بين الناس، بالمجازرة والاعتداء، والغلو؛ إذ لو وكل أمر التعزير إلى الناس، لدفعهم حب الانتقام والتشفي إلى الظلم، ولا يفضي الظلم بالجاني إلى تقويمه واستصلاحه، وزجره، بل ربما جرّاه ذلك على معاودة العصيان، غالباً، وفيه من التهاجر والفساد ما لا يخفى.

هذا، والمعاصي أو الجنايات التي تستوجب التعزير من حيث تعلقها بالمال وعدمه، على أنواع ثلاثة:

(١) معصية قائمة بالمال نفسه، كغش اللبن، مثلاً. (٢) معصية واقعة على المال كالسرقة لما لا يوجب الحدّ، لأن شروطه لم تتوافر فيها. (٣) ومعصية لا تعلق لها بالمال أصلاً، كالضرب على السن، بحيث يحدث المأ لا خللاً، ففي الألم حكومة، وهي غرامة مالية، فالغرامة عقوبة على الألم، كما ترى. «البحر الزخار»: (٦/٢٨٢).

ليتيسر استخدامه، والتمكّن من الانتفاع به، في مأمّن من أذاه وضرره، وهو مشعر بأن الأصل تحريم الإضرار بالحيوان وإيلامه، إلا لمثل هذه الضرورة.

وليس شيء من ذلك في اجتهاد هؤلاء يصلح أن يطلق عليه اسم «التعزير».

فقد جاء في «معالم القربة» ما نصه: والدليل على جواز التعزير، ما روي عن عمرو بن شعيب، أن النبي ﷺ قال: «لا قَطْعَ في ثمرٍ، ولا كَثْرٍ، حتى يُؤْوِيَهُ الجَرِينُ، فإذا أواه الجرين، وبلغ ثمنه المَجْرَنُ، ففيه القطع، وإن كان دون ذلك، ففيه عُزْمٌ مثليه^(١) وجلداتٌ نكالاً^(٢)».

(١) الكَثْرُ: جُمّار النخيل، وقيل: ظلّعها - وجمّار النخلة - وزان رمان - قلبها، ومنه يخرج الثمر والسعف، (بفتح العين) وتموت النخلة بقطعه. وقيل: الجُمّار شحم النخلة «المصباح المنير» ص ٦٣٥، و«مختار الصحاح» ص ٥٦٤، والظَّلْع ما يطلع من النخلة فيصير تمراً، المرجع السابق، و«نيل الأوطار»: (١٣٥/٧) وما يليها). الجرين: وجمعه جُرْن - مثل بريد ويزُرد، الموضع الذي يجف فيه التمر عادة - ويعتبر جزأً بالنسبة للتمر، وهو كالبيدر بالنسبة للحنطة. المرجع السابق، «المصباح المنير».

- المَجْرَنُ: الترس، لأن صاحبه يتستر به. «المصباح المنير»، أو يتقي به المحارب ضربات العدو. ويلاحظ أن الحديث الشريف يفرق بين سرقة ما فيه قطع، بأن بلغ نصاباً، وقدره ثمن الترس، وكان من جزء، وهو هذا الجرين، فتكون العقوبة حدّاً، وهو قطع اليد، لا تعزيراً، والحد عقوبة نصية، كما ذكرنا، وبين سرقة ما لا قطع فيه، لعدم استكمال شروط الحد، بأن لم يبلغ المسروق النصاب، من حيث قيمته؛ أو لم تكن السرقة من حرز مثل المسروق، فهي إذن معصية لا تستوجب الحد، بل عقوبة تعزيرية، وقد نص الحديث على أن العقوبة غرامة مثلي المسروق، وضرب السارق جلداتٍ، نكالاً، وأيضاً فيه دليل على الجمع بين عقوبة المال، وعقوبة البدن، كما ترى. «نيل الأوطار» للشوكاني: (١٣٥/٧).

(٢) أخرجه مختصراً الشافعي في «المسند»: (٨٤/٢)، والبيهقي في «السنن»: (١٦٣/٨)، بلفظ: «لا قطع في ثمر معلق، فإذا أواه الجرين ففيه القطع». أما لفظ «لا قطع في ثمر، ولا كثر» فقد أخرجه أبو داود: ٤٣٨٩، والترمذي: ١٤٤٩، والنسائي: (٨٧/٨)، وابن ماجه: ٢٥٩٣، وأحمد: ١٥٨٠٤، من حديث رافع بن خديج وليس من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وهو حديث صحيح. أما حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، فليس فيه: «لا قطع في ثمر ولا كثر»، وأخرجه أبو داود: ١٧١٠، والنسائي: (٨٦ - ٨٥/٨) والحاكم: (٤٢٣/٤)، وأحمد: ٦٦٨٣، وهو حديث حسن، وانظر «نيل الأوطار»: (١٣٥/٧) للشوكاني، و«معالم القربة» لابن الأخوة ص ٢٨٤، تحقيق د. محمد محمود شعبان وصديق أحمد عيسى المطيعي، طبع الهيئة العامة المصرية للكتاب.

الْحُبْنَةُ: من حَبَنَ الطعام، إذا حَبَّاهُ وَغَيَّبه للشدة، والمراد ما تحمله في حزنك أو تحت إبطك، أو في =

أما الفريق الآخر من الفقهاء، فقد اعتبر «التأديب» هو المعنى الجوهرى للتعزير الذي به قوامه وتحققه، ولعل ملحظه في ذلك، أن التعزير بما هو عقوبة على معصية لا توجب حدًا ولا كفارة، فإن مضمونه لا يعدو أن يكون تأديبًا، لتقويم المخالف، أو الجاني، فهو يشترك مع الحد في هذا المعنى، وإن خالفه من عدة نواح، أهمها عدم تحديد أو تقدير العقوبة نصًا من قبل الشارع، ما عدا ما ورد في الشرع من أدلة جزئية في بعض المعاصي.

ومن هؤلاء بعض فقهاء الحنابلة، وبعض الحنفية وبعض الشافعية، ممن يمثلون هذا الاتجاه^(١).

فقد جاء في «الشرح الكبير» لابن قدامة (أبي الفرج) في تعريف التعزير ما نصه: «وهو - التعزير - التأديب»، وهو واجب في كل معصية لا حد فيها، ولا كفارة^(٢).

فالتأديب إذن هو عين التعزير، مدلولًا، وليس قسيمًا له^(٣)، في اجتهادهم. ونحن نرى أن «التأديب» هو الحكمة الغائية للتعزير، وثمره تشريعه، فهو تعريف بالغاية لا بالحقيقة؛ إذ التعزير عقوبة هدفها التأديب والزجر والتقويم. يرشدك إلى هذا، أن الفريق الأول القائل بالتفريق بين التعزير والتأديب مدلولًا^(٤)،

= إزارك. «القاموس المحيط»، و«مختار الصحاح».

والحديث فيه دليل على جواز التأديب بالمال، بل فيه دليل على جواز الجمع بين عقوبة المال وعقوبة البدن. «نيل الأوطار»: (١٣٥/٧).

(١) «الشرح الكبير مع المغني» لابن قدامة - أبي الفرج -: (٣٤٧/١٠)، و«السياسة الشرعية» لابن تيمية ص ١٠٢، و«الأحكام السلطانية» للماوردي ص ٢٠٦، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٢٠٧/٣) وغيرهم.

(٢) «المغني مع الشرح الكبير»: (٣٤٧/١٠).

(٣) قارن ذلك بما ورد من تعريف للتعزير في «معالم القرية» في الفقه الشافعي، لابن الأخوة: ص ٢٨٤.

(٤) اعتمد ابن الأخوة على الإمام الماوردي في بحث «التعزير» حتى ليكاد أن يكون متأثرًا بألفاظه نفسها، قارن بينهما في «معالم القرية» ص ٢٨٤ وما يليها، و«الأحكام السلطانية» ص ٢٠٦ وما يليها - الطبعة الأولى ١٩٠٩م - مطبعة دار السعادة بمصر.

لم يغفل عن اعتبار الزجر والتأديب غايةً للتعزير كالحَد؛ إذ يقول: «وهو - التعزير - تأديب استصلاح وزجر»، وهذه كلها معانٍ غائية للتعزير، تمثل حكمة التشريع العقابي بوجه عام.

ولا شك أن التعزير والحَد يتفقان غايةً، وإن اختلفا حقيقةً ومدلولاً، في الشرع. هذا، ويبدو لنا أن القائل بالفصل بين التعزير والتأديب، لم يقمه على أساس التباين بين مدلوليهما؛ إذ التعزير شامل للتأديب، مدلولاً، لاتحاد معنى العقوبة فيهما، من الإيلاء والأذى، إنما على أساس اختلاف «المكلف» القائم بتوقيع كلٍّ منهما، فالأول الإمام، أو من يُعيَّنه لذلك، والثاني الزوج، أو الآباء والأمهات، والمعلمون، بالنسبة للصغار.

على أن النص على أصل العقوبة أو نوعها، كما في النشوز، وكما في سرقة الثمر المعلق، وغيرهما، لا يخرجها عن كونها نوعاً من التعزير، ما دامت العقوبة لم تبلغ حدًّا، ولا كانت كفارة، ولذا كانت تلك النصوص ووقائع أفضيته ﷺ من الأدلة الجزئية التي تنهض بمشروعية أصل التعزير.

هذا، وينبغي أن يُلاحظ أن نشوز الزوجة إذا كان معصية، فإن تقاعس الأولاد عن أداء الصلاة إذا بلغوا سن العاشرة، ليس بمعصية قطعاً، لعدم التكليف؛ إذ هو منوط بالعقل والبلوغ، فتمحّضت عقوبتهم تعويداً وحملًا على فعل الطاعات قبل التكليف بها، ولا معصية دون تكليف، أو تقويمًا خلقيًا في سن الحداثة، وليس شيء من ذلك يعتبر جزاءً على جنابة أو معصية، فكان إطلاق اسم التعزير على ذلك من حيث صورة الفعل، لا من حيث السبب، لذا كان لمن قال بالفصل بين التعزير والتأديب وجه.

تعريفنا للتعزير:

من المتفق عليه أن التعزير عقوبة على معصية، لا حدًّا فيها ولا كفارة^(١).

(١) «الشرح الكبير مع المغني» لأبي الفرج ابن قدامة: (٣٤٧/١٠)، و«السياسة الشرعية» لابن تيمية ص ١٠٢، و«الأحكام السلطانية» ص ٢٠٦، و«معالم القرية» لابن الأخوة ص ٢٨٤، و«تبيين الحقائق»: (٢٠٧/٣)، و«البحر الزخار»: (٢٨٢/٦).

غير أنا نود أن نبين حقيقة التعزير تبييناً مشتقاً من تفاصيل أحكامه، وتصور الفقهاء لمفهومه، فيما أوردوا من أدلة، وتطبيقات، فنعرّفه بأنه: «عقوبة مفوض أمر تقديرها، نوعاً، وقدرًا، إلى الإمام^(١)، حسبما يرى من المصلحة الملائمة لسنن المشرع وتصرفاته في التشريع، على كل معصية: من ترك واجب، أو فعل محرم، مما لم يرد فيه حدٌ، ولا كفارة، سواء أكانت المعصية متعلقة بحق من حقوق الله تعالى، بما يمس الجماعة، وأمنها، ونظامها العام، أو بحق الإنسان الفرد».

أما العقوبة التعزيرية من حيث النوع، فمن مثل العقوبة البدنية، كالضرب، أو المقيدة للحرية، كالحبس، أو المالية، كالغريم، أو النفسية المحضة، كالتوبيخ، وغير ذلك.

وأما المصلحة، فهي قاعدة الاجتهاد في التشريع العقابي التعزيري، وعلى أساسها يتم تخيير الإمام للعقوبة المناسبة، نوعاً، ومقداراً، شدة وتخفيفاً، تنفيذاً أو إيقافاً للتنفيذ^(٢)، أو توقيعاً لأكثر من عقوبة، مراعيًا في ذلك الظروف الشخصية للجاني، والموضوعية للجريمة نفسها، وظروف المجتمع وأحواله، حتى يكون من شأن هذه العقوبة - في غالب ظن المجتهد - إفضاؤها إلى الغرض الذي شرعت من أجله، من الردع والزجر، وحسم مادة الفساد، وتحقيق أمن الجماعة، وحراسة نظامها العام.

هذا، والعقوبة التعزيرية قد تكون «حقاً للشرع» إذا كانت متعلقة بالصالح العام، وقد تكون «حقاً للإنسان الفرد»^(٣)، كالهجر، والضرب على الشوز.

ولهذا التمييز ثمرة تتصل بحكم جواز النزول عن الحق من قبل المجني عليه، أو عدم جوازه، وغير ذلك من الأحكام.

(١) أو من يعينه لذلك، راجع «منشأ صفة مخالفة التسعير»: (١/٥٤٨).

(٢) إذ يكتفى في بعض الحالات بالحكم بالعقوبة مع إيقاف تنفيذها، لما يرى القاضي من حصول الزجر بمجرد التهديد، بالنسبة لوضع المحكوم عليه، وأن توقيع العقوبة يغدو تجاوزاً وشططاً لا تقتضيه الضرورة. راجع «منشأ صفة مخالفة التسعير» هامش: (١/٥٤٨).

(٣) «الطرق الحكيمية» ص ٣١٤.

على أن معظم العقوبات التعزيرية متعلقة بحق الشرع، من مثل مؤيدات مقاومة الاحتكار، وعقوبات مخالفة التسعير الجبري، ومصادرة مال المرتد، لخروجه على النظام العام في الدولة الإسلامية، والتفرير على معصية الامتناع عن أداء الزكاة. أما ما ورد فيه حدٌ أو كفارة، فلا مجال للاجتهاد فيه، أو تغيير أحكامه؛ لأنه شرعٌ ثابت واجبٌ تنفيذه على النحو الذي وردت به النصوص العقابية، تحقيقاً لإرادة المشرع البينة الحقيقية الثابتة على سبيل القطع.

صور من المعاصي التي تستوجب التعزير:

هذا، وقد أورد الإمام ابن تيمية^(١) طائفة من المعاصي التي لا تستوجب حدًا ولا كفارة بقوله: «المعاصي التي ليس لها حدٌ مقدر ولا كفارة، كالذي يقبل الصبيان، ويقبل المرأة الأجنبية، أو يباشر بلا جماع، أو يأكل ما لا يحلّ، كالدم والميتة، أو يقذف الناس بغير الزنى، أو يسرق من غير حرز، أو شيئاً يسيراً^(٢)، أو يخون أمانته، كولاية أموال بيت المال، أو الوقوف، ومال اليتيم، ونحو ذلك إذا خانوا فيها، وكالوكلاء والشركاء إذا خانوا، أو من يَغشُّ^(٣) في معاملته، كالذين يغشون في الأطعمة والثياب، ونحو ذلك، أو يطففون المكيال والميزان، أو يشهد الزور، أو يلقن شهادة الزور، أو يرتشي في حكمه، أو يحكم بغير ما أنزل الله، أو يعتدي على رعيته، أو يتعزّى بعزاء الجاهلية، أو يلبي داعي الجاهلية، أو غير ذلك من أنواع المحرمات، فهؤلاء يعاقبون تعزيراً أو تنكيلاً وتأديباً بقدر ما يراه الوالي، على حسب كثرة الذنب في الناس^(٤) وقتله، فإذا كان كثيراً زاد في العقوبة، بخلاف ما إذا كان قليلاً، وعلى

(١) «السياسة الشرعية» ص ١١٢ وما يليها.

(٢) أي: دون النصاب، وعلى الجملة المعاصي التي لا تتوفر فيها شروط الحد، ولا تستوجب الكفارة.

(٣) غش - من باب قتل، والاسم الغش (بالكسر) -: لم ينصحه، وزين له غير المصلحة، ولبن مغشوش: مخلوط بالماء. «المصباح المنبر».

(٤) في هذا مراعاة لظروف المجتمع، في تقدير العقوبة نوعاً، وقدرًا.

حسب حال المذنب^(١)، فإذا كان من المدمنين على الفجور، زيد في عقوبته، بخلاف المُقِلِّ من ذلك، وعلى حسب كثرة الذنب وصغره، فيعاقب من يتعرض لساء الناس وأولادهم، بما لا يعاقب به من يتعرض إلا لامرأة واحدة.

ويستخلص من هذا النص تفهماً واستنباطاً، القواعد الاجتهادية التي يستند إليها تشريع العقوبة التعزيرية اجتهاداً، كما يلي:

١ - أن «المعاصي» التي أوردها الإمام ابن تيمية، مستحقة للعقوبة التعزيرية، منها ما ثبت في الشرع، نصّاً أو دلالة^(٢)، أو ثبت بالإجماع، كشهادة الزور، والرشوة، وخيانة الأمانة، والحكم القضائي بغير ما أنزل الله، وأكل ما لا يحل، كالهيئة والدم ولحم الخنزير، والغش في التعامل، ونحو ذلك، ولكن لم ينص على ما تستحقه من عقوبات، فضلاً عن بيان أنواعها.

وقد تكون واقعة على الأفراد، بعضهم قبل بعض، أو من قبل ولاتهم، أو على أمن الجماعة، وآدابها، ونظامها العام؛ كما قدمنا.

٢ - المثلية بين المعصية والجزاء، أو بين الجريمة والعقوبة، قدراً وأثراً إذا تعدّرت نوعاً، وتقدر شدة وضعفاً، كثرة وقلة، خطورة أثر، وضآلة شأن، بحسب حال المقترب أو الجاني أيضاً، وطبيعة المعصية في حد ذاتها، وظروف المجتمع، ومآل التطبيق، عملاً بالأصول العامة التي هي من مباني العدل وموجهاته في الإسلام: لقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠]، وقوله سبحانه: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] نفيّاً للظلم والتجاوز والشطط، في تشريع العقاب^(٤)

(١) المرجع السابق، وفي هذا رعاية لحال الجاني، وتقدير للجريمة في حد ذاتها، خطورة أو ضآلة شأن، فضلاً عن ظروف المجتمع.

(٢) كثبوت حرمة النبيذ مثلاً قياساً على الخمر، لعله الإسكار المشتركة بينهما.

(٣) ولقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦].

(٤) راجع بحث: «التعزير على مخالفة التسعير» ص: (١/٥٤٧ وما يليها).

وتوقيعه، أو بعبارة أخرى: ينبغي مراعاة كافة الظروف الشخصية والموضوعية الملازمة للجريمة، فضلاً عن طبيعتها، ومآل توقيعه، وهذه هي «المناسبة»، كما سيأتي.

وإذا كانت العقوبة ضرراً وإيلاًماً، بدنياً أو نفسياً أو مالياً، فالأصل مصونية المسلم عن الإضرار به وإيلاًمه إلا بحق، وبقدر ما تقتضيه الضرورة، ويندفع به الضرر، وتنحسم المفسدة، ويستقيم الأمر.

وكل ما لا تقتضيه الضرورة، ولا يفضي إلى الردع، واستصلاح الجاني، فمحرم إيقاعه عملاً بالأصل العام «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(١).

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣، من حديث جابر بن عبد الله، بهذا اللفظ، وهو عند ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون قوله: «في الإسلام». يقول ابن الأخوة في كتابه «معالم القرية»: «فإن قلت: هل للسلطان زجر الناس عن المعاصي، بإتلاف أموالهم وتخريب دورهم التي فيها يشربون، ويعصون، وإحراق أموالهم التي يتوصلون إلى المعاصي بها؟ فاعلم أن ذلك - لو ردد الشرع به - لم يكن خارجاً عن سنن المصالح، لكن لا نبتدع المصلحة، بل نتبع فيها، وكسر ظروف الخمر قد ثبت عند شدة الحاجة (أي: بالنظر لظروف المجتمع، ومدى انتشار هذه الجريمة فيه) فلا يكون نسخاً، بل الحكم يزول بزوال العلة، ويعود بعودها، فإنما جوزنا ذلك بحكم الاتباع» ص ٢٨٨ وما يليها. ويقصد بذلك أن ما قرره باجتهادهم، فيما يتعلق بتشريع العقوبة التعزيرية، وأساسها، وشروطها، جارٍ على سنن المشرع في المصالح، لا ابتداع فيه؛ إذ قد وقع ذلك بفعل النبي ﷺ وصحابته من بعده.

وأما قوله: «فلا يكون نسخاً، بل الحكم يزول بزوال العلة، ويعود بعودها» فإشارة إلى تغير الحكم بتغير الظروف والمصلحة التي اقتضت ذلك - وهي أساس العقاب التعزيري بتفويض من الشارع نفسه - فشدة الحاجة مثلاً - وهي قرينة على تأصل الجريمة في المجتمع واستشرائها - كشيوع شرب الخمر، وإصرار شاربها على معصيتهم، اقتضت «تغليظ» العقوبة، لتؤتي ثمرتها في مثل هذا الوضع، وذلك بكسر دنان الخمر، وأوعيتها، فضلاً عن إراقتها وإتلافها، ولولا ذلك لما تحقق الغرض منها، حتى إذا زال السبب، وتبدلت هذه الظروف العامة، تبدل الحكم تبعاً لذلك، إلى ما هو أخف؛ إذ يحصل المقصود به، دون داع إلى تشديد العقوبة؛ إذ الضرورة تقدر بقدرها، بل هو محرم، وهذا ما نعني به من المثلية والمناسبة، وهذا التبدل ليس نسخاً للحكم السابق، وإنما هو نتيجة لقانون التلازم المنطقي بين الحكم وعلته، طرداً وعكساً؛ إذ يدور الحكم مع علته وجوداً وعدماً لأن النسخ معناه إبطال العمل بالحكم المنسوخ مطلقاً، وإنهاء أمد العمل به، من قبل الشارع، وهذا ليس كذلك؛ إذ يعود العمل =

٣ - الملاءمة أو المناسبة، بمعنى أن تقدير العقوبة التعزيرية على النحو الذي بينا، على معصية معينة، يشترط أن يكون ما تفضي إليه من خير ونفع، يربو على ما يترتب على إيقاعها من ضرر؛ لأن هذا هو الأصل العام الذي يقوم عليه وضع المشروعات، فما غلب نفعه شرع، وما غلب ضرره، لا يشرع، فالحكم - إيجاباً وسلباً - منوط بما غلب واقعاً وعملاً، وأن يغلب على الظن تحصيل مقصودها بالنسبة للجاني، وللمجتمع على السواء، ردعاً وزجرأ، وأمنأ وعدلاً.

المثلية في الحقوق والواجبات، كالمثلية في الجزاء، مبنى للعدل في التشريع الإسلامي:

وإذا كان الأصل في «المثلية» أن تكون من جميع الوجوه^(١)، صورة ومعنى، في التعويض المدني، تحقيقاً للعدل كاملاً، فإن ذلك قد يتعذر في بعض العقوبات، ولذا، فإن ثمة من العقوبات الأخرى ما يحل محلها، فلا تشترط النوعية أو العينية، لتحقيق المثلية، ولا يقدر هذا في أصل العدل، بشرط أن تكون العقوبة «مناسبة» أو ملائمة للمعصية والجريمة، وناجعة من حيث الأثر، أي: في الزجر والتقويم، ما دام الأمر في فصل مجتهد فيه، وما دام الإمام مفوضاً في تقديرها حسبما يراه محققاً للمصلحة المعتمدة شرعاً.

ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَهَلْ مِثْلَ الَّذِي عَلَيْهِنَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي: في الحقوق والواجبات المدنية المتبادلة بين الزوجين؟ «فالمثلية» هنا أساس العدل، كالمثلية في الجزاء، ولكنها لا تعني مطلقاً أن تكون واجبات كل من الزوجين هي عين ما كلف به الآخر، بل هو متعذر؛ إذ لا يستقيم أمر الأسرة بهذا التعيين بدهاءة؛ لأن واجبات الزوجة تختلف نوعاً عن واجبات الزوج، وإن كان عبء التكليف أو قدره

= بالحكم السابق إذا عادت علته إلى الوجود، ولا شك أن للظروف والأحوال أثراً في تشكيل هذه العلة وعودها، فيعود الحكم.

(١) ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَنا عَلَيْهِمْ فِيهَا﴾ - على اليهود في التوراة - ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾ [المائدة: ٤٥] وشرع من قبلنا شرع لنا، ما لم يرد ناسخ.

بينهما، ينبغي أن يكون متكافئاً، فالمساواة في العبد لا في النوع، فعلى كل منهما من أنواع الواجبات ما يناسبه، لتعذر المثلية، فكذا في بعض العقوبات.

ولذا قلنا: إن «المثلية» هي الأصل، صورة ومعنى، فإن تعذرت، فلا بد من المساواة من حيث القدر والأثر، ولا بد من الموازنة، ومن المناسبة التي تجعل العقوبة من شأنها أن تحقق العدل، وتفضي إلى المقصد الشرعي العام من التشريع العقابي التعزيري الاجتهادي، حتى لا يعود مبدأ «المثلية» على أصل تشريعه بالنقض.

٥ - تنوع العقوبة بتنوع الجريمة، من حيث جنسها، وأثرها، وهذا نتيجة لأصل المثلية والمناسبة، وهو ما أشار إليه الإمام ابن تيمية^(١)، في تعداده لذوات المعاصي ومقاديرها، وآثارها، من حيث الكثرة والقلّة، وخطورة الأثر وضآلته، وبحسب حال الجاني، وحال الناس أيضاً، وظروفهم المكانية والزمانية، وهذا الأصل يعتبر نتيجة للأصل السابق كما ذكرنا، وتوثيقاً له؛ إذ بمراعاة ذلك يكون تشريع العقاب اجتهاداً أدنى إلى العدل، وأنجع في تحقيق المصلحة، ولا ريب أن تماثل الظروف شرط في تحقيق وحدة النتائج، بوحدة الحكم بالعقوبة على معصية معينة^(٢)، إذا ثبت هذا، فليس شيء من

(١) «السياسة الشرعية» ص ١٠٠ وما يليها.

(٢) قد أشرنا إلى أنه ينظر في تقدير العقوبة التعزيرية، نوعاً، وقدرًا، وأثرًا، إلى حال الجاني، وحال الذنب، وحال الناس أيضاً، وظروفهم الزمانية والمكانية، ومدى غلبة المعصية فيهم، وفي هذا الصدد يقول ابن الأخوة: «وأقول له - للوالي - أن يكسر الظروف التي فيها الخمر زجراً، وقد فعل في زمن الرسول ﷺ تأكيداً للزجر، ولم يثبت نسخه، ولكن كانت «الحاجة» إلى الزجر والفظام شديدة، وإذا رأى الوالي باجتهاده مثل تلك «الحاجة»، جاز له مثل ذلك» وهذه العقوبة منظور فيها إلى شيوع معصية شرب الخمر بين الناس، كما يشير بذلك إلى اتحاد المصلحة، فيما تقتضيه أحوال الناس في كل عصر، وبيئة، وهذا فقه في غاية الجودة. «معالم القرية» ص ٢٨٨.

وأما فيما يتعلق بضرورة النظر إلى حال الجاني من حيث نوعية العقوبة ومقدارها، فقد أشار الفقهاء إلى ذلك بما نصه: «أما إذا صار الجاني ميؤوساً من توبته، فإن للحاكم أن يصرف هذا المال - الذي أخذ منه عقوبة على المعصية - فيما يرى فيه من المصلحة - عن: «فصول الاستروشيبي» ص ٨، و«التعزير» لعبد العزيز عامر ص ٣٢٦.

ذلك يقتضي قصر العقوبة التعزيرية على الإيلام البدني، أو المساس بالاعتبار الإنساني، بل قد يتعدى ذلك إلى العقوبة بأخذ المال، بجامع الإيلام، والزجر والتقويم بالحرمان في كل، إذا غلب على ظن المجتهد ضرورة ذلك، وتعيينه.

أخذ المال عقوبة، قد يتعين جزاء بالنظر لحال الجاني، وتحقيق المقصد الشرعي منها، دون غيره من العقوبات:

وعلى هذا، فقد يكون العقاب المناسب بدنياً، أو معنوياً ماساً بالاعتبار الإنساني، أو تقييداً للحرية، أو أخذاً للمال عقوبة، أو إتلافاً له، إغاظه للجاني وتنكيلاً^(١)، وردعاً، إذا غلب على الظن أن ذلك أنجع في الزجر والاستصلاح، حسب الأحوال، وقواعد الشرع «والمصلحة المرسله»^(٢) لا تأباه، لا سيما إذا كان له شواهد في قضاء النبي ﷺ والصحابة والتابعين ومن بعدهم من الأئمة، واجتهاداتهم، وسيأتي تفصيله.

أما إذا ثبت لذلك شواهد في السنة، فتلك أصول وموجّهات يُستهدى بها في الاجتهاد، ويثبت بها أصل مشروعية أخذ المال في العقوبات التعزيرية على المعاصي المستجدة، جرياً على سنن الشارع في التشريع، مع مراعاة تماثل الظروف، لما لها من أثر في تشكيل علة الحكم بالتغريم على وجه الخصوص.

ويُشترط في قاعدة «المصلحة المرسله» التي تستوجب «العقوبة التعزيرية» المناسبة،

= وهذا نظرٌ إلى شرط «المناسبة» إذا ما دام أخذ ماله مؤقتاً، وإيداعه، عقوبةً لم تفض إلى زجره، بدليل إصراره، فقد تبين أنها غير مناسبة، ومن هنا كان التشديد فيها بنزع ملكيته عن ماله، والتصرف فيه بما تقتضيه المصلحة عند اليأس من توبته.

(١) ألا ترى أنه يجوز قطع أشجار العدو، وإحراق ماله، إغاظه له، إذا قضت الظروف بذلك، مع أنه في الأصل محرم، أو اغتنام سلاح البغاة، إذا كان في ذلك كسر لشوكتهم مع أن إسلامهم يوجب عصمتهم.

(٢) «المصلحة المرسله» سماها صاحب كتاب «معالم القربة»: «الحاجة» لأن دفع «الحاجة» أو تليبيتها مصلحة، وعدم الوفاء بها ضرر عام، أو إيقاع الناس في الحرج، والحرج ضرر غير مألوف، وهو غير مشروع بالنص.

أن تكون مما اعتبر الشارع جنسها، وأن تكون مما لا تصطدم مع نص أمر وارد بخصوصها بعينها، أي: لا يوجد في الشرع ما ينافيها عيناً؛ لأن المنافاة هي علة انتفاء المشروعية.

المعاصي التي عددها الإمام ابن تيمية، وغيره من الأئمة، المختلفة نوعاً وموقِعاً، وخطورة، تكاد تشمل من حيث مواردها جميع وجوه الحياة، من التجارة، والاقتصاد، والسياسة، والاجتماع، والقضاء، والإفتاء، والتشريع، والآداب، والصحة العامة، مما يتعلق بالحقوق العامة والخاصة على السواء، فأتسع بذلك نطاق التشريع العقابي التعزيري حتى شمل كل أولئك، من مثل:

أ - السرقة من غير حِرْز، أو سرقة شيء يسير لا يبلغ النصاب، وهذه لا توجب حدًا، ولكنها تشكل عدواناً مباشراً على أموال الأفراد، وتهدد حق المجتمع في أمنه في الأموال والأنفس غالباً^(١)، وإن كان فيها حق الفرد، ولكن حق الله غالب.

ب - الاعتداء على أموال الدولة، من قبِل ولاية بيت المال (الخزينة العامة)، وهي حق عامة المسلمين.

ج - الجرائم التي تقع على أقوات الناس، وما به قوام عيشتهم وصحة أبدانهم، كالاحتكار، والغش في المواد الغذائية، والثياب ونحوها، مما يضر بالصحة العامة، ويؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، ومنها مخالفة التسعير الجبري، كما قدمنا.

د - بخص الناس أشياءهم، بتطفيف الكيل والميزان، وحرمانهم من أخذهم كامل حقهم ظلماً، وخيانة أمانة.

(١) يؤكد هذا، أن حدّ القطع شرعاً على سرقة ما يساوي ثمن المجن - أي: الترس - منظور فيه معنى الاعتداء على المجتمع كله، في ماله وأمنه، ولأفإن العقوبة النصية هذه - قطع اليد - أعظم أثراً بالمقارنة مع قيمة المال المسروق، إذا بلغ ثمن المجنّ، وهو الترس، ومن هنا قلنا: إن «المثلية» ينبغي أن ينظر إليها من خلال المناسبة أيضاً، من حيث الخطورة، وتحقيق مقصد الشارع من العقوبة التي تترتب على كل معصية على حدة.

هـ - جميع صور خيانة الأمانة، في الحكم، والمعاملات.
 و - المعاصي التي تتعلق بالأخلاق والآداب العامة، مما لا يوجب حداً، كتقبيل المرأة الأجنبية، أو التعرض للنساء في الطرقات.

ز - ما يكون سبباً في تضليل العدالة، وتضييع الحق، كالرشوة، وشهادة الزور، أو تلقينها.

ح - ما يتعلق بالانحراف عن التشريع الإلهي، قضاء، أو إفتاء، أو حكماً، وذلك بتطبيق أحكام غريبة عن الإسلام، لهوى، أو تسلط، أو عداء، مما يُفسد على الناس دينهم، ويعبث بميزان العدل فيما بينهم، وولي الأمر يوقع العقوبة التعزيرية المناسبة على ضوء ذلك.

ط - الاتصال بالعدو، وإنهاء أسرار الدولة إليه، وإطلاعه على مدى قوتها، واستعدادها، خيانة عظمى، كالجاسوسية، والعقوبة التعزيرية على ذلك الإعدام حقاً للشرع^(١).

ي - ما يتعلق بالرجوع القهقري إلى عادات وتقاليد الجاهلية الأولى، مما ينقض أو يحد من هيمنة الإسلام عقيدة وتشريعاً ونظماً، في الدولة.

ك - ترك ما أمر الشارع به، مما هو واجب الأداء إذا تحقق شرطه، تهاوناً واستهتاراً، كالامتناع عن أداء الزكاة، والمجاهرة بالفطر في رمضان.

هذا، والتغريم بالمال على الامتناع عن أداء الزكاة - في الواقع - عقوبة تعزيرية منظور فيها الخروج على نظام الدولة، وليس تعويضاً عما أتلّف، أو تحصيلاً للواجب من الزكاة، فهي حق للشرع؛ لأن حق الله فيها غالب، ولذا حارب أبو بكر مانع الزكاة كمحاربه للمرتد.

وإذا كان التشريع العقابي التعزيري يشمل بنطاقه كافة هذه المواقع وغيرها من حياة المجتمع، فيجب أن يتنوع أثراً، تبعاً لتنوع طبيعة هذه المعاصي وتفاوت آثارها، على

(١) «السياسة الشرعية» ابن تيمية ص ١١٤.

نحو يحقق العدل في المثلية والمناسبة^(١)، بين آثار كل من العقوبة والجريمة، مع مراعاة الظروف الملازمة للأفراد والمجتمع^(٢)، زماناً ومكاناً، كما بينا.

٧ - طبيعة المعاصي التي تستوجب العقوبة التعزيرية، بعضها إيجابي وقوعي، والآخر

سلبي عدمي:

وقد يؤدي أطراح أساس «المناسبة» في الاجتهاد في التشريع العقابي التعزيري إلى النقيض من أصل تشريعه، فيغدو حينئذ مجلبة للشر والفساد، بديل أن يكون إجراء

(١) وقد أورد الأئمة أمثلة للمعاصي التي تستوجب التعزير، وعقوباتها، ولا تقصر من حيث شمولها، عما أورده الإمام ابن تيمية. «تبيين الحقائق» للزيلعي: (٣/٢٠٨)، و«المجموع شرح المذهب» للنووي: (٥/٢٨٨)، و«الطرق الحكمية» لابن قيم الجوزية: ص ٣١٢ وما يليها، طبع المؤسسة العربية للطباعة ١٩٦١ مراجعة أحمد العسكري، و«تبصرة الحكام» ابن فرحون المالكي: (٢/٢١٣)، وقد أورد ابن فرحون طائفة من المعاصي وعقوباتها فمن ذلك:

- ١ - أمره ﷺ بتحريق متاع الذي غلَّ من الغنيمة.
- ٢ - إضعاف الغرم على سارق ما لا قطع فيه من الثمر والكثّر، كما أسلفنا.
- ٣ - إضعاف الغرم على كاتم الضالة.
- ٤ - أخذه شطر مال مانع الزكاة، عزمة من عزمات الرب تبارك وتعالى.
- ٥ - أمره ﷺ لابس خاتم الذهب بطرحه، فطرحة، فلم يعرض له أحد.
- ٦ - أمره ﷺ بقطع نخيل اليهود، إغاظة لهم، وتنكيلاً.
- ٧ - تحريق عمر ﷺ قصر سعد بن أبي وقاص بالكوفة لما احتجب فيه عن الرعية، وصار يحكم في داره.

٨ - مصادرة عمر بن الخطاب ﷺ عماله، بأخذ شطر أموالهم، فقسمها بينهم وبين المسلمين. وغير ذلك كثير.

ويقول ابن فرحون: «وهذه قضايا صحيحة معروفة، قال ابن قيم الجوزية: وأكثر هذه المسائل شائعة في مذهب أحمد ﷺ وبعضها شائع في مذهب مالك ﷺ، ومن قال: إن العقوبة المالية منسوخة فقد غلط على مذاهب الأئمة، نقلاً واستدلالاً، وليس بمسَلَّم دعواه نسخها، وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة لها بعد موته ﷺ مُبْطَلٌ لدعوى نسخها... إلخ - «المرجع السابق»: (٢/٢١٣ - ٢١٤).

(٢) قدمنا أن حد السرقة - وهو قطع اليد - لم ينظر في تشريعه وإلزام الشارع به إلى مجرد قيمة النصاب، في حد ذاته، بل المنظور فيه هو مدى أثر هذه «الجريمة» على المجتمع في ماله وأمنه، وهذا هو مقتضى مبدأ «المثلية» و«المناسبة» اللذين لاحظتهما المشرع في تشريع العقوبة نوعاً وقدرأً وأثراً.

وجزاء عقابياً لاستئصال شأفة المعصية والإجرام، ودرء الشر والفساد والظلم، وتحقيق أمن وسلامة الجماعة، ونظامها.

هذا التقسيم ليس مجرد تقسيم افتراضي، ذهني، بل هو تقسيم بياني واقعي يكشف عما هو واقع في الوجود الخارجي، فلا اختلاف فيه.

فمن الأول: التطفيف في الكيل والميزان، والغش في الأقوات، وفي الصناعات، والمعاملات بوجه عام، والاعتداء على الحرمات، وممارسة الولاة ظلم الرعية، وغير ذلك، مما هو وقوعي إيجابي.

ومن الثاني: ترك أداء الصلاة أو الصوم، أو المجاهرة بالفطر في شهر رمضان، أو عدم إيتاء الزكاة إذا استحق أداؤها، أو الامتناع عن أداء الدين عند حلول أجله مع القدرة عليه «لئى الواجد ظلم يُجِلُّ عقوبته».

فالعقوبة في الأول هي جزاء الوقوع في المعصية زجراً عن الاستمرار فيها، أو العود إليها، وردعاً للغير عن التفكير في اقترافها، عظة وعبرة.

والعقوبة في الثاني للحمل على أداء الواجب قهراً، وقطع التمادي والاستمرار في الامتناع، وزجراً له ولغيره عن التهاون في أداء الفريضة، أو حمله على أداء الحق إلى مستحقه عند حلول أجله، مع القدرة عليه، أو احترام نظام الدولة، والانصياع لامثال تشريعها.

هذه مقدمة تمهيدية بين يدي البحث تيسر فهمه، والإحاطة به.

٨ - تحرير محل النزاع:

السلف من الفقهاء رضي الله عنهم - سواء المجيزون منهم للعقوبة بأخذ المال على معصية غير مقدره، والمانعون - لم يفرقوا في هذا الصدد بين المعصية القائمة بالمال^(١) وبين الواردة عليه^(٢)، أو المعصية التي يُتخذ المال مادة لصنعها منه وتجسيدها، مما يتعلق

(١) من مثل خلط اللبن بالماء غشاً، فالمعصية قائمة بالمال نفسه، أو احتياز الخمر في الظروف والدنان ونحوها.

(٢) كسرقة ما لا قطع فيه.

التجريم الشرعي بالفعل، والمادة المصنوعة معاً، كالخشب تُصنع منه التماثيل والأصنام، وآلات اللهو، أو العنب تتخذ منه الخمر، أو الجريمة التي تتعلق بالتصرف في المال - سلباً أو إيجاباً - على نحو يشكل اعتداءً على نظام الدولة، فضلاً عن التأثير في مُقدَّراتها ومواردها المالية، كالامتناع عن أداء الزكاة، فقد كان هذا سبباً في حرب مجليةً شنها الخليفة أبو بكر رضي الله عنه على الممتنعين كمحاربتة للمرتدين سواء بسواء، أو يشكل عدواناً على تأمين المجتمع في عناصر ومقومات حياته الأساسية المعاشية، كالاحتكار^(١)، أو الجناية الكبرى على وجود الدولة نفسها، وسيادتها، كالجاسوسية^(٢)، والخيانة العظمى، أو على قيمها ومثلها، وعقائدها، ونظامها الأساسي كله، كجريمة الارتداد عن الإسلام - والعياذ بالله - حيث يوجب الشرع مصادرة مال المرتد^(٣) على الراجح في فقه المذاهب، أو جناية الزوجة على زوجها، أو على نفسها بالقتل قبل الدخول، فيسقط مهرها، ولا يتقرر بالموت، استثناءً من عموم القاعدة، في الحالين، وتعزيزاً بالتغريم مالياً على هذه الجناية، وما أورثت من ضرر بالغ، ومعاملة لها بنقيض قصدها، وسدّاً للذريعة، كما يقول المالكية، فضلاً عن عقوبة حرمانها من الإرث في الحال الأولى^(٤).

(١) ومن مؤيدات مقاومة الاحتكار العقوبات التعزيرية التي يراها الإمام، ومنها الحرمان من الربح تغريماً (٤٥٢/١).

(٢) تبلغ العقوبة التعزيرية حدّ القتل، سياسةً، ومصادرة أموال الجاسوس، حسبما تقضي به المصلحة العليا للدولة في ضوء خطورة كل حالة من حالات التجسس أو الخيانة العظمى، وهذا الاجتهاد المصلحي السياسي في الفقه الإسلامي، يعتمد الظروف الموضوعية والشخصية وحال الجاني، وخطورة الجناية. «السياسة الشرعية» لابن تيمية ص ١١٤.

(٣) هذا فضلاً عن عقوبة الإعدام بالنسبة للرجل لقوله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه» [أخرجه البخاري: ٣٠١٧، وأحمد: ٢٥٥١، من حديث ابن عباس]. وعقوبة الحبس الدائم للمرأة، إذا لم يتوبا.

(٤) أي: في حال ما إذا قتلت زوجها - التغريم المالي على رأي زفر، من الحنفية، والشافعية، والمالكية - «البدائع»: (٢/٢٩٤). وجاء في «حاشية الدسوقي»: (٢/٢٧٨): «ويبقى النظر في قتل المرأة زوجها، هل تُعامل بنقيض مقصودها، ولا يتكامل صداقها، أو يتكامل؟ والظاهر أنه لا يتكامل لها بذلك، لانها مها، ولشلا يكون ذريعة لقتل النساء أزواجهن». وانظر «شرح قانون الأحوال الشخصية» د. عبد الرحمن صابوني: (١/٢٤٤).

ولا ريب أن حرمانها من مهرها - وهو حق مالي مكتسب ثابت لها شرعاً، بمقتضى عقد الزواج - ضرب من عقوبة التغريم بالمال.

إذن «واقعة الموت» هذه، لم يرتب الشارع عليها الحقوق المالية، بالنسبة للجاني، تغريماً مالياً لعللة الجنائية، سواء في ذلك حق المهر، أم حق الإرث، وهذه العلة معنى ملحوظ للشارع في الحرمان من حق الإرث - كما تعلم - فينتظم الحرمان من المهر، قياساً أولوياً، لمعقوليته، بدليل اعتباره أساساً للاجتهاد التعزيري في فقه الجمهور في هذه المسألة.

أو معصية من لا يحضر صلاة الجماعة، بأخذ المال منه عقوبة، أو إيجاب درهم على من أتى امرأته وهي حائض^(١)، أو تغريم الجاني على ما أحدث من مجرد الألم في السن، أو مجرد اصفرارها، أثراً للضرب، ولو لم يورث ألماً فيها، أو خلافاً، لتغير لونها، أو من تشويه الجمال، بقص الشعر مثلاً^(٢)، أو التغريم على معصية المساس بالكرامة الإنسانية، ولا سيما لذوي المكانة، كالإهانة بإغلاظ القول، والتشيع بفحش الكلام، بما دون الرمي بالزنا^(٣)، على نحو ما وجّه المددي^(٤) لخالد بن الوليد، حيث أمر الرسول ﷺ بحرمان المعتدي من حقه المالي، سلب قتيله^(٥) عقوبة، بقوله: «لا تُعطه يا خالد!» مرتين، ثم ذهب الرسول ﷺ مغضباً، وقال: «هلاً تركتم لي أمراي؟!»^(٦) أو من مثل معصية التعرض للنساء في الطرقات، مما لا علاقة له بالمال أصلاً، ولا شبهة فيه لتعويض عن مال أُتلف.

(١) «الفتاوى البزازية»: (٢/٢٥٧)، و«تبيين الحقائق»: (٣/٢٠٨)، و«التعزير» د. عبد العزيز عامر، ص ٣٢٦.

(٢) «البحر الزخار»: (٦/٢٨٠).

(٣) لأن الرمي بالزنا كذب يوجب عقوبة الجلد حدًا بالنص، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَمُونُ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَزَّ بِأَقْوَامٍ بِأَرْبَعَةِ شَهْرَةٍ فَأُخْلِدُوهُنَّ لِنِيبٍ جَلْدًا وَلَا يَقْبَلُوا لَهُنَّ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاقِقُونَ﴾ [النور: ٤]. ويستوي في هذه العقوبة قاذف الرجل والمرأة على السواء؛ إذ معنى المعصية ينتظم الحالين.

(٤) المددي صفة أطلقت على من أرسه الرسول ﷺ مدداً من الجند، وردءاً للجيش في واقعة مؤتة.

(٥) وقد استكثره خالد على المددي، فأخذه منه، فأغلظ القول لخالد حيثئذ.

(٦) أخرجه مسلم: ٤٥٧٠، وأحمد: ٣٩٨٧، مطولاً، من حديث عوف بن مالك.

وبعض هذه التطبيقات وارد في السنة، مما يؤكد صحة نظر المجيزين في عدم التفرقة، وهذه ليست من التعدييات التي لا يدرك معنى لحكمها، بل معقولة المعنى، تبادراً لغوياً^(١)، يستهدي بها المجتهد، في تقدير العقوبات المالية، على ما يستجد من وقائع المعاصي والجنايات.

أقول: لم يفرق السلف من الفقهاء - المجيزون منهم والمانعون - بين كل أولئك، حيث أقام كل منهما أدلته على مُجْتَهَدِهِ، دون تفصيل.

وعلى هذا، تحرر لدينا «محل النزاع» من أنه: «العقوبة المحضنة التي ألزم الشارع بها نصّاً أو دلالة، بأخذ المال تعزيراً على معصية لا توجب حداً ولا كفارة، بترك ما أمر الله تعالى، أو بفعل ما نهى عنه، مما ليس فيه شبهة التعويض المالي عن الضرر المالي الذي يمس حقاً من حقوق شخص معين، بإنقاص ماله، تعمداً أو تقصيراً».

تحليل محل النزاع:

١ - المراد بالعقوبة المحضنة، تلك التي ليس فيها معنى التعويض المدني، أو التسوية الحقوقية، عن مال أُلْف، جبراً؛ إذ لا علاقة لمثل هذه بالعقوبة المالية التعزيرية، فالمقصود أخذ المال تعزيراً لا تعويضاً.

٢ - إطلاق القول بأخذ المال، دون بيان لكيفيته، ومصيره، لِيُضَدَّقَ على كل من التفرقة والمصادرة^(٢)، وسواء أكان مصيره الإتلاف، أو ضمّه إلى بيت

(١) يقصد بذلك أن «العلة» مفهومة لغة، دون اجتهاد، لتبادرها من منطوق النص. فيصح بناء الحكم عليها حيثما وجدت، وهذا هو القياس الأولي، أو دلالة النص، في الأصول.

(٢) قد فرق بينهما الفقه الوضعي، فقد عرفت المادة (٢٢) من قانون العقوبات المصري الغرامة بأنها: «إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزانة الحكومة، المبلغ المعتمد في الحكم». وعرفت المادة (٣٠) منه المصادرة بأنها «عقوبة مالية، بالحكم بها تنتقل لجانب الحكومة ملكية الأشياء التي تحصل من الجريمة، أو التي استعملت، أو كان من شأنها أن تستعمل فيها» - «التعزير» د. عبد العزيز عامر ص ٣٣٨، ٣٤١.

فالغرامة إذن مبلغ من المال، يثبت ديناً في ذمة الجاني، بموجب حكم، وأما المصادرة، فهي حكم ينزع ملكية أشياء معينة، وإضافتها إلى ملكية الدولة جبراً عن مالكتها، دون مقابل.

المال^(١)، أو التصديق به، أو تملكه للغير، حسبما تقضي به المصلحة الراجحة التي يراها الإمام، بموجب ما منح من تفويض في ذلك، وسلطة تقديرية واسعة، مستعيناً بأهل الخبرة، ومقيداً بقواعد الشرع؛ لأن هذه الكيفيات ذات أثر واحد بالنسبة للجاني وهو حرمانه من ماله كلاً أو بعضاً، ونزع ملكيته عنه، سواء أكان على سبيل التبريم أم المصادرة.

٣- وأما قولنا: على معصية لا توجب حدًا، ولا كفارة، فليشمل كل معصية، سواء أكانت متعلقة بالمال، أو واردة عليه، أو لا تعلق لها بالمال أصلاً، ولو ورد فيها نص خاص يحدد عقوبتها صراحة، كما بينا.

٤- أما المراد بقولنا: مسَّ حقًا من حقوق شخص معين، فإطلاق الشخص يفيد صدقه على الشخص الحقيقي، أو الحكمي، كالدولة، ومؤسساتها العامة، ومرافقها^(٢).

٥- هذا، وإلزام الشارع بالعقوبة، شرط لمشروعيتها؛ إذ العقوبة لا تثبت إلا بحكم، والحكم مصدره الشرع، وثبوت الحكم شرعاً بالعقوبة قد يكون نصاً، كالحد، والكفارة، والقصاص، والدية في القتل، وقد يكون دلالةً، أي: مدلولاً عليه بدلالات التشريع، من مثل العلة المتبادرة من النص منطوقاً^(٣)، كما في القياس الأولوي، وهو حجة في إثبات أحكام العقوبات، كما قدمنا، أو من مثل «المعنى العام» المستنبط من عدة نصوص جزئية، وقد يكون مبنياً على قاعدة «المصلحة المرسله» المتعلقة بحق عام، أو خاص، كما أشرنا، شريطة أن يشهد لها أصل عام في التشريع، وذلك بأن اعتبر الشارع جنسها،

(١) إذا جاز إتلاف المال المصادر، جاز تملكه لبيت المال من باب أولى.

(٢) قد توجب الجريمة نوعين من العقوبة، كجريمة الاعتداء على أموال بيت المال، أو لاهما: التعويض المالي المكافئ جبراً لما أتلّف، وهذه تسوية مدنية، كما أسلفنا. والثانية: التبريم المالي، زائداً عن التعويض إن وجد، وقد تكون غير ذلك، كالسجن، فالأولى ليست من موضوع بحثنا، كما تعلم.

(٣) وهو ما يطلق عليه: دلالة النص، في علم الأصول.

ليكون ترتيب حكم العقوبة على أساسها فيما لم يرد فيه نص، جارياً على وفق تصرفات الشارع، وسننه في التشريع، فالحكم حينئذ يكون بإلزام الشارع دلالة، لا بمحض إرادة المجتهد ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾ وإن كان المجتهد يبين، أو يكشف - باجتهاده - حكم الله تعالى في الواقعة المعروضة، لكنه لا ينشئه إنشاءً، لما قدمنا.

وقد يرد فيها نص، ولكنه لا يوجب حداً ولا كفارة، كأقضية الرسول ﷺ في التفرير.

الدليل الذي اعتمده السلف في عدم التفصيل لأنواع عقوبة التفرير، ووجوه التصرف فيها بعد أخذها، هو أثرها المتحد بالنسبة للجاني، وهو الإنقاص من ماله، وسلطة الإمام التفويضية المقيدة بالمصلحة :

إن السبب الذي حمل السلف من الفقهاء - ولا سيما المجيزين - على عدم التفصيل بين أنواع العقوبة المالية تعزيراً على معصية غير مقدرة، كما يبدو من وجه استدلالهم، أنهم اعتبروا أخذ المال عقوبة على سبيل التعزير إنقاصاً من مال الجاني، وهو معنى ينتظم سائر أنواع عقوبات التفرير بالمال، فالمصادرة، وهو نزع ملكية المال المصادر وامتلاكه من قبل الدولة، كمصادرة بعض أموال الولاية جزاء استغلالهم للولاية، أو تفرير الجاني بمبلغ يثبت في ذمته ديناً بحكم، يجب أدائه، أو وجوه التصرف في هذا المال المصادر، أو المغرم به، من مثل ضمه إلى بيت المال، أو تقسيمه بين المسلمين، أو التصديق به على المساكين، أو تملكه من شخص معين، كمن وجد من ينتهك حرمة حرم المدينة، بالصيد فيه، فإن له سلبه، تملكاً، أو إتلافه، إذا كان مادة محرمة، أو داخلها الغش خلطاً أو صناعة، كاللبن، والثياب، كل ذلك يعتبر ذا أثر متحد بالنسبة للجاني، وهو إنقاص من ماله، والإنقاص في معنى الإتلاف، كما يقول فقهاء المالكية.

هذا، ويؤثر المالكية - إن كانت المعصية قائمة بالمال الكثير - التصديق على الإتلاف، للنهي عن إضاعة المال بوجه عام^(١)، كالمال الكثير الذي داخله الغش.

(١) «تبصرة الحكام» لابن فرحون: (٢/٢١٣ - ٢١٤).

تعريف العقوبة بوجه عام، شرعاً:

العقوبة شرعاً، هي جزاء وضعه الشارع، نصّاً أو دلالة، وألزم به، على معصية: من ترك مأمور به، أو فعل منهي عنه. وما يدخل في موضوعنا، هو العقوبات الثابتة في الشرع دلالة، كما علمت، والعقوبات النصية التي لم تبلغ حدّاً ولا كفارة.

الفرق بين الجريمة والجناية شرعاً، وأيهما يتصل بعقوبة التعزير:

هذا، وبعض الفقهاء يسمي كل مخالفة للشارع فيما أمر به، أو نهى عنه، بترك الأول، وفعل الثاني، يسميه جرماً، أو جناية^(١).

يقول الماوردي: إن الجرائم «محظورات شرعية زجر عنها بحد، أو تعزير». واعتبر من الجرائم موجبات القصاص.

وكذلك سمى ابن فرحون هذه الجرائم «جنايات» إذ يقول في تعريفها: «الجنايات: هي الجناية على النفس، والجناية على العقل، والجناية على المال، والجناية على النسب، والجناية على العِرض».

وعلى هذا، فالجناية مرادفة للجريمة مدلولاً عند هؤلاء.

أما جمهور الفقهاء، فقد فرق بينهما؛ إذ ذهب إلى أن «الجرائم» خاصة بموجبات الحد والتعزير، وخص الجنايات بموجبات القصاص لا غير.

وسبب التفرقة بينهما أن موجب القصاص يجوز فيه العفو والنزول عنه، إما ببذل مالي، أو بدون بدل، ولو رفع للقاضي، خلافاً لموجب الحدّ، فإنه لا عفو فيه بعد رفعه للقاضي.

وأيضاً، القصاص يورث، والحد لا يورث.

والقصاص يثبت بإشارة الأخرس، والحد لا يثبت بشيء من ذلك^(٢).

(١) «الأحكام السلطانية» للماوردي ص ٢١٩، و«تبصرة الحكام» لابن فرحون: (٢/٢١٣).

(٢) «الأشباه والنظائر» للسيوطي - قاعدة «الحدود تُدرأ بالشبهات»، و«الإسلام عقيدة وشرعية» للشيخ

محمود شلتوت ص ٢٦٠.

حكمة تشريع العقوبة، أو المقصد الشرعي من أصل تشريعها بوجه عام:

العقوبة إنما شرعت ليكون من شأنها المنع من الإقدام على الجريمة أو الجنابة قبل الوقوع (الوقاية).

وأن يكون من شأنها الزجر عنها بعد الوقوع.

فالعقوبات من شأنها أن تكون موانع أو زواجر.

ومن شأنها كذلك، استصلاح حال الجاني، وتقويمه.

هذا فضلاً عن صيانة أمن الدولة، وحمايتها، والحفاظ على نظامها العام.

وذلك ما يطلق عليه «حق الشرع» أو حق الله تعالى، كما أشرنا.

ما يوجب التعزير يسمى جريمة أو جنابة:

وعلى هذا، ففي الرأي الأول، أن ما يوجب التعزير، قد يطلق عليه جريمة أو جنابة.

أما على الرأي الثاني، فما يوجب التعزير هو ما يطلق عليه جريمة فقط؛ لأنها خاصة بما يوجب الحد أو التعزير، دون ما يوجب القصاص.

والخلاصة: أن كل عقوبة لم يرد فيها نص يحددها نوعاً ومقداراً، تثبت في الشرع بناء على أصل معنوي عام، أو قاعدة «المصلحة» أو قياس أولوي، فيثبت إلزام الشارع بها دلالةً، بشرطين: المثلية والمناسبة.

على أن السنة قد ورد بها من الأدلة التفصيلية التي تتعلق بوقائع جزئية، تتضمن أحكاماً شرعية تفرض عقوبات مالية ملزمة على الجناة، كما ورد بها قضاء الصحابة وغيرهم، في وقائع من هذا القبيل، مما يمكن أن يُستخلص منه الأصل المعنوي العام الذي ينتظم كل أولئك، ويَحْكَم تحكيمياً أصولياً في الوقائع المستجدة، وهذا هو

= هذا، وتجدر الإشارة إلى أن «الدية» - بدلاً عن القصاص - ليست عوضاً مالياً عن القتل خالصاً؛ لأن الإنسان ليس مالا، وإنما هي مكافأة من الشارع لولي القتل، لينزل عن حق القصاص. «الحق والذمة»، الشيخ علي الخفيف.

«القياس العام»^(١) الذي يُبنى عليه أحكام تلك الوقائع. بحيث يجعل هذا العمل التشريعي متفقاً وما يقتضيه ذلك المعنى العام، القطعي، أو قل: لا يخرج عن تصرفات الشارع وسننه في التشريع العقابي بوجه عام، لتبادر معناه وعلته دلالةً، ومن ثم لا تكون المصلحة التي استندت إليه غريبة عن الشرع.

والأصل المعنوي العام كالأصل اللفظي العام، من حيث قوة الاحتجاج به، وصحة بناء الحكم عليه.

١ - ما صدر في القرآن الكريم، والسنة الثابتة، قضاءً، وقولاً، وفعلًا من صور التفرير بالمال:

ما ألزم به الشارع الحكيم في كفارة القتل خطأً، وكفارة الظهار، وكفارة الحنث في اليمين، في خصالها المالية، إذ لا تعدو كونها ضرباً من التفرير بالمال على معصية: من فعل ما نهى الله عنه، أو ترك ما أمر الله تعالى به.

وهذا دليل بَيِّن على مشروعية أصل التفرير بالمال شرعاً، والمعنى التعبدي إنما هو في تحديد العقوبة مقداراً، لا في أصل تشريعها، عقوبةً وجزاءً؛ لأنه معقول المعنى.

٢ - صور من قضائه ﷺ بالتفرير بالمال^(٢):

أما قضاؤه ﷺ مما يثبت مشروعية أصل عقوبة التفرير بالمال، فنورد طرفاً منه، وننوه بأهم وقائعه:

(١) القياس العام قال به الشافعية على ما سيأتي في مناقشة أدلة المانعين، والرد عليهم من واقع أدلة الأئمة وأصولهم، وهو لا يخرج عن تحكيم المعنى الشرعي العام، أو المعنى المشترك المستخلص من عدة أدلة جزئية من الكتاب والسنة واجتهاد الصحابة وغيرهم، والذي ينتظمها جميعاً. هذا، وتحكيمه في الوقائع الجزئية المستجدة، وبناء الحكم على أساسه، واجب شرعاً؛ لأن الشارع قد لاحظته واعتبره في كثير من الجزئيات التي استخلص منها، فكان لذلك حجة. «أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف ص ٥ وما يليها، و«معالم القرية» لابن الأخوة - وهو شافعي المذهب - ص ٢٨٩.

(٢) راجع في هذه الصور «تبصرة الحكام»: (١٣٨/٢ - ١٣٩)، و«نيل الأوطار»: (١٣٤/٧)، و«إعلام =

١ - تغريم كاتم الضالة، أن يردها «ومثلها» عقوبةً على معصية الكتمان، ولم يضعف الحديث أحد.

٢ - فيما رواه مسلم من قضائه ﷺ بعدم رد السلب إلى القاتل، وكان خالد بن الوليد قد أخذه منه، حين استكثره عليه، وذلك عقوبة على إغلاظ القول لخالد^(١)، كما قدمنا.

لا يقال: إن هذا وارد على خلاف القياس، فكان حكماً قاصر العلة؛ لأننا نقول: إن هذا الحكم معقول المعنى، ومعناه قريب المأخذ، فإذا أدرك المجتهد العلة، لشخصها، وتبادرها، وقرب مأخذها، كانت متعدية لا قاصرة، فصح قياس غيرها عليها، ولو كان الحكم مستثنى، بل وتُخصَّص العمومات بمقتضى هذا القياس في الوقائع المتجددة التي يتحقق فيها مناطه؛ لأنه في الحقيقة قياس أولوي (دلالة النص)، وهو حجة؛ لأنه في معنى النص.

على أن المجيزين لا يعتمدون هذا القياس الجزئي الأولوي على أنه الأصل الوحيد العام لاجتهاداتهم في هذه المسألة على ما علمت، وإنما هو دليل من أدلتهم.

٣ - إباحته ﷺ سلب من يصيد في حرم المدينة، عقوبة «لهتك حرمتها» لا تعويضاً عن مال أتلف، فكان ذلك عقوبة محضة - كما أسلفنا - ألزم بها الشارع، لمخالفة أمر ديني لا علاقة له بالمال أصلاً، ومَلَّك الغرامة للواجد.

= الموقعين: (٩٨/٢)، و«الحسبة»، لابن تيمية ص ٤٩ - ٥٠، و«التعزير في الشريعة الإسلامية» ص ٣٣٥ - ٣٣٨، و«سنن البيهقي»: (١١٩/٥) و(١٠٢/٩ - ١٠٣)، و«المجموع شرح المذهب»: (٢٨٤/٥)، و«الهداية» مع «فتح القدير»: (٢/٢٨٥)، و«الأموال» - القسم الثاني: ص ٢٤ - مذكرة للأستاذ الكتاني، و«التيسير في أحكام التسعير» ص ٨٥.

(١) أخرجه مسلم: ٤٥٧٠، وأحمد: ٣٩٨٧، من حديث عوف بن مالك.

وخلاصة القضية: أن رجلاً ممن أرسلهم الرسول ﷺ من اليمن من جيش مؤتة لإمداده، قد قتل خصماً له من الأعداء، وأخذ سلبه، ولكن خالداً ﷺ استكثر هذا السلب على الرجل القاتل، وأخذه منه، فأبلغ عوف بن مالك ذلك إلى رسول الله ﷺ فأمر خالداً برد السلب إلى الرجل القاتل، ولكن عوف بن مالك أغلظ لخالد القول، فغضب رسول الله ﷺ وقال: «لا تعطه يا خالد، لا تعطه يا خالد» وكررها مرتين، ثم خاطب الرسول ﷺ عوف بن مالك قائلاً: «هل أنتم تاركو لي أمراي؟» المرجع السابق.

ودليل كونها عقوبة محضة، لا تعويضاً، أنه لو اشترك في هذا الصيد جماعة، للزم كلاً منهم الجزاء كاملاً، ولو كان تعويضاً مالياً في مقابل ضرر مالي، للزم كل واحد منهم نصيباً نسبي منه، لا الجزاء كاملاً، فدل ذلك على أن هذا التغريم محض عقوبة، للاشتراك في جريمة، لا تعويض فيها عن مال أُتلف^(١).

فقد جاء في «الهداية»: «أن هذا يعتبر غرامة تشبه غرامات الأموال»^(٢).

وأيضاً، لو كان ذلك «فدية» لنص الرسول ﷺ على ذلك. على أنه لم يُعهد في الشرع اعتبار السلب فدية.

وأيضاً، مما يؤكد كونه عقوبة لا تعويضاً، قوله تعالى في صيد الحرم: ﴿يَذُوقْ وَبَالَ أَسْرِهِ﴾ [المائدة: ٩٥]^(٣).

٤ - إضعافه العُرمَ على كاتم الضالة^(٤) على صاحبها.

٥ - أمره ﷺ بكسر دنان الخمر، وكسر القدور التي طبخت فيها لحوم الحُمُر الأهلية، دون الاكتفاء بإراقة أو إكفاء ما تقوم به المعصية، من الخمر واللحم، إتلافاً، بل بإتلاف ما تتعلق به من الأوعية والظروف، تغليظاً للعقوبة، تبعاً لمقتضيات أحوال الجماعة.

٦ - منعه ﷺ الغال من الغنيمة سهمه، وحرق متاعه، جزاء معصية الغلول.

٧ - تحريقه أمكنة المعصية، وهدمها، كما فعل في مسجد الضرار.

(١) والحديث رواه سعد بن أبي وقاص عند «مسلم» [٣٣٢٠ بنحوه، وأحمد: ١٤٦٠] قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من وجدتموه يصيد فيه» - يعني: حرم المدينة - «فخذوا سلبه». وقد روي أن سعيد بن المسيب ؓ أخذ سلب رجل قتل صيداً بالمدينة، وقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من رأى رجلاً يصطاد بالمدينة، فله سلبه» - معالم القرية لابن الأخوة ص ٣٨٨. وهذه عقوبة مالية محضة على هتك حرمة المدينة، أو على مخالفة أمر ديني، لا علاقة له بالمال أصلاً، ألزم بها الشارع وملكها للواجد، كما رأيت.

(٢) «الهداية» مع «فتح القدير» للمرغيناني والكمال بن الهمام: (٢/٢٨٥).

(٣) المرجع السابق، و«الضمان» للشيخ علي الخفيف: ص ٥ - ١٠، و«الطرق الحكيمة» ص ٣١٥.

(٤) كتمان الضالة: إخفاء الضائعة من الإبل والغنم ونحوها.

٨ - مصادرتة ﷺ لشطر مال^(١) أو إبل الممتنع عن أداء الزكاة، زيادة عن المقدار الواجب أداؤه، عقوبة على معصية الامتناع هذه، باعتبارها خروجاً على النظام العام للدولة، لا مجرد منع الحق عن مستحقه، كما أسلفنا.

٩ - إضعافه الغرم على سارق ما لا قطع فيه من الثمر المعلق^(٢).

١٠ - حرمان القاتل من الميراث، وهو حق مالي، أثراً لجناية القتل، فضلاً عن عقوبة القصاص، وهي جناية غير واردة على المال أصلاً^(٣).

١١ - حكم رسول الله ﷺ في حريسة الجبل (الشاة) تؤخذ من مراتعها، بثمنها مرتين، وضرب نكالي، ولو سرت من الحرز (مَعْطِنِهَا) لكان فيها القطع.

فقد روي أن رجلاً من مُزَيْنَةَ سأل رسول الله ﷺ عن الحريسة التي توجد في مراتعها، قال: «فيها ثمنها مرتين، وضربُ نكالي»^(٤).

(١) أخرج أبو داود: ١٥٧٥، والنسائي: (٢٥/٥)، وأحمد: ٢٠٠١٦ من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده، أن رسول الله ﷺ قال: «من أعطاها مؤتجراً، فله أجرها، ومن منعها فإننا أخذوها، وشطراً إبله عَزْمَةٌ من عزمات رينا»، وإسناده حسن.

هذه رواية النسائي. وأما رواية أبي داود فقد جاءت بلفظ: «وشطر ماله». انظر «نيل الأوطار»: (٣/١٣٤ وما يليها)، و«المجموع شرح المذهب» للنووي: (٥/٢٨٩)، و«زاد المعاد» لابن القيم: (٣/١١).

(٢) «نيل الأوطار»: (٧/١٣٤) وما يليها.

(٣) وقد قاس الفقهاء على ذلك قتل الموصى له الموصي، لعله الجناية، وهي متبادرة لا تفتقر إلى اجتهاد في تبينها، كما قاس جمهور الفقهاء على ذلك حرمان الزوجة من مهرها الثابت لها بمقتضى عقد الزواج، إذا قتلت زوجها قبل الدخول، معاملة بالنقيض، ولأن من المقرر شرعاً أن من استعجل شيئاً قبل الأوان، عوقب بالحرمان.

(٤) أخرجه النسائي: (٨/٨٥)، وابن ماجه: ٢٥٩٦، وأحمد: ٦٦٨٣، من حديث ابن عمرو، وهو حديث حسن. الحريسة من الغنم، قيل: هي التي ترعى وعليها حرس، أي: المحروسة نفسها، وقيل: هي السيارة التي يدركها الليل قبل أن تصل إلى مأواها. وفي «القاموس»: الحريسة المسروقة جمعها: حرائس.

وإنما قال: من مراتعها، لا من «معاظنها» لأن المرتع ليس موضع حرز لها، بل الحرز هو المعطن، أي: مأوى الإبل والغنم. وجاء في «المصباح»: حريسة الجبل: الشاة يدركها الليل قبل رجوعها إلى مأواها، فتسرق من الجبل، أي: مسروقة الجبل.

وقال ابن فارس: ليس فيما يحرس بالجبل قطع؛ لأنه ليس بموضع حرز.

فدل إضعاف الثمن على ثبوت مشروعية التفرغ بالمال عقوبةً على سرقة ما لا قطع فيه، كما مر في سرقة الثمر المعلق.

قال الشوكاني: فيه دليل على جواز التأديب بالمال^(١).

«وفيه دليل أيضاً على جواز الجمع بين عقوبة المال والبدن»^(٢) أي: في سرقة ما لا قطع فيه، فكان ذلك أصلاً عاماً.

١٢ - هَمَّهُ ﷺ بتحريق بيوت المتخلفين عن الجماعة^(٣)، ومعلوم أنه ﷺ لا يهمل إلا بأمر جائز ومشروع.

وفي هذا إتلاف للمال الذي تقوم به معصية التخلف، وهو معصية لا عدوان فيها على المال أصلاً، ولا علاقة لها به.

وهكذا، تبين لنا من وقائع قضائه ﷺ في العقوبة المالية، أنا لا نجد فيها تفرقة بين صور التفرغ بالمال، أخذاً أو إتلافاً، أو مصادرة، والسبب متحد، وهو المعصية، سواء أكانت متعلقة بالمال، أم قائمة فيه، أم ليس لها تعلق بالمال أصلاً، فالتفرقة تحكم؛ إذ لا دليل عليها، بل الدليل - كما ترى - قائم على نفيها.

٣ - اجتهادات بعض الصحابة ومن بعدهم في التفرغ بالمال:

أ - تفرغ عمر ﷺ حاطب بن أبي بلتعة ضعف قيمة الناقة التي سرقها مواليه^(٤)، جزاءً على معصية تجويعهم، كما أسلفنا.

ب - مصادرته شطر أموال بعض ولاته التي اكتسبها ثمرَةً للولاية، واستغلالاً لنفوذها.

ج - إحراق علي ﷺ المال المحتكر، جزء على جريمة الاحتكار^(٥).

(١) «نيل الأوطار»: (١٣٤/٧ وما يليها).

(٢) المرجع السابق.

(٣) أخرجه مسلم: ١٤٨٥، وأحمد: ٣٧٤٣، من حديث ابن مسعود.

(٤) أخرجه البيهقي: ١٧٧٧٨.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة: (٣٠١/٤)، وابن حزم في «المحلى»: (٦٥/٩).

د - مصادرة مال المرتد، وضمه إلى بيت المال، عقوبةً على ارتداده، عند الجمهور، وخروجه على النظام العام في الدولة الإسلامية، وتفصيل ذلك في كتب الفقه^(١).

هـ - إراقة اللبن المغشوش، إتلافاً على صاحبه، أو التصدق به على المساكين، كما في اجتهاد المالكية^(٢) وغير ذلك كثير.

و - ويرى المالكية وغيرهم تفرير المحتكر، بحرمانه من الربح^(٣)، كما علمت، معاملة له بنقيض قصده، من نزعه المفرطة في الاستغلال، فقد جاء في «التيسير»: «أن يحيى بن عمرو، قد سُئل عن احتكار الطعام إذا كان فيه ضرر على الناس في أسواقهم، فقال: أرى أن يكون لهم - للمحتكرين - رأس مالهم، والربح يُتصدق به، أدياً - عقوبة - لهم»^(٤).

اتجاهات الفقهاء في مسألة أخذ المال عقوبة على معصية، أو كبيرة، أو جناية لا حدَّ فيها ولا كفارة:

أولاً - اتجاه المانعين وأدلتهم:

ذهب هذا الفريق إلى أن العقوبة بأخذ المال على المعاصي التي لا تستوجب حدًّا ولا كفارة، غير مشروعة، وعمدتهم في ذلك أدلة في الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

أولاً - إن العقوبة بالمال كانت مشروعة بالسنة، في أول الإسلام، ثم نُسخت.

(١) «المجموع شرح المذهب»: (٥/ ٢٩٥ وما يليها)، و«المغني مع الشرح الكبير»: (٩/ ٩ وما يليها)، و«نهاية المحتاج»: (٤٢٠).

(٢) «تبصرة الحكام»: (٢/ ٢٠٠ وما يليها)، و«التيسير في أحكام التسعير» ص ٨١ - ٨٥.

(٣) راجع «مؤيدات مقاومة الاحتكار»: (١/ ٤٤٣).

(٤) «التيسير في أحكام التسعير» للمجيد المالك ص ٨١ - ٨٥، و«تبصرة الحكام»: (٢/ ٢٠٠ وما يليها).

هذا، واختلفوا في النسخ، فقال بعضهم: هو حديث ناقة البراء بن عازب^(١)، وزعم آخرون أنه حديث: «ليس في المال حق سوى الزكاة»^(٢).

أما وجه استدلالهم بحديث ناقة البراء بن عازب، فقد قالوا: إنه ﷺ لم يحكم بالعقوبة المالية ولا بإضعافها، ولا نُقِلَ ذلك عنه، فدل على تحريم العقوبة المالية لزوماً.

ثم ادَّعوا أن هذا الحديث - بما هو لاحق - ينسخ ما كان مشروعاً في أول الإسلام، من عقوبة المال التي كانت ثابتة بالسنة أيضاً من حديث بهز بن حكيم وغيره^(٣)، على ما سيأتي بيانه.

ثم علَّلوا النسخ، بأنه لسد ذريعة امتداد أيدي الظلمة من الحكام إلى أخذ أموال الناس بغير حق^(٤).

أما من ذهب إلى أن النسخ قوله ﷺ: «ليس في المال حق سوى الزكاة» فوجهوا

(١) وقد ورد هذا الحديث في «نيل الأوطار»: (٣٦٤/٥)، وهذا نصه: «وعن جِرامِ بنِ مُحيِصةَ، أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً فأفسدت فيه، فقضى نبي الله ﷺ أن على أهل الحائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضمان على أهلها». أخرجه أبو داود: ٣٥٦٩، وابن ماجه: ٢٣٣٢، وأحمد: ٢٣٦٩١، وإسناده مرسل صحيح، وقوله: «ضامن»: أي: مضمون على أهلها... المرجع السابق.

أما ثبوت مشروعية العقوبة بأخذ المال، فبالسنة من حديث بهز بن حكيم، فيما رواه عن أبيه عن جده، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «في كل إبل سائمة، في كل أربعين ابنة لبون، لا يفرق إبل عن حسابها، من أعطاها مؤتجراً، فله أجرها، ومن منعها، فإننا آخذوها، وشطر إبله» وفي رواية «وشطر ماله» والأولى رواية النسائي (٢٥/٥)، والثانية رواية أبي داود: ١٥٧٥، وأخرجه أحمد: ٢٠٠١٦، وإسناده حسن، وادَّعوا أنها نسخت، وتقدم تخريجه في الصفحة السابقة. «المجموع شرح المذهب»: (٢٨٩/٥)، و«نيل الأوطار»: (٤/١٣٥ - ١٣٩).

(٢) «المجموع شرح المذهب»: (٢٨٤/٥)، و«نيل الأوطار»: (٣/١٣٩). والحديث أخرجه ابن ماجه: ١٧٨٩، من حديث فاطمة بنت قيس.

غير أن الترمذي: ٦٥٩ والبيهقي في «السنن الكبرى»: (٨٤/٤) رواها عن فاطمة بنت قيس، أن النبي ﷺ قال: «إن في المال حقاً سوى الزكاة» ثم ضعفاه. المرجع السابق، وسيأتي البحث في ذلك.

(٣) «نيل الأوطار»: (٣/١٣٩)، و«المجموع شرح المذهب»: (٥/٢٨٤ وما يليها).

(٤) المرجع السابق، و«نيل الأوطار»: (٣/١٣٥).

استدلّاهم بأن الحديث بعمومه شامل لنفي كون ما يفرضه الإمام على الجاني من العقوبة المالية حقاً، لكونه زائداً عن أصل مقدار الواجب في الزكاة؛ إذ لا حق سواها، وبذلك نسخ ما كان من ذلك مشروعاً من قبل.

وإذا لم يكن حقاً، كان باطلاً؛ إذ لا واسطة، فالتغريم بالمال شيء لم يرد به الشرع.

ثانياً - استدلووا بالعمومات من الكتاب العزيز، من مثل قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩] ومن مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْمُكَّامِرِ﴾ [البقرة: ١٨٨] أي: بغير سبب مشروع.

وقالوا: والحكم على الجاني في معصية بالأخذ من ماله عقوبة، لا يقوم على دليل شرعي، فكان أخذاً أو أكلاً للمال بغير حق، وهو باطل، ومحرم بالنص.

ثالثاً - واستدلوا بالسنة، من مثل قوله ﷺ في حجة الوداع: «إن دماءكم، وأموالكم، عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا، إلى يوم تلقونه»^(١).

ومن مثل قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ، إلا بطيبة من نفسه»^(٢).

وأخذ المال بغير سبب مشروع، قهراً، واعتداءً، محرم بالحديث الأول^(٣)، وأيضاً القهر تنتفي معه إرادة التبرع أو النزول عن حق المال عن رضا من صاحبه، فلا يحل بمقتضى الحديث الثاني، وبغيره من النصوص.

قالوا: وأخذ المال قهراً من صاحبه عقوبة على معصية، لو كان على سبيل

(١) أخرجه البخاري: ٦٧، ومسلم: ١٦٧٩، وأحمد: ٢٠٣٨٦، من حديث أبي بكر.

(٢) أخرجه أحمد: ٢١٠٨٢، من حديث عمرو بن يثربي، وهو حديث صحيح لغيره.

(٣) نص الحديث الشريف الأول «إن دماءكم وأموالكم...» فيه مقتضى محذوف، لا بد من تقديره، ليستقيم معنى الكلام شرعاً، وهو الاعتداء؛ لأن المحرم ليس هو ذات المال، أو الدم، بل الاعتداء عليهما؛ لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالأفعال، لا بالذوات، كما تعلم.

التخصيص من النص العام، فلا بد من الدليل المخصّص، ولا دليل، فلا يجوز، فبقي التفریم على مقتضى الأصل العام من عدم المشروعية.

رابعاً - واحتجوا أيضاً، بأن ما ورد عن الرسول ﷺ في سنته القولية والفعلية والقضائية بوجه خاص، مما يثبت أصل مشروعية عقوبة أخذ المال، على فرض أنها محكمة غير منسوخة، إنما ورد في وقائع معينة^(١) على سبيل الاستثناء، فلا يُتوسّع فيها؛ لأنها تشتمل على علل قاصرة غير متعدية، فتكون واردة على سبيل الحصر لا المثال، ومن ثمّ - لقصور علتها - لا يصح القياس عليها^(٢) إذ من شرط صحة القياس أن تكون علته «متعدية» أي: توجد في غير الواقعة التي ورد فيها النص.

وبعبارة أخرى: إن ما ورد على خلاف القياس، فغيره عليه لا يقاس.

خامساً - ما ثبت بالسنة المشهورة، من أن النبي ﷺ قد أقرّ أعرابياً على عدم الزيادة عن حق الزكاة، بعد أداء الصلاة والصوم، وعبادة الله تعالى وحده، ولو كان ثمة حق في الشرع سواها، لأعلمه؛ إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، والحاجة إلى التشريع قائمة؛ إذ سأل الرسول ﷺ عن الأعمال التي تُدخله الجنة، فدل ذلك على أن الحق في التفریم بالمال أمر لا وجود له في الشرع.

فقد روى أبو هريرة أن أعرابياً قال للنبي ﷺ: «دُلّني على عمل إذا عملته أدخل الجنة» قال: «تعبد الله، لا تشرك به شيئاً، وتقیم الصلاة، وتؤدي الزكاة، وتصوم رمضان» قال: والذي بعثك بالحق لا أزيد على هذا. فلما أدبر، قال النبي ﷺ: «من أراد أن ينظر إلى رجل من أهل الجنة، فليُنظر إلى هذا»^(٣).

سادساً - ادّعوا الإجماع على حرمة التعزير بأخذ المال عقوبة^(٤).

(١) «نيل الأوطار» للشوكاني: (١٣٥/٣).

(٢) المرجع السابق.

(٣) أخرجه البخاري: ١٣٩٧، ومسلم: ١٠٧، وأحمد: ٨٥١٥. وقد ورد في معنى هذا الحديث ما يبلغ حد الشهرة. «المجموع شرح المذهب»: (٣٠١/٥).

(٤) والحق، أن دعوى الإجماع هذه لم تثبت، لسبب بسيط، هو وجود المخالفين الذين اتجهوا إلى القول بالمشروعية، كما سيأتي. «الاعتصام» للشاطبي: (١٠٥/٢).

سابعاً - واستدلوا بالمعقول:

١ - قالوا: «الزكاة» عبادة كسائر العبادات، من الصلاة والصوم، ولم نعهد أن الشارع قد شرع جزاء على الممتنع عن أدائها أخذ شطر ماله تغريماً، فكذلك لا يجب شيء من الغرامة المالية على الممتنع عن أدائها. يرشدك إلى هذا، أن هذه الغرامة لو دفعها مالكها إلى الفقراء، واستقرت ملكيتهم لها، ثم سرقها، لا يجوز أخذ شيء من ماله نظير ما سرق، فلأن لا يجب عليه شيء قبل استقرار ملكهم فيها، من باب أولى^(١).

٢ - إن أبا بكر رضي الله عنه قد حارب الممتنعين عن أداء الزكاة، وهو خليفة، ولم يُنقل أنه أخذ من أحدهم شطر ماله زيادة عن القدر الواجب أداءه، عقوبة، ولم يؤثر عن الصحابة فعل ذلك من بعده، أو القول به، فدل ذلك على أن التفرغيم بالمال غير مشروع، لا في معصية الامتناع عن أداء الزكاة، ولا في غيرها^(٢)؛ إذ لم يرد الشرع بشيء من ذلك عن يفتدى به^(٣).

٣ - قد بين أئمة الفقه بم يكون التعزير، وطرقه المشروعة، فذكروا منه الضرب، والحبس، والنظر شزراً، أو بوجه عبوس، ونحو ذلك مما يتصل بالعقوبات البدنية، أو الإيلام المعنوي، ولكنهم لم ينصوا على التعزير بالأخذ من مال الجاني عقوبة^(٤)، بل على العكس من ذلك، صرح بعضهم بأنه محرم؛ لأنه لا يتفق ومقتضى الأصول العامة في الشرع، ولا دليل تستند إليه مشروعيته تخصيصاً من هذه العمومات.

٤ - إن ما يدعيه المجيزون من «مصلحة»^(٥) سنداً للمشروعية في اجتهادهم، هي - في الواقع - غريبة، لا توافق مقتضى الأدلة، كما ذكرنا.

(١) «الإشراف على مسائل الخلاف»: (١/١٦٦)، و«المغني»: (٢/٤٢٨).

(٢) «الملكية» للدكتور العبادي: (٢/٣٢١).

(٣) «الأحكام السلطانية» للماوردي ص ٢٩٥.

(٤) «تبيين الحقائق»: (٢/٢٠٨).

(٥) إن جمهور الفقهاء من الشافعية، والحنابلة، والمالكية، قد أجازوا اعتماد المصلحة المرسلة أصلاً بيني عليه =

هذا، وممن منع مشروعية عقوبة التغريم بالمال، الإمام الغزالي رحمته الله فقد جاء في كتابه «شفاء الغليل»^(١)، ما نصه:

«فإن قال قائل: إذا رأى الإمام جمعاً من الأغنياء، يسرفون في الأموال، ويبذرون، ويصرفونها إلى وجوه من الترفه، والتنعم، وضروب من الفساد، فلو رأى المصلحة في معاقبتهم: بأخذ شيء من أموالهم، وردّه إلى بيت المال، وصرفه إلى وجوه المصالح، فهل له ذلك؟ قلنا: لا وجه له، فإن ذلك عقوبة بتنقيص الملك، وأخذ المال، والشرع لم يشرع المصادرة في الأموال، عقوبة على جناية، مع كثرة الجنایات والعقوبات، وهذا إبداع أمر غريب لا عهد به، وليست المصلحة فيه متعيّنة، فإن العقوبات والتعزيرات، مشروعة بإزاء الجنایات، وفيها تمام الزجر، فأما المعاقبة بالمصادرة، فليس من الشرع... والزجر حاصل بالطرق المشروعة، فلا يُعدّل عنها مع إمكان الوقوف عليها».

«فإن قيل: روي أن عمر رضي الله عنه شاطر خالد بن الوليد على ماله، حتى أخذ رسوله فردّة نعليه، وشرط عمامته»^(٢).

«قلنا: المظنون بعمر رضي الله عنه: أنه لم يُبدع العقاب بأخذ المال، على خلاف المألوف من الشرع، وإنما ذلك لعلمه باختلاط ماله بالأموال المستفاد من الولاية، وإحاطته بتوسّعه فيه»^(٣)، ولقد كان عمر يراقب الولاية بعين كالثقة^(٤) ساهرة، فلعله خمن

= الحكم العقابي المالي، وأطلقوا على هذه «المصلحة» اسم الحاجة، وهي وإن لم يورد الشارع إلا صوراً معدودة منها، فإنه يصح القياس على المعنى العام المستخلص منها، وهذا هو القياس العام. «معالم القرية»: ص ٢٨٤. «الاعتصام» للشاطبي: (١٠٥/٢)، و«تبصرة الحكام» لابن فرحون: (٢٠٠/٢).

(١) «شفاء الغليل» للإمام الغزالي: تحقيق الدكتور حمد الكبيسي ص ٢٤٣ - ٢٤٥، مطبعة الإرشاد - بغداد ١٣٩٠هـ - ١٩٧١م.

(٢) «تاريخ الطبري»: (٢٠٥-٢٠٦)، و«الكامل» لابن الأثير: (٢٢٧/٢)، و«الإصابة»: (٤١٤/١)، و«سيرة عمر» لابن الجوزي ص ١٣٥ - ١٣٦، و«النظم الإسلامية» الدكتور حسن إبراهيم حسن ص ٢٢٥.

(٣) كان عمر رضي الله عنه إذا بعث عاملاً على مدينة كتب ماله، وقد قاسم غير واحد منهم. «الطبقات» ابن سعد: (٢٨٢/٣)، وانظر «شفاء الغليل» تعليق الدكتور حمد الكبيسي ص ٢٤٤.

(٤) حارسة يقظة.

الأمر، فرأى شطر ماله^(١) من فوائد الولاية وثمراتها، فيكون ذلك كاسترجاع للحق بالرد إلى نصابه، فأما أخذ المال المُستخلص للرجل عقاباً على جنائية - شرع الشرع فيها عقوبات سوى أخذ المال - فهو مصلحة غريبة لا تلائم قواعد الشرع».

«فتبين بهذا المثال: أن إبداع أمر في الشرع - لا عهد به - لا وجه له، وأنا - في اتباع المصالح - نتردد على ضوابط الشرع ومراسمه، وقد ذهب إلى تجويز ذلك ذاهبون، ولا وجه له»^(٢)، وستأتي مناقشة ذلك كله.

هذه جملة ما اعتمده المانعون من الأدلة، ومنهم الإمام الشافعي في الجديد^(٣)، وأبو حنيفة، ومحمد^(٤)، وبعض الحنابلة، وبعض المالكية، وغيرهم، وستأتي مناقشة ذلك كله.

ثانياً - اتجاه المجيزين وأدلتهم:

١ - استدلووا بالسنة وإجماع الصحابة، والمعقول:

أما السنة، فقد استدلووا بما يأتي:

أ - ما رواه بهزُّ بن حكيم، عن أبيه، عن جده، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «في كلِّ إبلٍ سائمة^(٥)، في كلِّ أربعين ابنة لبون، لا تُفَرَّقُ إبلٌ عن حسابها، من أعطاهم مؤتجراً، فله أجرها، ومن منعها، فإنَّنا آخذوها، وشرطَ ماله، عزمةً من عزمات ربنا، تبارك وتعالى، لا يحلُّ لآل محمد منها شيء»^(٦).

(١) مال الوالي.

(٢) المرجع السابق.

(٣) ذهب الشافعي في القديم إلى مشروعية التفرغ بالمال. «المجموع شرح المذهب»: (٥/ ٢٨٤ وما يليها).

(٤) «تبيين الحقائق»: (٢/ ٢٠٨).

ومعنى قوله: «نتردد»: أي: نرجع المرة تلو المرة إلى ما وضعه الشارع من ضوابط للمصلحة المعتبرة شرعاً، حتى لا نبتدع في الشرع ما ليس منه، أو نعتد مصالح غريبة عنه، نقيمها أساساً لبناء الأحكام عليها، في التشريع الاجتهادي لما لا نص فيه.

(٥) يدل على أنه لا زكاة في العلوقة.

(٦) أخرجه أبو داود: ١٥٧٥، والنسائي: (٥/ ٢٥)، وأحمد: ٢٠١٦، وإسناده حسن، وفي رواية =

ووجه الاستدلال، أن الرسول ﷺ قد أوجب عقوبة أخذ المال على من امتنع عن أداء الزكاة، فقد فرض عليه أن يؤخذ منه حق الزكاة قهراً، لقوله ﷺ: «فإننا أخذوها» وأن يؤخذ شطر ماله عقوبةً، لقوله ﷺ: «عزمة من عزمات ربنا» والعزائم الفرائض^(١) وهو غرامة زائدة عن أصل الواجب - كما ترى - وهي عقوبة على معصية الامتناع عن أداء الواجب، أو إخفاء المال^(٢)، أو الخروج على نظام الدولة.

وهذا للإمام أو نائبه^(٣)، إذ له ولاية أخذ الزكاة، وقبضها، بدليل قوله ﷺ: «فإننا أخذوها» كما ذكرنا، وفُسر «شطر المال» بالنصف، فيما نقله الإمام النووي عن الإمام أحمد، أنه قال: «تؤخذ منه الزكاة، ونصف ماله عقوبة»^(٤)، وذهب بعضهم إلى تفسيره ببعض ماله.

وفيه دلالة على أن العقوبة لا تثبت إلا بحكم، والحكم هنا صريح صادر من الشارع، وهو مُلزم؛ لأن العزمة هي الفريضة، أو الحق الذي لا بد منه^(٥)، ويقول

= أبي داود «شطر ماله» وفي رواية النسائي «شطر إبله». انظر «المجموع شرح المذهب»: (٢٨٤/٥)، و«الأموال»: لأبي عبيد ص ٥٢٠ تحقيق محمد خليل هراس، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، و«نيل الأوطار»: (١٣٨/٤)، وقال أحمد: صالح الإسناد، وقد وثقه (بهز بن حكيم) جماعة من الأئمة، وقال ابن عدي: لم أر له - لبهز - حديثاً منكراً، وقال الذهبي: ما تركه عالم قط، وقد تكلم فيه أنه كان يلعب بالشطرنج، قال ابن القطان: وليس ذلك بضائر له، وقال الحاكم: حديثه صحيح. «نيل الأوطار»: (١٣٨/٤) - الطبعة الأخيرة - طبع مصطفى الباوي الحلبي.

هذا، والعزمة بمعنى الجد في الأمر، وفيه دليل على أن ذلك واجب مفروض؛ إذ العزائم بمعنى الفرائض، المرجع السابق: ص ١٤٠، وقوله ﷺ: «لا تفرق إبل عن حسابها»: أي: يفصل شريك ملكه عن ملك صاحبه تهرباً من الزكاة.

(١) المرجع السابق «تبصرة الحكام» ص ٢١٣.

(٢) «المجموع»: (٢٨٨/٥) قدمنا أن الامتناع عن أداء الزكاة يشكل خروجاً على نظام الدولة، ولذا جاز قتالهم، حملاً لهم على الانصياع لتشريع الدولة، واحترام نظامها العام.

(٣) «نيل الأوطار»: (١٣٨/٤).

(٤) «المجموع»: (٢٨٨/٥)، و«نيل الأوطار»: (١٣٨/٤).

(٥) يقول ابن فرحون في كتابه «تبصرة الحكام» ص ٢١٣ ما نصه: «ومنها - أي: مما وردت به السنة من العقوبة التعزيرية - أخذ ﷺ شطر مال مانع الزكاة، عزمة من عزمات الرب تبارك وتعالى» أي: الحق =

الإمام الشوكاني: وقد استدلل به على أنه يجوز للإمام أن يعاقب بأخذ المال» إذ يقول: «وفيه دليل على أن أخذ ذلك واجب مفروض»^(١).

ب - وبما روي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي ﷺ سُئِلَ عن الثمر المعلق، فقال: «من أصاب بفيه»^(٢) من ذي حاجة، غير متخذ خُبْنَةً، فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه، فعليه غرامة مثليته، والعقوبة، ومن سرق^(٣) منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين، فبلغ ثمن المجن، فعليه القطع، ومن سرق دون ذلك، فعليه غرامة مثليته، والعقوبة»^{(٤)(٥)}.

ووجه الاستدلال ظاهر، وهو أن من أخرج غير ما يأكل من الثمر المعلق، أو سرق من الجرين ما لا قطع فيه، فعليه غرامة مثلي ما سرق أو أخرج^(٦) من الثمر المعلق، وقد عبّر الحديث عن ذلك صراحة بلفظ الغرامة.

والأصل رد عين المسروق أو مثله، أو قيمته، حسب الأحوال، إذا هلك أو استهلك، فكان التفریم بالمثل الزائد عن مقدار الواجب عقوبة مالية، فضلاً عن العقوبة البدنية، لقوله ﷺ: «فعليه غرامة مثليه والعقوبة»، فقد جمع الحديث الشريف بين عقوبة المال وعقوبة البدن، لمعصية السرقة، فيما لا قطع فيه.

وإلزام الشارع بهذه العقوبة صريح، لقوله عليه السلام: «فعليه غرامة مثليه» لأن هذا التعبير بلفظ «على» يفيد الوجوب، والإلزام.

وقد ذكرنا أن العقوبة حكم لا يثبت إلا من قبل الشارع، وبإلزامه.

= المفروض الذي لا بد منه. المرجع السابق و«الطرق الحكمية»: ص ٢٤٥. وفي بعض الروايات «عزيمة» وهما بمعنى واحد. المرجع السابق.

(١) «نيل الأوطار»: (٤/١٣٨). ويقول: العزائم: الفرائض، كما في كتب اللغة.

(٢) قوله: «أصاب بفيه»، أي: أكل بفيه.

(٣) أي: من الثمر بعد أن يؤويه الجرين.

(٤) تفریم الجاني - جعله غارماً - أي: مدينماً بما عوقب به من المال.

(٥) أخرجه أبو داود: ١٧١٠، والنسائي: (٨/٨٥ - ٨٦)، وأحمد: ٦٦٨٣ بنحوه، وهو حديث حسن.

(٦) «جامع الأصول» ابن الأثير: (٤/٣١٩).

قالوا: وليس لهذه العقوبة المزدوجة من سبب آخر غير ما نص عليه في الحديث الشريف، وهو معصية إخراج غير ما يأكل من الثمر المعلق، أو من السرقة من الثمر بعد أن يؤويه الجرين، فيما لا يوجب القطع (الحد^(١))، وهو معقول المعنى، وليس أمراً تعبدياً خالصاً. وهذا ثابت بالسنة، فكان ذلك دليلاً على ثبوت أصل مشروعية أخذ المال من الجاني عقوبة، وهو ما نذهب إليه.

ج - واستدلوا بقضائه ﷺ من إضعاف الغرم على كاتم ضالة الإبل، وقضى رسول الله ﷺ بردها ومثلها^(٢).

والمِثْل - أي: مثل قيمة الإبل الضالة - غرامة مالية زائدة عن أصل الحق، ثبت بحكم رسول الله ﷺ دِيناً في ذمة الجاني مطلوباً منه أداءه بالزام الشارع إياه، وليس لذلك من سبب إلا جريمة الكتمان والإخفاء، كما هو نص الحديث؛ إذ ليس ثمة من سبب آخر تضاف إليه هذه العقوبة المالية.

د - واستدلوا بأمره ﷺ بكسر دنان الخمر، وشق ظروفها^(٣)، إتلافاً للمادة المحرمة ذاتها، ولما تعلق بها من الأوعية^(٤) أيضاً.

وقد كان القدر الواجب في العقوبة، إراقة الخمر ذاتها؛ لأنها هي المادة المحرمة التي تقوم بها المعصية، إعداماً لها، لكن ما بال الدنان تُكسر، والظروف تُشق؟ هو تغليظ العقوبة على الجاني، بتضييع ماله، بما يزيد عن القدر الواجب، إمعاناً في التنكيل، والإغاظه، والزجر، إماً نظراً لظروف الجاني، أو لظروف الجماعة التي شاعت فيهم هذه المعصية، وقد أشرنا إلى أن الظروف الشخصية والموضوعية تعتبر من معايير تقدير العقوبة التعزيرية.

(١) «تبصرة الحكام» لابن فرحون المالكي: (٢/٢١٣)، و«نيل الأوطار»: (٤/١٣٨ وما يليها)، و«السياسة الشرعية» ص ١٠٠.

(٢) أخرجه أبو داود: ١٧١٨، والبيهقي في «الكبرى»: ١١٨٥٧، من حديث أبي هريرة.

(٣) أخرجه الترمذي: ١٢٩٣، والدارقطني: (٤/٢٦٥).

(٤) «الطرق الحكمية في السياسة الشرعية» لابن قيم الجوزية الحنبلي ص ٣١٣، و«تبصرة الحكام» لابن فرحون المالكي: (٢/٢١٣).

فثبت بالسنة، مشروعية إضعاف العقوبة المالية، وتغليظها، للزجر والردع. ويلاحظ أن من شأن هذا الإضعاف^(١) - على القدر الواجب أداؤه في الأصل - أن يؤدي إلى تحقيق حكمة مشروعية العقوبة غالباً، إذا اقتضت الظروف ذلك، وهي الإيلاء والزجر واستصلاح الجاني، وهذه هي «المناسبة» بين المعصية وعقوبتها التعزيرية، نوعاً ومقداراً، تبعاً للظروف، وتجب مراعاتها أساساً في التشريع العقابي التعزيري.

إذن، للظروف الاجتماعية أثر كبير في تضعيفها، فضلاً عن ظروف الجاني. يرشدك إلى هذا - بل ويؤكدده - أن الرسول ﷺ بعد أن أمر يوم خيبر بكسر القدور التي طبخ فيها لحم الحمر الأهلية^(٢)، عقوبةً، عاد فأذن بعدم كسرها، والاكتفاء بغسلها، بعد أن استأذنه الصحابة في ذلك، مما يدل على جواز الأمرين حسب الأحوال، ومقتضيات الظروف، إذ قد سبق أن أمر بكسر دنان الخمر، وشق ظروفها، فضلاً عن إراقتها، وذلك دليل المشروعية في الحالين، وتترجح إحدى العقوبتين المغلظة أو المخففة، بمقتضيات الأحوال.

ولا تعليل لتغليظ العقوبة وعدمه على الرغم من وحدة السبب، وهو المعصية، ووحدة المادة المحرمة، إلا أن الاقتصار على إتلاف عين المادة المحرمة، والاكتفاء بذلك في خيبر كان - في نظر الشرع وتقديره - عقوبة ناجعة، لتحقيق الغرض الشرعي من توقيعها، بالنظر لظروفهم وأحوالهم؛ إذ لم تكن تستدعي ذلك التغليظ، بدليل «توسلهم» إلى الرسول ﷺ أن يكتفي بعقوبة إراقة الخمر، دون كسر الدنان، وذلك آية ازدجارهم، وصلاحهم، وعدم إصرارهم.

والخلاصة، أنه يستنبط من مجموع أقواله ﷺ وقضائه، مبدأ تشريعي يعتبر أصلاً في التشريع العقابي التعزيري، يقضي بأن العقوبة إنما تشرع نوعاً ومقداراً، وتغليظاً وتخفيفاً، بقدر ما يتحقق الغرض أو المقصد الشرعي منها، وذلك بمراعاة الظروف

(١) الإضعاف والتضعيف: زيادة المثل أو أكثر.

(٢) أخرجه البخاري: ٢٤٧٧، ومسلم: ٤٦٦٨، وأحمد: ١٦٥١٣، من حديث سلمة بن الأكوع.

الاجتماعية فضلاً عن الظروف الخاصة بالجاني، وخطورة المعاصي في حد ذاتها؛ إذ الشطط في العقوبة غير مشروع، فلا تغلظ عقوبة ما إذا لم يكن ثمة مقتضٍ لها؛ لأنها شرعت للضرورة، ولا ضرورة فيما يزيد عما تندفع به، كذلك «القصور» في تشريع العقوبة التعزيرية؛ لأن من شأن هذا القصور فيها ألا يجعلها «مناسبة» للجريمة، فلا يتحقق بالتالي الغرض المقصود لا من تشريعها ولا من توقيعها، وذلك ضرر محض لا يشرع.

إذن كلُّ من الشطط والقصور يُعدم المناسبة، الأمر الذي يترتب عليه تفويت مقصد الشارع في الحالين.

ومن هنا، قد يكون المناسب توقيع العقوبة المالية بأخذ المال من الجاني، إذا اقتضت الظروف ذلك، دون العقوبة البدنية، إذا لم يكن لها مقتضٍ، أو كان فيها الشطط والإسراف المنهي عنه شرعاً.

هـ - إباحته ﷺ امتلاك سَلْب الصائد في المدينة وحرمها لمن وجده^(١).

قالوا: وهذا حكم بأخذ مال الجاني عقوبة على معصية هتك حرمة المدينة وحرمها بالصيد، وهو مُدْعَانَا.

و - وقضية «المددي» الذي أغلظ من أجله الكلام عوف بن مالك على خالد بن الوليد، لما أخذ سلبه، وقال النبي ﷺ: «لا ترده إليه»، وقد أوردنا بعضاً من صور قضائه ﷺ في عقوبة التفرغ بالمال^(٢).

٢ - إجماع الصحابة:

واستدلوا بما أشر عن الخلفاء الراشدين، من أقضية وأحكام، وكذلك عن أكابر

(١) الحديث أخرجه مسلم: ٣٣٢٠ بنحوه، وأبو داود: ٢٠٣٧، وأحمد: ١٤٦٠، من حديث سعد بن أبي وقاص. وانظر «تبصرة الحكام» لابن فرحون المالكي: (٢/٢١٣)، و«الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية» لابن قيم الجوزية ص ٣١٣ وما يليها.

(٢) الحديث أخرجه مسلم: ٤٥٧٠، وأحمد: ٣٩٨٧، من حديث عوف بن مالك. راجع صور قضائه ﷺ في «عقوبة التفرغ بالمال» ص ٧٧ وما يليها.

فقهاء الصحابة تتعلق بالعقوبات المالية أخذاً وإتلافاً، دون نكير، فكان ذلك إجماعاً
لزومياً، وهو حجة تخصص به العمومات^(١).

فمن ذلك:

١ - تغريم عمر رضي الله عنه لحاطب بن أبي بلتعة مثل قيمة الناقة، زيادةً على القدر
الواجب في الضمان والتعويض، وقد غضبها عبده، وانتحروها^(٢)،
وأكلوها، إذ كانوا جوعاً، وكانت العقوبة على مولاهم الذي تسبب في
تجويعهم.

هذا، ومعصية حاطب في التجويع لا علاقة لها بالمال أصلاً، فكان تغريمه بالمال
عقوبة على فعل منهى عنه، وهو إساءة معاملة مواليه.

٢ - تغليظ عمر وابن عباس رضي الله عنهما «الدية» على من قتل في الشهر الحرام، في البلد
الحرام^(٣)، عقوبة مالية على الإجماع في هذا الظرف الزماني والمكاني.

٣ - إحراق علي رضي الله عنه المال المحتكر عقوبة ونكالا^(٤).

٤ - تحريق عمر للمكان الذي يباع فيه الخمر^(٥).

(١) والواقع أن «الإجماع» لا بد له من مستند من كتاب أو سنة، فكان التخصيص بالمستند لا بالإجماع
ذاته، على ما هو مقرر في علم الأصول. هذا، ولا يطالب المجمعون بإظهار المستند؛ لأن الأصوليين
اعتبروا الإجماع ذاته قائماً مقام مستنده، وقرينة شرعية قاطعة على الحق الشرعي.
هذا، ويفترض اعتمادهم على مستنده لزوماً عقلياً؛ إذ لا يُعقل صدورهم عن حكم موحد في مسألة
مجتهدها، على اختلاف بيناتهم، ومشاربهم، وثقافتهم، وتفاوتهم، ذكاءً وفطنة، دون أن يكون مردُّ
ذلك دليلاً شرعياً اعتمده.

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى»: (٢٧٨/٨)، وانظر «قواعد الأحكام» للعز بن عبد السلام.

(٣) أثر عمر: أخرجه عبد الرزاق: ١٧٢٩٤، وابن أبي شيبة: (٤٢١/٥). وأثر ابن عباس: أخرجه ابن
أبي شيبة: (٤٢١/٥)، وانظر «تبصرة الحكام» و«الطرق الحكمية»، و«نيل الأوطار»: (١٣٨/٤) وما
يلها). ويلاحظ أنه قد روعيت الظروف «المكانية والزمانية» في تشريع هذه العقوبة نوعاً ومقداراً.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة: (٣٠١/٤).

(٥) أخرجه عبد الرزاق: ١٠٠٥١، انظر «نصب الراية» للزيلعي: (٣١١/٤)، وانظر «تبصرة الحكام»:

(٢/٢١٣)، و«الطرق الحكمية» ص ٣١٣.

٥ - تحريق عمر رضي الله عنه قصر سعد بن أبي وقاص، لما احتجب عن الرعية، وصار يحكم في داره^(١).

هذا، وأخذ المال عقوبة كإتلافه، كلاهما مفسدة وضرر في حق صاحبه الجاني، بجامع نزع ملكيته، وحرمانه منه.

وهذا النظر الأصولي من المحقق الإمام العز بن عبد السلام ينفي التفرقة بين أخذ مال الجاني وإتلافه، كما قدمنا، وإذا جاز الإتلاف، جازت المصادرة للمال، وإضافته إلى بيت مال المسلمين، من باب أولى.

٦ - مصادرة عمر عماله، بأخذ شطر أموالهم، حيث قسمها بينهم وبين المسلمين، عقوبة لما اكتسبوا من أموال الناس بغير حق، بسلطان الولاية^(٢)، زائداً عما فرض لهم من عطاء.

٧ - أراق عمر اللبن المغشوش^(٣)، وهذا من باب إتلاف المال الذي تقوم به المعصية.

٨ - حرمان المحتكر من الربح، ببيع المال المحتكر عليه، بقيمته يوم اشتراه.

٩ - أخذ عمر طعام السائل، وإطعامه إبل الصدقة، حين رآه يسأل، وقد وجد معه ما يكفيه، فهو أخذ للمال، وتصديق به، فيما يرى الإمام من المصلحة.

٢ - استدلالهم بالمعقول:

واستدلوا بالمعقول، فقالوا: إن أساس العقوبة المالية - فضلاً عما ورد في السنة من شواهد تثبت أصل مشروعيتها، وإجماع الصحابة، واجتهادات أئمة الفقهاء - هو

(١) أخرجه أحمد: ٣٩٠، ورجال سننه ثقات.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) وكذلك إتلاف ما يُعصى به الله، من الصليبان، والأوثان، والملاهي، والخمر، واللبن المغشوش، ونحوه. «قواعد الأحكام» للإمام العز بن عبد السلام: (٢/٧٤ وما يليها).

أما إتلاف ما يتعلق بالمادة المحرمة، من الأوعية والأواني، وما إلى ذلك، فتغليظ للعقوبة، كما قدمنا.

«المصلحة» وكفى بها سبباً شرعياً، تنهض به مشروعيتها؛ لأنها جاءت على وَفْق تصرفات الشارع في قوله، وقضائه، وَوَفْق اجتهادات الخلفاء الراشدين، وهم أفهم لكتاب الله تعالى، ولسته نبيه، وأكثر اتباعاً لِسْتَيْهِ^(١).

وقالوا: قد تتحقق المناسبة بين هذه العقوبة والمعصية غير المقدره، بل قد تتعين تبعاً للظروف، ويكون توقيع غيرها شططاً في العقوبة غير مشروع، إذا لم يكن ثمة مقتضى لها؛ لأن الأصل فيها التحريم، وإنما شرعت للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، ردعاً وعدلاً.

وإذا كان بناء حكم العقوبة على المصلحة المرسله التي تشهد لها الأصول العامة، من شأنه أن يفضي إلى مقصد الشارع، في الزجر والاستصلاح، فهذا هو أساس المشروعية في الواقع الشرعي.

وحرمان الجاني من ماله قهراً، يفضي غالباً إلى إيلاجه وزجره؛ لأنه ثمرة جهده، ولا سيما إذا عرف أنه شحيح.

هذا على فرض عدم ورود نصوص في الشريعة تنهض بمشروعيتها، فكيف وقد ورد في السنة أدلة كثيرة قد عرضنا بعضها، وأثار مستفيضة عن أكابر الصحابة وغيرهم؟

فكان بناء الحكم العقابي على «المصلحة» إذاً، ليس تشريعاً بالابتداع، أو بالهوى، ولا بناءً على أساس ملغى شرعاً، بل كان بناء الحكم عليها جارياً على سنن المشرع في التشريع، وموافقاً لتصرفات الشارع في كثير من نصوصه الجزئية في وقائع شتى، وذلك آية الاعتبار^(٢)، وسيأتي فضل بيان وتفصيل عند مناقشة الأدلة، إن شاء الله تعالى.

(١) للحديث الشريف: «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي» أخرجه أبو داود: ٤٦٠٧، وأحمد: ١٧١٤٥، من حديث العرياض، وهو صحيح. وقوله عليه السلام: «أصحابي كالنجوم، بأيهم اقتديتم اهتديتم» [أخرجه ابن عدي في «الكامل»: (٣/٢٠٠)]. وابن الجوزي في «العلل المتناهية»: (٢٨٣/١)، من حديث عمر بن الخطاب]. وغير ذلك من الأحاديث.

(٢) هذه وجهة نظر المجيزين، بنوع تبسيط وتصرف، كما فهمت من موسوعاتهم الفقهية.

مناقشة أدلة المانعين وتقديرها أصولياً:

أولاً - يتجه على المانعين في دعوى النسخ أنها لم تثبت^(١)، لا بدليل من الكتاب، ولا من السنة، للأمور التالية:

١ - اختلافهم في النسخ.

٢ - الجهل بالتاريخ الذي به يعلم المتقدم من المتأخر، فلا تقبل مع الجهل بذلك دعوى النسخ بداهة، وإذا انهارت دعوى النسخ، ثبتت مشروعية التفرغ بالمال بما ادعي أنه منسوخ، وهو أدلة من السنة الثابتة.

٣ - قضاء الخلفاء الراشدين فيما نقل عنهم من آثار مستفيضة، بعقوبة أخذ المال على المعاصي التي لا توجب حدًا، ولا كفارة، سواء منها ما له علاقة بالمال، أو ما لا علاقة له به أصلاً - كما رأيت - وذلك بعد وفاته ﷺ مما يقطع ببطان دعوى النسخ؛ إذ لا نسخ بعد أن لحق الرسول ﷺ بالرفيق الأعلى.

هذا، ومن المحال أن يقع النسخ ولا يعلم به أحد من الصحابة، بل الواقع أنهم كانوا يشهدون قضاء الخلفاء الراشدين - رضوان الله عليهم - بها، ولم يؤثر أنه أنكر على الخلفاء منهم أحد، فكان «إجماعاً» لزومياً على جواز أخذ المال عقوبة على المعاصي غير المقدره.

وبذلك تبين مدى صحة دعوى الإمام الغزالي رحمته الله الإجماع على النسخ، وهو ما نفاه الإمام النووي من أئمة فقهاء الشافعية أنفسهم، وضعف هذه الدعوى - كما يقول - لوجهين:

«أحدهما: أن ما ادعوه من كون العقوبة كانت بالأموال في أول الإسلام، ليس بثابت ولا معروف».

«الثاني: أن النسخ إنما يصار إليه إذا علم التاريخ، وليس هنا علم بذلك»^(٢).

(١) «معالم القرية» لابن الأخرّة ص ٢٨٨، و«المجموع»: (٢٨٨/٥).

(٢) «المجموع شرح المذهب» للإمام النووي: (٢٨٨/٥).

أما وجه الضعف الأول الذي أشار إليه الإمام النووي، فيتجه عليه من النقد، أن العقوبة بالأموال في أول الإسلام ثابتة، بما أوردنا من أدلة من السنة الصحيحة، القولية منها والفعلية، ومن قضائه ﷺ في وقائع كثيرة، كما بينا^(١)، وهي تتضافر كلها لتثبت أصل مشروعية عقوبة أخذ المال، وإنكار ذلك مكابرة، بل غير جائز، لما فيه من أطراح^(٢) العمل بالسنة الثابتة.

هذا، وتلمح ضعف دعوى النسخ هذه فيما انطوى عليه تعليقه في نظر من ادَّعَوْه؛ إذ عللوه بأنه: لسد الذريعة أمام الظلمة من الحكام^(٣)، كيلا تمتد أيديهم إلى أخذ أموال الناس بغير حق، لأنفسهم، باسم^(٤) العقوبة، فلما تخوَّفوا من ذلك، ورجبوا في نفي العقوبة بالمال إطلاقاً، ادَّعَوْا النسخ، وكثيراً ما نرى فريقاً من الفقهاء يدعون نسخ كل دليل لا يوافق دعواهم، أو مذهبهم، إذا عجزوا عن نقض ذلك بالدليل، لكن قضية النسخ لا تثبت بالادعاء، بل بدليل من كتاب أو سنة؛ لأن من بيده سلطة التشريع له وحده الحق في نسخ ما كان قد شرَّع.

ثانياً - أما استدلالهم بحديث «ليس في المال حق سوى الزكاة»^(٥) فعلى فرض صحته، لا يسعفهم في دعوى النسخ؛ لأنه محمول على الزيادة عن القدر الواجب على سبيل الفريضة لا العقوبة؛ إذ الحديث «موضوعه» تحديد «الفريضة» فهل يقتصر الإمام على جباية أصل الواجب، أو له أن يزيد عنه إذا اقتضت الحاجة ذلك؟ وهذا لا علاقة له بالعقوبات إطلاقاً، وإنما هو محض تمحل لإثبات دعوى النسخ.

وعلى فرض عمومته، فإنه عام في موضوعه، أو مخصوص بالسنة القولية والفعلية، توفيقاً بين النصوص المتعارضة ظاهرياً.

(١) راجع أدلة المجيزين من السنة، «معالم القرية» لابن الأخوة ص ٢٨٨.

(٢) أطراح مصدر الفعل «أطرح» بهمزة ثم طاء مشددة مفتوحة بمعنى نبذ.

(٣) «رد المحتار» لابن عابدين: (٤/٦١ وما بعدها).

(٤) المرجع السابق.

(٥) أخرجه ابن ماجه: ١٧٨٩، من حديث فاطمة بنت قيس.

على أن القاعدة الأصولية القاضية بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، غير واردة هنا؛ لأن المراد عموم اللفظ في موضوعه، وهو في تحديد الحق الواجب أداءه، لا في العقوبة على الامتناع.

ثالثاً - على أنه يرد على هؤلاء ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إن في المال لحقاً سوى الزكاة» أخرجه الترمذي^(١) عن فاطمة بنت قيس، وقال الشوكاني: وحديثها هذا ثابت^(٢).

ويقال لهم جدلاً، ردّاً على احتجاجهم بالحديث الأول: إذا صح عندكم حمل معنى الحديث الأول: «ليس في المال حق سوى الزكاة» على نفي أي حق بإطلاق، سوى الزكاة، حتى يشمل النفي حقَّ العقوبة بالمال، فإن هذا الحديث الثاني «في المال حق سوى الزكاة» يعارضه، بل يناقضه؛ إذ يُثبت ما ينفيه الأول، وإذا تعارضاً، أو تناقضاً، فلا بد من التوفيق أو الترجيح، لا سبيل إلى التوفيق كما ترى؛ لأنهما متناقضان، إذن بقي الترجيح، ونرجح الثاني؛ لأنه تأيد بقول الرسول ﷺ وفعله، وقضائه في وقائع شتى، وبقضاء الخلفاء الراشدين دون نكير من الصحابة، هذا على فرض صحة الأول، لكنه ضعيف.

على أننا نرى، أن هذا الحديث وسابقه لا علاقة لهما بالعقوبة المالية أصلاً، فلا يتناولانها بحكميهما، وإنما هما واردان على موضوع واحد، نفيّاً وإثباتاً، هو ما يفرضه الإمام على ذوي الفضول من الأموال، أي: الأغنياء، لسد الحاجة، إذا لم تف حصيلة الزكاة بها، وهذا أمر لا علاقة له بالعقوبات أصلاً.

قال عليه السلام: «فرضت للفقراء في مال الأغنياء ما يسعهم» أخرجه ابن النجار عن أنس^(٣).

(١) «سنن الترمذي»: ٦٥٩.

(٢) «الأموال» للأستاذ المنتصر الكتاني ص ٦٩ - ص ٧١ مطبوع على الآلة الكاتبة.

(٣) أخرجه أبو نعيم الأصبهاني في «الحلية»: (١٧٨/٣)، والخطيب في «تاريخ بغداد»: (٣٠٨/٥)، من حديث علي، وذكره المتقي الهندي في «كنز العمال»: (٧٦٢/٦)، وقال: ابن النجار عن أنس.

وإليك طرفاً مما يؤيد هذا المعنى من أقوال الصحابة وأكابر الفقهاء والمفسرين
 ﷺ أجمعين .

فسر ابن عباس قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ﴾ [المعارج: ٢٤] قال: سوى
 الزكاة يصل بها رحماً، أو يُقري بها ضعيفاً، أو يُعين بها محروماً^(١).

وقال مجاهد: «وفي أموالهم حق» قال: سوى الزكاة.

وقال إبراهيم النخعي: كانوا يرون في أموالهم حقاً سوى الزكاة.

وقال ابن حزم: «فرض على الأغنياء من كل أهل بلد أن يقوموا بفقرائهم، ويجبرهم
 السلطان على ذلك، إن لم تقم الزكوات بهم، ولا في سائر أموال المسلمين بهم، فيقام
 لهم بما يأكلون من القوت الذي لا بد منه، واللباس للشتاء والصيف.. إلخ».

وقال ابن رجب الحنبلي: «يجب بذل فضل الأموال في مواضع» وهذا - كما ترى -
 لا علاقة له بمسألة التفرغ بالمال عقوبة على معصية غير مقدره، فلا يصح الاحتجاج
 بهذا الحديث على نفي هذه العقوبة في الشرع.

رابعاً - على أن حديث: «ناقة البراء بن عازب» لا يصلح ناسخاً، على فرض
 تأخره في الوجود؛ إذ لا يلزم من اقتصار الرسول ﷺ على الحكم بضمان ما أتلف في
 هذه الواقعة، تعويضاً مكافئاً، دون إضعاف العقوبة، أقول: لا يلزم من ذلك عدم
 جواز المعاقبة بالمال مطلقاً؛ لأن الامتناع^(٢) لا يستلزم المنع وعدم المشروعية؛ إذ قد
 يكون الامتناع لعدم وجود ما يقتضيه، كما في امتناعه ﷺ عن التسعير.

وفي هذا المعنى يقول الإمام الشوكاني: «وزعم الشافعي أن الناسخ حديث ناقة
 البراء؛ لأنه ﷺ حكم عليه بضمان ما أفسدت، ولم يُنقل أنه ﷺ في تلك القضية
 أضعف الغرامة، ولا يخفى أن تركه ﷺ للمعاقبة بأخذ المال في هذه القضية، لا

(١) أخرجه ابن جرير في «تفسيره»: (٨٠/٢٩)، وابن أبي حاتم في «تفسيره»: ١٨٦٣٥.

(٢) قد بينا الفرق بين المنع والامتناع، فالامتناع قد يكون في قضية معينة، لا تستدعي ظروفها وأحوالها
 تشريع العقوبة المالية، أو توقيعها، وعلى هذا، فلا يعتبر الامتناع قاعدة شرعية عامة ملزمة، أما المنع
 فتشريع عام أو قاعدة تشريعية عامة ملزمة - راجع: (٥٦٠/١) الهامش.

يستلزم الترك مطلقاً، ولا يصلح للتمسك به على عدم الجواز، وجعله ناسخاً، البتة»^(١).

ورد دعوى النسخ ابن القيم بقوله: «وليس يسهل دعوى النسخ، وفعل الخلفاء الراشدين، وأكابر الصحابة بعد موته ﷺ مبطلٌ لدعوى نسخها. . والمدعون لدعوى النسخ ليس معهم كتاب، ولا سنة، ولا إجماع يصح دعواهم، إلا أن يقول أحدهم: مذهب أصحابنا لا يجوز، فمذهب أصحابه عنده عيارٌ على القبول والرد»^(٢).

وقال أيضاً قبل ذلك: «ومن قال: إن العقوبات المالية منسوخة، وأطلق ذلك، فقد غلط على مذاهب الأئمة، نقلاً واستدلالاً»^(٣).

خامساً - أما دعوى «الإجماع» فقد أتينا بالأدلة التي تقطع ببطلانها، فالآثار المستفيضة عن الخلفاء الراشدين^(٤) في أفضيتهم بعقوبة المال على المعاصي غير المقدرة، بعد وفاته ﷺ فضلاً عن أفضية واجتهادات الأئمة من بعدهم^(٥) من واقع مصادرهم الفقهية التي تدحض هذه الدعوى، كما تدحض دعوى النسخ على السواء.

(١) «نيل الأوطار»: (١٣٩/٤).

هذا، ومن قال بالنسخ البيهقي في «سننه»: (١٠٥/٤)، إذ يقول: «وقد كان تضعيف الغرامة على من سرق، في ابتداء الإسلام، ثم صار منسوخاً». المرجع السابق.

(٢) إشارة إلى التقليد المطلق، والتعصب المذهبي، إذ لم يأت بدليل صحيح يؤيد به دعواه سوى أن مذهبه لا يجيز التفریم بالمال، فكان مذهبه هو القول الفصل في الشرع، وأن الحق الشرعي لا يعدوه، فقوله: «مذهب أصحابنا لا يجوز» أي: إن القول بعدم مشروعية التعزير بالمال هو مذهب أصحابنا؛ إذ اعتبروه «معياراً» للقبول والرد، دون نظر إلى الدليل، أو اعتباره، وهذا لون من التهكم «الطرق الحكيمية» ص ٣١٤.

وقوله: عيار من عبارات المكيال والميزان معايرة وعياراً، امتحنته بغيره لمعرفة صحته، وعيار الشيء ما جعل نظاماً له. «المصباح المنير» وفي «مختار الصحاح» أن العيار بالكسر، هو «المعيار» أي: الذي توزن به الأشياء أو تكال، أو تمتحن، ليعرف مقدارها، أو صدقها وحقيتها، أو زيفها وبطلانها. وقوله: ليس معهم كتاب، ولا سنة، ولا إجماع، أي دليل شرعي معتبر من مصادر التشريع، فهو قول بالهوى والتشهي.

(٣) المرجع السابق، وقد رد دعوى النسخ أيضاً الإمام ابن تيمية، «الحسبة» ص ٥٠ وما يليها.

(٤) راجع اجتهادات بعض الصحابة، ومن بعدهم، في التفریم بالمال، فضلاً عن أفضيته ﷺ في ذلك: ص ٧٧ وما يليها.

(٥) على ما سيأتي بيانه.

هذا، ونحن نرى أن الأمر على العكس من ذلك تماماً، فالإجماع العملي اللزومي قد انعقد على عهد الصحابة رضي الله عنهم على مشروعية أصل عقوبة المال، إتلافاً، أو مصادرةً، أو تغريماً، إذ لم يؤثر أن أحداً من الصحابة أنكر على الخلفاء الراشدين أفضيتهم في هذه العقوبة.

وأما كون هذا الإجماع لزومياً، فلأنه يلزم من عدم الإنكار الإجماع على المشروعية، ولا ندري من أين أتوا بقضية الإجماع على عدم المشروعية؟

مناقشة الإمام الغزالي في أصولية هذا النوع من الإجماع الذي نسبه إلى الصحابة:

ونحن نرى أن هذا النوع من الإجماع الذي نسبه الإمام الغزالي رضي الله عنه إلى الصحابة، لم يرد له مفهوم في علم الأصول، ولا عرفه أئمة الفقهاء، ولا قال به أحد، حتى الإمام الغزالي في تحديده لمفهومه، في كتبه الأصولية^(١)؛ لأننا نعلم أن الإجماع أصولياً، نوعان:

١ - قولي صريح، يتحقق باتفاق كافة المجتهدين في عصر معين على حكم شرعي لمسألة معينة مجتهد فيها، بعد وفاته رضي الله عنه.

٢ - إجماع سكوتي، بأن يصرح بعض المجتهدين برأيهم في حكم المسألة، ويسكت الباقيون، فيفسر سكوتهم بأنه موافقة بشروط معينة معروفة في علم الأصول، وهو إجماع مختلف في حجته، كما تعلم.

أما أن يسكت المجتهدون كافة عن مصلحة واقعة^(٢) في عصرهم، ولا يرتبوا عليها حكماً تقتضيه، فلم نر أحداً من الأصوليين، ولا من الفقهاء من سمى ذلك إجماعاً على عدم مشروعية تلك المصلحة!

وأيضاً، لو كان مثل هذا إجماعاً معتبراً، كما يرى الإمام الغزالي - رحمه الله تعالى - لامتنع على المجتهدين من بعدهم أن يتناولوا المسألة بالاجتهاد والبحث،

(١) من مثل «المستصفي»، و«المنحول»، و«شفاء الغليل».

(٢) «المنحول»: ورقة ٨١ - ٨٢، و«نظرية المصلحة» للدكتور حسان ص ٤٣٨.

ليصدروا فيها عن حكم شرعي، وهذا لم يقل به أحد؛ لأنه يستلزم سدّ باب الاجتهاد، ويوقع في مآزق تشريعية، الأمر الذي يتنافى وكمال هذه الشريعة السمحة الغراء، وخلودها، وصلاحيها لكل زمان ومكان.

موقف الإمام مالك من هذا النوع من الإجماع، ومدى أصوليته:

على أن الإمام مالكا - رحمه الله تعالى - قد خالف الإمام الغزالي في أصولية هذا الإجماع، فقد نص الإمام الشاطبي^(١) على أن الإمام مالكا يأخذ بالمصلحة المرسلّة التي كانت قائمة في عهد الصحابة، أو في عصر غيرهم، ولو سكت عنها مجتهدو ذلك العصر، فلم يبنوا عليها ما تقتضيه من حكم شرعي، بدليل أنه اجتهد في كثير من المسائل من هذا القبيل^(٢).

والخلاصة، أن عدم حكم الصحابة - كما يقول الإمام الغزالي - بالعقوبة المالية، لا يستلزم عدم مشروعيتها^(٣).

منشأ الخلاف في هذا النوع من الإجماع:

فمنشأ الخلاف إذن في هذا النوع من الإجماع، يتركز فيما يلي: هل المصلحة التي كانت قائمة في عصر معين، وتقتضي ترتيب عقوبة تعزيرية عليها، ولم يصدر المجتهدون عما تقتضيه من حكم شرعي، هل يعتبر ذلك «إجماعاً» على نفي مشروعيتها؟ بهذا قال الإمام الغزالي في احتجاجه على عدم مشروعية العقوبة بالمال، وخالفه في ذلك الإمام مالك، ﷺ.

ولا ريب، أن الراجح هو ما ذهب إليه الإمام مالك، لما بينا^(٤).

(١) «الاعتصام»: (٢/١٢٣).

(٢) المرجع السابق.

(٣) هذا، والواقع أن الصحابة قد اجتهدوا رأيهم فيها، والأخبار في ذلك مستفيضة. راجع ص ٧٧ وما يليها.

(٤) ونذكرك أنا بينا أن هذا النوع من الإجماع لم يرد له مفهوم في علم الأصول، ولا عند أئمة الفقهاء،

وأنه يستلزم سد باب الاجتهاد في تلك المسائل.

على أن هذا النوع من الإجماع فضلاً عن غرابته نوعيته أصولياً، ينفيه الواقع؛ إذ الصحابة قد صدروا في اجتهاداتهم، عن مشروعية العقوبة بالمال، في آثار مستفيضة لا سبيل إلى نكرانها، وبهذا يُردّ أيضاً على الإمام الطحاوي الذي لم يستطع إنكار هذا الواقع، فاضطر إلى القول بأن التغيريم بالمال كان ثابتاً ومشروعاً، في أول الإسلام، ولكنه نسخ، وقد رأيت ما ورد على دعوى النسخ هذه، فضلاً عن رفض جمهور الفقهاء لها.

سادساً - وأما تمسكهم بالعمومات، من مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] فقد علمت أنها حُصِّصت بالسنة المتضافرة في وقائع كثيرة، وهي في مجموعها يقوِّي بعضها بعضاً، فتفيد الصحة والثبوت، وغلبة الظن، وهي كافية في وجوب العمل، وتخصيص العمومات^(١).

وتأيد هذا التخصيص أيضاً بإجماع أكابر الصحابة، وعلى رأسهم الخلفاء الراشدون.

كما تأيد «بالمصلحة المرسلّة» الملازمة التي تبني عليها الأحكام في الوقائع التي لم يرد فيها نص، إذا شهد لها أصل عام في التشريع على ما سيأتي بيانه.

وعلى هذا بطل استدلال المانعين بالعمومات، لأنها غير مرادة للشارع في هذه المسألة، لما قدمنا من الأدلة الشرعية المعارضة لمقتضى تلك العمومات، والتخصيص توفيق بين المتعارضين، وإعمال للدليلين، كما تعلم، وستأتي مناقشة مشروعية هذه المصلحة.

سابعاً - على أن استدلال المانعين على عدم مشروعية عقوبة المال، بأنها «أخذ مال بغير حق» أو «بغير سبب شرعي» استدلال غير صحيح؛ لأنه «مصادرة».

(١) راجع بحث «التخصيص» و«المخصصات» في كتابنا «أصول التشريع ومناهج الاجتهاد بالرأي» ص ٥٠٩ - ص ٥٣٣.

وقد بينا أن التخصيص - أصولياً - هو «إرادة المشرع قصر العام على بعض أفرادها، منذ بدء تشريعه، بدليل شرعي معتبر يدل على هذه الإرادة».

والمصادرة - في اصطلاح علماء البحث والمناظرة - «أخذ الدعوى في الدليل»
وبيان ذلك:

أن الدعوى: «هل المصلحة التي تترتب عليها عقوبة المال، ملائمة لتصرفات
الشارع، فتعتبر سبباً شرعياً لهذه العقوبة، أو أنها «غريبة» أو غير ملائمة؟ وقبل ذلك لا
يصح الاستدلال بغرابتها، وإلا كانت المصادرة.

أو بعبارة أخرى: إن غرابة المصلحة - بما هي موضوع النزاع، أو هي الدعوى -
لا تصلح دليلاً؛ لأن هذه الدعوى نفسها تفتقر إلى دليل يثبتها.
إذن، ينبغي أن ينصبَّ الاستدلال أولاً على إثبات كون هذه المصلحة سبباً شرعياً
لذلك.

ثامناً - أما ما ادعاه المانعون من ضعف حديث «بهز بن حكيم»^(١)، وحديث
«عمرو بن شعيب»^(٢) فيتجه عليهم في الأول أنه قد وثقه جماعة من أئمة الحديث^(٣).
وأما الثاني، فقد أخرج نحوه النسائي، والحاكم، وصححه، كما رواه أحمد،
وأبو داود، وروى ابن ماجه معناه^(٤)، وحسنه الترمذي.

وقال الشوكاني: «الحديث دليل على جواز التأديب بالمال»^(٥).

-
- (١) أخرجه أبو داود: ١٥٧٥، والنسائي: (٢٥/٥)، وأحمد: ٢٠٠١٦، وإسناده حسن.
(٢) أخرجه النسائي: (٨٥/٨)، وابن ماجه: ٢٥٩٦، وأحمد: ٦٦٨٣، وهو حديث حسن.
(٣) وقد وثقه ابن معين، والحاكم، والذهبي، والبيهقي، وسئل عنه الإمام أحمد، فقال: صالح الإسناد،
وقال ابن عدي: لم أر له حديثاً منكراً، وقال الذهبي: ما تركه عالم قط، وقد تكلّم فيه، وأنه كان
يلعب بالشطرنج، قال ابن القطان: وليس ذلك بضائر له، فإن استباحة (الشطرنج) مسألة فقهية مشتهرة،
وقال الحاكم: حديث صحيح، وقد حسن الترمذي له عدة أحاديث، ووثقه، واحتج به إسحاق،
والبخاري، وروى عن أبي داود أنه حجة عنده. «نيل الأوطار»: (٤/١٣٨) وما يليها.
(٤) المرجع السابق: (٧/١٣٤).
وجاء في رواية النسائي: «وما لم يبلغ ثمن المجرّم (لم يبلغ النصاب) ففيه غرامة مثليّه، وجلدات
نكال».
(٥) المرجع السابق.

وقد اعتضد هذان بأحاديث منها حديث «الحَرِيْسة» وهي من الغنم السيارة التي يدركها الليل قبل أن تصل إلى مأواها، إذا سُرقت، ففيها: «ثمنها مرتين» أي: إضعاف العقوبة.

وفي هذا دليل أيضاً - كما يقول الشوكاني - على «جواز التأديب بالمال» في معصية السرقة التي لا قطع فيها، لعدم توافر شرط الحدّ.

وفي هذا رد كاف على من ذهب إلى تضعيف حديث بهز، وحديث عمرو بن شعيب هذين.

على أن بعض المانعين التمسوا سبيل «التأويل» بعد أن رأوا أن التضعيف لا يجديهم، ولكنه - فيما يبدو - تأويل مستكره، فقد قالوا: إن راوي حديث «بَهْز» قد وَهَمَ، فذكر لفظ «وإنّا أخذوها وشرط ماله» وإنما هو «وإنّا أخذوها من شرط ماله»، وذلك بجعل ماله شطرين، ويتخيّر المُصَدِّق^(١) ويأخذ الصدقة من خير الشطرين عقوبة على منع الزكاة.

ولكنه تأويل ناجم عن التصرف في ألفاظ الرواية على نحو يخالف الرواية الصحيحة الثابتة التي نصها: «وإنّا أخذوها، وشرط إبله، أو شرط ماله»^(٢).

فهو تأويل لا يستند إلى دليل، فيكون باطلاً.

على أن هذا التأويل لا يسعفهم، بل هو حجة عليهم، ذلك لأن «المُصَدِّق» إذا تخير على الممتنع أنفس الشطرين، وأجودهما، كانت الزيادة في الجودة عقوبة مالية؛ لأن للجودة حصة في الثمن كالمقدار.

وأيضاً ثبوت مشروعية عقوبة المال، لا تستند إلى هذين الحديثين فحسب، بل إلى كثير من وقائع قضائه وأقواله وأفعاله ﷺ واجتهادات الصحابة والتابعين، فضلاً عن «المصلحة» المعتبرة، وهي مقصود الشرع، كما بينا.

(١) المصدق: هو الذي يأخذ صدقات النَّعم (يجبي زكاة النعم من الإبل والبقر والغنم). «المصباح المنير».

(٢) كما في روايتي النسائي وأبي داود. «نيل الأوطار»: (٤/١٣٨).

تاسعاً - أما قولهم فيما نقلوه عن الماوردي «من أن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عمن يُعْتَدُّ به، أو يُقْتَدَى به»^(١).

فيجاب عنه، بأنه كفى برسول الله ﷺ قدوةً، وبالخلفاء الراشدين من بعده!
عاشراً - وأما قولهم: إن أئمة الفقه قد بينوا بم يكون التعزير، وفصلوا القول فيه، ولم يذكروا شيئاً من العقوبة المالية، فمنقوض بما يلي:

أ - ذهب الإمام أبو يوسف من الحنفية إلى جواز العقوبة بالمال، فقد جاء في «تبيين الحقائق» للزليعي ما نصه: «وعن أبي يوسف أن التعزير بأخذ المال جائز للإمام»^(٢).

هذا، وعلق الشلبي في حاشيته على ذلك بقوله: «وما في الخلاصة، سمعت من ثقة، أن التعزير بأخذ المال إن رأى القاضي ذلك، أو الوالي - أي: رأى المصلحة فيه، ذلك - جاز، ومن جملة ذلك جواز التعزير بأخذ المال ممن لا يحضر الجماعة»^(٣)، وكذلك ممن يحضر مجالس الشرب، دون أن يشرب^(٤)، فهذه عقوبة مالية محضة على معصية لا علاقة لها بالمال أصلاً، كما ترى.

وأما في فقه الحنابلة المتقدمين، فقد جاء في «كشاف القناع»: «التعزير بالمال سائغ، إتلافاً، وأخذاً»^(٥).

وأما تعليل ابن قدامة لقوله بعدم المشروعية، بالنظر إلى ما يفعله الحكام الظلمة، فهذا حكم سياسي، أي: اقتضته مبادئ سياسة التشريع، استجابة لمقتضيات الظروف، ويزول بزوالها - كما علمت - ونحن لا ننازع فيه هذا، ولكننا نبحت المسألة في الفقه العام الثابت، وفي هذا المعنى يقول ابن عابدين: «لا أن يأخذه الحاكم لنفسه... كما يتوهمه الظلمة»^(٦).

(١) «المجموع شرح المذهب» للنووي: (٢٨٨/٥)، و«الأحكام السلطانية» ص ١٢١ وما يليها.

(٢) «تبيين الحقائق»: (٢/٢٠٨ وما يليها). (٣) المرجع السابق.

(٤) «التعزير» د. عبد العزيز عامر ص ٣٢٥، و«فتاوى البزازية»: (٢/٤٥٧).

(٥) «كشاف القناع» للبهوتي: (٤/٧٤ وما يليها)، والمرجع السابق.

(٦) «رد المحتار»: (٤/٦١ وما يليها).

وهذا مشعر بأن بعض أئمة الحنفية قالوا بمنع العقوبة المالية، سداً لهذه الذريعة.

وأما في فقه متأخري الحنابلة، من مثل ابن تيمية^(١)، وابن القيم^(٢)، فقد أوردنا طائفة من العقوبات المالية: أخذاً، ومصادرة، وإتلافاً، وكذلك في فقه الإمام مالك^(٣) نفسه، فضلاً عن المجتهدين في مذهبه، وفقه الزيدية^(٤) مما يُدحض دعوى أن أئمة الفقه لم ينصوا على العقوبة المالية، ولا ندري من أين أتوا بهذه الدعوى أو المقولة؟. ويقول الإمام الشاطبي - مبيناً اتجاه الإمام مالك نفسه ﷺ إلى الأخذ بمشروعية عقوبة المال، مصادرة، إذا كانت الجناية قائمة بالمال، أو عَوْضِهِ -: «فالعقوبة فيه عنده ثابتة، فإنه قال في الزعفران المغشوش، إذا وُجد بيد الذي غشه^(٥): إنه يُتصدق به على المساكين، قلّ أو كثر، وذهب ابن القاسم، ومطرف، وابن الماجشون إلى أنه يُتصدق بما قل منه، دون ما كثر»^(٦).

(١) «الحسبة» ص ٤٧.

(٢) «الطرق الحكيمية» ص ٣١٤ وما يليها.

(٣) «تبصرة الحكام» لابن فرحون المالكي ص ٢١٣، و«الاعتصام» للشاطبي: (١٢٤/٢).

هذا، ويقول ابن القيم في عقوبة المال غير المقدرة من قبل الشارع - وهي موضوع البحث - ما يلي: «وأما النوع الثاني غير المقدر، فهذا الذي يدخله اجتهاد الأئمة بحسب المصالح، ولذلك لم تأت فيه الشريعة بأمر عام، وقدر لا يزداد فيه، ولا ينقص، كالحدود، ولهذا اختلف الفقهاء فيه، هل حكمه منسوخ أو ثابت؟ والصواب أنه يختلف باختلاف المصالح، ويرجع فيه إلى اجتهاد الأئمة في كل زمان ومكان، بحسب المصلحة؛ إذ لا دليل على النسخ، وقد فعله الخلفاء الراشدون، ومن بعدهم من الأئمة». «إعلام الموقعين»: (٩٨/٢).

(٤) وجاء في «التاج المذهب» (فقه زيدي): «أن للإمام أن يعاقب بأخذ المال أو إفساده»: (٤٤٥/٤ - ٤٤٧). كما أجاز الزيدية مصادرة أموال البغاة عقوبة، في تفصيل في مصادر فقههم، على الرغم من أن إسلامهم يستوجب عصمتهم، وذلك لعله معصية البغي والخروج على الإمام العادل، وكذلك بعض الإمامية. «شرائع الإسلام»: (١٥٧/١).

(٥) ليكون أخذه منه إتلافاً بالنسبة إليه، بخلاف ما لو وجد في يد غيره من المشتري؛ إذ الغش لم يكن من جانبهم.

(٦) لأن في الكثير مجاوزة لمبدأ «المثلية» في العقوبة، وهو شطط يتنافى ومقتضى العدل في العقاب، وأيضاً يترتب على ذلك إضاعة المال، في غير ما ضرورة، وهو منهي عنه، فيقتصر في الأخذ على ما تقتضيه الضرورة، والمثلية، والعدل، لقوله تعالى: ﴿وَلِيْنَ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦].

هذا، والعقوبة على الغش حق الشرع، لا حق العبد.

ثم أشار إلى أن هذا الاجتهاد قائم على أصل شرعي، أرساه الرسول ﷺ نفسه، حيث أمر بإكفاء القدور التي أغليت بلحوم الحُمُر الأهلية قبل أن تُقسم، وحديث العتق - وهو تغريم مالي - بالمثلة، من ذلك أيضاً^(١) أي: ضرب من عقوبة المال.

وبين كذلك أن صنيع عمر رضي الله عنه من إراقة لبن المغشوش بالماء، إنما هو قياس متبادر العلة، على الأصول الشرعية الثابتة بالسنة.

ويستخلص الإمام الشاطبي «الأصل المعنوي» الذي ينتظم مثل هذه الوقائع من أفضية الرسول ﷺ واجتهاد الصحابة من بعده، ويقرره بقوله: إن هذا من باب «الحكم على الخاصة، من أجل العامة». وهذا أصل معنوي عام يشهد للمصلحة المرسله التي بنيت عليها مشروعية عقوبة المال مطلقاً بالملاءمة^(٢).

وبيان ذلك: أن تغريم الجاني مضرّة في حقه، لكنها مصلحة بالنسبة للأمة، فتعارضت المصلحتان: الخاصة والعامة، لكن إزالة الضرر عن العامة واجب، وهو مصلحة، وذلك بالتغريم، فكان واجباً، تقديماً للمصلحة العامة على الخاصة.

غير أن هذا «الأصل العام» ينتظم بعمومه ومقصده العقوبة المالية بإطلاق، سواء أكانت الجنائية قائمة بالمال، أم بغيره، مما لا يتعلق بالمال أصلاً، إذا تعينت، تقديماً للمصلحة العامة، على ما وجّه الشاطبي استدلاله؛ إذ المنطق التشريعي يقتضي هذا، وإلا كان التناقض، وهو ما قال به ابن العطار حيث ذهب إلى ثبوت العقوبة المالية بإطلاق^(٣).

حادي عشر - أما تأويل الفقه لمعنى العقوبة المالية أخذاً بأن ذلك محمول على معنى

(١) و(٢) «الاعتصام»: (٢/١٢٤). فكيف يستقيم مع هذا اجتهاد الإمام الغزالي، في أن هذه المصلحة

غريبة عن الشرع؟ ولا تلائم تصرفات الشارع؟!

(٣) المرجع السابق.

احتباس القاضي أو الوالي مال الجاني مدة، ثم إعادته إليه، فتأويل بعيد^(١). ومُستكره، ولعل ما حملهم عليه هو الرغبة في الالتزام برأي الإمام أبي حنيفة ومحمد؛ لأن هذا ليس من معنى العقوبة أو التفريم الذي ينقص من مال الجاني على سبيل سلب ملكيته، ونزعها عنه، ومن شأنها ألا تترك أثرها في نفس الجاني من الإيلام بالحرمان، والردع؛ لأنه يكون حينئذ على اطمئنان وثقة من مصير عود ماله إليه، كما لا يترك أثراً في الناس؛ إذ لا يحملهم مثل هذا الاحتباس المؤقت للمال على التبصّر بالعاقبة، أو على الارتداع، أو الازدجار، فلا يتحقق بالتالي المقصد الشرعي من هذا الإجراء، فيكون باطلاً، لما هو مقرر شرعاً، من أن «كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصود باطل».

ويقول ابن عابدين: «لأن المقصود الزجر»^(٢) وهذا تصرف غير زاجر بداهة، فيكون عبثاً، والعبث لا يشرع؛ إذ الأحكام معللة بمصالح العباد.

هذا، والمعنى المستقر في تصور الفقهاء الذي بناوا عليه اجتهاداتهم، وما يتبادر إلى الذهن من العقوبة المالية عند إطلاقها، هو معنى «الإنقاص» من مال الجاني، وقطع ملكيته عن المال المأخوذ، فيُحرَم منه، ويُسلب حَقُّه فيه، وهذا هو محل النزاع بين الفقهاء.

على أنه يمكن أن يحمل هذا التأويل المستكره، من أخذ المال من الجاني، وتأخير إرجاعها إليه، على معنى العقوبة، لما فيه من حرمان صاحب المال من منفعته فترة مصادرتة، وقد تطول وقد تقصر، والحرمان من منفعة المال سلب للمال جزئياً، فلا حجة لهم في هذا التأويل.

أضف إلى ذلك، أن هؤلاء الذين أولوا معنى العقوبة المالية، على النحو الذي رأيت، لم يرد في قضاء رسول الله ﷺ ولا في آثار الصحابة ومن بعدهم، ما يُسَعَف على تقرير هذا المعنى، أو تأييد هذا التأويل، وإنما هو نظر مصلحي مجرد من قبل بعض مجتهدي الحنفية.

(١) «رد المحتار» لابن عابدين: (٦١/٤)، و«تبيين الحقائق» للزليعي: (٢٠٨/٣) وما يليها.

(٢) المرجع السابق.

على أن بعض الحنفية الذين قالوا بهذا التأويل، عادوا فقالوا بجواز العقوبة بالمال، وعدم إرجاعه إلى الجاني، إذا وقع اليأس^(١) من توبته، ويتصرف الإمام فيه، بما يرى من وجوه المصلحة، مما يدل على أنهم آثروا «التدرج» في توقيع هذه العقوبة المالية، فبدأوا بالأخف، حتى إذا لم يتحقق شرط «المناسبة» وهو الإفضاء إلى المقصود من الازدجار^(٢)، والردع، أوقعوا الأشد، وهو التغريم، إنقاصاً لماله عقوبة. ونحن إنما نعينا هذه العقوبة الأخيرة، فقد آل الاجتهاد في مذهب الحنفية إلى القول بعقوبة المال، كما ترى، فما هو عمدتهم في ذلك، هو عمدة المجيزين.

وأغلب الظن - كما ذكرنا - أنهم لما رأوا الإمام أبا يوسف يخالف الإمام أبا حنيفة ومحمداً، جنحوا إلى التأويل البعيد، إثارةً منهم لرأي الإمام؛ إذ لم يأتوا بدليل يستند إليه هذا التأويل، أو يشهد بأن الإمام أبا يوسف رضي الله عنه قد قصد هذا المعنى، والتأويل لا بد له من دليل؛ لأنه خلاف الأصل، وإلا كان مُطَرَحاً لا يُعْبَأُ به، ويكون بالتالي تقوُّلاً على الإمام أبي يوسف لا قولاً له.

هذا، ونرى أنه لا يشترط تحقق اليأس من استصلاح الجاني في هذه العقوبة، لما في ذلك من مظنة حمل الجناة على الاجترار على الجرائم، وهو مفسدة أيما مفسدة، لا يصار إلى فتح بابها، باشتراط تحقق اليأس.

ثاني عشر - ويتجه على المانعين في قولهم: إن ما ورد من أقضية الرسول صلى الله عليه وسلم واجتهادات الصحابة، وغيرهم، كان على خلاف القياس، فلا يتوسع فيه؛ لأن ما ورد على خلاف القياس، فغيره عليه لا يقاس.

ويجاب عن ذلك بما يلي:

١ - أن العقوبة بالمال تثبت بالقياس العام، أو الأصل المعنوي، على ما قرره الإمام الشاطبي، لا القياس الأصولي الخاص، من إلحاق فرع بأصل، لعلة مشتركة بينهما.

(١) «فتاوى البزازية»: (٤٥٧/٢)، و«رد المحتار»: (٥١/٤).

(٢) لأنهم اشترطوا أن يكون الجاني ميؤساً من توبته، وذلك دليل إصراره، وعدم ازدجاره.

٢ - سلمنا أنه من القياس الخاص، لكنه قياس أولوي، أو ما يسمى «دلالة النص» وهي حجة في إثبات العقوبة؛ لأنها في معنى النص، لتبادر العلة، وقرب مأخذها، مما ينتفي في إدراكها غير الوسائط اللغوية، أي: أن العلة مفهومة من المنطوق، وليست مستنبطة عن طريق الاجتهاد، وما يثبت بدلالة النص ثابت بشرع الله يقيناً، فكيف يقال: إنه لا يقاس على مثل هذا^(١)؟

٣ - على أن ما ثبت على خلاف القياس، إذا كان ممكناً إدراك علة، جاز القياس عليه، على الراجح؛ لأن الأصل في النصوص التعليل، كما قدمنا، سواء أكان الحكم على مقتضى القياس، أم مستثنى؛ إذ العلة مبنى الحكم، فحيثما تحققت، اقتضت الحكم شرعاً، تحقيقاً لإرادة الشارع، ولأن أدلة حجية القياس تشملته.

٤ - يؤيد هذا اجتهاد الصحابة، ومن بعدهم، في تشريع العقوبة المالية، باعتماد أفضية الرسول ﷺ أصولاً تشريعية - كما رأيت - وقد نص على ذلك الإمام الشاطبي بقوله: «على أن أبا الحسن اللخمي، قد وضع له «التأديب الغاش بالمال» أصلاً شرعياً، وذلك، أنه - عليه الصلاة والسلام - أمر بإكفاء القدر التي أغليت بلحوم الحُمُر...»^(٢) وحديث العتق بالْمُثْلَة^(٣).

فموقف الفقهاء من هذه الأفضية والاجتهادات، يدل على أنهم لم يعتبروها «قضايا معينة» واردة على خلاف القياس^(٤)، بل أصولاً شرعية بيّنة العلة، يبنى عليها غيرها

(١) «أصول التشريع»: بحث: دلالة النص ص ٣٥١ وما يليها، للمؤلف.

(٢) «الاعتصام»: (٢/١٢٤).

(٣) أي: من ضرب عبده حتى أحدث فيه تشويهاً، أو مُثْلَة، فجزاء هذه الجنابة أنه يعتق عليه جبراً، بحكم الشرع، ويصبح حرّاً، دون رضا مالكة، فقد أهدر الشارع ماليته، وهو من باب التخريم بالمال على معصية المُثْلَة؛ لأن العبد قبل العتق مال، وبالعتق تسقط صفة المالية، وتهدر، ويعود إلى الأصل، وهو الحرية والإنسانية، والحر ليس بمال.

(٤) مما يدل على أن الفقهاء اعتمدوا تلك الأفضية أصولاً شرعية يبنى عليها غيرها مما هو في معناها، قول ابن القيم: «من ذلك تحريق رسول الله ﷺ أمكنة المعصية، وهدمه لها، كما فعل في مسجد الضرار. =

مما هو في معناها إذا تماثلت الظروف، واقتضت ذلك «المصلحة العامة» و«حقُّ الشرع» بل قد رأينا الإمام الشاطبي قد استخلص من كل أولئك أصلاً معنوياً عاماً يشهد للمصلحة - مبنى هذه العقوبة - بالملاءمة والاعتبار، كما قدمنا^(١).

هذه «المصلحة» هي التي تجب حمايتها، بترتيب الحكم المناسب عليها، إذا تحققت الملاءمة، وغلب على الظن إفضاؤه إلى مقصد الشرع، ولا يجوز إهمالها، كما يقول الإمام المحقق العز بن عبد السلام، ولو لم يرد بها نص خاص ولا قياس خاص، ولا انعقد عليها إجماع؛ لأن فهم نفس الشرع يوجب ذلك^(٢)، ونفس الشرع هو العدل والمصلحة، ولما في أطرافها من تفويت لمقصد الشارع في حماية الدين والدنيا، بجلب المصالح، ودرء الأضرار، فكيف وقد ورد لها في السنة نظائر قولاً وقضاءً، وانعقد على أصل مشروعيتها إجماع الصحابة في اجتهاداتهم وأقضيتهم، دون تكبير؟؟

ومن ثمَّ، فلا وجه لمنع اعتبارها، ما دامت مستجمعة شرائطه، حتى عند الإمام الغزالي نفسه^(٣)؛ إذ لم يشترط في «المصلحة» إلا «الملاءمة» وكونها من الضروريات أو الحاجيات، وما نحن فيه كذلك^(٤).

وإذا كانت هذه «المصلحة» على «وَضْعِ المشروعات» فإن دعوى امتداد أيدي الظلمة من الحكام إلى أخذ حصيلة الغرامات المالية لأنفسهم، لا ينقض أصل مشروعيتها الثابت ابتداءً بالفقه العام، بل توجب هذه الحال تشريع أحكام اجتهادية

= وكل مكان هذا شأنه فواجب على الإمام تعطيله، إما بهدم أو تحريق، وإما بتغيير صورته وإخراجه عما وضع له . . . وكذلك محالُّ المعاصي والفسوق، كالحانات . . . «زاد المعاد»: (٣/٥٠٠).

(١) المرجع السابق.

(٢) «قواعد الأحكام»: (٢/١٦٠).

(٣) «شفاء الغليل» ص ٨١١ وما يليها، و«المنحول»: ورقة ٨١ وما يليها، و«المستصفي»: (١/٣٠٧).

(٤) لأن دفع أو إزالة آثار الإجماع والجنايات عن الأمة، من الضرر اللاحق بالأموال، والأنفس، والأعراض، وترويع الأمنين، والخروج على نظام الدولة، من المصالح الضرورية أو الحاجة، بلا ريب.

موقوتة، فقهاً أو إفتاءً، مستمدة من قواعد سياسة التشريع، لسد الذريعة، ولكنها ليست أحكاماً أصلية، بل تزول بزوال الظروف التي استوجبتها - كما يقول الإمام ابن الأخرى - وتعود بعودها^(١)؛ لأنها إنما شرعت لهذا العارض الموقوت، كما أشرنا، وهذا من باب المناط الخاص، لا العام، وبحثنا في هذا الأخير لا الأول.

على أن المجيزين، اشترطوا - احتياطاً وبوجه عام - أن لا يترتب على تطبيق أي حكم اجتهادي اقتضته المصلحة «تفويت مصلحة أكبر، أو حصول ضرر أشد» فلا وجه لهذا التخوف، فإذا توقع الإمام ذلك، انخرمت^(٢) (بطلت) ملاءمة هذه المصلحة لسنن المشرع، فانهارت حجيتها لذلك، فلا يترتب عليها بالتالي حكم التفرير بالمال، لعله ذلك المأل. هذا، وقد نوهنا أكثر من مرة أنه يجب التفريق بين أحكام الفقه العام الثابت، وبين أحكام اقتضتها سياسة التشريع، في مناطاتها الخاصة، لعوارض موقوتة^(٣).

ومعيار «الملاءمة» في قبول «المصلحة المرسله» ورفضها، شرط أساسي لحجيتها في أصول الإمام الغزالي نفسه^(٤)، حتى لا تكون «المصلحة» أصلاً مستقلاً عن الكتاب والسنة والإجماع، بل راجعة إليها، محافظة على مقصود الشرع، إذ يقول: «وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع، فلا وجه للخلاف في اتباعها، بل يجب القطع بكونها حجة، وحيث ذكرنا خلافاً، فذلك عند تعارض مصلحتين، ومقصودين، وعند ذلك يجب ترجيح الأقوى»^(٥).

(١) «معالم القرية» ص ٢٨٤ وما يليها.

(٢) «مسلم الثبوت»: (٢/٢٦٤) «هل تنخرم مناسبة الوصف - العلة أو المصلحة - بمفسدة تلزم، مساوية أو راجحة؟». وراجع أيضاً: «نظرية التعسف في استعمال الحق» للمؤلف ص ٤٧١. [ط. الرسالة ٢٠٠٨]، وهذا البحث يتعلق بالفعل أو التطبيق لحكم، إذا نتج عنه مآلان متعارضان أثراً للظروف والعوارض.

(٣) راجع بحث: تحقيق المناط العام، والمناط الخاص: (١/١٢١ - ١٢٢).

(٤) وقد اشترطه الإمام الغزالي نفسه، فضلاً عن سائر الأصوليين، فلا داعي إذن إلى القول بمنع مشروعية العقوبة المالية، مع هذا التحفظ. «المستصفي»: (١/٣٠٧)، و«مسلم الثبوت»: (٢/٢٦٤).

(٥) «شفاء الغليل» ص ١٨٤، و«نظرية المصلحة» للدكتور حسان ص ٤٥١. هذا، وقد قلنا: إن «الملاءمة» =

وما نحن فيه كذلك؛ لأن «المصلحة» التي اتخذها الصحابة وجمهور الفقهاء أساساً للتغريم بالمال، قد ثبتت ملاءمتها لتصرفات الشارع في أفضيته وأقواله ﷺ، وأن العمل بها، كان ترجيحاً لأقوى الدليلين؛ لأنه من باب تعارض المصالح، بين الخاصة والعامة، فأخذ بالأقوى، تقديماً للمصلحة العامة، وهو عين ما اتجه إليه الإمام الشاطبي في قوله: إن هذا من باب «الحكم على الخاصة من أجل العامة»^(١).

مقارنة بين اتجاه الإمام الغزالي، واتجاه الإمام مالك، من حجية المصلحة:

إن موقف الإمام الغزالي من حجية «المصلحة» هنا على النقيض من موقف الإمام مالك، ومنشأ الخلاف بينهما، هو أن امتناع الصحابة عن القضاء بمقتضاها على الرغم من وقوعها، يعتبر - في اجتهاد الإمام الغزالي - إجماعاً^(٢) على عدم مشروعيتها، خلافاً للإمام مالك.

هذا هو منشأ الخلاف الذي تفرع عنه تناقض اتجاه الإمامين من مشروعية العقوبة بالمال، والراجح هو ما اتجه إليه الإمام مالك، من اعتبار كونها حجة، كما أشرنا، لما يأتي:

أولاً - أن هذا النوع من الإجماع الذي ادعاه الإمام الغزالي، ليس له مدلول في علم الأصول، فضلاً عما يلزم من اعتباره من سد باب الاجتهاد في كثير من القضايا التي تقوم على هذا الأساس، وفي ذلك مفسدة عظيمة، بلا مرأى. ثانياً - أن الإمام الغزالي يستمسك بالأصل المعنوي العام الذي يقضي بالأخذ

= معناها أن تكون المصلحة من جنس ما اعتبره الشارع في التشريع، وأن يكون ترتيب الحكم عليها على وفق تصرفاته فيه.

(١) «الاعتصام»: (١١٣/٢) وما يليها.

«المنخول»: ورقة ٨١، و«شفاء الغليل»: ص ١٨٤.

(٢) يقول الإمام الغزالي في هذا الصدد: «فإن قيل: ما الفرق بين مذهبكم، وبين مذهب مالك في المصلحة، حيث انتهى الأمر في اتباع المصالح إلى القتل في النفوس، والضرب لمجرد التهم، وقتل ثلث الأمة لإصلاح ثلثيها، ومصادرة أموال الأغنياء عند المصلحة، وكل مصلحة يُعلم على القطع وقوعها في زمن الصحابة، وامتناعهم عن القضاء بموجها، فهي متروكة». «المنخول»: ورقة ٨١.

بأهون الشرين، عند تعارض المصالح^(١)، والحكم على الخاصة من أجل العامة، كما يقول الإمام الشاطبي^(٢)، من مشمولاته، وهذا يقضي باستثناء المصلحة الخاصة من العمومات التي تندرج تحت حكمها، وإعطائها ما تقضي به المصلحة العامة من حكم يوجب حمايتها، ويزيل الضرر العام عن الأمة، أثراً لمعصية الجاني.

وما نحن فيه كذلك، أي: من باب تعارض المصالح؛ إذ معاقبة الجاني مالياً ضرراً أو شراً في حقه بلا ريب، وعدم معاقبته ضرراً أو شراً في حق المجتمع، لإخلال أثر معصية الجاني بأمنه، ونظامه، ومصونية الأموال والأنفس، فقد تعارض ضرران أو شران، كما ترى، فيؤخذ بأخفهما أو أهونهما، وهو معاقبة الجاني، استثناءً أو تخصيصاً من النص العام: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣) وغيره من النصوص العامة، دفعاً لأثر ضرر الجاني عن المجتمع، كما قلنا. فكون الإمام الغزالي يمنع العمل بمقتضى هذا الأصل المقطوع به، والذي يقول هو به، يُشبه أن يكون في اتجاهه هذا شيء من التناقض الذي خالفه الإمام مالك، والإمام الشاطبي، كما رأيت.

ولعل هذا، هو مُدرك الإمام الشاطبي في اتجاهه إلى قياس أخذ المال عقوبةً على أخذ المال من الأغنياء إنفاقاً أو ضريبة^(٤)، لسد حاجة الجند، عند حُلُوِّ بيت المال. إذن ترتيب الحكم على ما تقتضيه المصلحة العامة تصرف ملائم للأصول العامة، كما ترى، وجارٍ على سنن الشارع، ولا غرابة فيه، ولا ابتداع؛ لأن تقديمها ورعايتها، مقصد شرعي قطعي، إزالة للضرر العام، فهي مصلحة تحفظ مقصود الشرع.

(١) «المستصفى»: (٣٠٤/١).

(٢) «الاعتصام» ص ١١٣ وما يليها.

(٣) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن.

(٤) إيجاب الإنفاق على الأغنياء لحاجة الجند إذا خلا بيت المال، أمرٌ لا خلاف فيه بين الإمام الغزالي، والإمام مالك، والشاطبي، وإنما الخلاف في أخذ المال عقوبة. «شفاء الغليل»: ص ٢٤٣ وما يليها، و«الاعتصام» ص ١١٢ وما يليها.

هذا، ولا يشترط الإمام الغزالي في حجية هذا الأصل، إلا أن يكون ما يفضي إليه تطبيقه من مصلحة يربو على ما فيه من مضرة، بقوله: «ما لم تكن في إزالة هذا الضرر فوات»^(١) مصلحة أهم، أو حصول ضرر أكبر^(٢) كما أشرنا، ولكنه لم يطبق هذا الأصل في هذه المسألة، على الرغم من تحقق مناطه وشروطه فيها.

ثالثاً - يُخصِّص الإمام الغزالي العمومات «بالمصلحة الملائمة»، ومقتضى هذا أن تجوز العقوبة المالية تخصيصاً، إذ يقول: «لا يُقال عن هذه المصلحة - أي: الملائمة -: تعارض النص، فهذا لو قضينا به، فحاصله: استعمال مصلحة في تخصيص عموم، وذلك لا ينكره أحد»^(٣).

لكن الإمام الغزالي رحمه الله قد أنكره على الرغم من تحقق شروط هذه المصلحة عنده كما يلي:

- أ - أنها عامة حقيقية، لا موهومة.
 - ب - أنها تجلب نفعاً أكبر مما ينشأ عن توقيعها من ضرر، غالباً، لاشتراطه المثلية والمناسبة، ومراعاة الظروف.
 - ج - أن تتعين، بحيث لا يقوم غيرها مقامها إلا بشطط، أو مجافاة العدل، أو ارتكاب ضرر أشد^(٤).
 - د - ملاءمتها لتصرفات الشارع، بأن كانت على وفق طرائق العقوبات المالية التي قضى بها الرسول ﷺ وخلفاؤه من بعده، ولم يكن ثمة من جهة الشرع ما يلغيها بعينها، بنص خاص بها يصادمها.
- خامساً - أن يكون الإمام عدلاً.

إذن، تعارضُ المصلحة المرسلة مع نص عام، لا يلغيها، بل - كما يقول الإمام

(١) ضياع.

(٢) «المستصفى»: (١/٢٠٤ وما يليها).

(٣) «المستصفى»: (١/٢٩٨ - ٣٠٤).

(٤) «القواعد» لابن رجب: (٢/٧٥).

الغزالي - تعتبر مخصصة لعمومه، بالقدر الذي تعارضاً فيه، فتحكم هي عليه بالتخصيص، ولا يحكم هو عليها بالإلغاء، على ما هو مقرر أصولياً، توفيقاً بينهما، والإمام الغزالي رحمه الله قد قرر أن هذا لا ينكره أحد، ولكنه هو نفسه قد أنكره في هذه المسألة، كما أسلفنا.

على أن المجيزين - كما تعلم - لم تكن عمدتهم في مشروعية عقوبة المال، هذه المصلحة المرسله وحدها، على الرغم من قوة حجيتها، بل كانت من جملة عناصر أدلتهم، كالسنة، وآثار الصحابة المستفيضة، واجتهادات كثير من الأصوليين والفقهاء، فتأكدت بذلك موافقتها لتصرفات الشارع، فما وجه قول الإمام الغزالي بعد ذلك: «فأما أخذ المال المستخلص للرجل، عقاباً على جنابة - شرع الشرع فيها عقوبات سوى أخذ المال - فهو مصلحة غريبة لا تلائم قواعد الشرع»^(١).

وأيضاً، ألا ترى إلى «الكفارات» في خصالها المالية، لا تعدو كونها عقوبات مالية، مقصود الشرع منها «الزجر على الراجح»، يقول الإمام الشاطبي: «الكفارة مقصود الشرع منها الزجر»^(٢)، فإذا ثبت أن قصد الشرع بالتغريم بالمال كفارة الزجر، فما الفرق حينئذ بين ثبوت الزجر بالكفارة، وبين ثبوته بعقوبة مالية اجتهادية، ما دام المقصد الشرعي واحداً؟ والشارع فوض ولي الأمر في عقوبات التعزير؟ نعم! الكفارة تعبدية في مقدارها، لا في أصل مشروعيتها، بمعنى أن لا مدخل للعقل في إدراك مقدار العقوبة، لا في إدراك أصلها، وحكمة مشروعيتها، فالعلة واضحة، وإلا فكيف فهم الأصوليون والفقهاء أن مقصود الشرع من التغريم بالمال كفارة هو الزجر؟ وهو مقصود الشرع إلا حكمة التشريع، والمصلحة التي بني على أساسها الحكم، لتكون بعد التنفيذ غاية له؟

وأيضاً، الكفارة - في خصلتها المالية - عقوبة مقدرة بنص، وعلى معصية معينة بالنص أيضاً، وليس كذلك الغرامة المالية، فهي ليست مقدرة شرعاً، ولا عين الشارع

(١) «شفاء الغليل» ص ٢٤٤.

(٢) «الاعتصام»: (١١٣/٢)، و«الهداية»: (١١٢/١) وما يليها.

غرامة لكل معصية بعينها، بل فوض ذلك كله لتقدير الإمام، على ضوء من المصلحة الملائمة، وهو ما اتجه إليه الإمام مالك، وأبو يوسف، والشاطبي، وابن الأخوة، ومتأخرو الحنابلة، والزيدية، وغيرهم.

إذن، التغريم بالمال ثابت أصل تشريعه في القرآن الكريم، فضلاً عن السنة، وإجماع الصحابة، فليثبت هذا القدر، فيما فوض الشارع للإمام من العقوبات نوعاً ومقداراً، جرياً على هذا السنن في التشريع، فلا غرابة - كما يظن الإمام الغزالي - ولا ابتداع.

وفي هذا المعنى يقول ابن الأخوة: «فإن قلت: هل للسultan زجرُ الناس عن المعاصي، بإتلاف أموالهم... التي يتوصلون إلى المعاصي بها؟ فاعلم أن ذلك - لورود الشرع به - لم يكن خارجاً عن سنن المصالح»^(١).

لا يجيز الإمام الغزالي قياس أخذ المال عقوبةً، على أخذ المال إنفاقاً من الأغنياء على الجند لسد حاجتهم، إذا خلا بيت المال:

ويتجه عليه في هذا أن الأصل المعنوي العام ينتظم الحالين، لتحقق مناطه فيهما، كما يقول الإمام الشاطبي^(٢)، وهو أصل مقطوع به، ومؤداه «قضاء العامة على الخاصة» كما أشرنا، فقد اتحد الحالان في جنس المصلحة، وهو المصلحة العامة، فافتضى ذلك جنس الحكم، وهو مطلق الأخذ بنوعيه:

(١) «معالم القرية» ص ٢٨٤. هذا، وإذا جاز الإتلاف، جاز التغريم والمصادرة من باب أولى؛ لأن المصادرة أنفع للأمة.

(٢) ويقول الإمام الشاطبي في تطبيق أصل قضاء المصلحة العامة على الخاصة، التي تندرج تحت قاعدة الأخذ بأهون الشرين ما نصه: «إنا إذا قررنا إماماً مطاعاً مفتقراً إلى تكثير الجنود، لسد الثغور، وحماية الملك المتسع الأقطار، وخلا بيت المال، وارتفعت حاجات الجند إلى ما لا يكفيهم، فللإمام - إذا كان عدلاً - أن يوظف (يفرض) على الأغنياء ما يراه كافياً لهم في الحال، إلى أن يظهر مال بيت المال، ثم إليه النظر في توظيف ذلك على الغلات والثمار، وغير ذلك... فإنه لو لم يفعل ذلك بطلت شوكة الإمام، وصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار». «الاعتصام»: (١٢/٢).

١ - الأخذ إنفاقاً .

٢ - الأخذ عقوبةً .

وتأثير جنس المصلحة في جنس الحكم، معتبر عند جمهور الأصوليين، حتى عند الحنفية، فثبتت الملاءمة لهذه المصلحة، وهو ما يسميه الشافعية «قياس القواعد» .

على أن تعليل الإمام الغزالي لدعواه، بأن ذلك قياس مع الفارق، لا يسعفه في نفي مشروعية أصل العقوبة المالية، بل يؤكدها، إذ يقول: «فإن الأموال مأخوذة بطريق إيجاب الإنفاق منهم على جند الإسلام، لحماية الدين والدنيا»^(١) .

وهذه العلة عينها تقتضي مشروعية أخذ الأموال عقوبةً، لحماية الدين والدنيا، كذلك، أي: بطريق العقاب، لا بطريق الإنفاق العام، وقد وجد له في الشرع والفقه نظائر .

ألا ترى إلى كثير من الفقهاء، كيف أجازوا مصادرة أموال المرتد؟ وأموال البغاة؟ لجناية الأول على النظام الإسلامي، كله، عقيدة وشريعة، وخروج البغاة على الإمام العادل، على تفصيل في المذاهب الفقهية .

والعلة في الأول جناية الارتداد، والعياذ بالله .

والعلة في الثاني معصية البغي، والخروج على الإمام العادل، مع بقائهم على الإسلام، على الرغم من أن إسلامهم يوجب عصمتهم!

والعقوبة المالية، إنما شرعت - في الحاليين - لحماية الدين والدنيا!؟

فالعلة في إيجاب المال على الأغنياء للإنفاق العام، - في اجتهاد الغزالي - هي بعينها علة مشروعية العقوبة بالمال!

ألا ترى أيضاً إلى حرمان «القاتل من الميراث» الثابت بالسنة، وحرمانه من الوصية الثابت بالاجتهاد قياساً، وحرمان الزوجة التي قتلت زوجها قبل الدخول من مهرها الثابت بعقد الزواج، يجمعها كلها حرمان من حق مالي، أو غرامة مالية ثابتة بالشرع والاجتهاد، لحماية الدين والدنيا .

(١) «شفاء الغليل» ص ٢٤٣ .

هذا، وقد نص فقهاء الزيدية أيضاً على أن «للإمام، أو غيره من أهل الولاية، المعاقبة بأخذ المال، وأنه يُضَرَف في المصالح، وله المعاقبة بإفساده»^(١) كما أسلفنا، وغيرهم من الفقهاء الذين ذهبوا مذهبيهم.

وأما قوله ﷺ: «إنَّ مسالك الإنفاق مقيدة بالشرع، بخلاف مسالك عقوبة المال، فيجاب عنه بأن هذه المسالك تأيدت بطرائق أقضية الرسول ﷺ وخلفائه، وصحابته من بعده، واجتهادات كثير من الأصوليين، والفقهاء، من مختلف المذاهب، كما تأيدت - أصولياً - بالمصلحة الملائمة التي يعترف بحجيتها الإمام نفسه، والمتعلقة بحق الشرع «مصلحة الأمة» وبالأصول المعنية فيه، كما فصلنا.

مشاطرة الخليفة عمر ﷺ ولاته أموالهم التي امتلكوها بسطان الولاية ونفوذها، إنما على سبيل العقوبة المالية، لا على سبيل محض الاسترجاع والتعويض المالي:

يتجه على الإمام الغزالي ﷺ في تأويله لصنيع عمر في مشاطرة ولاته أموالهم، بأن ذلك إنما كان على سبيل الاسترجاع، أو رد الغصب، (التعويض المدني) لا على سبيل العقاب، أقول: يتجه عليه أنه تأويل بعيد، فضلاً عن أنه لا يستند إلى دليل يسوغ هذا التأويل.

ذلك، لأن معنى العقوبة في صنيعة متحقق، بدليل أخذه فردة نعل خالد، وشطر عمامته، كما رأيت، حتى غدا برجل حافية، وكان ذلك على مرأى من الجيش، والتعويض المالي، أو الاسترجاع، أو رد الغصب، لا يقتضي أن يكون على هذا الوجه من التنكيل.

ثم إن هذا الاسترجاع كان على خلاف قواعد الشرع التي تقتضي برد المغصوب عيناً، إن كان قائماً، وهل كانت فردة نعل خالد بن الوليد وشطر عمامته مغصوبين على وجه اليقين، حتى يستردهما؟؟

(١) «التاج المذهب»: (٤٤٦/٤ - ٤٤٧)، وإذا جاز أخذ المال وإفساده بإطلاق، جازت مصادرته والتصرف فيه لمصلحة المسلمين؛ لأن المصادرة خير من الإتلاف، ولأن الإتلاف منهي عنه بالنص؛ لأنه تضييع للمال، وإنما أجازوه هنا للإغاطة والتنكيل، استثناء من عموم النص المحرّم.

هذا ضرب من سياسة التشريع في العقاب، بلا مرأى.

ومعنى العقوبة يظهر ويتأكد ويغلب؛ إذ تم هذا الاسترجاع على مرأى من الجيش، فلا عبرة إذن بتأويل الإمام الغزالي أمام هذه الوقائع التاريخية، انتصاراً لرأى ارتآه، وكل تأويل لا يستند إلى دليل يؤيده فهو بعيد^(١).

شرط تعين العقوبة المالية:

وأما قول الإمام الغزالي: «وليس المصلحة فيه^(٢) مُتَعَيَّنَةٌ» فيتجه عليه أن المصلحة في التفرير قد تعين في كثير من الظروف، إذا حصل مقصود الشرع بها، دون اشتراط إلى ما هو أشد، كالعقوبات البدنية، أو الحبس، أو القتل، والشطط في العقاب محرّم.

على أن «العقوبة البدنية» قد لا تكون مناسبة في بعض الظروف، فلا يتحقق مقصود الشرع من توقيعها في غالب ظن المجتهد، بأن كان الجاني شحيحاً مثلاً، على الرغم من وفرة المال لديه، فإن العقوبة المالية بالنسبة إلى مثله أردع، بخلاف ما إذا كان مسرفاً مبذراً، فإن عقوبة الحبس ربما تكون أنسب لحاله، من حيث مدى قوة الردع فيه، ولهذا كان التعزير في الشرع عقوبة تفويضية، مراعاة لاختلاف الظروف الشخصية، والعامّة، والمكانية، والزمانية، يتخيّر الإمام من أنواعها ومقدارها ما تقتضيه المصلحة المعتبرة.

ولا ريب أن حال الجناة - في الواقع - يختلف باختلاف المنزلة الاجتماعية، والسنّ، والثروة، والفقر، والمهنة، وهذا يستلزم تنوع العقوبات بداهة^(٣)، فقد تعين عقوبة «الحبس» مثلاً بالنسبة للتاجر الغني، لكونه أردع له من مجرد الغرامة المالية،

(١) راجع بحث التأويل: حقيقته، وأساسه، ومجاله، وشروطه، «المناهج الأصولية» ص ١٣١ وما يليها للمؤلف. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٢) وقوله: «فيه»، الضمير راجع إلى التفرير بالمال، أو تنقيص الملك على حد تعبيره. «شفاء الغليل» ص ٢٤٣.

(٣) «الهداية»: (٢/١١٦ - ١١٧).

لما فيه من إعدام نشاطه الاقتصادي، وقطعه عن عملائه، وقد يرى الإمام الجمع بين نوعين في العقوبة، إذا اقتضت المصلحة ذلك، كما فعل الرسول ﷺ في سرقة ما لا قطع فيه، تبعاً للظروف، وتحقيقاً لمقصود الشرع في الردع، فليس غرض الشارع إذن «حضر» العقوبات في نوع معين، وتطبيقها كيفما اتفق، بل لا بد من دراسة كل موقف بظروفه، تحقيقاً للمناسبة والمثلية، ومقصود الشرع في العقاب.

وإذا، لاحظنا أن «العقوبة» - أيًا كان نوعها - ضرر محض، فلا يجوز توقيعها، نوعاً وقدرًا، إلا على الوجه الذي يحقق المصلحة والعدل، وإلا كان الضرر بدون مسوغ شرعي، وهو محرم قطعاً؛ إذ الأصل في العقوبة التحريم، حتى ينشأ سبب شرعي يسوغها، ويعين نوعها، ومقدارها، تخفيفاً أو تغليظاً، ولا يصار إلى الأشد عند حصول المقصود بالأخف، وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن رجب الحنبلي ما نصه:

«ومهما حصل التأديب بالأخف، من الأفعال والأقوال^(١)، والحبس والاعتقال، لم يُعدّل عنه إلى الأغلظ؛ إذ هو مفسدة لا فائدة فيه، لحصول الغرض بما دونه»^(٢).

فقول الإمام الغزالي رحمته الله: «وليست المصلحة فيه^(٣) متعيّنة» هكذا بإطلاق، ينافي مقتضى المصلحة والعدل في بعض الأحوال التي تقتضي التخفيف، والعدول عن العقوبة البدنية إلى المالية، منعاً للشطط في العقاب، دون ضرورة، وإلا فما وجه أفضية الرسول ﷺ وأفضية خلفائه، وأصحابه من بعده، واجتهادات كثير من الأصوليين والفقهاء من المذاهب المختلفة؟

إذن، قد يتعين التغريم بالمال في بعض المعاصي، أو الأحوال، كيلا يصار إلى العقوبة الأغلظ دون مسوغ وهو مفسدة، كما يقول الإمام ابن رجب.

(١) وهذا بعمومه شامل للعقوبات البدنية، والأضرار المعنوية بالتوبيخ، والأحكام القضائية بالتغريم والمصادرة.

(٢) والمفسدة محرم التسبب فيها، وإذا حصل الغرض بالأخف، كان الأغلظ شططاً في العقاب. «القواعد»: (٧٥/٢).

(٣) في التغريم بالمال.

قياس المانعين الزكاة على الصلاة والصوم، بجامع أن كلاً منها عبادة، لا تجب العقوبة المالية بالامتناع عن أدائها:

حجتهم في هذا القياس داحضة^(١)؛ إذ من المقرر أصولياً، أن «لا قياس في مورد النص» والزكاة قد ورد نص عقابي في خصوص الامتناع عن أدائها، من قضاء الرسول ﷺ فلا وجه لاستنباط حكمه عن طريق القياس؛ إذ لا قياس مع النص^(٢).

سلمنا جديلاً أن الزكاة لم يرد في خصوص الامتناع عن أدائها عقوبة مالية، بنص شرعي، لكنه قياس مع الفارق؛ لأن الزكاة عبادة فيها معنى المؤنة، (ضريبة مالية) وليس كذلك الصلاة والصيام؛ لأن كلاً منهما عبادة شخصية خالصة فافتراقاً.

وتأسيساً على هذا، فالممتنع عن أداء الزكاة قد منع حقاً مالياً معلوماً واجب الأداء، فتعدى أثر هذه المعصية إلى مصارف الزكاة، ومرافق الدولة، لذا اعتبره الخلفاء، خروجاً على نظام الدولة، لا مجرد منع للحق عن مستحقه فحسب، يؤكد هذا، أن الزكاة حق الله^(٣).

والامتناع عن أداء الواجب معصية توجب التعزير المناسب، ولذا رأى الشارع أن يُعامل الممتنع بالنقيض من قصده، وهو التغريم المالي، لشحّ الممتنع وحرصه على المال؛ لأن امتناعه ينم عن ذلك.

على أن الصيام قد ورد فيه عقوبة مالية، ولكن مقدرة من قبَل الشارع، وهي الكفارة في حَصْلَتِهَا المالية^(٤)، على من تعمّد هتك حرمة، إما بالوقاع في نهار

(١) باطلة.

(٢) إذ الحكم المستنبط عن طريق القياس، اجتهادي، يفيد الظن، ويحتمل الخطأ، بخلاف النص الصريح من المشرع نفسه، فحكم الله تعالى فيه بين.

(٣) جاء في «الهداية» باب الزكاة: «... لما عرف أن الزكاة حق الله».

(٤) جاء في «الهداية»: «ولأن السبب جنائية الإفساد، لا نفس الوقاع»، وجاء فيها أيضاً: «إن الكفارة تعلقت بجنائية الإفطار في رمضان، فتكون عقوبة» وبدليل تنظيرها بكفارة الطَّهَارِ، وهو معصية أيضاً، فكانت عقوبة لذلك، حيث يقول: «الكفارة مثل كفارة الطَّهَارِ» (١/١٢٤ - ١٢٥)، فضلاً عن وجوب القضاء بعدد ما أفطر.

رمضان، أو بأيّ من الوقاع والإفطار فيه، على خلاف في المذاهب الفقهية^(١)، فكيف يقال: إن الممتنع عن الصيام لا يغرّم بالمال؟؟

وأما في معصية المجاهرة بالإفطار في رمضان، فتتميز عن معصية الإفطار نفسه، ولا مانع شرعاً من توقيع العقوبة التعزيرية عليها فضلاً عن كفارة الإفطار في نهار رمضان، حماية للدين وشعائره، ومنعاً من تحديّ المؤمنين بالمجاهرة، وأذيتهم في شعورهم الديني، فقد تكون عقوبةً بدنية، أو بتقييد حريته بالحبس طوال الشهر المبارك، أو بتغريمه بالمال، ألا ترى أن الفقهاء قد أفتوا بتغريم من لا يحضر صلاة الجماعة، وأن الرسول ﷺ قد همّ بتخريب بيوتهم؟ وكل ذلك تبعاً للمصلحة التي يقدرها الإمام العدل، وهي كلها عقوبات تمّت إلى التغريم بسبب.

يقول ابن تيمية في هذا الصدد: «ويُعاقبُ تارك الصلاة، والزكاة، وحقوق الأدميين، حتى يؤدوها، فالتعزير في هذا الضرب (النوع) أشد منه في الضرب الأول^(٢) ولهذا يجوز أن يُضرب هذا مرة بعد مرة، حتى يؤدي الصلاة الواجبة، أو يؤدي الواجب عليه»^(٣).

وإذا جازت العقوبة البدنية، جاز التغريم بالمال، وتقدير ذلك مفوض إلى الإمام؛ لأن العصمة في النفس مقدمة على العصمة في المال، فإذا أهدرت في الأولى، أهدرت في الثانية من باب أولى، بسبب الجنائية؛ لأن شأن المال أهون من النفس، شريطة أن تكون مناسبة مؤدية إلى تحقيق مقصود الشرع من الزجر.

(١) وقال الشافعي: لا تجب إلا بالوقاع نهاراً في رمضان؛ لأن السبب هو خصوص الوقاع. المرجع السابق.

(٢) «السياسة الشرعية» ص ١١٦.

(٣) «لبي الواجد ظلم، يُحلّ غرضه، وعقوبته» أي: تسويق المدين الواجد القادر على الأداء ظلم يوجب معاقبته. أخرجه أبو داود: ٣٦٢٨، والنسائي: (٣١٦/٧)، وابن ماجه: ٢٤٢٧، وأحمد: ١٧٩٤٦، من حديث الشريد بن سويد، وإسناده محتمل للتحسين.

وقد بحث ابن تيمية هذا تحت عنوان: «العقوبة لتأدية حق واجب، وترك محرم في المستقبل». المرجع السابق.

امتناع الخليفة أبي بكر عن تغريم الممتنعين عن أداء الزكاة في عهده، اكتفاءً بمحاربتهم، لا يستلزم عدم مشروعية التغريم بالمال على معصية الامتناع عن أدائها:

وأما استدلال المانعين بعدم تغريم الخليفة أبي بكر للممتنعين عن أداء الزكاة^(١)، مع قيام المصلحة، ووجود الداعية إلى ذلك، فيتجه عليهم أن المحاربة ضرب من العقوبة الأشد، لما فيها من القتل وسفك الدماء، وكان ذلك أمراً يقتضيه العصيان العام، وقد تمّ بالحرب مقصود الشرع، حيث قضى على تمردهم، وأجاءهم^(٢) إلى حظيرة الإسلام، وأدّوها كرهاً، فكانت الحرب العامة - في اجتهاده بعد الاستشارة - طريقاً متعينةً وناجعةً ومناسبةً، من طرق العقاب للتمرد العام؛ إذ الامتناع لم يكن فردياً، ولم ير ثمة داعياً إلى الجمع بين هذه العقوبة الأشد تغليظاً وبين التغريم بالمال، ما دام قد حصل المقصود؛ إذ لا يجوز الشطط في العقاب!

وأيضاً، هذه العقوبة تفويضية، تخيرية، فلا يستلزم شرعها إيجاب توقيعها على ولي الأمر، في كل حال من أحوال الامتناع، بل ذلك مرهون بما تقتضيه المصلحة، في كل حال على حدة، فتخيّر أبي بكر ﷺ هذه الطريق الأشق من العقاب لا يدل على عدم مشروعية غيره؛ إذ الواجب تخيري، فضلاً عن أن مشروعية التغريم بالمال على الامتناع عن أداء الزكاة، ثابتة بالسنة^(٣).

وأما قول المانعين بأنه لم يُنقل عن الصحابة أنهم غرّموا بالمال الممتنع عن أداء الزكاة، فالجواب عن هذا أنه بعد عهد أبي بكر لم يُؤثر أن أحداً امتنع عن أدائها، لغلبة التقوى فيهم، بعد تمكّن الإيمان من قلوبهم.

وأما استدلال المانعين بقصة الأعرابي الذي قال: «لا أزيد» فيجاب عنه أنه لا دليل فيه، ولا حجة؛ إذ لم يرد في القصة أن الأعرابي قد امتنع عن أداء الزكاة، وبحثنا في حكم الامتناع هذا، لا في الاستفسار عن أصول العبادات المفروضة، وأدائها، وما يرتب الشارع على ذلك من المثوبة، فالقصة في غير محل النزاع.

(١) «المغني»: (٤٢٨/٢).

(٢) «المجموع شرح المذهب»: (٣٠١/٥).

(٣) أجاهم.

وبذلك يترجح لديك مشروعية التفرغ بالمال، على بعض الجرائم والجنايات غير المقدرة^(١)، إذا اقتضت ذلك المصلحة المعتبرة؛ لأن ذلك علم من مقصود الشرع، قبل النظر في الشواهد، كما يقول الإمام الشاطبي^(٢)، شريطة أن يكون الإمام عدلاً، لما ثبت أصله في القرآن الكريم، بإدراك حكمة تشريعه، وأقضية الرسول ﷺ وأقواله، وباستفاضة آثار الخلفاء والصحابة في أقضيتهم، واجتهادات كثير من الأصوليين والفقهاء في المذاهب المختلفة، وبالمعقول^(٣)، حماية للدين والدنيا، والله ولي التوفيق.



(١) أي: غير المقدرة عقوبتها، نوعاً ومقداراً، من قبل الشارع، والمفوض أمر تقديرها والنظر فيها إلى ولي الأمر العادل، حسبما يراه من المصلحة في حماية الدين والدولة.

(٢) «الاعتصام»: (٢/١٢١ وما يليها).

(٣) من ذلك ما يقوله الإمام الشاطبي، بعد أن قرر ولي الأمر العدل، في توظيف أموال كافية على الأغنياء، لتكثير الجند، لسد الثغور، وحماية الملك المتسع الأقطار، وتوظيف ذلك أيضاً على الغلات والثمار، على حسب ما يرى من المصلحة حتى لا يستولي الكفار على ديار المسلمين، يقول الإمام الشاطبي في دليله العقلي الذي فهمه من مقصود الشرع، قبل النظر في الشواهد الخاصة، ما نصه: «فإذا عورض (قورن) هذا الضرر العظيم (يعني استيلاء الكفار على ديار المسلمين) بالضرر اللاحق لهم (للأغنياء وأصحاب المزارع الشاسعة) بأخذ البعض من أموالهم، فلا يتمارى (لا يشك ولا يجادل) في ترجيح الثاني (أي: التوظيف والأخذ)، على الأول (على مصلحة الأغنياء وأصحاب المزارع والغلات والثمار) وهو ما يعلم من مقصود الشرع، قبل النظر في الشواهد» أي: قبل النظر في الأدلة الخاصة. «الاعتصام»: (٢/١٢١).

المبحث الحادي عشر
لزوم الوقف
في الفقه الإسلامي المقارن

تمهيد

لم يثبت «أصل مشروعية الوقف» بدليل خاص تفصيلي في القرآن الكريم، بل ثبت ذلك بالسنة القولية والفعلية المستفيضة، وبالإجماع العملي من قِبَل الصحابة ومن بعدهم - رضوان الله عليهم - تطبيقاً عملياً لمقتضى السنة.

غير أن القرآن الكريم، قد جاء فيه من الأصول العامة ما يؤيد مقتضى تلك الأدلة التفصيلية المتعلقة بأصل مشروعية الوقف، ويحث عليه ندباً، باعتباره نوعاً من «القُرْبَات» لله تعالى، بل من أحسنها^(١) وأجلّها أثراً؛ إذ به تنشأ جهات البر العامة في المجتمع الإسلامي، وبتأبيده يدوم الانتفاع به، كالوقف على الفقراء ومن إليهم من ذوي الحاجة، أو من يمثلون الجانب المهيض في هذا المجتمع، وهو مما انفرد به التشريع الإسلامي^(٢)، واختص به المسلمون.

على أن مسألة «لزوم الوقف» هذه يتعلق بها مسائل قَبْلِيَّة، لا بد من عرض آراء

(١) «الفواكه الدواني» للنفراوي المالكي: (٢/٢٢٤)، والوقف وإن عرفه بعض أهل الأديان الأخرى، لكنه لم يَحْظَ بالاجتهاد التشريعي التفصيلي على وجه يصون عين الوقف، ويحفظ كيانها، ويعمل على استثمارها، رعاية كاملة لحقوق الموقوف عليهم، واحتراماً في الوقت نفسه لإرادة الواقف في شروطه، ضمن حدود الشرع، ولا كان له من الشمول بحيث امتد رواقه على جميع وجوه البر في المجتمع حتى أنشئت له وزارات لرعاية شؤونه، على النحو الذي استقر عليه وضعه في الإسلام.

(٢) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (٤/٧٥).

العلماء في أحكامها ومناقشتها، والقطع فيها برأي راجح، توطئة لموضوعنا، على المنهج التالي:

أولاً - تعريف الوقف.

ثانياً - أصل مشروعية الوقف وأدلته.

ثالثاً - أثر الوقف في ملكية العين الموقوفة، بقاء وزوالاً.

رابعاً - لزوم الوقف، ويتناوله اتجاهان:

أ - اتجاه المانعين، وأدلته، ومناقشتها أصولياً.

ب - اتجاه القائلين به، وأدلته، ومناقشتها أصولياً.

ج - مناقشة أدلة الاتجاهين، أو النقد العام، والترجيح.

أولاً - تعريف الوقف:

لم تتفق كلمة الفقهاء على تعريفه، ومنشأ ذلك فيما نظن اختلافهم في تكييفه، وتصور حقيقته.

فالشافعية يرونه: «حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه، بقطع التصرف عن رقبته، على مصرف مباح موجود»^(١).

وعلى هذا، فتكييف الوقف عند الشافعية أنه ضرب من التصرف الانفرادي النافذ اللازم، تخرج به عين معينة عن ملك المتصرف، لا إلى مالك خاص، ليرصدها على جهة برّ عامة، مُثَقَّلَةً بحق تلك الجهة في الانتفاع الدائم بثمرتها وغلتها، مما استتبع المنع من التصرف في رقبة العين تملكاً وتوثيقاً، من أيّ كان، ومن الانتقال بالإرث، حتى لا يَرِدَ عليها ملك خاص على التأيد، بأي سبب كان، حالاً أو مآلاً، فكان أشبه بالعتق، من حيث إنه إسقاط للملك، وتصرف نافذ لازم.

وأما الحنفية، فتكييفه - في اجتهادهم - مختلف.

(١) «مغني المحتاج» للشربيني: (٣٧٦/٢)، و«حاشية الجمل على شرح المنهج»: (٥٧٦/٣)، و«نهاية المحتاج» للرملي: (٣٥٥/٥).

فبينما يرى الإمام أبو حنيفة - رحمه الله - أنه «حَبَسُ العين على ملك الواقف، والتصدق بمنفعتها»^(١)، وله الخيار في الرجوع عنه مع الكراهة، ولا يلزم إلا إذا حكم بلزومه حاكم، أو علقه بالموت، كالوصية، أو كان مسجداً^(٢)، نرى تكييفه عند صاحبه على خلاف ذلك.

فتكييفه - في تصور الإمام أبي حنيفة واجتهاده - أنه بمنزلة^(٣) العارية، إذا رصد على شخص أو أشخاص معينين، والعارية عقدٌ غير لازم، يجوز الرجوع فيه ونقضه من قِبَل المعير المالك في أي وقت شاء، والعين لا تخرج بهذا العقد عن ملك صاحبها.

هذا، والتصديق بمنفعة الوقف ليس واجباً عند الإمام في هذه الحال، لا ديانة ولا قضاء.

هذا، والإمام يكيف الوقف في حال أخرى أنه بمنزلة النذر، من حيث وجوب التصديق بالمنفعة ديانةً، لا قضاءً، على أنه نذر لا وقف، إذا كان على جهة بر عامة، مع بقاء العين على ملك الواقف، وما يترتب على هذا الملك من حرية الواقف في التصرف في ربة الوقف حال حياته، كما تورث عنه - كسائر أملاكه - بعد وفاته.

أما عند الصحابين، فتصويره يختلف؛ إذ هو - في اجتهادهما - كشأنه عند الشافعية: «حبس العين على حكم ملك الله تعالى، والتصدق بالمنفعة»^(٤) وجوباً، ديانةً

(١) «فتح القدير» للكمال بن الهمام: (٣٧/٥ - ٤٠).

(٢) المرجع السابق، و«البدائع» للكاساني (٢١٨/٦)، و«رد المحتار» (٤/٤)، هذا، ويتجه على الإمام أبي حنيفة، أنه ما دام لا أثر للوقف على ملكية العين الموقوفة، حيث تبقى على ملك الواقف، فلا داعي لأن يعرف الوقف بأنه: حبس العين على ملك الواقف؛ لأنها باقية على ملكه قبل الوقف وبعده، إلا أن يقال: إنه أريد التأكيد على بقائها على ملكه في مقابلة من ذهب إلى خروجها عن ملك الواقف أثراً للوقف.

«رد المحتار» لابن عابدين: (٣٣٨/٤).

(٣) وإنما قيل: بمنزلة العارية، لا العارية حقيقة؛ إذ لا تسليم في الوقف في اجتهاده، وأيضاً لو وقع تسليمه فليس من تسلمه - وهو الناظر - هو المنتفع كالمستعير، لذا قيل: إنه بمنزلة العارية. المراجع السابقة.

(٤) المراجع السابقة.

وقضاء، وهو لازم لا رجوع فيه، بل لا يملك أحد التصرف في ربة العين الموقوفة، تمليكاً أو توثيقاً، ولا تنتقل بالإرث».

فاختلفت أحكام الوقف - كما ترى - تبعاً لاختلاف تكييفه في اجتهاد كل إمام.

علاقة تكييف الوقف عند الإمام وصاحبيه، بمسألة لزوم الوقف، موضوع البحث:

هذا، ويلاحظ أن لهذا التكييف علاقة ماسة بمسألة «لزوم الوقف وعدمه» في اجتهاد الإمام وصاحبيه، ذلك لأنهم يرون أن لبقاء العين الموقوفة على ملك الواقف، أو خروجها عنه، أثراً في لزوم الوقف وعدمه.

وبعبارة أخرى: إنهم يرون «تلازماً» بين بقاء الملك وعدم اللزوم.

وكذلك يرون «تلازماً» بين خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف، ولزوم الوقف.

ولذا، رأى الإمام^(١) بقاء الملك، ليمنع عن الوقف صفة اللزوم، وأخذ يقيم الأدلة على ذلك، خلافاً لصاحبيه، حيث ذهبوا إلى خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف، ليثبتا صفة اللزوم.

فكان التكييف عند أبي حنيفة أنه بمنزلة العارية، وعند صاحبيه أن الوقف كالعق^(٢).

بيننا لا يرى غيرهم ممن ذهب إلى بقاء العين على ملك الواقف - كالمالكية - هذا التلازم، طرداً وعكساً، ولذا لم يروا تنافياً بين بقاء ملك الواقف في العين، ولزوم الوقف.

والواقع أن «لزوم الوقف» عند أبي حنيفة - في الحالات الاستثنائية الثلاث - إنما

(١) وسرى أن الإمام أبا حنيفة كان وكده منصباً على إثبات بقاء العين الموقوفة على ملك الواقف، فيما أتى به من أدلة، ذهاباً منه إلى أن ذلك يستلزم نفي صفة اللزوم عن الوقف، وستأتي المناقشة في ذلك.

(٢) وعند الإمام محمد، أنه كالصدقة من حيث وجوب التسليم، شرطاً لتتمام الوقف. «فتح القدير» للكامل بن الهمام: (٣٧/٥ - ٤٠).

كان تخريجاً على أدلة وقواعد أخرى خارجية، وليس بناء على الوقف في ذاته مجرداً^(١)، كما سيأتي.

وأما المالكية، فيعرفونه بأنه: «حبس العين على ملك الواقف، والتصديق بالغلة^(١)، وجوباً، قضاءً وديانةً^(٢)».

وعلى الرغم من بقاء الملك للواقف، فالوقف - في اجتهادهم - لازم، كالشافعية والحنابلة والحنفية، ما عدا أبا حنيفة وزفر.

وقد جاء في «الفواكه الدواني» فقه المالكية: «حكم الوقف للزوم في الحال، إذا أنجزه، أو أطلق؛ لأنه يُحمل عند الإطلاق على التنجيز^(٣)».

فحكم الوقف عند المالكية هو للزوم، على النحو الذي رأينا عند الشافعية، وجمهور الحنفية^(٤)، والحنابلة.

غير أن الفارق، أن للوقف أثراً على ملك العين الموقوفة، عند الجمهور، فينعقد الوقف مزيلاً لهذا الملك، خلافاً للمالكية وأبي حنيفة وزفر.

(١) «المغني مع الشرح الكبير» لابن قدامة: (٦/١٨٥ وما بعدها)، ومصادر فقه الحنفية السابقة.

(٢) جاء في «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي»: (٤/٩٥) ما نصه: «الملك لرقبة الموقوف للواقف، لا الغلة من ثمر ولبن، فإنها للموقوف عليه» أي: حق له يطالب به قضاء. ثم قال: «وهذا في غير المساجد، وأما المساجد فقد ارتفع ملكه عنها قطعاً».

(٣) «شرح رسالة أبي زيد القيرواني»: (٢/٢٢٥).

وجاء فيها أيضاً: «ومن حبس من أهل التبرع داراً أو حائطاً (بستاناً)، أو حيواناً، أو غيرها من كل مملوك للمحبس، ولم يتعلق به حق لغيره، فهي قاصرة على ما جعلها المحبس عليه.. فلا يجوز بيعها، والانتفاع بها، ولا الرجوع فيها، لما قاله أئمتنا: إن حكم الوقف للزوم...». وراجع أيضاً في هذا المعنى: «حاشية الدسوقي»: (٤/٩٥ وما يليها).

(٤) أشرت إلى أن الشافعية ومن معهم، يقيسون الوقف على العتق، من حيث أن كلاً منهما إسقاط للملك، ويلزم بمجرد التلفظ بالعبرة المنشئة. وفي هذا القياس نظر، بينما رأى غيرهم قياسه على المسجد؛ إذ تزول ملكية أرضه عن الواقف، وهو لازم بالإجماع، وليس هنا مقام بحث صحة هذا القياس. غير أن الإمام محمداً - رحمه الله - يرى أن الوقف يشبه الصدقة، ومن هنا اشترط التسليم، كما قدمنا.

غير أن المالكية لا يرون لبقاء الملك أو زواله أثراً على صفة اللزوم، نفيًا وإثباتًا؛ إذ لا تلازم، خلافاً لأبي حنيفة، وصاحبيه، كما رأيت، حيث يعقدون تلازماً بين بقاء الملك وزواله من جهة، وعدم اللزوم، أو اللزوم من جهة أخرى، طرداً وعكساً. ولذا رأينا الإمام أبا حنيفة يقيم الأدلة على بقاء الملك أو استمراره للواقف، لينفي عن الوقف صفة اللزوم.

بينما نرى الصاحبين يذهبان إلى خروج الوقف عن ملك الواقف، ليثبتنا صفة اللزوم.

وأما الحنابلة فيعرفونه تعريفاً موجزاً، ولكنه جامع مانع، بقولهم: إنه - الوقف - «تحبيس الأصل وتسييل المنفعة»^(١).

وكذلك الانتقال بالإرث، يوجب على الوقف الملكية الخاصة للورثة، وذلك ينقض الوقف ويبطله.

فقوام الوقف إذن عند الحنابلة هو «التحبيس» أي: المنع من التصرف تملكاً، بعوض أو بدون عوض، أو توثيقاً بالرهن، أو من الانتقال بالإرث، وذلك أخذاً من قوله ﷺ «حَبَسَ الْأَصْلَ، وَسَبَّلَ الْمَنْفَعَةَ»^(٢).

وفي رواية: «حَبَسَ أَصْلَهَا، وَتَصَدَّقَ بِمَنْفَعَتِهَا، لَا يَبَاعُ، وَلَا يُوْهَبُ، وَلَا يُوْرَثُ»^(٣).

فقوله ﷺ: «لَا يَبَاعُ، وَلَا يُوْهَبُ، وَلَا يُوْرَثُ» بيان لماهية التحبيس^(٤)، وجوهر معنى الوقف، وهذا يفيد اللزوم بلا ريب.

(١) «الشرح الكبير مع المغني»: (٦/ هامش ١٨٥)، للإمام شمس الدين بن قدامة المقدسي، وليس هو صاحب كتاب «المغني» موفق الدين بن قدامة.

(٢) أخرجه الشافعي في «مسنده»: (١/ ٣٠٨)، والدارقطني: (٤/ ١٩٣)، والبيهقي في «الكبرى»: (٦/ ١٦٢)، من حديث ابن عمر، بلفظ: «حَبَسَ الْأَصْلَ، وَسَبَّلَ الثَّمَرَةَ».

(٣) أخرجه البخاري: ٢٧٣٧، ومسلم: ٤٢٢٤، وأحمد: ٤٦٠٨، من حديث ابن عمر.

(٤) «نيل الأوطار» للشوكاني: (٦/ ٢٦ وما يليها).

ويوضح صاحب «المغني» مصير ملك الموقوف بعد زواله عن الواقف، فيقول: «وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم، في ظاهر المذهب، قال أحمد: إذا وقف داره على ولد أخيه، صارت لهم، وهذا يدل على أنهم ملكوه»^(١).

ولكنه لا يلبث أن يورد رواية أخرى عن الإمام أحمد، تفيد عدم انتقال ملك الموقوف إلى الموقوف عليهم، إذ يقول: «ويروى عن أحمد أنه - الموقوف - لا يملك»^(٢)، فإن جماعة نقلوا عنه، فيمن وقف على ورثته في مرضه، يجوز؛ لأنه لا يباع، ولا يورث، ولا يصير ملكاً للورثة، وإنما ينتفعون بغلَّتْها، وهذا يدل بظاهره، على أنهم لا يملكون»^(٣).

المعاني التي اتفقت عليها هذه التعاريف:

١ - مشروعية الوقف بالنسبة لوجوب التصديق، بالرَّبع، أو المنفعة، ما دام الواقف حيًّا.

أما بالنسبة للجمهور فظاهر؛ لأن الوقف لازم في اجتهادهم، لا يجوز الرجوع فيه، والمنفعة حق للموقوف عليهم، يجب صرفها إليهم قضاءً، وديانةً^(٤).

وأما عند أبي حنيفة^(٥)، فيلزم الواقف التصديق بمنفعة الوقف، وغلَّتْ ديانته، لا قضاءً، ما دام حيًّا؛ لأنه كالنذر، إذا كان على جهة برِّ عامة، كما قدمنا.

(١) «المغني مع الشرح الكبير»: (١٨٩/٦).

(٢) ملكية خاصة. هذا في رواية، ولكنه ليست ظاهر المذهب، كما تقدم، ويلاحظ أنه في الروايتين المتنافيتين عن الإمام أحمد، فيما يتعلق بانتقال ملك الموقوف، إلى الموقوف عليهم وعدمه، أن الموقوف عليهم هم من الذرية، فالوقف ذري لا خيري عام، وكيف يتأتى على رواية ظاهر المذهب أن ينتقل الملك إلى الموقوف عليهم في الوقف الخيري العام، وهم مجهولون لا يحصون؟؟

(٣) المرجع السابق ص ١٩٠.

(٤) جاء في «المهذب»: «ويملك الموقوف عليه غلة الوقف، فإن كان الوقف شجرة، ملك ثمرتها، وتجب عليه زكاتها؛ لأنه يملكها ملكاً تامًّا، وإن كان حيواناً، ملك صوفه ولبته؛ لأن ذلك من غلة الوقف وفوائده، فهو كالثمرة»، للشيرازي.

وبنحو هذا جاء في الفقه المالكي «الفواكه الدواني» للنفراوي: (٢٢٤/٢).

(٥) الواقع أن مصادر الفقه الحنفي قد ورد فيها ما يفيد أن أبا حنيفة - رحمه الله - يرى أن الوقف غير مشروع =

وتارة يراه كالعارية، ولا يوجب التصدق بالمنفعة لا ديانة ولا قضاء.
ومصادر الفقه الحنفي تفيد أن الأصح هو ما نقل عن أبي حنيفة، مما يفيد أن عدم الجواز إنما هو منصب على صفة اللزوم، لا على أصل الوقف^(١).

٢ - زوال ملك الرقبة: إذا اتصل بالوقف حكم حاكم^(٢) بلزومه، أو أضيف الوقف إلى ما بعد الموت؛ لأنه أُخْرِجَ مُخْرَجَ الوصية^(٣)، والوصية بالمنفعة للفقراء مثلاً في معنى الوقف، فيلزم إذا مات مُصْرَماً عليه، ويأخذ أحكام الوصية، ويَزُول ملك الرقبة إجمالاً، أو كان مسجداً أو سقاية، أو رباطاً، فيزول الملك ويلزم، بالإجماع.
واختلفوا بعد ذلك فيما يلي:

١ - زوال ملك الرقبة عن الواقف في غير الحالات الاستثنائية الثلاث (حكم الحاكم - والإضافة إلى ما بعد الموت - وكونه مسجداً أو رباطاً وما إليه).
فأبو حنيفة يرى أن الوقف ليس مزيلاً للملك، بل يبقى على ملك الواقف، وتبقى له مزاياه، من حرية التصرف في رقبة الوقف تملكاً وتوثيقاً، وينتقل عنه بالإرث - كسائر أملاكه - إلى ورثته الشرعيين.

= أصلاً، على ما ورد في كتاب «الأصل»، للإمام محمد، غير أن صاحب «الهداية» وغيره قد ذهبوا إلى أن الأصح أن أبا حنيفة يقول بمشروعية أصل الوقف، وإن كان يرى عدم لزومه.
هذا، وقد بينا أن أبا حنيفة - رحمه الله - يرى أن الوقف بمنزلة العارية تارة، ويراه كالنذر تارة أخرى، فتتغير أحكامه بالنسبة لوجوب التصدق بالغلة تبعاً لهذا التكييف، وقد بينا أن لا تعارض، لاختلاف الجهة. «الهداية»: (١١/٣)، و«بدائع الصنائع»: (٢١٨/٦).

(١) «فتح القدير» للكمال بن الهمام: (٣٧/٥) وما يليها، و«الهداية»: (١١/٣) وما يليها، و«البدائع»: (٢١٨/٦)، و«رد المحتار»: (٣٣٨/٤). قال في «الهداية» (١١/٣): «وهو - الوقف - في الشرع عند أبي حنيفة: حبس العين على ملك الواقف، والتصديق بالمنفعة، بمنزلة العارية، ثم قيل: المنفعة معدومة أصلاً عنده، وهو الملفوظ في «الأصل» أي: كتاب محمد رحمه الله»، و«فتح القدير»: (٣٧/٥)، و«رد المحتار»: (٣٣٠/٤).

(٢) لأنه فصل مجتهد فيه (مسألة اجتهادية اختلفت في حكمها وجهات نظر المجتهدين) ومن المقرر فقهاً أن حكم الحاكم يرجح أحد النظيرين أو الأنظار، ويرفع النزاع، ويوجب الامتثال على من هم في ولايته.

(٣) إذا كان على جهة بر عامة كالفقراء؛ لأن الوصية بالمنافع للفقراء مثلاً في معنى الوقف.

وبقاء الملك للواقف وما يترتب عليه من مزايا - في اجتهاده - ينافي اللزوم. فالوقف عقد^(١) غير لازم، فيجوز التصرف فيه والرجوع عنه، ويورث، ولا أثر للوقف المجرد^(٢)، فيبقى الموقوف كما كان قبل الوقف ملكاً، وخصائص، ومزايا، للواقف.

أما الجمهور: فقد اتفقت كلمتهم في تعاريفهم على أن الوقف «عقل لازم» شرعاً، فلا يرد عليه «الملك الخاص» أو الفردي، أيًا كان طريق اكتسابه، تملكاً أو إراثاً؛ لأنه بمجرد صدوره من الواقف، ينشأ مُثَقَلًا بحق الله تعالى من حيث وجوب التصديق بالمنفعة، حتى غدا ملكاً تاماً للموقوف عليهم، تجب فيه الزكاة، كما قدمنا.

أما رقبة العين، فيزول الملك عنها في اجتهادات الشافعية والصاحبين من الحنفية، والحنابلة، خلافاً للمالكية^(٣).

والواقع، أن الخلاف في زوال ملك الرقبة وعدمه، لا ثمرة له عند الشافعية والمالكية والحنابلة ما داموا يقولون باللزوم، ولا يعقدون تلازماً بين بقاء الملك، وعدم اللزوم، على النحو الذي رأينا عند الحنفية.

لذا، نخلص إلى أن الجمهور - على اختلافهم في مسألة زوال الملك وعدمه - متفقون على أن الوقف ينشأ مثقلاً بحق الله تعالى ما دام ورود الملك الخاص عليه قد أصبح ممنوعاً، أيًا كان طريق اكتسابه، في الحال أو في المآل^(٤) ولو لم يصرحوا بهذه النتيجة؛ لأنها لازم مذهبهم.

(١) الوقف - في الواقع - تصرف انفرادي؛ لأنه يصدر عن إرادة الواقف المنفردة، وليس عقداً ثنائي الطرف، ولكن أطلق عليه لفظ العقد بمعناه العام.

(٢) الوقف المجرد يقصد به غير المضاف إلى ما بعد الموت، والذي لم يتصل به حكم حاكم، ولم يتمخض لمصلحة أخرى، كالمسجد. على أن الرباطات والسقايات مما فيه مصلحة دنيوية في الأصل، ألحقت بالمسجد إلحاقاً. «المبسوط» للسرخسي: (٢٧/١٢) وما يليها.

(٣) المراجع السابقة للمذاهب الفقهية.

(٤) أما في الحال، فمن مثل التصرفات الناقلة للملكية، بعوض أو بدون عوض، كالبيع والهبة، وأما في المآل، فمن مثل التصرف التوثيقي كالرهن؛ لأنه قد يؤول إلى الملك الفردي، إذا عجز المدين الراهن عن =

فأصبح الوقف - في اجتهاد الجمهور - مثقلاً بحق الله تعالى، من حيث أصل الرقبة (الملك) ومن حيث وجوب التصدق بالمنفعة، فضلاً عن لزومه المطلق.

جاء في «البدائع» مما يؤكد هذه المعاني ما نصه: «لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف، في حق وجوب التصدق بالفرع^(١)، ما دام الواقف حياً، حتى إنه من وقف داره، أو أرضه، يلزمه التصدق بغلة الدار، والأرض، ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة».

«ولا خلاف أيضاً، في جوازه^(٢) في حق زوال ملك الرقبة، إذا اتصل به قضاء القاضي، أو إضافة إلى ما بعد الموت، بأن قال: وإذا مِتُّ، فقد جعلت داري، أو أرضي وقفاً على كذا، أو قال: هو وقف في حياتي، صدقة بعد وفاتي. واختلفوا في جوازه مزيلاً لملك الرقبة، إذا لم توجد الإضافة إلى ما بعد الموت^(٣)، ولا اتصل به حكم حاكم^(٤)، قال أبو حنيفة عليه الرحمة: ولا يجوز، حتى كان للواقف بيع الموقوف، وهبته، وإذا مات يصير ميراثاً لورثته، وقال أبو يوسف ومحمد، وعامة العلماء عليهم السلام: ويجوز حتى لا يباع ولا يوهب، ولا يورث^(٥)».

وعلى هذا، فأبو حنيفة يعقد تلازماً بين بقاء الملك في الوقف المجرد وبين عدم اللزوم، كما ترى، فإذا بقي ملك الواقف قائماً انتفى اللزوم.

وأما جمهور الفقهاء وعامة العلماء، فالخلاف بينهم في حق زوال ملك الرقبة لا ثمرة له؛ لأنهم لا يرون أن ثمة تلازماً بين بقاء الموقوف على ملك الواقف، وبين عدم اللزوم، على النحو الذي رأيت في فقه الوقف عند الإمام أبي حنيفة.

= الوفاء، عند حلول أجل الدين، فيباع حينئذ ليستوفي الدائن دينه من ثمنه. وكذلك بالإرث. أقول: كل هذا ممنوع؛ لأنه ينافي اللزوم، وينقض الوقف، ولا يصح هذا لا من قبل الواقف، ولا من قبل أي كان.

(١) الثمرة والمنفعة.

(٢) جواز الوقف.

(٣) لم يخرج مخرج الوصية.

(٤) أي: حكم بلزومه.

(٥) «البدائع»: (٢١٨/٦).

كما لا يرون تلازماً أيضاً بين زوال الملك واللزوم، بدليل أنهم اتفقوا على أن الوقف عقد لازم، سواء منهم من قال بزوال ملك الموقوف عن الواقف، أثراً للوقف، ومن لم يقل بذلك^(١).

والخلاصة: أن الوقف جائز عند الكل، وإنما الخلاف في اللزوم وعدمه^(٢).

ثانياً: مشروعية أصل الوقف وأدلته:

مشروعية أصل الوقف ثابتة بالقرآن الكريم، والسنة، والإجماع العملي.
أولاً: أما القرآن الكريم، فبالأدلة الإجمالية، من مثل:

(١) «الفواكه الدواني»: (٢/٢٢٤) في الفقه المالكي، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (٤/٧٥) في الفقه المالكي أيضاً، و«المغني في الشرح الكبير»: (٦/١٨٥ وما يليها)، و«نهاية المحتاج»: (٥/٣٥٥)، و«مغني المحتاج»: (٢/٣٧٦) في الفقه الشافعي، ومراجع الفقه الحنفي السابقة: «الهداية»، و«البدائع» و«فتح القدير»، و«رد المحتار».

(٢) أشرنا إلى أن بعض الفقهاء أجازوا تأقيت الوقف، ذهاباً منهم إلى أن الوقف من عمل المعروف، وهو جائز على الجملة، مؤبداً كان أو مؤقتاً، فلو قال: وقفت داري للفقراء مدة عشر سنوات، ابتداء من اليوم، جاز: «الفواكه الدواني»: (٢/٢٢٤)، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (٤/٧٥) وما يليها).

هذا، ويعبر الجمهور عن «اللزوم بقطع التصرف في عين الرقبة الموقوفة؛ لأن قطع التصرف بجميع وجوهه، يستلزم اللزوم، إذ التصرف رجوع عن الوقف، والرجوع ينافي اللزوم بداهه، وأحياناً يعبرون عن ذلك بالحبس، أو تحبيس الأصل، ويقصدون التحبيس عن التصرف أيضاً، أخذاً من قوله ﷺ في حديث وقف عمر: «حبس الأصل، وسبب المنفعة» [أخرجه الشافعي في «مسنده»: (١/٣٠٨)، والدارقطني: (٤/١٩٣)، والبيهقي في «الكبرى»: (٦/١٦٢)، من حديث ابن عمر، بلفظ: «حبس الأصل وسبب الثمرة»].

وقد بين الرسول ﷺ ماهية التحبيس الذي هو قوام الوقف وملاكه، بقوله: «لا يباع ولا يوهب ولا يورث» [أخرجه البخاري: ٢٧٣٧، ومسلم: ٤٢٢٤، وأحمد: ٤٦٠٨، من حديث ابن عمر] وهذا يستلزم اللزوم، كما ذكرنا. «نيل الأوطار»: (٦/٢٦) وما يليها).

وعلى الجملة، التحبيس هو المنع من كل ما يوجب على الوقف حق الملكية الفردية حالاً أو مآلاً. جاء في «فتح الباري» لابن حجر - وهو شافعي المذهب -: «إنه - الوقف - قطع التصرف في رقبة العين التي يدوم الانتفاع بها، وصرف المنفعة» أي: وجوب صرفها إلى الجهة الموقوف عليها. وأمّا الحنابلة، فآثروا كلمة التحبيس، جاء في «الشرح الكبير» مع «المغني» (٦/١٨٥): وهو - أي الوقف الشرعي - «تحبيس الأصل، وتسهيل المنفعة» والمؤدى واحد.

أ - قوله تعالى: ﴿لَنْ نَأْتُوا الْقَبْرَ حَتَّىٰ نُنْفِقُوا مِمَّا حُبُّونَ﴾ [آل عمران: ٩٢].

فإن أبا طلحة لما سمعها - كما ورد في «الصحيحين» - رغب في وقف «بيرحاء» وهي أحب أمواله إليه^(١).

ب - وقوله تعالى: ﴿وَمَا يَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَلَنْ يُكْفَرُوهُ وَاللَّهُ عَلَيْهِ بِالْمُتَّقِينَ﴾ [آل عمران: ١١٥]^(٢)، وسائر الأدلة الإجمالية التي تحت على فعل الخير.

ووجه الدلالة على شرعية الوقف ظاهر.

ثالثاً: أما السنة، فقد ورد من الآثار المستفيضة في مشروعية الوقف ما يكاد يفيد القطع، فمن ذلك:

أ - خبر مسلم^(٣): «إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له».

ووجه الدلالة أن «الصدقة الجارية» المستمرة، محمولة على «الوقف» عند العلماء، أما الوصية بالمنافع - وإن شملها الحديث - فهي نادرة، فحملها على الوقف أولى.

واستمرار الثواب بجريان الصدقة التي تعتبر عملاً لا يقطعه الموت، لا يتصور إلا في الوقف اللازم المؤبد، ولو جاز أن يكون غير لازم، لكان صدقة مقطوعة لا جارية، والفرض أنها مستمرة كما يدل الحديث^(٤).

وقال الشوكاني: قوله عليه السلام: «صدقة جارية» يشعر بأن الوقف يلزم، ولا يجوز نقضه^(٥).

(١) البخاري: ١٤٦١، ومسلم: ٢٣١٥، وأخرجه أحمد: ١٢٤٣٨، من حديث أنس بن مالك. وبيرحاء: (بئر في المدينة) وروي بفتح الباء وكسرهما. المرجع السابق.

(٢) هذا، وكلمة «يكفروه» في الآية الكريمة، بضم الياء وتسكين الكاف، وفتح الفاء، بالبناء للمجهول، أي: لن يضيع الله تعالى أجر عملكم هذا يوم القيامة، إذا صدرتم فيه عن تقوى وإخلاص الله تعالى؛ لأنه يعلم ما تُكِنُّ الأنفس، وما تُخفي الصدور.

(٣) صحيح مسلم: ٤٢٢٣، وأخرجه أحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة.

(٤) «نيل الأوطار»: (٢٤/٦) وما يليها، و«مغني المحتاج» للشربيني: (٣٧٦/٢)، و«نهاية المحتاج»: (٣٥٥/٥).

(٥) «نيل الأوطار»: (٢٧/٦).

ب - عن ابن عمر: «أن عمر أصاب أرضاً من أرض خَيْبَرَ، فقال: يا رسول الله، أصبت أرضاً بخيبر، لم أصبَ مالاَ قَطُّ أنْفَسَ^(١) عندي منه، فما تأمرني؟ فقال - ﷺ: «إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها»، فتصدق بها عمر، على أن لا تباع، ولا توهب، ولا تورث - في الفقراء، وذوي القربى، والرقاب، والضعيف، وابن السبيل، لا جناح على من وليها، أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير مُتَمَوِّلٍ، وفي لفظ: غير مُتَأَثِّلٍ مالاَ^(٢)، أي: غير متملك مالاَ.

وفي رواية: «حَبَسَ أصلها، وسَبَّلَ ثمرتها»^(٣).

وفي رواية أخرى: «تَصَدَّقَ بِثَمَرِهِ، وحبس أصله»^(٤).

وزاد الدارقطني بعد قوله ﷺ: «ولا يورث» «حبس ما دامت السموات والأرض»^(٥).

وقد روي الحديث روايات مختلفة بالفاظ متقاربة.

٢ - والحديث أصل في مشروعية الوقف:

ووجه الدلالة، أن قوله ﷺ لعمر ﷺ: «إن شئت حبست أصلها، وسببت ثمرتها» أو قوله - عليه السلام - في رواية أخرى: «حبس أصلها، وسبب ثمرتها» أو «تصدق بثمره وحبس أصله» دليل على منع التصرف في العين هبةً أو بيعاً، ومنع انتقالها بالإرث، بدليل ما ورد من «الشرط» الذي نص عليه الرسول ﷺ صراحة، وطبقه عمر في صدقته أو وقفه، بقوله ﷺ: «لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث»^(٦).

(١) أجود، ولا يطلق النفيس على الجيد إلا إذا كان يأخذ بالنفس، لوجودته.

(٢) أخرجه البخاري: ٢٧٣٧، ومسلم: ٤٢٢٤، وأحمد: ٤٦٠٨. والأرض التي أصابها عمر في خيبر سهماً من الغنيمة، كانت تدعى ثَمَغ. أخرجه البخاري: ٢٧٦٤. «فتح القدير»: (٤٢/٥).

(٣) الدارقطني: (١٩٣/٤).

(٤) الدارقطني: (١٨٧/٤)، والبيهقي في «الكبرى»: (١٦٠/٦).

(٥) الدارقطني: (١٩٢/٤).

(٦) «نيل الأوطار»: (٢٤/٦) وما يليها.

وأما الثمرة أو الغلة، فيجب التصدق بها على جهة الوقف المستحقة عند الجمهور، كما علمت.

هذا، وَحَمَلُ قوله ﷺ: «حبس أصلها» أو ما في معناه على حبس العين الموقوفة على ملك الواقف، بعيد عن مقصد الشارع؛ إذ الروايات يفسر بعضها بعضاً، فقول الرسول ﷺ: «لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث» دليل بين على أن المراد من الحبس المنع من التصرف، لا حبس العين على ملك الواقف على ما ذهب إليه بعضهم.

ج - وعن عثمان أن «النبي ﷺ قدم المدينة، وليس بها ماء يُسْتَعْدَبُ غير بئر رومة، فقال: «من يشتري بئر رومة، فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين، بخير له منها في الجنة؟» فاشتريتها من صلب مالي»^(١).

وجه الدلالة، أن عثمان رضي الله عنه قد استجاب لما عرضه الرسول ﷺ من وقف بئر رومة على المسلمين، ينتفعون بها، في مقابل عين في الجنة، فاشتراها ثم وقفها، بدليل ما ورد في رواية أخرى من قول عثمان: «ثم اشتريتها وجعلتها للمسلمين» أي: وقفاً عليهم^(٢).

ولو لم يكن أصل الوقف جائزاً، لما عرض الرسول على الصحابة أن يتبرع أحدهم بوقف بئر رومة، ولما وعد بالثواب على ذلك في الجنة.

وفي الحديث دليل أيضاً على زوال ملك العين الموقوفة عن الواقف، بدليل أن دلو عثمان أضحى فيها كدلاء المسلمين، أي: استوى معهم في الانتفاع، وأصبح متصدقاً عليه كسائر المسلمين، فهو ينتفع بها وقفاً لا ملكاً؛ إذ لم يعد له عليها سلطان، وفقدان السلطة دليل زوال الملك.

(١) أخرجه الترمذي: ٣٧٠٣، والنسائي: (٢٣٥/٦)، وأحمد: ٥٥٥، من حديث عثمان بن عفان، وإسناده حسن. وانظر «نيل الأوطار»: (٢٥/٦)، والباء في «بخير» للعوض.

(٢) المرجع السابق، وراجع «البحر الزخار» للمرئسي: (١٤٧/٥) فقه زيدي، هذا ولا تزال بئر رومة قائمة حتى الآن في المدينة المنورة، يقصدها معظم الحجاج كل عام، ليشاهدوا من آثار الصحابة في تلك الأرض المقدسة، وهذا دليل حسي بين على لزوم الوقف وتأيينه.

هذا، فضلاً عن فعله ﷺ إذ وقف حوائط كما تدل على ذلك الروايات الصحيحة^(١).

٣ - الإجماع العملي:

اشتهر اتفاق الصحابة ﷺ على الوقف قولاً وفعلاً.

قال جابر بن عبد الله: «ما أعلم أحداً كان له مال من المهاجرين والأنصار، إلا حبس من ماله صدقة مؤبدة، لا تشتري أبداً، ولا توهب، ولا تورث»^(٢).

وقال القرطبي: «رأى الوقف مخالف للإجماع، لا يلتفت إليه»^(٣).

وقال الترمذي: «لا نعلم بين الصحابة والمتقدمين من أهل العلم خلافاً في جواز وقف الأرضين»^(٤).

وإذا ثبت أن الصحابة ﷺ لم يرجع واحد منهم في وقفه، دل ذلك على اللزوم قطعاً^(٥).

هذا، وقد استمر عمل الأمة الإسلامية منذ عهد النبوة، والصحابة والتابعين ومن بعدهم إلى يومنا هذا على وقف أموالهم مؤبدة دون نكير، ولا تزال آثارهم ماثلة.

(١) المرجع السابق، و«الفواكه الدواني»: (٢/٢٢٤)، وجاء فيه «وقد حبس نبينا ﷺ وعمر وعثمان وعلي وطلحة والزبير وغيرهم من الصحابة، دوراً وحوائط (بساتين) وهو مما اختص به المسلمون».

(٢) «المغني»: (٦/١٨٩)، وفي رواية أخرى عن جابر أنه قال: «لم يبق أحد من أصحاب رسول الله ﷺ ممن له مقدرة إلا وقد وقف». «نيل الأوطار»: (٦/٢٦)، و«البحر الزخار»: (٥/١٤٨).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) هذا، وحكى ابن قدامة عن الحميدي أن أكابر الصحابة تصدقوا (وقفوا) ولا تزال أوقافهم قائمة إلى عصره، فهذا علي بن أبي طالب تصدق بأرضه في ينبع، وتصدق الزبير بداره بمكة، وداره بمصر، وأمواله بالمدينة على ولده، وعثمان يبتر رومة على المسلمين... وغيرهم. «المغني»: (٦/١٨٦)، و«نيل الأوطار»: (٦/٢٧).

(٥) ولما كانت آثار الصحابة في أوقافهم وأحباسهم ماثلة في عهد الإمام مالك رحمه الله ومن بعده، فقد استشهد بفعل الصحابة هذا على جواز الوقف ولزومه في حجاجه مع صاحبي أبي حنيفة، حتى حملهما على القول بذلك، خلافاً لإمامهم.

ثالثاً: أثر الوقف في ملكية العين الموقوفة، بقاءً وزوالاً في فقه المذاهب:

قد تقدم أن لا أثر للوقف على ملك العين الموقوفة عند المالكية وأبي حنيفة، فتبقى على ملك الواقف في اجتهادهم.

غير أن الفارق، أن المالكية يذهبون إلى لزوم الوقف على الرغم من زوال ملك الواقف عن العين؛ إذ لا تلازم - في اجتهادهم - بين بقاء الملك، وبين عدم اللزوم، خلافاً لأبي حنيفة، كما علمت.

١ - وحجة المالكية أن الحديث في وقف عمر جاء صريحاً «بلزوم الوقف» ولم يتعرض لأصل الملك في الموقوف، والملك كان ثابتاً للواقف بيقين، فلا يزول عنه إلاً بدليل، ولا دليل.

٢ - وقالوا أيضاً في الاحتجاج على بقاء الملك للواقف: إنه ما دام التصدق واجباً عليه، وهو لازم دائم، فهذا يقتضي بقاء ملكه، حتى يصح هذا التصرف اللازم منه، وينال عليه أجره، وإلاً فكيف يتصور التصدق اللازم الدائم من شخص في شيء لا يملكه؟

فالواقف مالك، محرم عليه التصرف في رقبة الوقف، وواجب عليه التصدق بشمرته ومنفعته على الجهة الموقوف عليها، على سبيل الدوام، ولا تنافي، فالمحجور عليه ممنوع من التصرف شرعاً فيما يملك، فالمنع من التصرف لا يستلزم نفي الملكية.

٣ - واحتجوا كذلك بأن الوقف لو كان ينعقد مزيلاً لملك العين عن الواقف، لما كان ثمة داع للشرط الصريح من قبل الرسول ﷺ: «لا تباع، ولا توهب، ولا تورث» إذ لا وجه لاشتراط منع التصرف في شيء، على من لا يملكه.

فاشتراط الرسول ﷺ منع التصرف يومئ بقاء الملك، وهو ما فهمه عمر رضي الله عنه إذ اشترط في وقفه أيضاً عين الشرط، امثالاً للأمر الواقع من الرسول ﷺ ولو لم يكن مالكا، لما كان لهذا الشرط من معنى.

٤ - يؤكد هذا، قوله ﷺ: «حَبْسُ أصله»، أي: على ملكك، «وتصدق بشمرته»، أي: على الجهة المستحقة الموقوف عليها.

ويتجه على المالكية في فقههم للوقف، من حيث أصل الملك، ما يلي:

أ - أن ملك الواقف للعين يعتبر فريداً في نوعه شرعاً؛ إذ لا فائدة فيه أصلاً، ما دام المالك - الواقف - قد سلب حرية التصرف فيه بجميع وجوهه، فغداً ملكاً صورياً أجوف، وما لهذا شرع الملك أصلاً في الإسلام؛ لأن حرية التصرف هي جوهر معنى الملك، فنقض هذه الحرية، نقض للملك من أساسه، وهو ما أشار إليه الرسول ﷺ في قوله: «لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث» لأن في ذلك إيماءً لنقض الملك وزواله.

والتنظير بالمحجور عليه لسفوه، لا يستقيم؛ لأن الحجر أمر عارض يوجب المنع من التصرف، لمصلحة المحجور عليه، كيلا يخرج ماله عنه، أما الوقف فمصلحة الواقف قد تحققت بصرف الربيع إلى جهة البر، سواء بقي الملك للواقف أم زال عنه.

ب - وأيضاً، لو سلمنا ببقاء الملك للواقف، فما مصيره بعد وفاته؟ والحديث الشريف صريح في عدم جواز انتقاله بالإرث؟!!

ج - وأما التحسيس، فهو عن التصرف، لا على الملك، بدليل الشرط الصريح في الحديث.

د - وأما قولهم: لا يُتصور وجوب التصديق على غير المالك، قلنا: قد كان مالكاً قبل الوقف، ووجوب التصديق هو أثر الوقف، وليس استمرار الملك شرطاً لاستمرار الثواب، بل استمرار الثواب منوط بجريان المنفعة، كما هو صريح نص الحديث «وصدقة جارية»^(١).

هـ - على أن المالكية أجمعوا على أن وقف المسجد تزول عنه ملكية الواقف قطعاً^(٢)، فما الفرق بين المسجد وغيره من الوقف الخيري العام؟

١ - ويتجه على الحنابلة في انتقال الملك إلى الموقوف عليهم، ما اتجه على المالكية من صورية الملك.

(١) أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة.

(٢) «الفواكه الدواني»: (٢/ ٢٢٤ وما يليها).

٢ - وَيَرِدُ عَلَيْهِمْ فِي حُجَّتِهِمْ مِنْ وَجُوبِ أَنْ يُؤُولَ الْمَلِكُ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ بَعْدَ زَوَالِهِ عَنِ الْوَأَقِفِ، حَتَّى لَا يَكُونَ سَائِبَةً مَحْرَمَةً، أَقُولُ: يَرِدُ عَلَيْهِمْ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْوَقْفَ لَيْسَ نَظِيرًا لِلْسَائِبَةِ، لَا مِنْ حَيْثُ الْقَصْدُ، وَلَا مِنْ حَيْثُ نِظَامُ صَرْفِ الْمَنْفَعَةِ إِلَى الْجِهَةِ الْمَسْتَحَقَّةِ، وَلَا مِنْ حَيْثُ الْإِشْرَافُ وَالتَّدْبِيرُ.

فَالْقَصْدُ التَّقَرُّبُ إِلَى اللَّهِ عِزَّ وَجَلَّ، وَتِلْكَ لِلْأَوْثَانِ.

وَالْوَقْفُ يَقُومُ عَلَى أَحْكَامٍ تَجْعَلُ مِنْهُ نِظَامًا مُحْكَمًا، يَشْرَفُ عَلَيْهِ نَظَارًا لِيَكُونَ مَصْدَرًا لِلْبِرِّ وَالْخَيْرِ الْعَامِ فِي الْمَجْتَمَعِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ السَائِبَةُ^(١).

عَلَى أَنْ مَا رَوَى عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ مِنْ أَنَّهُ قَالَ بِتَمَلُّكِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ، إِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ خَاصًّا فِي الْوَقْفِ عَلَى الذُّرِّيَّةِ، لَا الْوَقْفِ الْخَيْرِيِّ الْعَامِ، عَلَى الْفُقَرَاءِ مِثْلًا، أَوْ جِهَاتِ الْبِرِّ الْأُخْرَى، وَهَمْ لَا يُحْصَوْنَ، فَكَيْفَ يَتَأْتَى عَلَى هَذَا النَّظَرِ تَمْلِيكَ مَنْ هُمْ مَجْهُولُونَ، وَلَا يَحْصَوْنَ؟

وَلَا يَنْهَضُ أَسَاسُ فِقْهِ قَوِيٍّ لِلتَّفَرُّقِ بَيْنَ وَقْفِ الْمَسْجِدِ وَغَيْرِهِ^(٢)؛ إِذْ يَزُولُ الْمَلِكُ فِي الْأَوَّلِ لَا إِلَى مَالِكٍ إِجْمَاعًا.

لِذَا، كَانَ الْقَوْلُ بِزَوَالِ الْمَلِكِ فِي الْمَوْقُوفِ عَنِ الْمَالِكِ، لِيَصْبِحَ عَلَى حُكْمِ مَلِكِ اللَّهِ تَعَالَى، وَمِثْقَلًا بِحَقِّ الْجِهَةِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهَا فِي الْإِنْتِفَاعِ، أَجْدَرُ بِالنَّظَرِ وَالْإِعْتِبَارِ؛ لِكَوْنِهِ أَقْرَبَ إِلَى مَقْصِدِ الشَّارِعِ، وَتَحْقِيقِ الْمَصْلُحَةِ الْعَامَةِ.

وَنَرْجِعُ الرِّوَايَةَ الْأُخْرَى لِلْإِمَامِ أَحْمَدَ نَفْسَهُ، وَلَوْ أَنَّهَا لَا تَتَّفِقُ وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الْحَنَابِلَةِ، وَمُؤَدَاهَا «أَنَّ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِمْ لَا يَمْلِكُونَ»^(٣) لِكَوْنِهَا أَقْرَبَ إِلَى حِكْمَةِ مَشْرُوعِيَّةِ الْوَقْفِ، وَإِلَى الْأَقْيَسَةِ الْفِقْهِيَّةِ الَّتِي تَقْضِي بِأَنْ يَكُونَ لِلْمَلِكِ ثَمْرَةٌ عَمَلِيَّةٌ، وَإِلَّا كَانَ مَلِكًا صَوْرِيًّا أَجُوفًا، لَا نَظِيرَ لَهُ فِي الشَّرْعِ.

(١) المراجع السابقة.

(٢) «المبسوط»: (٢٧/١٢) وما يليها.

(٣) «المغني مع الشرح الكبير»: (١٨٥/٦) وما يليها.

وخلاصة ما سبق، تتركز في أثر الوقف في المذاهب الفقهية، بعد الاتفاق على مشروعية أصله^(١).

أ - جمهور الحنفية، وجمهور الشافعية، والحنابلة، على أن أثر الوقف بعد تمامه ينحصر في أمور ثلاثة:

١ - زوال ملك العين عن الواقف.

٢ - لزوم الوقف.

٣ - وجوب التصديق بمنفعته وريعه على الجهة الموقوف عليها، تستحقه ملكاً تاماً، ديانةً وقضاً، بدليل وجوب الزكاة فيه على الموقوف عليه. واللزوم يقتضي المنع من التصرفات الناقلة للملكية بعوض وبدون عوض، ومن الانتقال بالإرث.

ب - أما المالكية، فيرون أن أثر الوقف ينحصر في أمرين:

١ - لزومه.

(١) مصادر الفقه الحنفي، والشافعي، والحنبلي، والمالكي المشار إليها آنفاً.

أ - جاء في «المهذب» (٤٠/٥): ما نصه: «إذا صح الوقف لزم، وانقطع تصرف الواقف فيه، ويؤول ملكه عن العين، ومن أصحابنا من خرّج قولاً آخر، أنه لا يزول ملكه عن العين؛ لأن الوقف حبس العين، وتسييل المنفعة، وذلك لا يوجب زوال الملك، والصحيح هو الأول؛ لأنه - الوقف - سبب يزول ملكه عن التصرف في العين والمنفعة، فأزال الملك كالعق».

ب - وفي «الهداية» مع «فتح القدير» (٤٠/٥): وعندهما - أبي يوسف ومحمد - حبس العين على حكم الله تعالى، فيزول ملك الواقف عنه لا إلى مالك، فيلزم، ولا يملك.

ج - وجاء في «المبدع» (٣١٣/٥): في تعريف الوقف بما يفيد اللزوم، وزوال الملك، لكن لا إسقاطاً محضاً، بل حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، ممنوع من التصرف في عينه بلا عذر، مصروفة منافعه في البر، تقريباً إلى الله تعالى.

قالوا: ولو كان تملكاً للمنفعة المجردة - أي: دون انتقال الملك إلى الموقوف عليهم في اجتهادهم - لكان غير لازم كالعربة والسكنى، والمفروض أنه لازم. وفارق العتق لأن الوقف لم يُخرج الملك (الموقوف) عن المالية، فوجب أن ينتقل إليه (الموقوف عليه) بينما العتق إخراج عن حكم المالية: أي: إلى الأصل وهو الإنسانية، فكان إسقاطاً محضاً لا تملك فيه بحكم طبيعته. المرجع السابق.

٢ - وجوب التبرع بريعه، ديانةً وقضاءً.

أما ملك العين الموقوفة، فلا أثر للوقف فيه، فلا يزيله عن الواقف، بل تبقى العين على ملكه، وهو مذهب أبي حنيفة، ورواية عن أحمد والشافعي^(١)، رحمهم الله تعالى.

ج - وأما أبو حنيفة وزفر، فلا أثر للوقف عندهما، لا بالنسبة لملك العين، ولا بالنسبة للزوم.

وعلى هذا، تبقى العين على ملك الواقف، كما كانت قبل الوقف، ولا يلزم، فكان بمنزلة العارية، وإن كان الرجوع عن الوقف مكروهاً.

والواقع أن هناك تفصيلاً بالنسبة لحكم التصدق ببيع الوقف على الرغم من عدم لزوم الوقف، فإن كان الوقف على شخص أو أشخاص مُعَيَّنِينَ، فلا يجب التصدق؛ إذ لا يفيد إلا مجرد التبرع بالمنفعة تبرعاً غير لازم^(٢).

وإن كان على جهة برِّ عامة ابتداءً، فيجب التصدق ديانة لا قضاء، وتُدْرَأُ لا وقفاً، ثم يورث الوقف بعد وفاته^(٣).

هذا، ولا يكون للوقف - عند أبي حنيفة - الأثر الذي رأينا عند الجمهور، إلا في

(١) «المغني مع الشرح الكبير»: (٦/١٨٧ وما يليها)، حيث جاء فيه: «وفي رواية عن أحمد والشافعي: أنه لا يزول ملكه، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك».

وقد أشرنا إلى هذه الرواية بالنسبة للإمام الشافعي في «المهذب» من مصادر فقه الشافعية. «المبدع في شرح المقنع»: (٥/٣٢٨).

وقال الحنابلة في الاحتجاج لمذهبهم في بقاء العين على ملك الواقف: «إنه لو كان تملكاً للمنفعة المجردة - أي: بالنسبة للموقوف عليه - لكان كالعارية، وهي عقد غير لازم، والمفروض أنه لازم».

ويجاب عن هذا، بأن لا فائدة من انتقال الملكية إلى الموقوف عليهم، ما داموا ممنوعين من التصرف، إذ تصبح ملكية صورية ليست على وضع المشروعات، ولا يسعهم القول بجواز تصرف الموقوف عليه فيها، لمنافاة ذلك للنص، إذ يصبح تسبيلاً للعين والمنفعة معاً، ولم يقل بذلك أحد. ونرى أن الملك يعود إلى الشخصية الحكيمة للوقف بحكم الشارع كما سيأتي. «المبدع»: (٥/٤٠).

(٢) «فتح القدير»: (٥/٤٠).

(٣) «البدائع»: (٦/٢١٨)، و«الوقف» للمرحوم الشيخ أبي زهرة ص ٤٨ - ٤٩.

حالات استثنائية ثلاث، فيزول ملك الوقف، ويلزم، ويجب التصديق بريعه ديانة وقضاء^(١)، وهي:

أولاً: إذا حكم بلزومه حاكم عام أو خاص^(٢)، يرى لزومه في اجتهاده، وهذه الصورة - في الواقع - لم يعد لها وجود في عصرنا الحاضر، لتوحيد القضاء والقوانين في كل بلد إسلامي.

ثانياً: إذا أضيف الوقف إلى ما بعد الموت، فيُخْرَجُ مُخْرَجُ الوصية ويثبت ضرورة، ويأخذ أحكامها تماماً^(٣).

ثالثاً: إذا كان الوقف مسجداً^(٤) أو أرضاً لمسجد، فيثبت الوقف لازماً مؤبداً،

(١) والواقع أن آثار الوقف هذه في الحالات الاستثنائية الثلاث عند أبي حنيفة، لا تعتبر تخريجاً على الوقف المطلق، بل على قواعد فقهية متفق عليها، وهي دلائل خارجية.

١ - حكم الحاكم بلزوم الوقف، إذا كان يرى لزومه في اجتهاده؛ لأن حكمه يرجع أحد الرأيين أو الآراء في المسألة المختلف فيها، ويحسم النزاع، ويجب على من في ولايته امتثال حكمه، والعمل بمقتضاه. على أن هذا المبدأ ليس خاصاً بمسألة لزوم الوقف، بل في كل فصل مجتهد فيه.

٢ - إخراج الوقف مُخْرَجُ الوصية؛ لأن الوصية بالمنافع لجهة برّ دائمة ابتداءً، كالفقراء، بمعنى الوقف سواء بسواء، فيثبت حكم اللزوم بالضرورة، وتتأبد كما يتأبد الوقف، ويأخذ الوقف أحكام الوصية تماماً، فيشترط أن يكون في حدود الثلث، وأن يموت الواقف مُصِراً عليه، ويلزم بعد الوفاة لا في حال الحياة، وما إلى ذلك، وصورته أن يقول: أوصيت بغلة هذه الأرض للفقراء أبداً.

٣ - الوقف على المسجد، إذ تخرج ملكيته عن الواقف، ويلزم مؤبداً بالإجماع. «فتح القدير»: (٤٠/٥)، و«المبسوط»: (٢٧/١٢) وما يليها).

(٢) الحاكم العام هو الحاكم الأعلى في الدولة، أو من ينيبه منابه، والخاص هو القاضي أو الوالي في حدود ولايته.

(٣) المرجع السابق.

(٤) «المجموع شرح المهذب»: (٤٠/٥)، و«الفواكه الدواني»: (٢/٢٢٤ وما يليها)، و«البدائع»: (٦/٢١٨)، «المغني مع الشرح الكبير»: (٦/١٨٧ وما يليها)، و«نيل الأوطار»: (٦/٢٦ وما يليها).

هذا، ويقيس بعض الأئمة الأوقاف على المسجد، بجامع القرية إلى الله عز وجل في كليهما، قياساً يؤيد الجمهور في مذهبهم، فيقول صاحب «المبدع» (٥/٣٢٩): «أما المسجد والمقبرة، فلا خلاف أنه ينقطع عنه اختصاص آدمي، ويشبه ذلك الربط والمدارس».

ويزول ملك العين عن الواقف إجماعاً^(١).

رابعاً: لزوم الوقف:

اختلف الفقهاء في مسألة «لزوم الوقف» إلى اتجاهين:

أولهما: القائل بمنع اللزوم.

الثاني: القائل باللزوم^(٢).

= ويعلل الإمام السرخسي حكم ما ألحق بالمسجد من السقايات، والرباطات، والخانات، ومقابر الموتى للمسلمين، من حيث اللزوم، وزوال ملك العين عن الواقف، بقوله: «وكما للناس حاجة في المعاد - أي: مصلحة أخروية في وقف المسجد - لهم حاجات في المعاش - أي: مصالح دنيوية - كالمقابر، والرباطات، والسقايات، وما إليها «المبسوط»: (٢٧/١٢) وما يليها، و«نيل الأوطار»: (٢٤/٦) وما يليها).

وهكذا نرى أن الأئمة يرون أن ليس ثمة فارق بين المصالح الأخروية والدنيوية من حيث الاعتبار والحكم، وأن خلوص المصلحة للأخرة لا يمنع من أن تكون أصلاً يقاس عليه المصالح الدنيوية؛ لأن العلة - وهي مظنة حكمة الشارع - جامعة بينهما، ففي كليهما تقرب إلى الله تعالى، إن في العبادة الخالصة، أو رُضد منافع الأعيان على جهات البر العام، ولا فصل.

(١) هذا، وتنظير الوقف بالمسجد أولى من تنظيره بالعتق، من حيث انقطاع اختصاص الآدمي به، وخروجه عن ملكه، ولزومه مؤبداً، حتى لا يرد الفارق بين الوقف والعتق، فيفسد القياس؛ إذ الوقف وإن أخرج الموقوف عن ملك الواقف عند الجمهور، لكنه لا يخرجها عن المالية، في حين أن العتق يخرج الآدمي عن المالية، ليعود إلى الأصل، وهو الحرية والإنسانية؛ إذ الرق عارض، فتَمَلَّكه عارض أيضاً، في حين أن المالية في العين الموقوفة أصل، والوقف لا يخرجها عن ذلك الأصل أبداً، وإنما يخرجها عن التملك الفردي فحسب، تحقيقاً لغرض أسمى وأقوى، وهو جهة البر العام.

(٢) بينا آنفاً معنى اللزوم، وهو عدم جواز الرجوع في الوقف، أو نقضه، أو انتقاله بالإرث، ومعلوم أن الجمهور القائل باللزوم يمنع التصرف في عين الوقف من قبل أي كان، تصرفاً يوجب فيها ملكاً خاصاً، حالاً أو مآلاً، حتى لا يقتصر الانتفاع بها على شخص المالك بعد أن رُصدت على جهة بر عامة على سبيل الدوام والتأبيد. هذا والانتقال بالإرث منع لذلك، فلا يجوز بنص الحديث. وهذا «اللزوم» دل عليه الحديث المروي في كتب السنة - كما ذكرنا - في وقف عمر، إذ الشرط الصريح الوارد في الحديث: «لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث» يفيد هذا اللزوم، ولذا نفذ عمر امتثالاً للأمر الواقع من الرسول ﷺ فاشتراط الشرط عينه في وقفه، وأشهد كبار الصحابة عليه، ثم سار على نهج عمر سائر الصحابة في أوقافهم، وهم أكثر.

أدلة المانعين ومناقشتها والرد عليها:

استدلوا بالسنة والأثر والمعقول:

أما السنة فقد استدلوا بما يلي:

أ - ما روي عن ابن عباس، أن النبي ﷺ قال لما نزلت آية الفرائض: «لا حَبْسَ بعد سورة النساء»^(١).

ب - وروى الطحاوي في «شرح معاني الآثار»، وأسندته إلى عكرمة عن ابن عباس قال: «سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن الحبس»^(٢).

ووجه الدلالة، أن أثر الوقف إذا كان هو «اللزوم» وقَطَعَ التصرف في رقبة الوقف، وخروج العين عن ملك الواقف عند من يقول به، وعدم انتقالها بالإرث، هذه الآثار يترتب عليها حبسٌ عن فرائض الله، ومنع الورثة من الوصول إلى حقوقهم.

= ولما كان هذا الشرط بياناً من الرسول ﷺ لماهية التحبب - كما يقول الإمام الشوكاني - فلا يجوز أن تَرِدَ على الوقف «الملكية الخاصة» حالاً أو مآلاً، أيًا كان طريق اكتسابه، بالتصرف أو الإرث، لمنافاتهم لماهية التحبب الذي هو جوهر معنى الوقف شرعاً، ولا يثبت الشيء مع ما ينافيه. «فتح القدير»: (٤٠/٥ وما يليها)، و«نيل الأوطار»: (٤٧٦/٦).

(١) أخرجه الدارقطني: (٦٨/٤)، والطبراني في «الكبير»: ١٢٠٣٣، والبيهقي في «الكبرى»: (١٦٢/٦).
 (٢) «شرح معاني الآثار»: (٩٦/٤)، وأخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٩٠٠٢. والمقصود بآية الفرائض آيات الموارث في سورة النساء، وروى هذا الحديث الدارقطني: (٦٨/٤)، من حديث ابن عباس، وأخرجه ابن أبي شيبة: (٣٤٩/٤) موقوفاً على علي - كرم الله وجهه - عن طريق الشعبي، قال: قال علي ﷺ: «لا حَبْسَ عن فرائض الله، إلا ما كان من سلاح أو كراع». قال في «الفتح»: «وينبغي أن يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع؛ لأنه بعد أن علم ثبوت الوقف، ولهذا استثنى الكراع والسلاح، ومثله لا يقال إلا سماعاً». ويجاب عنه بأن علياً نفسه ﷺ وقف، ووقف جمع كثير من الصحابة رضوان الله عليهم على علم من رسول الله ﷺ حتى مات، وأوقفهم ماثلة، يشاهدها الخلف عن السلف عبر القرون، حتى إن بعضها، وهو بئر «رومة» التي وقفها عثمان ﷺ على المسلمين، ما زالت آثارها قائمة حتى اليوم، يزورها كثير من الحجاج كل عام.

«الحبس» هو الوقف، وجمعه «أوقاف». «المصباح المنير».

والمقصود بفرائض الله: أي: الفرائض التي عينها الله تعالى في آيات الموارث في سورة النساء، إذ قَسَمَ الله تعالى الميراث بين الورثة قسمة عادلة، فأعطى كل ذي حق حقه.

وبيان ذلك، أن المال إنما خلق أصلاً ليتصرف فيه مالكة شرعاً، بجميع وجوه التصرف المشروعة، ولا معنى للملك إلا هذا، وقطع التصرف في الملك بجميع وجوه منافٍ لمبادئ الشرع في الملك.

وأيضاً، الإرث خلافة شرعية جبرية، ولزوم الوقف منافٍ لذلك، فيكون غير مشروع؛ لأنه يمنع الورثة حقوقهم في الإرث^(١)، فيكون حبساً عن فرائض الله، وهو غير مشروع، لذا قلنا بعدم اللزوم؛ لأنه هو المشروع؛ إذ يتفق ومقتضى المبادئ الشرعية في الملك، كما يتفق وما جاءت به آيات الموارث، ليأخذ كل ذي حق حقه من الورثة الشرعيين^(٢).

الوقف جائز، ولكن لزومه غير جائز، كيلا يترتب على القول باللزوم الوقوع في المنهي عنه.

ويتجه على هذا الاستدلال ما يلي:

١ - أن الحديث مطعون فيه؛ لأن من رواه ابن لهيعة وأخاه عيسى، ولا خير فيهما^(٣)، وقال الشوكاني: ويجاب عنه بأن في إسناده ابن لهيعة، ولا يحتج بمثله^(٤)، ومثل هذا الحديث لا يقوى على معارضة حديث وقف عمر في كتب السنة الدال على اللزوم، كما بينا.

٢ - سلمنا أنه صحيح، لكن ليس فيه ما يمنع الوقف، ولزومه؛ لأن الواقف إنما يتصرف في خالص ملكه حال حياته، وفي هذه الحال، لا يكون الوارث مستحقاً، حتى يقال: إن الوقف قد منع الحق عن الورثة؛ إذ منع الحق عن صاحبه، فرع ثبوته له، واستحقاقه إياه، ومعلوم أن الوارث لا يستحق الإرث، ولا يتعلق حقه بالتركة، إلا في حالين:

(١) «فتح القدير»: (٤٠/٥) وما يليها).

(٢) «المحلى» ابن حزم: (١٨٣/٩).

(٣) «نيل الأوطار»: (٢٧/٦)، وانظر أيضاً «الراية»: (٤٧٦/٣).

(٤) «نيل الأوطار»: (٢٤/٦) وما يليها، وجاء في «العناية» للباقر في وجه الدلالة قوله: «أي: لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته». «فتح القدير»: (٤٢/٥).

أحدهما: حال وفاة الموروث.

الثاني: حال مرض الموت.

على أنه في هذه الحال الأخيرة، يجوز للمريض مرض الموت أن يتصرف في ماله في حدود الثلث تبرعاً^(١).

وليس أيّ من الحالين السابقتين ينطبق على حال الواقف الذي يتصرف في خالص ماله وفقاً لله تعالى، حال حياته، وفي تمام أهليته، وصحته.

وعلى هذا، فلا دلالة في الحديث على منع مشروعية الوقف أو لزومه، ولا ما يمنع الإرث.

٣ - وأيضاً، لو كان الوقف حبساً عن فرائض الله، وهو نوع من التبرع اللازم في سبيل الخير العام، لكانت سائر التبرعات من الهبة، والصدقة، والوصية بعد الموت كذلك، ولا قائل به.

وفي هذا المعنى يقول ابن حزم: «أما قوله: لا حبس عن فرائض الله»^(٢)، فقول فاسد؛ لأنهم لا يختلفون في جواز الهبة والصدقة في الحياة، والوصية بعد الموت، وكل هذه مسقطه لفرائض الورثة عما لو لم تكن فيه، لورثوه على فرائض الله عز وجل، فيجب بهذا القول إبطال كل هبة، وكل صدقة، وكل وصية؛ لأنها مانعة من فرائض الله بالمواريث، فإن قالوا: هذه شرائع جاء بها النص، قلنا: والحبس شريعة جاء بها النص، ولولا ذلك لم يجز»^(٣).

على أن بعض الفقهاء يرى أنه - على فرض التسليم بصحة الحديث «لا حبس بعد

(١) يرى صاحبان أن الوقف في مرض الموت يلزم، ولكن يخرج من الثلث، ولا ينفذ فيما زاد إلا بإجازة الورثة، كالوصية، خلافاً لأبي حنيفة، فلا يلزم عنده على الأصح إلا إذا أضافه إلى ما بعد الموت. المرجع السابق.

(٢) أخرجه الدارقطني: (٦٨/٤)، من حديث ابن عباس، وأخرجه ابن أبي شيبة: (٣٤٩/٤)، من حديث علي موقوفاً.

(٣) «المحلى» لابن حزم: (١٧٧/٩).

سورة النساء^(١) ومعارضته لمشروعية الوقف ولزومه - منسوخ، «لأن سورة النساء نزلت أو بعضها (آيات الفرائض) بعد أحد، وحبس الصحابة وأوقافهم، بعلم رسول الله ﷺ وإقراره، بعد خير، وبعد سورة النساء، وهذا أمر متواتر جيلاً بعد جيل، ولو صح هذا الخبر لكان منسوخاً باتصال الحبس بعلمه^(٢) عليه السلام، إلى أن مات^(٣)، ومؤدى هذا أن الحديث منسوخ بإقرار النبي ﷺ لأوقاف الصحابة.

ونحن نرى أن لا نسحح إمكان التوفيق، وذلك على الوجه الآتي:

١ - يمكن حمل «الحبس» على معنى منع المال عن الورثة الفعلين بعد وفاة مورثهم، وبعد نزول آيات الفرائض، أو كما يقول الإمام الشوكاني: «توقيف المال عن وارثه، وعدم إطلاق يده» كالنساء والصغار الذين كانوا يُحرمون من حقهم في الإرث زمن الجاهلية، فأبطل الإسلام ذلك، وأكدته السنة، وعلى هذا المعنى تُحمل سائر الروايات من مثل: «سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن الحبس» تأكيداً لما أبطله القرآن الكريم.

وعلى هذا فلا تعارض، فلا تَرَدُّ قضية النسخ؛ إذ لا يدخل الوقف أصلاً في عموم هذا الحديث؛ لأن لفظ الحديث «لا حبس» عام أريد به الخصوص^(٤) مجازاً، أو

(١) أخرجه الدارقطني: (٦٨/٤)، والطبراني في «الكبير»: ١٢٠٣٣، والبيهقي في «الكبرى»: (١٦٢/٦)، من حديث ابن عباس.

(٢) أي: بإقراره لأوقاف الصحابة، والإقرار دليل المشروعية؛ لأنه سنة. المرجع السابق. هذا، وابن حزم يرى أن الحديث إما موضوع، أو منسوخ.

(٣) المرجع السابق.

(٤) راجع كتابنا «أصول التشريع الإسلامي، ومناهج الاجتهاد بالرأي» ص ٤٩٣، فقد ميزنا بين العام الذي أريد به الخصوص مجازاً، ونظيره قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ﴾ [آل عمران: ١٧٣] والمراد بالناس - وهو لفظ عام - شخص واحد مجازاً، وبين العام المخصوص، أي: العام الذي خصص بدليل مستقل مقارن عند الحنفية؛ لأنه قصر العام على بعض أفراده بدليل، فثمة فرق بين العام المخصوص، والعام الذي أريد به الخصوص، وهذه التفرقة جاءت من تقسيمات الإمام الشافعي رحمه الله في كتابه «الرسالة» ص ٣٦٦، بتحقيق الأستاذ شاكر.

بعبارة أخرى: عام أريد به خصوص منع الصغار والنساء من الإرث، مجازاً، وهذا لا علاقة له بالوقف ولزومه، البتة.

٢ - على أنه يمكن التوفيق أيضاً من وجه آخر، وذلك بالتسليم بعموم الحديث، لأن قوله ﷺ: «لا حبس عن فرائض الله»^(١) أو «لا حبس بعد سورة النساء»^(٢) عام، لوقوع النكرة في سياق النفي، ويشمل بعمومه الوقف، بل يشمل كل طريق فيه حبس عن الميراث، لكن ورد من السنة الصحيحة الثابتة ما يثبت أصل مشروعية الوقف، ولزومه، فلا بد - والحالة هذه - من أن يُصار إلى التوفيق بينهما، إزالة لهذا التعارض الظاهري؛ لأن الله تعالى - كما علمت - حكماً واحداً فقط في كل مسألة، يجب على المجتهد أن يتحراه، ويتبينه.

ووجه التوفيق، أن يُعتبر حديث: «لا حبس عن فرائض الله» وما في معناه عاماً قد خصصته السنة^(٣) بأحاديث صحيحة ثابتة، حتى ارتقت بالوقف ولزومه إلى مستوى القطع أو كادت^(٤).

والتخصيص نوع من التوفيق والجمع بين الدليلين - كما علمت - وهو خير من إهمالهما، أو إهمال أحدهما.

(١) أخرجه الدارقطني: (٦٨/٤)، من حديث ابن عباس، وأخرجه ابن أبي شيبة: (٣٤٩/٤)، من حديث علي موقوفاً.

(٢) أخرجه الدارقطني: (٦٨/٤)، والطبراني في «الكبير»: ١٢٠٣٣، والبيهقي في «الكبرى»: (١٦٢/٦)، من حديث ابن عباس.

(٣) وهذا هو العام المخصوص.

(٤) ويقول الإمام الشوكاني في هذا الصدد: «وأيضاً، لو فرض أن المراد بحديث ابن عباس الحبس الشامل للوقف، لكونه نكرة في سياق النفي، لكان مخصصاً بالأحاديث المذكورة في الباب». «نيل الأوطار»: (٢٧/٦)، وانظر «فتح القدير»: (٤٠/٥) وما يليها، و«البحر الزخار»: (١٤٧/٥) وما يليها، وراجع «العناية على هامش فتح القدير» المشار إليه ص ٤٢، و«المبسوط»: (٢٧/١٢) وما يليها. ويقول صاحب «العناية»: إن الحديث بعمومه، شامل لكل طريق يكون فيه حبس عن الميراث، ونرى أنه يتناول بالإبطال التورث بالموالاة والمواخاة؛ لأن فيه حبساً عن فرائض الله بالنسبة للورثة من ذوي القربى.

ومن وجوه التوفيق أيضاً، أن يُحمل معنى هذا الحديث على إبطال ما كان متعارفاً في الجاهلية، من حبس البحيرة والسائبة، والوصيلة، والحام^(١).

٣- على أنه يمكن أيضاً حمل هذا الحديث على معنى يتعلق بالباعث على الوقف، أو الدفع النفسي إليه، وذلك بعدم جواز أن يكون قصد الواقف من وراء الوقف مُضَارَّةَ الورثة، وحرمانهم مما فرض الله لهم من حقوق في التركة، دون أن يبتغي جعله قرابةً محضَّةً دائمةً لله عز وجل، يستمر به أجره ومثوبته بعد وفاته.

فالقصد إلى حرمان الوارث مما فرض الله تعالى له، باتخاذ الوقف ذريعة إلى هذا القصد السيئ، محرم قطعاً كتحریم وصية الضرار في قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةً يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارَّةٍ﴾ [النساء: ١٢]^(٢)، فعل المحرم معصية ينافي معنى القرابة. إذن، تَمَحُّضُ القصد إلى مضارة الورثة في الوقف أو الوصية، باعث غير مشروع؛ لأن فيه حساً عن فرائض الله، ومحاربةً لنظام الشرع في الإرث، وهو نوع من المضارة في الحقوق، أو ما يطلق عليه اليوم من «التعسف في استعمال حق الملك»^(٣)، لاتخاذ ذريعة إلى إسقاط حق، أو هدم واجب، أو تحليل محرم.

(١) «السائبة» هي الناقة تلد عشر إناث متوالية، فيكرمها الجاهليون بالتسيب، فلا تركب، ولا تحلب، ولا يُجزَّ وبرها، أي: منع الانتفاع بها بأي وجه.

والبحيرة: ما ولدت بعد تسيبها، فحكمها حكم السائبة، لكن تشق أذنها، لتعرف، والبحر: الشق، ومنه سمي البحر لشقه بالسفن.

والوصيلة: في الإبل والشاة: ما ولدت سبعة أبطن، أنثيين أنثيين، والسابع ذكر وأنثى، فسميت وصيلة، إذ وصلت الأنثى بالذكر، ويسيونها كما مر، وإذا مات أي من هذه، أكلها الرجال لا النساء، كما حكى الله تعالى.

والحامي: هو الفحل الذي ينتج ولد ولده، فيسيب. هذا، وهناك تفسيرات أخرى لا يتسع المقام لسردها، «البحر الزخار»: (١٥٢/٥).

(٢) وذلك بأن يقف على أولاده الذكور دون الإناث «في الوقف الذري» أو أن يقف على جهة بر عام ودائم، قصداً إلى حرمان الورثة، لا قربةً إلى الله تعالى، ويمكن الاستدلال على هذا القصد السيئ من ظروف الحال، وما تومي إليه عبارات الواقف.

(٣) راجع كتابنا: «نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون»، بحث «وصية الضرار»، ص ١٠٥ - ١٠٦، دليلاً من أدلة هذه النظرية، [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

ولا جرم، أن بهذا الباعث التعسفي المحرم، ينتفي عن الوقف صفة كونه قرينة إلى الله تعالى، وهي الأصل في مشروعية الوقف ولزومه، والمعصية لا تجتمع مع القرينة الخالصة لله عز وجل، بداهة^(١)، فلا بد إذن - ليكون التصرف مشروعاً - من أن يوافق أصل مشروعيته، والغاية التي شُرِعَ من أجلها، وهذا معنى قول الإمام الشاطبي: يشترط في التصرف أن يكون موافقاً للشرع ظاهراً وباطناً^(٢) معاً، وإلا لو خالف الظاهر الباطن، لم يكن التصرف على وضع المشروعات^(٣) التي ينبغي أن يتفق فيها قصد المكلف مع قصد الله في التشريع^(٤).

فالحديث إذن يتصل بالوقف من حيث الباعث عليه على هذا المعنى، وهو معنى ثابت دائم لا يقبل النسخ والإلغاء؛ لأنه يرد قيدياً على إرادة الواقف، ولا يتعارض مع أصل مشروعية الوقف ولزومه، قرينةً إلى الله تعالى - كما ترى - بل جاء لتأكيد خالصاً لازماً لوجه الله عز وجل.

ومعنى كون الحديث محمولاً على معنى يرد قيدياً على إرادة الواقف، أنه جاء شرطاً في انعقاد الوقف، كي تتمحص فيه نية الواقف للتقرب إلى الله عز وجل، لا لمخالفة الله في نظام إرثه؛ لأن الوقف من أعظم القربات، فينبغي أن يكون وراء نية خالصة، وبعث مشروع، وهو ما جاء الحديث بالتنويه به وتأكيده^(٥).

(١) فناقض قصد الواقف قصد المشرع من أصل تشريع الوقف، فالله تعالى قد قصد بتشريع الوقف أن يكون قرينةً إليه تعالى، والواقف اتخذ ذريعة لحرمان الورثة من الإرث، فتناقض القصدان، ومناقضة الشرع باطلة، فبطل ما أدى إليها، وهو الوقف، وقد أشار الإمام الشاطبي إلى هذا الأصل بقوله: «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل، موافقاً لقصد الله في التشريع».

هذا، ويطلق الفقهاء المعاصرون على المناقضة هذه اصطلاح «التعسف في استعمال الحق».

(٢) والباطن هو القصد أو الباعث الدافع إلى إنشاء التصرف الشرعي.

(٣) راجع «المقدمة» لكتابنا «نظرية التعسف».

(٤) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٣٨٥/٢).

(٥) لا يجيز بعض المذاهب الإسلامية الحكم على التصرف بالبطان قضاءً، بالباعث غير المشروع إذا ثبت بالقرائن، بل لا بد أن يكون صريحاً في العقد، وجزءاً من أجزائه، أو مُستخلصاً من طبيعة محله، وهذا نادر الوقوع عادة، بينما يكتفي سائر المذاهب بقرائن الأحوال، وإشارات ألفاظ العقد، وما ورد في =

هذا، وقد جاء في «الروضة الندية» مما يؤكد هذا المعنى، ما نصه: «ومن وقف شيئاً، مُضارّةً لوارثه، كان وقفه باطلاً؛ لأن ذلك مما لم يأذن به الله سبحانه وتعالى، بل لم يأذن إلا بما كان صدقة جارية ينتفع بها صاحبها، لا بما كان إثماً جارياً، وعقاباً مستمراً، وقد نهى الله تعالى عن الضّرار في كتابه العزيز، عموماً وخصوصاً، ونهى عنه النبي ﷺ عموماً، كحديث «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(١)، وخصوصاً، كما في ضرار الجار، وضرار الوصية ونحوهما».

«والحاصل، أن الأوقاف التي يراد بها قطع ما أمر الله به أن يوصل، ومخالفة فرائض الله عز وجل، باطلة من أصلها، لا تتعقد بحال من الأحوال»^(٢).

إذن، لا منافاة بين حكم الحديث على هذا الاحتمال، وبين مشروعية الوقف ولزومه؛ لأنه - كما أشرنا - جاء تأكيداً له، قرينة خالصة لوجه الله عز وجل، لا تشوبها معصية قصد المضارة، ليكون الوقف على وفق المشروعات.

وبهذا التوفيق، لا يُرى في الحديث دلالة للمانعين، كما لا يبقى وجه للدعاء بنسخه؛ إذ من المقرر أصولياً أن لا نسخ مع إمكان التوفيق، وقد أمكن؛ لأن النسخ خلاف الأصل، ولا يثبت إلاً بدليل، ولا دليل.

ج - واحتجوا بما روي عن شريح القاضي قال: «جاء محمدٌ ببيع الحبس».

ووجه الدلالة، أن الحبس هو المال المحبوس عن التصرف فيه، وقد كان في الجاهلية أموال محبوسة، كالبحيرة، والسائبة، فجاء النبي ﷺ ببيعها، وإبطال حبسها، فالقول بلزوم الوقف يستلزم مشروعية الحبس، وقد جاء النبي ﷺ بإبطاله، فيكون لزوم الوقف غير مشروع.

= بنوده، وهو الذي نرجحه، على ما قررنا في بحث «الباعث» وأثره في العقود.

غير أن الاتفاق منعقد على أن الباعث غير المشروع محرم ديانة.

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣، من حديث جابر بن عبد الله، بهذا اللفظ، وهو عند ابن

ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون قوله: «في الإسلام».

(٢) «الروضة الندية» لصديق خان: (١٦٠/٢)، المطبعة السلفية، وهو شرح لـ «الدرر البهية» للشوكاني.

ومن هنا، لم ينكر شريح «لزوم الوقف» فحسب، بل أنكر أصل مشروعيته أيضاً^(١).

ويتجه على هذا الاستدلال ما يأتي:

١ - أنا نمنع أن يكون المراد من «الحبیس» ما يشمل الوقف، بل هو خصوص حبیس الجاهلية، من البحيرة، والسائبة، والوصيلة، والحام، كما ذكرنا، فجاء هذا الأثر مؤكداً لما أبطله القرآن الكريم، ولا علاقة له بالوقف أصلاً، ولا بلزومه، فلا دلالة فيه، ولا يصلح متمسكاً للمانعين.

هذا، وحمل حديث شريح على هذا المعنى متعين، لوجوب التوفيق بينه وبين ما ثبت عن رسول الله ﷺ من مشروعية أصل الوقف ولزومه، فيما روي عنه ﷺ في الكتب الستة، وهي أحاديث مستفيضة، ومنها وقف عمر ﷺ كما علمت.

٢ - وأيضاً، الوقف شرع إسلامي، اختص به المسلمون^(٢)، ولم يكن معروفاً في الجاهلية، حتى يجيء محمد ﷺ ببيعه وإبطاله؛ إذ البيع والإبطال فرع الوجود.

٣ - سلمنا جدلاً أنه شامل للوقف، لكنه رأي صحابي، إذ ليس فيه لفظ النبي ﷺ وقد علمت أن رأي الصحابي ليس بحجة، على الراجح.

(١) وجاء في «مقدمات ابن رشد»: ما نصه: «قيل لمالك: إن شريحاً كان لا يرى الحبس (الوقف) فقال مالك: تكلم شريح ببلاده (العراق) ولم يرد المدينة، فيرى آثار الأكابر من أزواج النبي ﷺ وأصحابه والتابعين، من بعدهم، وهلم جراً إلى اليوم، وما حبسوا من أموالهم، لا يطعن فيها طاعن، وهذه صدقات (أوقاف) النبي ﷺ سبعة حوائط (بساتين) وينبغي للمرء ألا يتكلم إلا فيما أحاط به خبراً». «المقدمات» لابن رشد، وانظر «البحر الزخار»: (١٤٧/٥)، و«الفواكه الدواني»: (٢٢٤/٢).

هذا، وعمل أهل المدينة حجة عند الإمام مالك؛ لأنه بمنزلة الحديث المتواتر أو المشهور، فلا يقوى أثر ولا حديث آحادي على معارضة ما استقر عليه أهل المدينة، كما هو مقرر في أصول مذهبه.

وقد روي أن شريحاً القاضي أبطل الأقباس (الأوقاف) في عصر بني أمية، لِمَا اشتملت عليه من المظالم، ومن المقرر أن كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل، هذا من سياسة التشريع، ولكننا نبحت مسألة الوقف ولزومه في الفقه العام الثابت.

(٢) «الفواكه الدواني»: (٢٢٤/٢ وما يليها)، و«البحر الزخار»: (١٤٧/٥ وما يليها).

د - واحتج الطحاوي لأبي حنيفة، أن قوله ﷺ لعمر: «حَبَسْ أصلها»^(١) لا يستلزم التأييد، بل يحتمل أن يكون أراد مدة اختيار الواقف^(٢) وهو ينافي اللزوم. ويتجه على هذا، أنه تأويل ضعيف؛ إذ لا يتبادر من إطلاق كلمة «وَقَفْتُ وَحَبَسْتُ» إلّا التأييد، والتبادر أمانة الحقيقة، ولا يصار إلى التأويل إلّا بدليل، ولا دليل، بل قام الدليل على تأكيد حقيقة اللزوم والتأييد، كما رأيت.

يؤكد هذا ما ورد في رواية البيهقي^(٣) «حَبَسَ ما دامت السموات والأرض»^(٤) وكأنه لم يَطَّلِع عليها.

هـ - واحتجوا بأن قوله ﷺ: «حَبَسْ أصلها» مرادٌ به حبس العين الموقوفة على ملك الواقف، أي: حَبَسْ أصلها على ملكك، قالوا: والتحسيس على الملك يستلزم عدم اللزوم؛ إذ لم يعهد في الشرع أن تُغَلَّ يد المالك عن التصرف في ملكه^(٥).

ويتجه عليهم أن هذا التفسير خلاف مراد الشارع، فقد جاء في رواية أخرى: «حَبَسْ أصلها، لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث»^(٦) وهذا تفسير «لماهية التحسيس»^(٧) كما ذكرنا، فكان مراد الشارع تحسيس الأصل عن التصرف، لا على الملك، والروايات يفسر بعضها بعضاً، بل هو ما فهمه الصحابة، وطبقوه عملاً في أوقافهم^(٨).

(١) أخرجه الدارقطني: (١٩٣/٤).

(٢) «نيل الأوطار»: (٢٦/٦).

(٣) ليست هذه الرواية عند البيهقي بل عند الدارقطني: (١٩٢/٤).

(٤) المرجع السابق.

(٥) ستأتي مناقشة هذا الرأي.

(٦) أخرجه الدارقطني: (١٩٠/٤).

(٧) «نيل الأوطار»: (٢٦/٦) وما يليها.

(٨) «فتح القدير»: (٤٠/٥ - ٤١) وهذا الرأي رجحه صاحب «فتح القدير»، وسيأتي القول فيه.

وجاء في «نيل الأوطار» (٢٦/٦) وما يليها: ما نصه: «ومن ذلك - أي: مما يؤيد مذهب الجمهور

القائل باللزوم - قوله ﷺ: «لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث» فإن هذا منه ﷺ بيان لماهية التحسيس التي

أمر بها عمر.

منشأ الخلاف في تفسير حديث وقف عمر رضي الله عنه ومدى قوة الاستدلال به على اللزوم:

ومنشأ الخلاف في الاستدلال بهذا الحديث وعدمه - كما ترى - هو مدلول كلمة «الحبس».

فالمانعون حملوه على نفي مشروعية الوقف أو لزومه، لِمَا يترتب على القول باللزوم من لوازم، كلها منهي عنها، ومنافية لمقتضى مبادئ الشرع في الملك، ولآيات الموارث.

والقائلون باللزوم حملوه على معانٍ أُخر، ومن ثمَّ لم يروا فيه دلالة على منع اللزوم^(١).

و - احتجوا برواية أوردها ابن قدامة في «مغنيه»، وغيره، أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان، جعل حائطه^(٢) صدقة، وجعله إلى رسول الله ﷺ فجاء أبواه إلى رسول الله ﷺ فقالا: يا رسول الله، لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط، فرده رسول الله ﷺ ثم ماتا فورثهما^(٣).

ووجه الدلالة، أن الوقف لو كان لازماً شرعاً، لما نقضه رسول الله ﷺ ورده إلى أبوي الواقف، وكان إراثاً لوالدهما، بعد وفاتهما. ويجاب عن هذا الاستدلال بما يلي:

١ - ليس في هذه الرواية ذكر للوقف؛ لأن الصدقة لا تتعين أن تكون وقفاً، فهو صدقة لا وقف^(٤) ويحتمل أن صاحب الأذان هذا، قد وُكِّلَ إلى رسول الله ﷺ أمر التصدق بثمر هذا البستان على سبيل التبرع به، مدة اختياره، لا على سبيل جعله

(١) وهو ما رجحه الإمام ابن الهمام «فتح القدير»: (٤٢/٥ وما بعدها)، وهو مذهب المالكية، وستأتي مناقشة هذا الرأي آخر البحث في النقد العام والترجيح.

(٢) الحائط: البستان.

(٣) أخرجه الحاكم: (٣٧٩/٣)، والدارقطني: (٢٠١/٤)، والبيهقي في «الكبرى»: (١٦٣/٦)، وانظر «المغني مع الشرح الكبير»: (١٨٦/٦ وما يليها).

(٤) المرجع السابق.

وقفاً لازماً مؤيداً، فرأى رسول الله ﷺ أن أبويه أحق الناس بشمرته، فصرفها إليهما، ولهذا لم يردّها عليه، بل ردها على أبويه.

٢ - ويحتمل أيضاً: أن البستان كان لوالديه، فتصرف فيه ولدهما صاحب الأذان هذا، بغير إذنهما، فلم يُجزّه^(١).

٣ - سلمنا أنه وقف، لكن يحتمل أن الرسول ﷺ رأى أن في هذا الوقف ضرراً بالورثة والأقربين، فأبطله لذلك^(٢)؛ لأنه من وقف الضرار، وليس على وضع المشروعات، كما أسلفنا.

فلا دلالة إذن في هذه الرواية على منع لزوم الوقف، مع هذه الاحتمالات، ولا تصلح متمسكاً للمانعين.

ثانياً: واحتجوا بالأثر عن الصحابة:

١ - من ذلك ما أثر عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «لولا أنني ذكرت صدقتي لرسول الله ﷺ لرددتها»^(٣).

ووجه الدلالة، أن مؤدّى هذا الأثر يُشعر بأن الوقف غير لازم؛ إذ قد كان بوسع عمر رضي الله عنه أن يرجع عن وقفه، وينقضه بمحض إرادته، وذلك آية عدم اللزوم، لكنه امتنع عن ذلك، لا لأن الوقف لازم، بل لأنه كره أن يُبرم أمراً في حضرة النبي ﷺ ثم يرجع عنه بعد مفارقتها، لفرط مودته للرسول ﷺ ووفائه له، وإذا كان هذا مؤدى كلام عمر، فإنه ينهض بالدلالة على عدم لزوم الوقف^(٤).

(١) «البحر الزخار»: (١٤٧/٥) وما يليها.

(٢) راجع ما أوردناه لك من «الروضة الندية» في هذا الصدد، حيث سمي مثل هذا الوقف «الوقف الطاغوتي» الذي تدفع إليه نية الإضرار بالورثة، مما يفسد معنى القرية فيه، فيكون باطلاً. «الروضة الندية شرح الدرر البهية»: (١٦٠/٢).

(٣) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار»: (٩٦/٤)، وابن حزم في «المحلى»: (١٨١/٩). وانظر «المبدع شرح المقنع»: (٣٥٣/٥)، و«المغني»: (١٨٦/٦) وما يليها.

(٤) «نيل الأوطار»: (٢٧/٦).

ويجاب عن ذلك، بأن هذا الأثر منقطع؛ لأن الراوي وهو الزهري، لم يدرك عمر.

وأيضاً، هذا رأي صحابي، ولا وزن للرأي في مقام النص، إلا أن يكون إجماعاً من الصحابة، ولم يقع، بل الذي وقع هو انعقاد الإجماع عملاً على لزوم الوقف، كما رأيت.

هذا، فضلاً عن أن هذا الأثر لا يقوى على معارضة أحاديث الرسول ﷺ الناهضة بلزم الوقف، ولا سيما حديثه في وقف عمر الذي روته كتب السنة الستة.

ثالثاً: واحتجوا بالمعقول:

إن الأدلة التي أتى بها بعض فقهاء الحنفية، من المنقول والمعقول، استدلالاً منهم لمذهب الإمام أبي حنيفة - رحمه الله - في مسألة لزوم الوقف، تنصب كلها على أمر واحد، هو: «إثبات بقاء الملك للواقف في العين الموقوفة، وعدم زواله عنه بالوقف».

ذلك، لأنه يرى أنه إذا ثبت بقاء الملك للواقف، انتفى لزوم الوقف، للتلازم^(١) بين بقاء الملك وعدم اللزوم، كما أسلفنا.

هذا ما استدلووا به من المنقول، قد قدمناه.

وأما ما استدلووا به من المعقول، فهو كما يلي:

١ - أن قطع التصرف في العين الموقوفة، يستلزم زوال الملك عن الواقف، وإلا بقي الملك مسلوب المزايا والشمرات، وهو «حرية التصرف»، وهذا ليس معهوداً

(١) «فتح القدير»: (٤٢/٥ وما يليها).

والواقع أن الأئمة الثلاثة: أبا حنيفة وصاحبيه - رحمهم الله تعالى - يرون هذا التلازم، ومن هنا ذهب أبو حنيفة إلى أن الملك باق للواقف، وأقام الأدلة على ذلك، ليثبت عدم اللزوم خلافاً للصاحبين حيث قالوا بخروج العين عن ملك الواقف، ليثبت اللزوم.

وفي هذا المعنى يقول صاحب «الفتح»: «لاعتقاد الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه». المرجع السابق.

شرعاً؛ إذ الملك ليس حكماً مجرداً، بل شرع لمصلحة المالك أولاً، فكان الملك وما شرع له من مصلحة للمالك مقترنين تشريعاً، وتطبيقاً، نظراً وعملاً، بناء على المبدأ العام، من اعتبار المصالح في الأحكام وأنها معللة بها.

٢ - وأيضاً، خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف، لا إلى المالك، يغدو كالسائبة المنهي عنها شرعاً، فكان القول باللزوم المؤدي إلى ذلك منهياً عنه أيضاً؛ لأن ما يؤدي إلى المحرم لا يكون مشروعاً، فلزوم الوقف غير مشروع.

هذا، ودليل ثبوت الملك للواقف الذي يتفي معه اللزوم، ما يلي:

أ - انتفاع الموقوف عليهم بالعين الموقوفة زراعة وسكنى، دليل على ثبوت حقوقهم فيها، وثبوت حقوق العباد أثر لبقاء الملك؛ لأن الأصل في الانتفاع أن يكون حقاً في الملك، أو أساسه الملك، فدل ذلك على أن الملك في الموقوف باق ببقاء هذه الحقوق. لا خلاف بيننا على أن ليس لأحد ملك في الموقوف لغير الواقف من الناس^(١)، فوجب أن يكون هو المالك، وثبوت الملك للواقف يستلزم حرته في التصرف فيه شرعاً، وهذا ينافي اللزوم، لما بينا أن الملك الصوري في الإسلام غير مشروع.

ب - وأيضاً، للواقف ولاية خاصة في تعيين النظار والقوَّام، وعزلهم، وتوزيع الغلة على شرطه، ولم يثبت أنه استمد هذه الولاية الخاصة من غير ملكه، إذن أساسها ملكه الثابت، وإذا ثبت بقاء الملك في الموقوف، انتفى لزوم الوقف، للتلازم، وكانت له حرية التصرف فيه، وحرية التصرف تنافي اللزوم.

وهذا ما أفاده صاحب «الفتح» بقوله: «إن حقوق العباد لم تنقطع عنه^(٢)، حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف، وتعلَّق حقوق العباد بالعين أثر ثبوت

(١) في هذا نظر، فإن الحنابلة يرون أن الملك في الموقوف ينتقل إلى الموقوف عليهم، فكيف يقول: لا خلاف بيننا؟ إلا أن يقال: قبل إنشاء الوقف.

(٢) عن الموقوف.

ملكهم فيها، على ما هو الأصل، فإما أن يكون الملك لغير الواقف، أو له، واتفقنا على أنه لا يكون ملكاً لغيره من العباد، فوجب أن يكون ملكاً للواقف»^(١).

والنتيجة، أنه إذا ثبت الملك للواقف، انتفى لزوم الوقف، وجاز له التصرف فيه بجميع الوجوه المشروعة.

ثم يمضي صاحب «الفتح» في الاستدلال على ثبوت الملك للواقف بقوله:

«بنصب القوام، وصرف غلاته، بحسب الأصل، يكون عم ملكه، إلا أن يوجب موجب لا مرداً له خروجاً^(٢) عن ملكه، وأن تصرفه بولاية غير الملك، ولم يثبت ذلك»^(٣).

والنتيجة: أن ثبوت ولايته الخاصة مردّها ملكه، فدل ذلك على بقاءه للواقف، وبقاء الملك للواقف ينافي لزوم الوقف.

فإن قال قائل: إن الحنابلة يقولون بانتقال الملك إلى الموقوف عليه^(٤)، والمالكية يرون بقاء الملك للواقف، فكان مقتضى ما ذكرتم أن يثبت حق التصرف بجميع وجوهه، لمن يثبت له حق الملك، للتلازم بينهما، لكن أحداً منهم لم يقل بذلك، بل قالوا باللزوم، وقطع التصرف.

ويجاب عن هذا، بأن المالكية والحنابلة لا يرون ما رآه أئمة الحنفية الثلاثة من التلازم بين ثبوت الملك وعدم اللزوم، ولذا قالوا بلزوم الوقف، وقطع التصرف عن المالك في الوقف نفسه، سواء أكان هو الواقف، أم الموقوف عليه.

(١) «فتح القدير»: (٤٢/٥).

(٢) مفعول به ليجب.

(٣) المرجع السابق.

(٤) ولو قال الحنابلة بالتلازم بين ثبوت الملك وحرية التصرف، للزمهم القول بأن الوقف يصبح تسبيلاً للأصل والمنفعة، وهو خلاف النص، لذا قالوا: إن الموقوف عليهم، وإن انتقل إليهم الملك، لكن مع قطع التصرف. غير أنه يرد عليهم صورية الملك، وهذا ما ليس بوسعهم رده أو تسويغه. جاء في «المبدع» (٣٢٩/٥): «لا يقال: عدم ملكه التصرف فيها - في العين - يدل على عدم ملكه لها؛ لأنه ليس بلازم». والنتيجة أن قطع التصرف في العين قد يثبت للمالك، على الرغم من ثبوت ملكه فيها، كالموقوف عليه، في اجتهادهم.

ج - واستدلوا من المعقول أيضاً على بقاء الملك للواقف، ليثبتوا عدم اللزوم، بأن الوقف لا ينقطع فيه أجر الواقف بموته، بالنص^(١)، ولا ريب أن استمرار الأجر بالصدقة لا يتم للواقف إلا إذا كان مالكا للعين التي يتصدق بريعها؛ إذ لا صدقة لأحد فيما لا يملك.

ويجاب عن هذا، بأن أصل الأجر يثبت بوقف أصل الملك، ابتداءً، لكونه قرينةً لله عز وجل، لكن استمرار الأجر بعد الموت منوط بجريان المنفعة المتصدق بها، بالنص، وهذا يعتمد وجود العين وفقاً لملكاً.

أو بعبارة أخرى: استمرار الأجر منوط باستمرار العين وجوداً ونفعاً، ووقفاً، لا باستمرارها، بنص الحديث «صدقة جارية»، ولا مزية أن استمرار العين وقفاً، هو اللزوم، فلا تلازم إذن بين استمرار الأجر، وبقاء الملك للواقف، بل يستلزم استمرار الأجر جريان الصدقة بوجود العين وقفاً، فلا دلالة لهم في هذا الدليل على بقاء الملك للواقف.

يدل على هذا أيضاً، حديث وقف عثمان بئر «رومة» إذ انقطع ملكه عنها، وسلطانه عليها، وأصبح دلوه فيها كدلاء المسلمين، صدقة لا ملكاً^(٢).

ومما يدل أيضاً على زوال ملك العين عن الواقف، انقطاع ولايته الخاصة على الوقف، إذا لم يشترط ذلك له في صلب العقد، ويصبح أجنياً عن الوقف كسائر المسلمين^(٣).

د - واستدلوا بالقياس الفقهي فقالوا: كلام أبي حنيفة^(٤) قوي من حيث المعنى

(١) وهو حديث أبي هريرة مرفوعاً: «إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية... الحديث» [أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة].

(٢) أخرجه الترمذي: ٣٧٠٣، والنسائي: (٢٣٥/٦)، وأحمد: ٥٥٥، من حديث عثمان بن عفان، وإسناده حسن. واحتج بهذا الحديث من يقول بالوقف على النفس، أو صحة اشتراط انتفاع الواقف بالوقف مدى حياته.

(٣) «المبدع» لابن مفلح الحنبلي: (٣١٢/٥ - ٣٢٩)، و«فتح القدير»: (٤٢/٥).

(٤) أي: في عدم لزوم الوقف.

- القياس الفقهي - لأن الوقف هو التصديق بالمعدوم، بل هو التصديق بالمعدوم على المعدوم، أي على الأجيال الخالفة.

والنتيجة، أنه لا يصح أصلاً ولا لزوماً، قياساً، لكنه أُجيز بالنص استثناءً من حيث أصل مشروعيته، لا من حيث لزومه، تفادياً للوازم المنهي عنها.

ويجاب عن هذا، بأن لا قياس في مورد النص، بل في موارد النصوص والآثار المستفيضة التي أجمعت عليها الأمة.

مناقشة أدلة المعقول للمانعين:

١ - يتجه على المانعين في دليلهم الأول، أنا نمنع التلازم بين بقاء الملك، وعدم اللزوم، وهو ما ذهب إليه جمهور المالكية والحنابلة^(١).

هذا، وقد رجح الانفكاك من أئمة الحنفية صاحب «فتح القدير»، إذ يقول: «لكن أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوماً لعدم لزومه، صدقة أو برّاً، وليس كذلك، بل هما منفكان»^(٢).

وعلى هذا، فما أجهد به بعض فقهاء الحنفية أنفسهم، استدلالاً لإمامهم، في إثبات دعواه «بقاء الملك للواقف» ليثبتوا عدم اللزوم، لا يفيدهم، لما ذكرنا من الانفكاك.

٢ - ويرد عليهم^(٣) في تنظير الوقف بالسائبة، أثراً لخروج الملك عن الواقف لا إلى مالك، أنه لا يستقيم، لما بينهما من الفوارق، مقصداً ونظاماً، وأثراً، مما جعل التسبيل يغير التسبب، بل ينافيه^(٤)؛ لأن معنى التسبيل ينقض كل معنى للتسبب^(٥).

(١) جاء في «المبدع» (٣٢٩/٥): لا يقال: عدم ملكه التصرف فيها - في العين الموقوفة - يدل على عدم ملكه لها؛ لأنه ليس بلازم.

(٢) «فتح القدير»: (٤٣/٥).

(٣) «فتح القدير»: (٤٣/٥).

(٤) يقصد بالورود: توجه الاعتراض والنقد.

(٥) المغايرة لا تستلزم المنافاة، والمنافاة هي المضادة والمناقضة. جاء في «المبدع»: (٣١٣/٥):

«ومرادهم بتسبيل المنفعة، أن يكون على برٍّ أو قرْبَةٍ»، هذا تفسير للتسبيل الوارد في نص حديث وقف =

أ - أما من حيث المقصد - وبه يَحِلُّ التصرف ويحرم^(١) - فالوقف من أعظم القربات إلى الله تعالى، وتلك أثر لعقائد فاسدة، وأوهام جاهلية ترتد في أصلها إلى الوثنية.

ب - الوقف تشريع ونظام دقيق، فضلاً عما يهيمن عليه من إشراف موصول، يقوم به القَوَّام والنظَّار والقضاء، بل وتقوم بشؤونه الوزارات والمديريات، وليس كذلك التسيب.

ج - وأما من حيث الأثر، ففي التسيب قطع للانتفاع بأنواع معينة من الأنعام بلحومها، ونتاجها، وأوبارها، وركوبها، لأسباب غير معقولة، وفي هذا تضييع للنعمة، وللمال الذي خلق مُعدًّا للانتفاع، وفي الوقف رصد للعين، وتسهيل لمنفعتها للبر والخير العام، قرينةً لله عز وجل، على سبيل التأييد.

فالتسيب مضادٌ للوقف من كل الوجوه، فكيف يسوغ للمانعين عقد المشابهة^(٢) بينهما قياساً، ليتحدا حكماً؟!!

= عمر: «حَبَسَ الأَصْل، وَسَبَّلَ المنفعة» [أخرجه الشافعي في «مسنده»: (٣٠٨/١)، والدارقطني: (١٩٣/٤)، والبيهقي في «الكبرى»: (١٦٢/٦)، بلفظ: «وسل الثمرة»].

(١) القصد روح العقد، مصححه ومبطله. «إعلام الموقعين»: (٨٢/٣).

(٢) ومما ينفي أصل المشابهة، أن الوقف - على ما سيأتي بيانه - شخصية اعتبارية، استقر تصورهما في أذهان المجتهدين، بدليل ما صدر عنهم من أحكام فقهية تتعلق بالوقف، لا يمكن تخريجها إلا على أساس وجود هذه الشخصية الاعتبارية، فتسند إليها ملكية العين؛ لأنها ذات ذمة مستقلة عن الواقف، والموقوف عليهم، فلا وجه حينئذ للقول بأن العين الموقوفة تخرج عن ملك الواقف لا إلى مالك، فتكون كالسائبة!!

وحتى على فرض خروجها لا إلى مالك، فإن العبرة بمآلها، فالعين يكفلها نظام وإشراف، وقضاء، بل ووزارة ومديريات، يفوق ما للمالك من عناية في ملكه؛ إذ ليس مجرد خروج العين لا إلى مالك يجعلها كالسائبة على الإطلاق، فإن صح ذلك في حالة عدم انتمائها إلى ملك فردي، فلا يصح في حالة انتمائها إلى شخص اعتباري، يكفل حمايتها وتنظيم الانتفاع بها، وحسن استغلالها، والإشراف عليها إشرافاً دقيقاً بموجب سجلات ووثائق، على النحو الذي بينا.

ولعل هذا التصور الفقهي للوقف عند القدماء، منشؤه صدى البيئته في عصرهم؛ إذ لم يكن الوقف يحظى بمثل هذا التنظيم الذي حدث فيما بعد.

وإذا اتضح الفرق الشاسع بين التسبيل والتسيب فقهاً، وواقعاً تاريخياً، فإن ما يترتب على هذا التنظير الفاسد من القول بعدم اللزوم، باطل؛ إذ النتيجة تبطل ببطلان مقدمتها.

٣ - يتجه على المانعين أيضاً، أن ليس مجرد خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف لا إلى مالك، يجعلها كالسائبة، ألا ترى إلى «المسجد» يزول ملكه عن واقفه، من غير أن يدخل في ملك أحد من الناس، ويلزم مؤبداً بالإجماع^(١)؟ ولم يقل أحد: إنه من السائبة، بل يصبح لله عز وجل، فكذلك الوقف في غير المسجد، لاتحاد القرية، فقياس الوقف على المسجد أولى من قياسه على السائبة؛ لأنه على الأخيرة مع الفوارق.

فإن قال قائل: إن «المسجد» يتعلق به حق الله تعالى خالصاً، بعبادته وإقامة شعائره دينه فيه، ولا ينتفع به على النحو الذي ينتفع بأعيان الوقف الأخرى، من الزراعة، والسكنى، وما إلى ذلك، مما يتعلق به حق العباد ومصالحهم في الدنيا انتفاعاً^(٢).

ويجاب عن ذلك بما كنا قد أشرنا إليه آنفاً، من أنه يستوي في ميزان الشرع المصالح الأخروية، والمصالح الدنيوية، أو على حد تعبير الإمام السرخسي: مصالح المعاش، ومصالح المعاد، في الاعتبار والحكم، فأعيان الوقف والمسجد سواء، من حيث زوال الملك، واللزوم والتأييد، ما دامت العلة الجامعة واحدة، وهي كونها قرينة إلى الله تعالى.

والتقرب إلى الله تعالى يتحقق بمصالح الآخرة والأولى على السواء^(٣).

بل يرى الإمام محمد بن الحسن أن حكم لزوم الوقف في الأعيان أولى منه في المسجد^(٤).

(١) «الفواكه الدواني»: (٢/٢٢٤)، و«فتح القدير»: (٥/٤٠ وما يليها)، و«المبدع»: (٥/٣١٩ وما يليها)،

و«المغني مع الشرح الكبير»: (٦/١٨٦)، و«نيل الأوطار»: (٦/٢٤ وما يليها).

(٢) «المبسوط»: (٥/٢٩). وهذا ما استدل به المجيزون في إثبات قضية اللزوم.

(٣) المرجع السابق. (٤) المرجع السابق.

ويحكي الإمام السرخسي عن الإمام محمد بن الحسن، استدلاله على اللزوم في أعيان الأوقاف بالمسجد، فيقول: «ثم استدلل^(١) بالمسجد، فقال: اتخاذ^(٢) المسجد يلزم بالاتفاق، وهو إخراج لتلك البقعة^(٣) عن ملكه^(٤)، من غير أن يدخل في ملك أحد، ولكنها تصير محبوسة بنوع قربة قصدتها^(٥)، فكذا في الوقف^(٦)».

ثم يخرُج الإمام السرخسي بمبدأ عام حيث يقول:

«وبهذا يتبين: أنه ليس من ضرورة الحبس عن الدخول في ملك الغير^(٧)، امتناع خروجه عن ملكه^(٨)».

أي: فلا يلزم من عدم دخول العين الموقفة في ملك أحد^(٩)، وجوب إبقائها على ملك الواقف، بل تخرج العين من ملكه إلى حكم ملك الله تعالى وفقاً لازماً.

ومفاد هذا، أن الاتجاه واضح في منع دخول العين الموقوفة في الملك الفردي ولو صورياً عند جمهور الحنفية، ونظير ذلك المسجد.

على أن الإمام السرخسي يؤصل مبدأ آخر من مبادئ التشريع، وهو استواء

(١) أي: الإمام محمد بن الحسن.

(٢) يقصد وقف المسجد.

(٣) أي: الأرض التي بني عليها المسجد.

(٤) ملك الواقف.

(٥) وهذه هي العلة الجامعة بين الوقف والمسجد.

(٦) أي: أعيان الأوقاف التي رُصدت على جهات البر العام، للانتفاع بها زراعة وسكنى، وما إلى ذلك من المصالح الدنيوية، كالمقابر لموتى المسلمين، والقناطر، والمدارس، والمشافي.

(٧) أي: من الناس.

(٨) عن ملك الواقف.

راجع في كل ما تقدم: «المبسوط»: (٢٩/١٢) وما يليها).

(٩) ينبغي أن ندرك دقة التعبير في قوله: «إلى حكم ملك الله تعالى» ولم يقل: إلى ملك الله تعالى؛ لأن النسبة إلى ملكه تعالى تفيد انقطاع ملك الآدمي عنه، وحكم ذلك أو مقتضاه عدم جواز التصرف فيه تملكياً، بعوض أو بغير عوض، أو بالإرث، وهو اصطلاح فقهي يطابق في مضمونه - والعبرة بالمضمون - ما يطلق عليه اليوم من الشخصية الحكيمة المستقلة، كالمسجد، وسيأتي تفصيله.

مصالح الدنيا والآخرة من حيث الاعتبار والحكم، بقوله: «ثم للناس حاجة إلى ما يرجع إلى مصالح معاشهم ومعادهم، فإذا جاز هذا النوع من الإخراج^(١) والحبس، لمصلحة المعاد، فكذلك لمصلحة المعاش، كبناء الخانات، والرباطات، واتخاذ المقابر»^(٢).

ثم يرى الإمام أحمد أن وقف الأعيان أولى باللزوم من المسجد، فيما يحكيه عنه الإمام السرخسي بقوله:

«ولو جاز الفرق بين هذه الأشياء^(٣)، لكان الأولى أن يقال: لا يلزم المسجد، وتلزم المقبرة، حتى لا تُورث، لما في النيش^(٤) من الأضرار والاستبعاد عند الناس»^(٥).

وعلى هذا، انهار الفارق الذي ادعاه المانعون بين وقف الأعيان، ووقف المسجد، فالكل سواء، وأنه لا ضرورة لبقاء العين على ملك الواقف، بل تخرج لا إلى مالك من الناس، ويلزم الوقف مؤبداً كالمسجد سواء بسواء، بل الوقف أولى من المسجد باللزوم على ما يرى الإمام محمد، مخالفاً بذلك مذهب إمامه أبي حنيفة، إمام المانعين.

٤ - ويتجه أخيراً على الحنابلة^(٦)، فيما استدلوا به على انتقال الملك للموقوف عليهم، بثبوت حق الانتفاع لهم، بأنه منقوض بالعارية، فالمستعير ينتفع بالعين ولا يملكها، فلا يطرد هذا الضابط.

وعلى هذا فيثبت حق الانتفاع دون ملك للعين المنتفع بها.

(١) الإخراج عن ملك الواقف، وهو المسجد، بدليل قوله بعد ذلك: لمصلحة المعاد.

(٢) «المبسوط»: (٢٩/١٢) وما يليها). هذا وقد أشرت إلى هذا النص في أكثر من موضع لأهميته القصوى.

(٣) أي: بين أعيان الوقف، والمسجد.

(٤) أي: نيش قبور الموتى، وإخراجهم منها إذا رجع الواقف عن وقفه، على فرض عدم اللزوم.

(٥) المرجع السابق.

(٦) «المبدع»: (٥/٣١٣ و٣٢٩).

وأما ما يثبت للواقف من ولاية خاصة، فذلك إنما يكون أثراً لملكه للعين الموقوفة، إبان الوقف، ووقت إنشائه، وبالشرط، كما أشرنا، ولا يشترط لبقاء هذه الولاية الخاصة للواقف ديمومة ملكه في الموقوف، بعد الوقف، وإلا كان الوقف بلا أثر، فاستمرار الولاية الخاصة المشروطة للواقف أثرٌ للعقد لا للملك، بحكم الشرع؛ لأن قوة الإلزام إنما تستمد من الشارع، لا من محض الإرادة الإنسانية.

أدلة القائلين باللزوم ومناقشتها:

أولاً - استدلووا بالسنة المستفيضة، والإجماع العملي، والمعقول:

أما السنة، فقد ثبت بها لزوم الوقف قولاً وعملاً، واستفاضت، بحيث إنها تكاد تبلغ مبلغ القطع.

أ - أما السنة القولية، فأهمها حديث وقف عمر رضي الله عنه وهو أصل^(١) في لزوم الوقف، ونصّ فيه^(٢)، وقد أوردناه في معرض الاستدلال على أصل مشروعية^(٣) الوقف أيضاً. ووجه الدلالة، أن ماهية الحبس^(٤) (الوقف) بيّنها الرسول صلى الله عليه وسلم بالشرط الصريح،

(١) يقصد بالأصل هنا الدليل.

(٢) ويقصد بكون الحديث نصّاً في موضوع اللزوم، أنه صريح فيه، وسبق للدلالة على معنى اللزوم على وجه الخصوص والأصالة. راجع كتابنا: «أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي»: ص ٨٧ - ص ٩٠.

(٣) ورد هذا الحديث في «الصحيحين»، وسائر الكتب الستة، انظر «نيل الأوطار»: (٦/٢٤ وما يليها)، و«المغني الكبير»: (٦/١٨٥ وما يليها)، و«فتح القدير»: (٥/٤٢ وما يليها)، و«نهاية المحتاج»: (٥/٣٥٥)، و«البحر الزخار»: (٥/١٤٧ وما يليها)، و«الفواكه»: (٢/٢٢٤ وما يليها)، و«المبسوط»: (١٢/٣٠ وما يليها)، و«المبدع»: (٥/٣١٢)، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (٤/٩٥).

هذا، وقد روي الحديث بروايات مختلفة، وألفاظ متقاربة، يفسر بعضها بعضاً. وجاء في «المبدع»: «الوقف عقد لازم، أي: يلزم بمجرد القول - بالصيغة المنشئة - لأنه تبرع يمنع البيع والهبة» فلزم بمجرد، كالتق، وقال في «التلخيص» وغيره: حكمه اللزوم في الحال، أخرجه مُخرَج الوصية، أم لم يُخرجه، حكم به حاكم أو لا، لقوله عليه السلام: «لا يباع أصلها، ولا يوهب، ولا يورث» قال الترمذي: «العمل على هذا الحديث عند أهل العلم، وإجماع الصحابة على ذلك». (٥/٣٥٢ - ٣٥٣).

(٤) في قوله صلى الله عليه وسلم لعمر: «إن شئت حبست أصلها».

من قوله: «غير أنه لا يُباع أصلها^(١)، ولا تُوهب، ولا تُورث» وهي المنع من التصرف تمليكاً، بالنسبة لأيّ كان، لا بالنسبة للواقف فحسب، لإطلاق النص، والمنع من انتقالها بالإرث أيضاً، حتى لا يرد عليها الملك الفردي، حالاً أو مآلاً، كما ذكرنا، وهذا يستلزم اللزوم، وعدم جواز النقض؛ إذ لو كان الوقف غير لازم، لجاز التصرف فيه، والتصرف في الوقف دليل الرجوع فيه، وهو ينافي اللزوم.

أما عدم جواز الانتقال بالإرث، فقد جاء نص الحديث فيه صريحاً «لا يورث». ومفاد هذا أن الوقف لازم لزوماً مؤبداً.

فالتحبيس إذن منصب على التصرف، بصريح الشرط، وقصد الشارع فيه بين، فلا يقال إذن: إن المقصود هو حبس العين الموقوفة على ملك الواقف، حتى لا تخرج عن ملكه بالوقف^(٢) على ما ذهب إليه بعضهم.

يدلك على هذا، أن عمر رضي الله عنه امتثل لواقع ما أمر به الرسول صلى الله عليه وسلم من صريح الشرط، فأدرجه في وقفه، وأشهد عليه كبار الصحابة، ثم تتابع الصحابة في أوقافهم على النهج الذي سار عليه عمر، دون نكير من أحدهم، ولم يثبت أن أحداً منهم قد رجع عن وقفه، أو تصرف فيه، فكان إجماعاً عملياً على لزوم الوقف، كما أسلفنا.

٢ - وقف عثمان رضي الله عنه بئر (رومة) بعد أن حث عليه الرسول صلى الله عليه وسلم بما بشر به من جزاء في الجنة، فجعلها^(٣) عثمان للمسلمين وقفاً، فصار دلوها كدلاء المسلمين، استجابة لدعوة الرسول صلى الله عليه وسلم «من يشتري بئر رومة، فيجعل فيها دلوها مع دلاء المسلمين، بخير له منها في الجنة؟»^(٤).

(١) أصل المنفعة أو الثمرة، وهي العين الموقوفة.

(٢) تأييداً لمذهب أبي حنيفة. «نيل الأوطار»: (٦/٢٤ وما يليها).

والأرض التي وقفها عمر رضي الله عنه كان قد أصابها في خيبر سهماً في الغنيمة، وتسمى «ثَمَغ» بفتح الميم - وقيل: بسكونها - وهي من أنفاس ما أصاب. المرجع السابق ص ٢٤ - ٢٥، و«رد المحتار»: (٤/٣٣٨)، و«البدائع»: (٦/٢١٨).

(٣) أوردنا الحديث في معرض الاستدلال على مشروعية أصل الوقف.

(٤) أخرجه الترمذي: ٣٧٠٣، والنسائي: (٦/٢٣٥)، وأحمد: ٥٥٥، من حديث عثمان بن عفان، وإسناده حسن. وانظر «نيل الأوطار»: (٦/٢٥ وما يليها).

ووجه الدلالة، أن عثمان رضي الله عنه قد وقف بئر رومة بعد شرائها، لينتفع بها المسلمون أبداً، بدليل أن دلوه فيها أصبح كدلاء المسلمين، ينتفع بها صدقة لا ملكاً، فدل ذلك على خروجها عن ملكه، ولزومها، وأقره الرسول صلى الله عليه وسلم بل حثه على ذلك.

وأيضاً، لو لم يكن وقفها لازماً، لما خرجت عن ملكه، ولما فقد سلطانه عليها، ولما استحق المثوبة عيناً في الجنة، عوضاً عنها.

فدل ذلك على أن الوقف قرينةً لله عز وجل، لازمة، مؤبدة، ولم يثبت أن عثمان رضي الله عنه قد رجع عن وقفه هذا، بدليل أن هذه البئر لا تزال آثارها شاخصة إلى اليوم، يزورها كثير من الحجاج كل عام، كما أشرنا.

٣ - عن أبي هريرة، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء: صدقة جارية، أو علم يُتفَع به، أو ولدٍ صالح يدعو له»^(١).

ووجه الدلالة، أن «الصدقة الجارية» هي «الوقف» كما فسرها العلماء، وجريان الصدقة يدل على اللزوم؛ إذ لو كان غير لازم، لكان صدقة منقطعة لا جارية، والحديث وصفها بعدم الانقطاع^(٢).

ب - وأما السنة الفعلية، فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم وقف حوائط سبعة^(٣).

(١) أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة. وانظر «نيل الأوطار»: (٢٤/٦).
(٢) هذا، والصدقة الجارية وإن كان يدخل في معناها الوصية بالمنافع، إلا أنها نادرة، ودلالة جريان الصدقة على اللزوم دلالة إشارية؛ إذ جريان الصدقة يسلم عقلاً عدم الرجوع في الوقف، وهذا هو اللزوم.

وأيضاً، قد روى ابن ماجه: ٢٤١، حديثاً مرفوعاً في معنى حديث أبي هريرة السابق، وهو حديث أبي قتادة: «خير ما يُخْلِيه الرجل بعده ثلاث: ولدٌ صالح يدعو له، وصدقةٌ تجري يبلغه أجرها، وعلمٌ يعمل به من بعده».

وأيضاً، حديث طلحة في وقفه «بئرحاء» [أخرجه البخاري: ١٤٦١، ومسلم: ٢٣١٥، وأحمد: ١٢٤٣٨، من حديث أنس بن مالك]، و«وقف خالد بن الوليد سلاحه وأعتاده في سبيل الله» [أخرجه البخاري: ١٤٦٨، ومسلم: ٢٢٧٧، وأحمد: ٨٢٨٤، من حديث أبي هريرة]، وغير ذلك كثير. وانظر المرجع السابق.

(٣) «الفواكه الدواني»: (٢/٢٤ وما يليها)، و«البحر الزخار»: (٥/١٤٧ وما يليها).

ثانياً - إجماع الصحابة عملاً:

ووجه الدلالة، أن الصحابة - رضوان الله عليهم - قد تابعوا عمر رضي الله عنه في أوقافهم عملاً، وعلى وفق الشرط الصريح في اللزوم، امتثالاً لما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم من المنع من التصرف في ربة العين، تملكياً حال حياة الوقف، ومن الانتقال بالإرث، بعد وفاته، بل المنع من التصرف من قبل أي كان، لإطلاق النص، فكان هذا الشرط الصريح - وهو مناط الدلالة على اللزوم - أساساً لأوقاف الصحابة، ولم يثبت - واقعاً تاريخياً - أن أحداً من هؤلاء الصحابة الأجلاء قد نقض وقفه، أو رجع عنه، فكان ذلك إجماعاً على اللزوم والتأييد عملاً، وفاضت الآثار بتأكيد ذلك.

فقد روي عن جابر بن عبد الله، قال: «ما أعلم أحداً كان له مال، من المهاجرين والأنصار إلا حبس من ماله، صدقة مؤبدة، لا تُشترى أبداً، ولا توهب ولا تورث»^(١).

وقال الترمذي: «لا نعلم بين الصحابة والمتقدمين من أهل العلم، خلافاً في جواز وقف الأرضين»^(٢).

وقال القرطبي: «رادُّ الوقف، مخالف للإجماع، فلا يُلتفت إليه»^(٣).

وحكى الطحاوي عن أبي يوسف، أنه قال: «لو بلغ أبا حنيفة - أي: الدليل من إجماع الصحابة عملاً - لقال به»^(٤) أي: باللزوم.

هذا، وقد وجه المانعون على الاستدلال بالسنة والآثار المستفيضة من قبل القائلين بلزوم الوقف، أنها محمولة على ما وقع قبل نزول سورة النساء - آيات

(١) «الإسعاف» للخصاف ص ١٨، و«المغني مع الشرح الكبير»: (٦/١٨٥ وما يليها)، و«نيل الأوطار»: (٦/٢٥ وما يليها). وفي رواية أخرى عن جابر، قال صلى الله عليه وسلم: «لم يكن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة، إلا وقف». «المبدع شرح المقنع»: (٥/٣١٢).

(٢) «نيل الأوطار»: (٦/٢٥ وما يليها).

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق، و«البحر الرائق» لابن نجيم: (٥/٢٠٩)، و«المبسوط»: (١٢/٣١).

الموارث^(١) - أو أنها محمولة على ما كان مضافاً إلى ما بعد الموت، وعلى هذا فلا دلالة على اللزوم.

ويجاب عن ذلك، بأن إنشاء الأوقاف من قبيل الصحابة استمر حتى وفاة النبي ﷺ ولم ينكر عليهم ذلك، فثبت أنه شرع دائم، ثم استمر بعد ذلك عبر القرون عملاً إلى يومنا هذا.

وأما تأويل هذه الآثار بأنها محمولة على ما كان مضافاً إلى ما بعد الموت^(٢)، فتأويل بعيد مُستكره، لصراحة الأحاديث في الوقف، حال الحياة، وعلى وجه اللزوم والتأيد، ولو لم يكن إلا حديث (وقف عمر) «في الصحيحين» وسائر الكتب الستة، (ووقف عثمان)، ﷺ، لكفى ذلك دليلاً، فضلاً عن الإجماع العملي.

هذا، ووجه المانعون اعتراضاً أيضاً على مناط استدلال القائلين باللزوم، وهو الشرط الصريح في وقف عمر، والذي اتخذته الصحابة من بعده أساساً لأوقافهم، أن هذا الشرط الصريح في وقف عمر، والذي اتخذته الصحابة من بعده أساساً لأوقافهم، أن هذا الشرط في قوله: «غير أنه لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث» مصدره عمر نفسه، لا الشارع، بدليل إسناده إلى عمر في بعض الروايات، فوجب العمل به على أنه «شرط الواقف»، احتراماً لإرادته فيما يتصرف في ملكه، كما تُحترم إرادة الموصي في وصيته، فكان اللزوم والتأيد في وقف عمر، أثراً لشرط الواقف، لا عملاً بنص الشارع.

ويجاب عن ذلك: أنا أوردنا من الروايات المختلفة لهذا الحديث ومن «الصحيحين» ما يفيد صراحة أن الشرط إنما كان مصدره المشرع نفسه، بياناً لماهية التحبيس، والمنع من التصرف والإرث، وقد أمر النبي ﷺ عمر، وامثل ﷺ لهذا الأمر الواقع من الرسول عليه السلام.

وبذلك يدفع اللبس الذي نشأ من إسناد بعض الرواة الشرط إلى عمر رأساً، لما

(١) «التحفة» لابن حجر: (٣٣٦/٦)، و«فتح القدير»: (٤٢/٥)، و«المحلى» لابن حزم الأندلسي.

(٢) وعندئذ تلزم؛ لأنها تخرج مخرج الوصية، فتلزم إجماعاً بناء على ذلك، لا على أساس لزوم الوقف.

قلنا، من أنه إنما كان امتثالاً لأمر الشارع، لا إنشاء للشرط بمحض إرادة الواقف، وبذلك يتم التوفيق بين الروايات المختلفة، ولا منافاة^(١).

وفي هذا المعنى يقول الإمام الشوكاني: «ولا منافاة؛ لأنه يمكن الجمع، بأن عمر شرط ذلك الشرط بعد أن أمره النبي ﷺ، ومنهم من وقف على عمر، لوقوعه منه، امتثالاً للأمر الواقع منه ﷺ»^(٢).

ثالثاً - استدلالهم بالمعقول:

استدلوا بقياس الوقف على المسجد، فقالوا: «اتخاذ المسجد وقفاً، يلزم مؤبداً بالاتفاق، وهو إخراج البقعة (الأرض) التي شُيِّد عليها المسجد، عن ملك الواقف، من غير أن تدخل في ملك أحد من الناس، ولكنها تصير محبوسة بنوع قرينة قصدها، فكذلك الوقف»^(٣).

فالحكم، خروج العين عن ملك الواقف، لا إلى مالك من الناس^(٤)، ولزوم الوقف مؤبداً، والعلة الجامعة هي قصد القرينة إلى الله تعالى.

(١) في رواية البيهقي في «الكبرى»: (١٦٠/٦)، وأخرجه الدارقطني: (١٨٧/٤): «تصدَّق بشمرة، وحَبَس أصله، لا يباع ولا يوهب، ولا يورث» وهذا ظاهر أن الشرط من كلام النبي ﷺ.

وكذلك في رواية: «تصدق بأصله، لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث» [أخرجه الدارقطني: (١٩٠/٤)] إذ النص صريح في أن الشرط مصدره الشارع.

هذا، والتصدق بالأصل يفيد الخروج من ملك الواقف، إلى حكم ملك الله تعالى، فنتج عن ذلك أن تحييس الأصل مراد به خروج العين عن الملك، وعدم جواز التصرف فيها تملكياً؛ لأن رواية «تصدق بأصله» يفيد هذا، وليس التصديق بالأصل هنا مراد به ظاهره، إذ يلزم من ذلك أن الواقف يتصدق بالأصل والثمرة معاً، أي: تسيلاً لهما، ولم يقل بذلك أحد؛ لأنه خلاف النص، فحمل على الخروج عن الملك وقفاً.

وفي رواية أخرى: «حَبَس الأصل، وسَبَّل المنفعة» [أخرجه الشافعي في «مسنده»: (٣٠٨/١)، والدارقطني: (١٩٣/٤)]، والبيهقي في «الكبرى»: (١٦٢/٦)، من حديث ابن عمر بلفظ: «... وسبل الثمرة» فكان تفسيراً للتصدق بالأصل، وهو الخروج عن الملك مع المنع من التصرف تملكياً، وهذا هو الوقف اللازم.

(٢) «نيل الأوطار»: (٢٥/٦) وما يليها.

(٣) «المبسوط»: (٢٨/١٢) وما يليها، نفيًا للاختصاص الفردي أو الملكية الشخصية.

(٤) انقطع عنه اختصاص الأدي.

فإن قال قائل: إن هذا القياس مع الفارق؛ لأن المصلحة في المسجد أخروية خالصة؛ إذ العبادة وإقامة الشعائر فيه حق خالص لله عز وجل، وليس كذلك غيره من الأوقاف، بدليل ثبوت حقوق العباد فيها، زراعة وسكنى وغير ذلك من وجوه الانتفاعات والمصالح الدنيوية، وليس كذلك المسجد.

وهذا، ما قرره صاحب «الفتح» بقوله: «وحاصله - حاصل الفرق - أن المسجد جعل لله تعالى على الخلوص، محرراً من أن يملك العباد فيه شيئاً غير العبادة فيه، وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق أجمعين، أصله الكعبة، والوقف غير المسجد... بل ينتفع به - الوقف - بعينه، زراعة وسكنى وغيرهما، كما ينتفع بالملوكات، وما كان كذلك ليس كالمسجد»^(١).

ويجاب عن هذا، بأن للناس حاجة إلى ما يرجع إلى مصالح معاشهم ومعادهم، على السواء، فإذا جاز هذا النوع من الإخراج والحبس، لمصلحة المعاد - وهو المسجد - فكذلك لمصلحة المعاش، كبناء الخانات، والرباطات، واتخاذ المقابر، والقناطر، والمدارس^(٢) والمشافي، وما إليها، بل يرى الإمام محمد بن الحسن أن الأوقاف أولى بحكم اللزوم من المسجد، كما ذكرنا، لِمَا ينشأ من عدم اللزوم في الأوقاف من الأضرار ما لا يقع مثله في المسجد، إذ يقول فيما حكى عنه الإمام السرخسي: «ولو جاز الفرق^(٣) بين هذه الأشياء، لكان الأولى أن يقال: لا يلزم

(١) فتح القدير: (٤٢/٥).

(٢) المبسوط: (٢٩/١٢) وما يليها، وهذا في الواقع حكاية الإمام السرخسي عن الإمام محمد بن استدلاله على لزوم الوقف، بالقياس، خلافاً لأبي حنيفة، ومن هنا ندرك مدى ما منحه الإسلام من حرية الاجتهاد بالرأي القائم على الاستدلال الصحيح من أهله. «المبدع»: (٥/٣١٣ - ٣٢٩).

هذا، ومن الجدير بالملاحظة أن معظم الأئمة ذهبوا إلى التسوية بين مصالح الآخرة ومصالح الدنيا، على النحو الذي رأيت، من حيث الاعتبار وابتناء الأحكام عليها؛ إذ الإسلام دين الآخرة والأولى.

(٣) أي: بين الوقف للبر العام وبين وقف المسجد.

المسجد، وتلزم المقبرة، حتى لا تورث، لِمَا في النيش^(١) من الأضرار، والاستبعاد عند الناس^(٢)، كما أسلفنا.

وإذا صح القياس على المسجد، لقوة العلة في الأوقاف، كما يرى في استدلال القائلين باللزوم: «تبين أن ليس من ضرورة الحبس عن الدخول في ملك الغير، امتناع خروجه عن ملكه»^(٣) على حد تعبير الإمام السرخسي.

ومعنى هذا، أن عدم دخول العين الموقوفة في ملك أحد من الناس، لا يمنع من خروجها عن ملك الواقف، شرعاً، والخروج عن الملك وقفاً وتحسيساً لا إلى مالك، يستلزم اللزوم^(٤).

هذا، وقال بعض الفقهاء بالقياس على العتق، من حيث أن كلاً منهما إسقاط للملك دون عوض، والحكم هو الخروج عن الملك، لا إلى مالك، واللزوم مؤبداً.

ويتجه على هذا القياس، بأن فيه نظراً؛ إذ العتق محله الإنسان، والأصل فيه الحرية؛ وأنه لا يقبل الملك، والرقُّ عارض، فإذا زال العارض بالعتق رجع إلى الأصل، وهو الإنسانية والحرية، وعدم القابلية للملك، وليس كذلك الوقف، فإنه لا يُخرج العين الموقوفة عن المالية، بل تبقى المالية التي هي الأصل، والمال خُلِق ليُملك، فبالوقف تعود العين إلى ملك الواقف، حتى لا يكون سائبة، وإذا ثبت الملك للواقف انتفى اللزوم. هذا في رأي المانعين، وقد أجبنا عنه أنا نمنع التلازم بين بقاء الملك - على فرض بقاءه - وبين عدم اللزوم.

وأيضاً، نحن نرجح القياس على المسجد؛ إذ الوقف لم يُخرجه عن المالية، ولم يقل أحد: إن المسجد كالسائبة، أو بقاءه على ملك الواقف، وهو وقف لازم مؤبد، فكان القياس عليه أولى بالنظر والاعتبار^(٥)، وهو ما اعتمده الإمام محمد بن الحسن، كما رأيت.

(١) نيش قبور الموتى حال رجوع الواقف عن وقفها، إذا قلنا بعدم لزومه.

(٢) استنكار الناس لذلك. «المبسوط»: (٢٩/١٢).

(٣) المرجع السابق.

(٤) «المبسوط»: (٣٠/٢ - ٣١).

(٥) القول بالتلازم عند الصاحبين.

واستدلوا من المعقول، بالباعث على الوقف.

فقالوا: إن الباعث عليه يستلزم اللزوم، كما يستلزم خروج الموقوف عن ملك الواقف، إذ الوقف تعين تصرفاً شرعياً لاستمرار وصول الثواب إلى الواقف، في الحياة وبعد الموت، بالنص^(١) باستمرار منفعة العين.

ووجه المانعون على هذا النظر من النقد أن الحاجة إلى استمرار الثواب لا تستلزم حرمة التصرف، وإلا كان الوقف واجباً، لكنه مستحب، ومندوب إليه.

ولكننا نرى أن «الوقف» من حيث أساس تشريعه، قرينة خالصة لله عز وجل، وقواعد الشرع قاضية بعدم جواز الرجوع في القربات والصدقات، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣] تعظيماً لله تعالى، ولا مرية أن تعظيمه سبحانه مقصد شرعي قطعي، قد شرع له من الأحكام ما يحققه، وقول الرسول ﷺ: «إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية... الحديث»^(٢) يشعر بهذا؛ لأنها أنشئت بقصد القرينة لله تعالى.

يقول الإمام الشوكاني في هذا الصدد: قوله ﷺ: «صدقة جارية» يشعر بأن الوقف لازم، ولا يجوز نقضه، ولو جاز النقض لكان الوقف صدقة منقطعة، وقد وصفه الحديث بعدم الانقطاع^(٣)، وقد أشرنا إلى هذا الدليل قبلاً.

ومعنى هذا أن الشارع قد قصد جريان المنفعة واستمرارها، قرينة إليه تعالى، لما فيه من النفع العام، وقصد الشارع يجب تحقيقه، ولا يتأتى إلا باللزوم، فكانت دلالة الحديث على اللزوم دلالة إشارية التزامية، ولذا قال الشوكاني: «يُشعر باللزوم».

وأما قولهم: «إن الوقف من «المندوبات» فهذا لا نزاع فيه، ولكن قبل الشروع،

(١) «إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية».. الحديث [أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة].

(٢) أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة.

(٣) «نيل الأوطار»: (٢٧/٦). هذا وثمة فارق بين القرينة أو الصدقة، وبين الهبة. راجع: «الفواكه الدواني»: (٢٣٠/٥)، إذ الهبة لوجه المعطى له، مؤدّة، أما الصدقة فهي لثواب الآخرة، قرينة، فلزمت الثانية دون الأولى، والفارق هو أن الثانية قرينة، وليس كذلك الأولى.

أي: إِبَّان الإنشاء، لا من حيث الأثر، فمن أنشأ الوقف قربة لله عز وجل باختياره، فقد ألزم نفسه شرعاً بآثاره، تعظيماً لشأنه سبحانه، وتحقيقاً لمقصد الشارع من أساس تشريعه، وأدلة لزوم الوقف ناهضة بذلك.

ألا ترى إلى العتق، قربة لله عز وجل بلا ريب، وهو مندوب إليه، ولكنه بعد إنشائه يصبح لازماً بحكم الشرع، لأنه سبحانه قد قصد بحكم اللزوم هنا تحقيق مقصد عظيم، وهو إعادة الحياة الإنسانية إلى الرقيق؛ لأن الرق - كما يقول الفقهاء - موتٌ حكماً، فأساس حكم اللزوم إذن هو تحقيق ذلك المقصد، فالعتق مستحب إنشاءً، ولكنه لازم بقاءً وأثراً، فكذلك الوقف، ولو كان مستحباً إنشاءً وأثراً، لما تحقق مقصود الشرع من تشريع الوقف، وهو البرُّ العام المستمر المؤبَّد.

وفي هذا المعنى يقول الإمام الشوكاني: «الحق أن الوقف من القربات التي لا يجوز نقضها بعد فعلها، لا للواقف، ولا لغيره»^(١).

فلا وجه إذن لما وُجِّه إلى القائلين باللزوم، من أنه يلزم من كون الوقف مستحباً في الأصل أن يكون غير لازم؛ إذ لو كان لازماً، لكان واجباً إنشاؤه، ولكنه مستحب، لا يقال هذا؛ لأنه تبيين لك بجلاء أن ليس من ضرورة كون التصرف الذي هو - في الأصل - قربة إليه عز وجل، مندوباً أو مستحباً، أن يكون غير لازم أثراً، لما قدمنا.

ويؤكد المالكية هذا المعنى، فقد جاء في «الفواكه الدواني»: «ولا يرجع الرجل المتصدق في صدقته»، وعلل ذلك: «أن الصدقة لثواب الآخرة، بل لا يجوز أن ترجع الصدقة إلى المتصدق، ولو بعوض؛ لأن التسبب في تملكها منافٍ لقصد الفاعل، وهو ثواب الآخرة، والأصل في ذلك قوله ﷺ لعمر في الفرس الذي تصدق به: «لا تُشْتَرِه ولو أعطاكه بدرهم»^(٢) والنهي للتحريم، كما استظهره الإمام ابن عرفة، فكيف يقال بعد هذا، فيما وجه إلى القائلين باللزوم من نقد: «إن الحاجة إلى استمرار ثواب

(١) المرجع السابق.

(٢) أخرجه البخاري: ١٤٩٠، ومسلم: ٤١٦٣، وأحمد: ٢٨١، من حديث عمر.

الوقف، لا تستلزم حرمة التصرف بالموقوف؟^(١) بل نقول: تستلزم؛ لأن الشارع أراد تحقيق هذا الاستمرار، وشرع له حكمه، وهو اللزوم، قربة إليه تعالى، وتحقيقاً للخير العام، وهو ما جاءت الأدلة به.

فالسبب في اللزوم إذن هو قصد القربة، وهو داعية الوقف، والباعث عليه، توصلاً إلى استمرار الثواب الأخروي، باستمرار المنفعة المقصودة للشارع.

وقد أكد هذا المعنى أيضاً الإمام السرخسي، إذ يقول: «فتصير - أي: العين الموقوفة - محبوسة بنوع قربة قصدها»^(٢) أي: بسبب هذه القربة التي قصدها الواقف.

والاستمسك بأدلة لزوم الوقف، من الآثار المشهورة، والإجماع العملي، لا يمنع من البحث عن سبب حكم اللزوم هذا، أو أساس تشريعه، فقهاً واجتهاداً^(٣)، لتدرك حكمة تشريعه.

والواقع أن النظر الشرعي في حكم لزوم الوقف، منصبٌ على المصلحتين معاً، تحقيقاً لهما: مصلحة الواقف في قصده القربة لله عز وجل، تعظيماً لشأنه، ومصلحة الموقوف عليهم، في الانتفاع المستمر، وهو نوع من البر العام المقصود شرعاً، ولا يتم ذلك على الوجه الأكمل، إلا باللزوم.

(١) «الفواكه الدواني»: (٢/٢٢٠). وقوله: مناف لقصد الفاعل، أي: مناف للقربة المقصودة التي هي تعظيم لشأن الله عز وجل، فكانت سبباً في اللزوم، كما أكده الإمام السرخسي أيضاً.

(٢) «المسوط»: (١٢/٢٩).

(٣) ولا ينقض هذا بالوصية، لأنها - كما تعلم - تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وليس حالاً أو مُنجزاً، كالوقف، فالشارع - تفضلاً منه ورحمة - قد أباح للموصي الوصية مضافة - على خلاف القياس في التمليكات وهو التنجيز - إلى ما بعد الموت، ترجيحاً لمصلحته في جبر ما فاته، بسبب تقصيره عن أداء واجباته الدينية، وفتحاً لباب النفع العام، ولكنه في الوقت نفسه راعى مصلحة الموصي حال الحياة، فجعلها غير لازمة قبل وفاته؛ إذ ربما تطرأ عليه ظروف تلجئه إلى الرجوع فيها، حتى إذا توفي، لزمته، لانتفاء مظنة حاجة الموصي بالموت، وتحول النظر الشرعي عندئذ إلى تحقيق قصد القربة لله عز وجل، فكانت لازمة بعد الموت، لا يملك أحد من الورثة نقضها، ولأن الأصل أن الموصي يتصرف في خالص ماله، فتقدم حاجته على غيره، وسبب اللزوم - كما ترى - بالنسبة للموصي قصد القربة، فكانت مباحة أو مستحبة ابتداءً، ولكنها لازمة انتهاءً، أي: بعد الوفاة، خلافاً للوقف الذي شرع أصلاً مُنجزاً، لازماً، مؤبداً، بحكم الشرع، إثر إنشائه.

وعلى هذا، فلا يلزم من كون القربات المستحبة ابتداءً، أن تكون غير لازمة انتهاءً، لا سيما إذا نهضت الأدلة بلزومها على وجه لا يكاد يبلغ القطع.

ج - النقد العام والترجيح :

قد تبين لك أن منشأ الخلاف بين الجمهور وغيرهم في «لزوم الوقف» إنما هو «التكليف»^(١) أثراً لاختلافهم في تفسير بعض ألفاظ السنة وتأويلها، والتمسك ببعض الأقيسة الفقهية، وعدم وقوف بعض الأئمة المانعين على الواقع العلمي^(٢)، أو التطبيق الفعلي لمقتضى ما ورد في المسألة من الأحاديث والآثار المستفيضة الثابتة.

كما تبين لك قوة استدلال الجمهور بالآثار الثابتة من السنة قولاً وفعلاً^(٣)، ولا سيما حديث وقف عمر رضي الله عنه ما أمر به الرسول ﷺ من الشرط الصريح في بيان ماهية التحسيس، وأنه المنع من التصرف، والمنع من الانتقال بالإرث، وهذا يدل على اللزوم مؤبداً، وهو قوام الوقف وملاكه.

وبهذا الشرط الصريح في «ماهية التحسيس» تبين أن الحبس ليس منصباً على أصل الملك، بل على التصرف يمنعه، بجميع وجوهه المشروعة^(٤) وهو دليل اللزوم. وكذلك حديث وقف عثمان بئر رومة، حيث خلّاهما للمسلمين، وخرجت عن ملكه

(١) قد رأيت أن الوقف عند أبي حنيفة بمنزلة العارية، وهو عقد غير لازم، والوقف تبرع غير لازم، ويرى غيره أنه من التبرعات اللازمة، وآخرون يرونه من التمليكات بدون عوض، وفريق يعتبره من الإسقاطات بدون عوض، كالعق، أو وقف المسجد، «المبسوط»: (٢٨/١٢) وما يليها، و«نيل الأوطار»: (٢٤/٦) وما يليها، و«الوقف» للشيخ مصطفى شلي: ص ٢٨.

(٢) ولهذا حكى الطحاوي عن أبي يوسف قوله: «ولو بلغ أبا حنيفة لقال به؛ لأنه متبع لا مبتدع» أي: لو بلغه الدليل على لزوم الوقف، من واقع عمل الصحابة في المدينة، لما وسعه إلا القول باللزوم، كما فعل أصحابه، إذ رجعا عن رأي إمامهما، وقالوا في حضرة الإمام مالك باللزوم. «نيل الأوطار»: (٢٤/٦).

(٣) جاء في «البحر الزخار»: (١٤٧/٥)، وينحوه في «الفواكه الدواني»: (٢٢٤/٢): «وقد حبس نبينا والصحابة دوراً وحوائط».

(٤) إلا لعذر، كما إذا أصاب العين الموقوفة البلى أو الخراب، فيجوز حينئذ بيعها، واستبدال غيرها بها، لتقوم مقامها، وثمنها ليس حقاً للموقوف عليهم، بل هو تابع لأصل الوقف، كشخصية معنوية مستقلة، ولأن حق الموقوف عليهم في الربح لا في العين.

الفردى، ففقد سلطانه عليها، إذ أصبح دلوه فيها كدلاء المسلمين، ينتفع بها صدقة لا ملكاً، ولا أدل على اللزوم من هذا.

ومن عناصر قوة استدلال الجمهور أيضاً، حديث طلحة في «بَيْرُحَاء»^(١) وأثر خالد بن الوليد، حيث وقف سلاحه وأعتاده في سبيل الله^(٢).

ثم ما رأيت من إجماع الصحابة عملاً، على لزوم الوقف مؤبداً، والتصديق بالمنفعة وجوباً؛ إذ لم يثبت أن أحداً منهم رجع عن وقفه، أو تصرف فيه، أو أنكره على غيره.

وكان أساس إجماعهم «الشرط الصريح» بأمر الرسول ﷺ «على ألا يباع ولا يوهب ولا يورث»^(٣) وامثله عمر، وسار على نهجه الصحابة في أوقافهم.

وكذلك ما ورد في تأكيد مذهب الجمهور أيضاً، مما احتجوا به من المعقول من ملحظ قوي للإمام محمد بن الحسن، يردُّ به على إمامه بقياس الوقف على المسجد، بجامع القربة المقصودة لله عز وجل، في كلِّ منهما، والحكم هو خروج الوقف عن ملك الواقف، واللزوم المؤبد^(٤)، ووجوب التصديق بالريع.

ويقوي هذا الاستدلال العقلي القياسي، أن الإسلام - كما علمت - لا يفرق في ميزان تشريعه، بين مصالح الدنيا، ومصالح الآخرة، كما نوه بذلك الإمام محمد في رده على إمامه أبي حنيفة، وحكاه عنه الإمام السرخسي^(٥)، وهذا أصل عظيم.

وأيضاً، ليس أثر الوقف من باب إسقاط الملك لا إلى مالك كالعق - على نحو ما زعموا - وإسقاط الملك ممنوع في الإسلام؛ لأنه كالسائبة^(٦)، بل الوقف - عند

(١) أخرجه البخاري: ١٤٦١، ومسلم: ٢٣١٥، وأحمد: ١٢٤٣٨، من حديث أنس.

(٢) أخرجه البخاري: ١٤٦٨، ومسلم: ٢٢٧٧، وأحمد: ٨٢٨٤، من حديث أبي هريرة، وهذا خير من القياس على العتق، لما رأيت من الفارق الذي يوهن من عليّة الإلحاق.

(٣) أخرجه البخاري: ٢٧٣٧، ومسلم: ٤٢٢٤، وأحمد: ٤٦٠٨، من حديث ابن عمر.

(٤) «المبسوط»: (١٢/٣٠ وما يليها).

(٥) المرجع السابق.

(٦) «المبدع في شرح المقنع»: (١١٣/٥ و٣٢٩).

التحقيق - عقد أو تصرف انفرادي، من نوع خاص، يترتب عليه انتقال ملكية العين الموقوفة إلى «الشخصية الحكومية» بحكم الشرع، ووجوب التصديق بالمنفعة أو الربح على وجه اللزوم والتأييد، فالوقف وإن كان تصرفاً شرعياً مندوباً إليه ابتداءً، لكن أثره اللزوم، ووجوب التصديق بالربح شرعاً بالنسبة الثابتة والإجماع، والمعقول، فالواقف يوجب على نفسه بنفسه، فيصبح متلزماً بحكم الشرع، لغرض النفع العام المقصود تحقيقه في الوجود، ومن يقيد نفسه بإرادته الحرة، فهو حر، وهذه الشخصية الحكومية التي تنشأ بحكم الشرع أثراً للتصرف الانفرادي مستقلة عن الشخصية الحقيقية للواقف، والموقوف عليهم، والعين المادية الموقوفة، على السواء؛ لأنها تصور فقهي اعتباري، تعتبر أساساً لتخريج كثير من أحكام الوقف، وإن لم يعبروا عنها بهذا الاصطلاح، بل باصطلاح آخر، وهو قولهم: «على حكم ملك الله تعالى».

وهذه الشخصية الحكومية ذات ذمة مستقلة أيضاً كالشخصية الحقيقية، تتعلق بها حقوق أصل الوقف، وما عليه من التزامات، ويمثلها القيم أو الناظر.

يرشدك إلى تصور الفقهاء لهذه الشخصية الحكومية للوقف، قولهم: إن الواقف «إذا عين ناظراً لوقفه عند إنشائه، لا يملك بعدئذ عزله»^(١) وتفسير ذلك أن شخصية الواقف قد استقلت عن شخصية الوقف، وأن أمر العزل والتعيين أصبح من حق هذه الشخصية الحكومية للوقف، والناظر أصبح ممثلاً لها، نظير ذلك الدولة.

وفي هذا المعنى يقول صاحب «المبدع»: «فإن جعله - جعل الواقف - النظر لغيره، لم يُعزَل بلا شرط»^(٢)، وهذا دليل بيّن على تأصل فكرة الشخصية المعنوية للوقف في تصور الفقهاء وتكييفهم له؛ إذ صدروا عن اجتهادات تتعلق بمدى صلة الواقف بالوقف، لا يمكن تخريجها إلا على أساس هذه الشخصية الاعتبارية المستقلة.

فالواقف من حيث السلطة أو الولاية على الوقف كسائر الناس، وفقدانه سلطته

(١) «المبدع في شرح المقنع»: (٥/١١٣ و ٣٢٩).

(٢) المرجع السابق.

على الوقف بعد إنشائه، آية خروج العين عن ملكه، لا إسقاطاً له، بل انتقالاً إلى هذه الشخصية الحكمية، وأن حق النظر أصبح تابعاً لمن يمثل جهة الوقف هذه، وهذا المُدرك الدقيق المشتق من تصور الفقهاء للوقف - ولو لم يعبروا عنه - ينبغي أن يتخذ أساساً في حكم لزوم الوقف، وتخريج كثير من أحكامه التي اشتجر الخلاف فيها.

وأيضاً، العين الموقوفة إذا تخرت بيعت، لهذا العذر، ولكن ثمنها ليس حقاً للموقوف عليهم، بل للشخصية الحكمية للوقف، يُشترى به عين أخرى، تقوم مقامها أصلاً للوقف، ومستقلة، وحق الموقوف عليهم في الربح لا في العين.

ويؤكد هذا أيضاً، ما رأينا من حال عثمان رضي الله عنه بعد وقفه لبئر (رومة) وفقدان سلطانه عليها، كما رأيت، وبصريح قوله رضي الله عنه: «فيجعل دلوها فيها كدلاء المسلمين»^(١) وهذا القول النبوي هو منشأ تصور الفقهاء للشخصية الحكمية للوقف؛ لأنه صريح في تقرير أنه لم يعد للواقف سلطان على وقفه، بعد إنشائه، فهو كسائر المسلمين من حيث الحق في مجرد الانتفاع، لا في الملك.

ومن هنا، فرَّع صاحب «المبدع» على هذا الأصل، أن الواقف إذا عين ناظراً للوقف، فإنه لا يملك عزله بعد ذلك، لفقدانه سلطانه على وقفه بعد إنشائه، إلا إذا اشترط عند إنشاء وقفه وفي صلب العقد، أن له حق تعيين الناظر وعزلهم، فيعمل بالشرط حينئذ، أثراً للعقد، لا استمراراً للملك، فتحترم إرادته عند الإنشاء، لا بعده؛ إذ بعد الإنشاء تنشأ للوقف شخصية معنوية مستقلة منفصلة عن شخصية الواقف، بحكم الشرع، ويكون لها ذمة مستقلة، ويفقد سلطانه عليه، إلا في حدود ما اشترطه عند الإنشاء، والشخصية الحكمية كالحقيقة، فكيف يقال: إن عين الوقف قد زالت لا إلى مالك؟

والواقع أن الوقف الخيري، بما هو أمر ترجع المصلحة فيه إلى المسلمين، أو جماعة منهم، انتفاعاً (إلى جهة بر لا تنقطع) وهو ما أفاده صريح قوله رضي الله عنه: «فيجعل

(١) أخرجه الترمذي: ٣٧٠٣، والنسائي: (٢٣٥/٦)، وأحمد: ٥٥٥، من حديث عثمان بن عفان، وإسناده حسن.

دلوه فيها كدلاء المسلمين» أو تعبير الفقهاء: «جهة بر عام». أقول: إن الوقف بهذه المثابة، حق الملك فيه عام لا خاص، والحق العام تمثله الشخصية الاعتبارية للوقف، كما هو الشأن في بيت المال، والدولة وغيرهما.

ومعلوم أن «الحق العام» حق غيري لا ذاتي^(١)، بمعنى أن المصلحة أو الثمرة في هذا الحق تعود إلى الغير، لا إلى من أسند إليه الحق، فحق الملك في أصل الوقف عائد إلى الشخصية المعنوية للوقف، والمصلحة فيه - وهو الربيع - إلى الموقوف عليه، نظير ذلك حق الولاية على الرعية، وحق الحضانة.

وفائدة هذا الإسناد، أن رعاية حقوق أصل الوقف، والقيام عليه، واستبداله عند العذر من خراب، ونحوه، وتوزيع الربيع على المستحقين، وما إلى ذلك من الإشراف على شؤون أصل الوقف، ينهض به من يمثل هذه الشخصية المعنوية للوقف، ومن هنا لم يعد هذا الملك صورياً، ولا عاد الوقف كالسائبة، كما تصور بعض الفقهاء؛ لأنه تصور بعيد جداً عن مقصود الشرع الذي تنطوي عليه نصوص السنة الثابتة.

هذا، فضلاً عن أن الوقف تشريع ونظام دقيق في الإسلام، كما أسلفنا، ولتشريعه مؤيدات قضائية، بل وأصبح يمثل الأوقاف وزارات ومديريات، تأكيداً لشخصيته الحكومية المستقلة.

ألا ترى إلى «الحَمَى» حق الملك فيه للدولة، لا لشخص معين، والنفع عائد لخيول الجهاد، ونعم الصدقات «الزكاة» التي مآل النفع فيها إلى مصارفها العامة؟

وملكية الحمى انتقلت من صاحب الأرض إلى الدولة، بحكم الشرع؛ لأنه استملاك يُخَرَّجُ على أساس عقد ضمني جبري يُقَدَّرُ استلزاماً واقتضاءً^(٢)، للصالح العام، وهذا معنى قول عمر رضي الله عنه: «ولولا ما أُحْمَلُ عليه في سبيل الله، ما حميت عليهم من بلادهم شبراً»^(٣).

(١) راجع كتابنا: «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده»: الحق الغيري أو الوظيفي.

(٢) راجع: «أصول التشريع»: دلالة الاقتضاء، للمؤلف.

(٣) أخرجه البخاري: ٣٠٥٩.

وملكية الوقف تنتقل أيضاً إلى جهة الوقف، أي: الشخصية الحكومية، بناء على تصرف انفرادي شرعي صريح ابتداء من قبل الواقف، بحكم الشرع أيضاً، بما قدمنا من الأدلة، ولأن الواقف قد قصد جعله قربة إلى الله عز وجل، وما جعل قربة لا يجوز فيه الرجوع شرعاً، فهو متبرع ابتداء، مُلْزَمٌ انتهاءً.

وفي هذا المعنى يقول الإمام السرخسي - رحمه الله -: «لأنها^(١) تصير محبوسة^(٢) بنوع^(٣) قربة قصدها^(٤)» كما أشرنا.

فالحكم في كلٍّ من الحمى والوقف من حيث الأثر، هو اللزوم شرعاً، رعاية للصالح العام، وتُمثّل كلاً منهما شخصية معنوية تعود إليها حقوقه والتزاماته، وإن كان العقد في الأول جبري ضمنى، والثاني تصرف انفرادي طوعي صريح؛ إذ العبرة بالأثر، ومقصود الشرع.

فالخلاف إذن في ملكية الوقف، ومصيرها، وما يترتب على ذلك من الخلاف في اللزوم وعدمه، وهل ثمة من تلازم بين بقاء الملك للواقف، وعدم اللزوم؟ هذا الخلاف المتشعب الأطراف غدا لا معنى له؛ لأنه خلاف نشأ أصلاً عن مسألة «إسقاط الملك» كالتعق، وخروجه لا إلى مالك من الناس، وهو ممنوع شرعاً، لذا حرص أبو حنيفة - رحمه الله - على إثبات بقاء الملك للواقف الذي يستلزم عدم اللزوم.

وبذلك تفادينا اللجوء إلى فكرة «الملك الصوري الفردي» وهو لا نظير له في الشرع، وتفادينا كذلك ما ألجأ المالكية إلى التنظير للوقف (بأم الولد) من حيث بقاء الملك صورةً للواقف، والمنع من التصرف، وهو تنظير فاسد لا يفيدهم، لما رأينا من أن (أم الولد) إنسان حرص الشارع على المنع من التصرف فيها تملكاً، تشوفاً إلى تحريرها من الرق، لنعود إلى الأصل، وهو إنسانيتها، وليس كذلك الوقف في الممتلكات المالية، بحكم الأصل والإنشاء.

(١) العين الموقوفة.

(٢) موقوفة يمنع التصرف فيها.

(٣) أي: بسبب ما قصد من القرية.

(٤) «المبسوط»: (٢٨/١٢).

إذن تصوّر بعض الفقهاء أن خروج الملك في الوقف لا إلى مالك من الأناسي، بحيث يجعله كالسائبة، هو الذي استدعى القول بالملك الصوري الفردي، وهو تكييف تعوزه الدقة في تفهم وتعمق نصوص السنة الثابتة ومراميتها، فالوقف ليس كذلك؛ لأنه تسبيل لا تسيب، كما أشرنا، ولأنه ليس إسقاطاً للملك على التحقيق، بل انتقال الملك إلى جهة الوقف، بحكم الشرع، وهي ما نطلق عليها الشخصية الحكمية، وهذا هو التكييف الذي يتفق ومقصود الشرع المستخلص من السنة الثابتة، ومقصود الشرع يجب تحكيمه في كل اختلاف.

وأغلب الظن أن الإمام السرخسي قد تصور جهة الوقف هذه، حيث أجاز خروج العين عن ملك الواقف، دون أن تدخل في ملك أحد من الناس، كيلا تملك ملكاً فردياً، ولم يره إسقاطاً، بل رآه انتقالاً للملك، حيث أدخل العين في ملك جهة الوقف، كالمسجد، تأييداً لرأي الصاحبين اللذين أطلقا على جهة الوقف هذه أو الشخصية الحكمية له «على حكم ملك الله تعالى»^(١)، ولا عبرة باختلاف الأسماء إذا اتحد المضمون.

وإليك عبارة الإمام السرخسي: «وبهذا^(٢) يتبين أنه ليس من ضرورة الحبس^(٣) عن الدخول في ملك الغير، امتناع خروجه عن ملكه^(٤) بمعنى أنها تخرج عن ملك الواقف قطعاً إلى جهة الوقف، انتقالاً؛ لأن أحداً من العلماء لا يقول بجواز إسقاط الملك لا إلى مالك بإطلاق».

(١) راجع: تعريف الوقف عند الصاحبين.

(٢) يشير إلى وقف المسجد، حيث تخرج البقعة التي بني عليها (الأرض) عن ملك الواقف قطعاً، دون أن تدخل في ملك أحد من الناس، وهذا لا ينفي أن تدخل في جهة الوقف، أي: في ملكية الشخصية الحكمية للوقف.

(٣) المنع.

(٤) «المبسوط» للسرخسي: (٢٩/١٢). وإنما قلنا: إن العين الموقوفة تخرج عن ملك الواقف بحكم الشرع على الأصح، إذ السبب الشرعي هو التصرف بإنشاء الوقف بقصد جعله قرينة إلى الله تعالى، فلا يجوز الرجوع فيه، كما جاء في «المبسوط» (٢٨/١٢): «لكنها تصير محبوسة بنوع قرينة قصدها» أي: تصير بحكم الشرع لازمة، بسبب القصد إلى جعلها قرينة إلى الله تعالى، واللزوم مستفاد إشارة من قوله: «محبوسة» إذ لو لم تكن لازمة، لما كانت محبوسة.

فانتقال العين إلى ملك الشخصية المعنوية للوقف، هو لازم كلام الإمام السرخسي السابق.

هذا، ويتبين لك أيضاً ضعف ما استند إليه المانعون من بعض الأحاديث، فمن قائل بأنه موضوع، ومن قائل بأنه منسوخ، ومن قائل بأنه رأي صحابي لا تنهض به حجة.

على أنها - فضلاً عن تأويلها المستكره - ليست نصاً في موضوعنا، أي: لم تكن مسوقة أصالة، وبوجه خاص، بل هي عامة ترد عليها الاحتمالات الكثيرة.

ومن المعلوم أن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال، فكيف إذا كثرت فيه الاحتمالات؟

وأيضاً، على افتراض صحتها وشمولها، لا تقوى على معارضة السنة الثابتة المستفيضة والواردة في موضوعنا نصاً، بل الأولى أن تحكم هذه على تلك بالتخصيص، جمعاً بين الأدلة، فضلاً عن كونها لا تقاوم إجماع الصحابة عملاً، بل الإجماع يحكم عليها بالتخصيص أيضاً؛ لأن في التخصيص إعمالاً للدليلين، وتوفيقاً بينهما، وهو خير من إهمالهما، أو إهمال أحدهما، كما ذكرنا.

وكذلك يبدو لك ضعف ما تمسكوا به من أقيسة فقهية؛ إذ لا اعتبار للقياس في مورد النص، فضلاً عن الإجماع، كما تعلم.

هذا، وقد رأينا الجمهور يخالف أبا حنيفة في ذهابه إلى عدم اللزوم، بل يخالفه أئمة مذهبه هو، لا سيما أصحابه، حتى لقد قسا محمد بن الحسن على إمامه - رحمه الله - قسوة شديدة، إذ رماه «بالتحكيم على الناس» لقوله بعدم لزوم الوقف^(١).

وكذلك غيره من أئمة مذهبه، كالسرخسي، إذ يقول: «الناس لم يأخذوا بقول أبي حنيفة لاشتهار الآثار»^(٢).

(١) «المبسوط»: (١٢/٣٠ وما يليها).

(٢) المرجع السابق.

وكالإمام الكمال بن الهمام إذ يقول: «الحق تَرْجُحُ قول عامة العلماء؛ لأن الأحاديث والآثار متضافرة على ذلك»^(١).

ويقول الإمام الشوكاني: «والحق، أن الوقف من القُرْبَات التي لا يجوز نقضها بعد فعلها، لا للواقف، ولا لغيره»^(٢).

ويقول القرطبي: «رأى الوقف مخالف للإجماع لا يلتفت إليه»^(٣).

والواقع، أن ليس شيء من أدلة أبي حنيفة يقوى على معارضة إجماع الصحابة عملاً على لزوم الوقف، فضلاً عن الآثار المستفيضة الناهضة بذلك، قولاً وفعلاً. وبذلك يترجح لديك لزوم الوقف مؤبداً، ووجوب التصديق بريعه، تحقيقاً لمرافق البر العام الدائم، في المجتمع الإسلامي، وهو مقصد شرعي قطعي، والله أعلم.



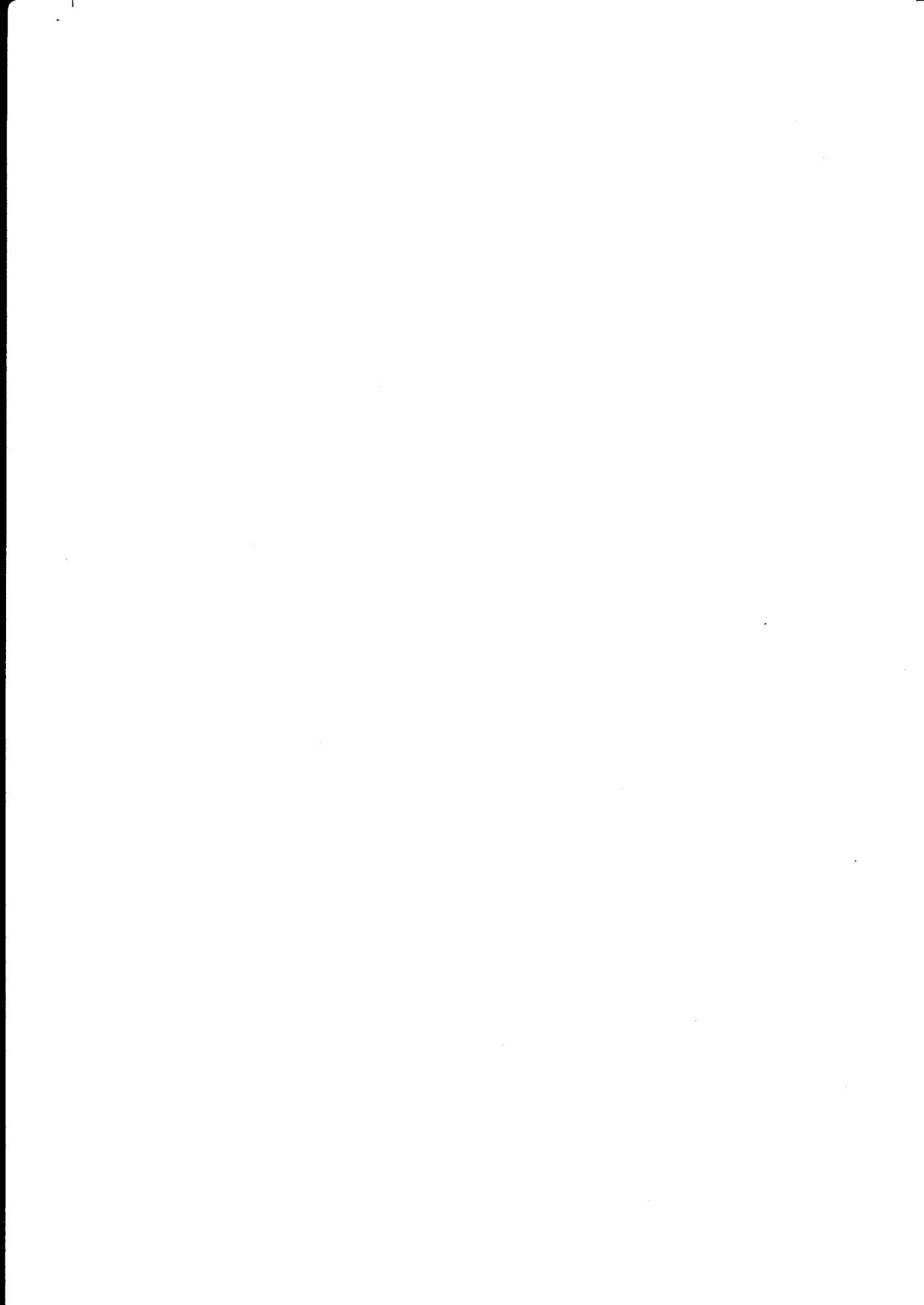
(١) «فتح القدير»: (٤٣/٥).

(٢) «نيل الأوطار»: (٢٧/٦).

(٣) المرجع السابق.

ومقصود الشرع يطلق عليه روح التشريع العامة.

وهذا تطبيق للأصل المعنوي العام، من أنه إذا تقابل شران أو ضرران، أخذ بأخفهما، وهو ما يقول به الإمام الغزالي، ولكنه لا يطبقه في مسألة التفریم، خلافاً للإمام الشاطبي.



البحث الثاني عشر منهج البحث في الصيد

أولاً - معنى الصيد لغة وشرعاً.

ثانياً - تحليل التعريف الشرعي للصيد، وبيان عناصره، ومحتجزاته.

أ - وصف الحيوان بكونه «متوحشاً» بالطبع، قيد أساسي في التعريف، لإخراج المستأنس طبعاً (الأليف) وكذلك الحيوان الذي طرأ عليه التوحش، عند بعضهم (المالكية) خلافاً للجمهور والإمامية.

ب - علة جِلِّ الحيوان المتوحش المأكول اللحم، بالصيد أو العقر - كذكاة له - هي «عدم القدرة عليه» وهو مذهب الجمهور.

ج - الإمام مالك، والليث بن سعد، يريان: أنه لا يحل الأكل لما توحش إلا بالذكاة الشرعية في الحلق أو اللبة، حسب الأحوال، ولا يحل بالصيد عقراً.

د - سبب الاختلاف هو معارضة الأصل للخبر.

هـ - الحيوان الوحشي بطبعه، المأكول اللحم، إذا استأنس، لا يحل أكله إلا بالذكاة الشرعية، دون العقر والاصطياد، لِتَحَقُّقِ القدرة عليه بزوال صفة التوحش والامتناع، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا.

و - الحيوان الوحشي بطبعه، إذا زال بالرمي أو بأخذ الجراح له امتناعه وتوحشه، ولم يرفع حياته، وأدركه الصائد وفيه حياة مستقرة، أو حياة فوق حياة المذبوح، لم يجز أكله إلا بالذكاة الشرعية، لتحقق القدرة عليه بزوال امتناعه ووحشيته، إجمالاً.

ثالثاً - مشروعية الصيد:

ثبتت مشروعية الصيد بالكتاب والسنة، والإجماع، والمعقول.

أولاً - أما الكتاب:

١ - فلقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَكُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ... ﴾ [المائدة: ٤] ووجه الاستدلال بها.

٢ - وقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْمُقَدَّاتِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَيْمَتُهُ الْأَنْفَرِ إِلَّا مَا يَتَلَّ عَلَيْكُمُ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ... ﴾ إلى قوله تعالى: وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴿ [المائدة: ١ - ٢] ووجه الاستدلال بها.

٣ - وقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَّعْنَا لَكُمْ فِيهَا حُرْمًا وَلِلسَّيِّئَاتِ حُرْمٌ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمَّتْ حُرْمًا... ﴾ [المائدة: ٩٦].

ثانياً - أدلة مشروعية الصيد من السنة مع بيان وجوه الاستدلال بها

أ - حديث عدي بن حاتم في رواياته المتعددة.

ب - حديث أبي ثعلبة الخُشَنِيِّ ورواياته، وحديث رافع بن خديج.

- وجه الاستدلال بهذه الروايات على أن الصيد مشروع.

- ما يستنبط من هذه الروايات من أحكام تتعلق بالصيد، وجِلِّهِ، والصائد،

وآلة الصيد، والشروط التي تتعلق بكل أولئك.

ثالثاً - القياس.

رابعاً - حكم الصيد، أو وصفه الشرعي في الأحوال المتغيرة. تعثره الأحكام

الخمسة، من الإباحة - وهي الأصل - والفرض، والندب، والكرهية، والتحريم.

خامساً - شروط حل الأكل من المصيد، وهي نوعان:

أ - شروط تتعلق بحل الأكل من المصيد بالآلة الحادة.

ب - شروط تتعلق بحل الأكل من المصيد بالجراح المعلم.

- أما شروط النوع الأول فهي كما يلي:

أولاً - (وهو شرط مشترك) أن يكون الصيد غير مقدور عليه.

ثانياً - أن تجرحه الآلة المحددة من السهم، أو الرمح، أو السيف، وما يجري مجراها، فيدميه، ويموت من هذا الجرح، لا بسبب آخر، حتى يكون موته بالاصطياد المنسوب إلى الصائد، لا بالخنق، ولا بالوقذ، ولا بالصدمة، ولا بالرعب من الجرح، أو بالغرق في الماء.

آراء الفقهاء في حكم الحيوان المستأنس إذا توحش، بم تكون ذكاته؟ وكذا إذا استعصى

وتعسر ذبحه:

- اجتهاد «الإمامية» في كل حيوان، ولو مستأنساً، إذا تعذر، أو تعسر ذبحه أو نحره، توحشاً، أو استعصاء، فإن العقير ذكاته، للضرورة التي مردها عدم القدرة عليه، وهو «العلة» في ذكاة الضرورة، وإن لم يصادف العقير موضع التذكية الشرعية، دفعاً للحرج، وعدم إضاعة المال، وسدّاً للحاجة.

- حكم الصيد بالبندقية النارية ونحوها من الأسلحة الحديثة المعروفة في أيامنا.

- وجوب تذكية الحيوان الوحشي بطبعه، أو المتوحش، أو المستعصي، بعد إصابته برصاص البندقية النارية ونحوها، وجرحه، إذا أدركه الصائد حيّاً، غير منفوذ المقاتل، للاحتياط.

- القاعدة العامة التي يمكن استخلاصها من اجتهادات الفقهاء.

ثالثاً - أن يكون الحيوان الوحشي أو المتوحش، أو المستعصي، مأكول اللحم شرعاً.

رابعاً - ذكر اسم الله تعالى، أو (التسمية) عند إرسال الجراح المعلن، أو الرمي بالسهم ونحوه، أو إطلاق الرصاص ونحوه من البندقية النارية، أو ما يشبهها.

أ - موضع التسمية في الصيد، على الآلة الجمادية الحادة، أو على الجراح

المعلم، عند الرمي أو الإرسال، لا على الحيوان الذي يُراد صيده؛ لأنه غير مقدور عليه، بخلاف الذكاة الشرعية الاختيارية، فموضع التسمية على الحيوان الذبيح نفسه، لا على الآلة؛ لأنه مقدور عليه.

ب - حكم التسمية في الاصطیاد، والأدلة التي تنهض به في فقه المذاهب.

* * *

بحث الصيد

في الفقه الإسلامي المقارن

أولاً - معنى الصيد لغةً وشرعاً

أ - أما لغة، فالصيد مصدر صاد يصيد، ويصاد، صيداً: اصطاده، والصيد: المصيد، تسمية لاسم المفعول بالمصدر، والجمع صُيود^(١).

هذا، وقد جاء في «المغرب» تعريف للمصيد بأنه: كل ممتنع متوحش طبعاً، لا يمكن أخذه إلا بحيلة^(٢)، وهو قريب من المعنى الشرعي^(٣).

ب - أما تعريفه شرعاً، فهو: اقتناص حيوان متوحش بالطبع، ممتنع عن الأدمي، غير مقدور عليه.

ثانياً - تحليل التعريف الشرعي للصيد بالمعنى المصدري

أ - إن وصف الحيوان بكونه «متوحشاً» قيد أساسي في التعريف، لإخراج الحيوان «المستأنس» كالغنم، والبقر، والإبل، ونحوها، فهذه لا يجوز اصطیادها؛ لأنها ما دامت مستأنسة فهي مقدور عليها تؤخذ باليد، فيتعين ذبحها بالذكاة الشرعية؛ لأنها هي

(١) «مختار الصحاح» للرازي: ص ٣٧٥، ط - دار المعرفة - بيروت، «أساس البلاغة» للزمخشري - ط - دار بيروت ص ٣٦٧.

(٢) هذا التعريف للمصيد، هو ما نقله صاحب كتاب «اللباب في شرح الكتاب» تأليف الشيخ عبد الغني الغنيمي الميداني الدمشقي: (٢١/٣) - ط - المكتبة العلمية - بيروت.

(٣) المرجع السابق ص ٢١٧ وما يليها.

الأصل في حِلِّ الذبيحة، ولأن «الصيد» بجميع آلاته المشروعة التي سيأتي تفصيلها، يُعتبر عقراً، أي: ذكاة ضرورية، لا اختيارية، لعدم القدرة على المصيد، ولا تكليف إلا بالوسع، يقول ابن رشد: «واتفقوا على أن الذكاة المختصة بالصيد هي العقر»^(١)، فلذلك، كانت هذه الرخصة على سبيل الاستثناء بالنسبة إلى الحيوان المتوحش طبعاً دون «المستأنس» إذ لا ضرورة إلى اللجوء إلى «الصيد» ما دام مقدوراً عليه، ولا يلجأ إلى البدل أو الرخصة إلا إذا تعذرت العزيمة، أو تعسرت، عملاً بمقتضى الأصل العام: «لا تكليف إلا بمقدور».

وقولنا: «متوحش بالطبع»، تمييزاً للمستأنس الذي طرأ عليه «التوحش» كالبعير الناذ، أو الشاة الشاردة، لكنه يشبه المتوحش طبعاً، من حيث امتناعه، وعدم القدرة عليه في هذه الحال، وهذا فصل اختلف فيه الفقهاء، فمنهم من ألحقه بالمتوحش طبعاً من حيث عدم القدرة عليه، فأجاز اصطياده الذي يعتبر ذكاة ضرورية له. يقول ابن رشد في هذا المعنى ما نصه: «وذلك أن «العلة» في كون «العقر» ذكاة في بعض الحيوان، ليس شيئاً أكثر من عدم «القدرة عليه» لا لأنه وحشي فقط»^(٢).

بينما فريق آخر من الفقهاء نظر إلى «فطرة التوحش» فاعتبرها هي «العلة» في حِلِّ الاصطياد، ولم يعتبر الطارئ، وبالتالي لم يحل الاصطياد في مثل هذه الحال^(٣) الطارئة.

غير أنه يشهد للرأي الأول حديث رافع بن خديج قال^(٤): «كنا مع رسول الله ﷺ في سفر، فنذ بعير من إبل القوم، ولم يكن معهم خيل، فرماه رجل بسهم، فحبسه، فقال رسول الله ﷺ: «إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش، فما فعل منها هذا، فافعلوا به هكذا»^(٥) رواه الجماعة.

(١) «بداية المجتهد»: (٤٥٥/١).

(٢) المرجع السابق.

(٣) والإمامية، والحنفية والشافعية والحنابلة، على الرأي الأول، كما سيأتي بيانه.

(٤) «البدائع» للكاساني: (٤٣/٥)، قوله: «وأما الشاة فإن نذت في الصحراء، فذكاتها العقر؛ لأنه لا يقدر عليها، وإن نذت في المصر (المدينة) لم يجز عقرها».

(٥) أصابه السهم فوقف. والحديث أخرجه البخاري: ٢٤٨٨، ومسلم: ٥٠٩٢، وأبو داود: ٢٨٢١، =

ووجه الاستدلال أن قوله ﷺ: «إن لها أوابد» أي: إن لها «توحشاً» وهو توحش طارئ؛ لأنها - في الأصل - مستأنسة^(١).

ب - علة حل الحيوان المتوحش المأكول اللحم بالصيد أو العقر، كذكاة له - هي عدم القدرة عليه، وهو مذهب الجمهور.

هذا، وظاهر الحديث يدل على «جواز أكل ما رمي بالسهم، فجرح، في أي موضع كان من جسده، بشرط أن يكون وحشياً أو متوحشاً»^(٢)، وهو رأي الجمهور، لعللة عدم القدرة عليه، كما ذكرنا.

وذهب الإمامية إلى عين ما ذهب إليه الجمهور.

ج - هذا، وروي عن الإمام مالك، والليث بن سعد، وسعيد بن المسيب، وربيعه، أنه: «لا يُحِلُّ الأكل لما توحش، إلا تذكيةً في حلقه، أو لَبَّتِهِ»^(٣). ويقصد بذلك «الذكاة الشرعية» التي هي الأصل.

ويقول ابن رشد في الحيوان المستأنس إذا توحش، فلم يُقدر على أخذه، ولا ذبحه أو نحره، تعبيراً عن رأي الإمام مالك: «لا يؤكل إلا أن يُنحرَ من ذلك ما ذكاته النحر، ويذبح ما ذكاته الذبح، أو يفعل به أحدهما، إن كان مما يجوز فيه الأمران جميعاً»^(٤).

غير أن ما جاء في كتاب «المسوى شرح الموطأ» للإمام مالك، وذلك فيما نصه: «أنه - أي: الإمام مالك - بلغه أن سعيد بن المسيب كان يكره أن يقتل الإنسية بما يقتل الصيد من الرمي وأشباهه»^(٥) فيقول الإمام الدهلوي على هذا تعليقاً: «قلت: هذا

= والترمذي: ١٤٩٢، والنسائي: (٢٢٦/٧)، وابن ماجه: ٣١٨٣ وأخرجه أحمد: ١٥٨٠٦. وانظر «نيل الأوطار» للشوكاني: (١٤٩/٨) - ط ثالثة - مصطفى الباي الحلي - القاهرة - ١٩٦١.

(١) المرجع السابق.

(٢) «نيل الأوطار»: (١٥٠/٨).

(٤) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٤٥٤/١)، من المعلوم أن الحيوان منه ما لا تجوز تذكيته إلا بالذبح في أعلى العنق، ومنه ما لا يجوز ذلك إلا بنحره كالإبل في أسفل العنق.

(٥) «المسوى» - شرح الموطأ - تأليف الإمام ولي الدين الدهلوي: (٣٤٥/٢) - طبع دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

مخصوص بما إذا لم يتوحش، وأمکن ذبحه، فإذا توحش صار بمنزلة الصيد، لحديث رافع بن خديج^(١).

على أن كل حيوان لا يُقدر عليه، لوحشيته طبعاً، أو توحشه طروءاً، أو ترديه في بئر حتى تعذر ذبحه في محل الذبح من الحلق^(٢) أو اللبّة^(٣)، لاستعصائه، فإن «عقره ذكاته» والعقر هو: طعن الحيوان في أي موضع من جسمه كالفخذ ونحوه، شريطة أن يجرحه، ويسيل دمه ويقتله.

وسبب الاختلاف هو معارضة الأصل للخبر:

١ - أما الأصل، فهو أن الحيوان الإنسي الأليف لا يَحِلُّ أكله إلا بالذكاة الشرعية، ذبحاً أو نحرأ، كالشاة والإبل، وما إليها، وأن الوحشي إنما يحل أكله بالعقر، أي: بالطعن بألة حادة في أي موضع من جسمه، بشرط أن يسيل دمه، ويموت من ذلك الجرح، هذا هو الأصل.

٢ - أما الخبر المعارض لمقتضى هذا الأصل، فحديث رافع بن خديج الذي رويناہ آنفاً^(٤).

هذا، وإنما اعتبر «العقر»^(٥) في مثل هذه الأحوال «ذكاة» في حكم الشرع، لمكان «الضرورة» في كل منها، حتى ولو كان الحيوان مستأنساً أصالة^(٦)، وفي هذا المعنى جاء في كتاب «تحرير الوسيلة» أيضاً ما نصه: «كل ما يتعذر ذبحه أو نحره (في محل

(١) المرجع السابق.

(٢) بداية المجتهد: (١/٤٥٤).

(٣) الوهدة التي في أسفل العنق.

(٤) بداية المجتهد: (١/٤٥٤)، و«نيل الأوطار» للشوكاني: (١٣٨/٨ - ١٤٠).

(٥) العقر: هو الجرح بسهم ونحوه، في أي موضع من بدن الحيوان، بشرط أن يريق دمه، وأن يقتله بهذا الجرح، وأن يقصد تذكيته، وأن يكون أهلاً للتذكية. «الفقه على المذاهب الأربعة»: (١٩/٢). يصادف العقر موضع التذكية، أو لا يصادف، وسقطت شرطية الذبح والنحر.

(٦) راجع «البدائع» للكاساني: (٥/٤٣ وما يليها)، وراجع: «المسوى شرح الموطأ» (٢/٣٤٥)، وراجع:

«مغني المحتاج» للخطيب الشربيني: (٤/٤٦٨).

الذبيح) إما لاستعصائه، أو لوقوعه في موضع لا يتمكن الإنسان من الوصول إلى موضع ذكاته، ليذبحه أو ينحره، كما لو تردى في البئر، أو وقع في مكان ضيق، وخيف موته: جاز أن يُعقر بسيف، أو سكين أو رمح، أو غيرها، مما يجرحه ويقتله، ويحل أكله، وإن لم يصادف العقر موضع التذكية، وسقطت شرطية الذبيح والنحر^(١). وهذا شامل لكل حيوان، وحشياً كان أو متوحشاً، أو إنسياً تعذر ذبحه ونحره^(٢).

على أن هذا هو ما أكدته السنة فيما روي عن أبي العُشراء، عن أبيه، قال: «قلت: يا رسول الله، أما تكون الذكاة إلّا في الحلق واللّبة؟ قال: «لو طعنت في فخذها، لأجزأك» رواه الخمسة^(٣). . . . وعلق عليه ابن تيمية بقوله: «وهذا فيما لم يُقدر عليه»^(٤). والجرح لا بد منه لتحقيق معنى الذكاة.

د - الحيوان الوحشي المأكول اللحم إذا استأنس، لا يحل إلّا بالذكاة الشرعية، دون العقر أو الاصطياد، لتحقيق القدرة عليه، والحكم يدور مع علته، وجوداً وعدماً. هذا، وقولنا في التعريف: «متوحش بالطبع، ممتنع عن آدمي. . .» لإخراج المستأنس بالطبع من الحيوان الذي يألف آدمي، فكان بذلك مقدوراً عليه، فلا يجوز اصطياده، ولا يحل أكله إلّا بالذكاة الشرعية، في الحلق، أو اللّبة، حسب الأحوال، على ما سيأتي تفصيله في بحث الذبائح، وهذا بالإجماع.

وكذلك الحكم إذا استأنس الصيد، لوحدة المناط، جاء في «اللباب شرح الكتاب» في هذا المعنى ما نصه: «وما استأنس من الصيد، وصار مقدوراً عليه، فذكاته الذبيح؛ لأنه ذكاة الاضطرار، إنما يصار إليها، عند العجز عن ذكاة الاختيار، ولا عجز إذا استأنس، وصار مقدوراً عليه»^(٥).

(١) «تحرير الوسيلة» (١٣٣/٢).

(٢) المرجع السابق، و«شرايع الإسلام»: (٢٠٢/٣).

(٣) أبو داود: ٢٨٢٥، والترمذي: ١٤٨١، والنسائي: (٢٨٨/٧)، وابن ماجه: ٣١٨٤، وأحمد: ١٨٩٤٧. وانظر «نيل الأوطار»: (١٤٨/٨ - ١٤٩).

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق. هذا، والعقر هو الجرح بسهم، ونحوه، في أي موضع من بدنه، بشرط أن يريق دمه وأن يقتله بهذا الجرح، وأن يقصد تذكيتة بهذا العقر. «بداية المجتهد»: (٤٥٤/١).

وعلى هذا «فالحيوانات المستأنسة بطبيعتها، كالجمال والبقر، والغنم ونحوها من الطيور والحيوانات الأليفة، لا تحل بالصيد، بل لا بد في حِلِّ أكلها من ذكاتها الذكاة الشرعية»^(١).

ومعنى هذا، أنه إذا انتفى التوحش، والامتناع، وتحققت القدرة على الحيوان، فلا يحل الصيد، كالحيوانات الداجنة من البط، والإوز، والحمام البيتي دون الجبلي أو البري، وكذلك كل حيوان وحشي تأنَّس، وصار مقدوراً عليه، أو توحش ثم عاد إلى تأنَّسه، لوحدة «العلة» وهو القدرة على ذبحه، كما بينا.

هـ - الحيوان الوحشي إذا زال بالرمي أو بالأخذ من الجراح امتناعه، ولم يرفع حياته، وأدركه الصائد، وفيه حياة مستقرة، لم يجز أكله إلا بالذكاة الشرعية، لتحقق القدرة عليه.

يرشدك إلى هذا أن الصيد إذا رمي بسهم، فأصابه، ولكن لم يبلغ مقاتله، فأدرك الصائد فيه حياة مستقرة، لم يحل بالصيد، ولو جرحه، وأراق دمه، بل لا بد من تذكيت الذكاة الشرعية؛ لأنه بعد الرمي صار «مقدوراً عليه» حيث أزال الرمي امتناعه، ولكن لم يرفع حياته، وبالتالي لم يُقتل بجرحه، لا حقيقة ولا حكماً^(٢)، فيصار إلى الأصل، وهو «الذكاة الشرعية» للقدرة عليه، كما بينا^(٣)، وهذا بالإجماع، فقد جاء في «اللباب» ما نصه: «وإن أدرك المرسل أو الرامي... الصيد حياً، وجب عليه أن «يذكيه» لأنه قدر على الذكاة الاختيارية، فلا تجزئ الاضطرارية، لعدم الضرورة، فإن ترك التذكية حتى مات، وكان فيه حياة فوق حياة المذبوح، بأن يعيش مدة، كالיום أو

(١) «الفقه على المذاهب الأربعة» قسم المعاملات، للأستاذ عبد الرحمن الجزيري: (١٩/٢) - ط سادسة - ط المكتبة التجارية الكبرى - القاهرة.

(٢) الموت الحكمي للمصيد أن ينتهي به الرمي أو أخذ الجراح إلى حركة أو حياة المذبوح، أي: حياة غير مستقرة.

(٣) «اللمعة الدمشقية مع شرحها»: (٢٠٧/٧)، و«اللباب في شرح الكتاب» للغنيمي الدمشقي: (٢١٨/٤) - (٢١٩)، ط المكتبة العلمية - بيروت.

نصفه . . . لم يؤكل؛ لأنه مقدور على ذبحه، ولم يذبحه، فصار كالميتة^(١) وهذا ما أكده حديث عدي بن حاتم عن رسول الله ﷺ حيث قال: «فإذا أمسك عليك، فأدرسته حيًّا، فاذبحه»^(٢).

نخلص من هذا التحليل لتعريف الصيد شرعاً، لنبحث في الوصف الشرعي للصيد، والأدلة التي تنهض به.

غير أننا نود - بادئ ذي بدء - أن نقرر أن الأصل في الاصطياد هو «الإباحة» إجمالاً، سواء أكان الحيوان المصيد مأكول اللحم، أم غيره.

أما الأول، فالغرض من اصطياده الانتفاع بأكله في المقام الأول، وهذه نعمة كبرى من نعم الله تعالى.

وأما الثاني، فللانتفاع بجلده، وشعره، وقرنه، أو لدفع شره، بل يباح قتله لذلك، ما لم يكن حيواناً نجس العين، كالخنزير، فيجب اجتنابه مطلقاً.

ثالثاً - مشروعية الصيد

ثبتت مشروعية الصيد بالكتاب والسنة والإجماع والقياس، ونعرضها فيما يلي مع بيان وجوه الاستدلال بها:

أولاً - أما الكتاب، فلقوله تعالى:

١ - ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا أَنَّ اللَّهَ عَلَيْهِ وَأَقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَرِيعُ الْحِسَابِ﴾

[المائدة: ٤].

(١) المرجع السابق، و«البدائع» للكاساني: (٤٣/٥)، و«المسوى» للإمام الدهلوي: (٣٤٤/٢)، فقد جاء فيه: «باب إذا وجد الصيد حيًّا، تعين الذبح». «نيل الأوطار» للشوكاني: (١٣٥/٨).

(٢) أخرجه البخاري: ١٧٥، ومسلم: ٤٩٧٢، وأحمد: ١٨٢٤٥. وقوله ﷺ: «فإذا أمسك عليك» أي: إذا صاد الكلب المعلم المصيد من أجلك، ولم يأكل منه، وأدرسته حيًّا، فاذبحه في محل الذبح، ذكاة شرعية. المرجع السابق، وراجع: «مغني المحتاج» للشرييني: (٤٦٨/٤).

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة، أن الله تعالى أحلّ للمسلمين الطيبات، وأحلّ لهم أيضاً صيد ما علّموا من الجوارح، والخطاب الإلهي موجه إليهم خاصة.

وتفصيل ذلك: أن قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤] فيه إضمار يقتضيه استقامة معنى الكلام شرعاً، فكان من باب «دلالة الاقتضاء» عند الأصوليين، ولولا هذا «الإضمار» لما استقام معنى الكلام؛ إذ يكون معناه أن الله تعالى أحلّ لكم الطيبات، وأحلّ لكم الجوارح المعلمة، من الكلاب ونحوها، وهذا ليس مذهباً لأحد^(١)، فكان هذا «الإضمار» لا بد منه، وهذا هو مقصود الأصوليين من «دلالة الاقتضاء» بما يستقيم به الكلام شرعاً.

وأيضاً، مما يؤكد وجوب هذا «الإضمار» قوله تعالى بعد ذلك: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَسْكَنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] فكان هذا دليلاً وقرينة على تقدير هذا «المضمر» وهو كلمة «صيد» فكان هذا «المُقَدَّر» أو ما يطلق عليه الأصوليون «المقتضى»^(٢) ملحوظاً، بما دلت عليه القرينة اللفظية في سياق الآية الكريمة نفسها التي تلونا، ومن القواعد المقررة أصولياً، أن «الملحوظ كالمفروض»^(٣) من حيث قوة الاحتجاج.

أضف إلى ذلك، أن مما يؤكد هذا «الإضمار» أيضاً من السنة، رواية عدي بن حاتم وزيد بن مهلهل، في سبب النزول، حيث قالوا: «يا رسول الله، إنّنا قوم نصيد بالكلاب والبزاة، وإن الكلاب تأخذ البقر، والحُمُر، والطّباء (أي: الوحشية) فمنه ما ندرك ذكاته، ومنه ما تقتله فلا ندرك ذكاته، وقد حرّم الله الميتة» فماذا يحل لنا؟ فنزلت الآية^(٤).

(١) راجع: «تفسير القرطبي»: (٦٥/٦ - ٦٦). ط دار الكتاب العربي للطباعة والنشر - القاهرة ١٣٨٧ - ١٠٦٧م.

(٢) راجع كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، في التشريع الإسلامي»: بحث «المقتضى».

(٣) المرجع السابق.

(٤) أورده الواحدي في «أسباب النزول»: ٣٨٤، والبغوي في «تفسيره»: (١١/٢) ونسبه لسعيد بن جبير. انظر «الجامع لأحكام القرآن»: (٢٩٨/٧ - ٢٩٩). ط. مؤسسة الرسالة.

هذا، ولا ريب أن سبب النزول يلقي ضوءاً على معنى الآية الكريمة، وإن كان لا يقضي على عموم اللفظ فيها، كما هو معلوم، فكان السؤال منصباً على ما تأخذه الكلاب والبزاة المعلمة، أي: تصيده.

إذا تقرر هذا، فإن معنى الآية الكريمة على النحو الذي بينا كما يلي: «أحل لكم الطيبات، وأحل لكم صيد ما علمتم من الجوارح^(١) بتقدير كلمة «صيد»، ولا ريب أن لفظ «الحل» منصبٌ على الصيد، أي: أكله، وهو من أبلغ وجوه التعبير عن الإباحة، أصولياً، ولذا أجمع الصحابة ومن بعدهم من العلماء على ذلك، إلى يومنا هذا.

تفسير «الطيبات المسؤول عنها في الآية الكريمة، يتعين حملها على معنى ما تستلذه النفس بفطرتها الصافية النقية، وهو معناها اللغوي؛ تجنباً للتكرار، وتحصيلاً لجدوى إفادة السائل بما يطابق مضمون استفساره، ومن الطيبات ما أحله الله تعالى بالصيد، دون ما تستقذره النفس من الخبائث، كالميتة، والمنخقة، والموقوذة، وما إليها.

على أن بعض المفسرين قد ذهب إلى أن المراد بالطيبات - في الآية الكريمة التي تلونا - «الحلال» وهو المعنى الشرعي لهذه الكلمة، لا اللغوي، غير أن حمل الطيبات على هذا المعنى يورث «ركاكة» في معنى النظم القرآني، من حيث كونه جواباً لسؤال ذي مضمون خاص؛ إذ يغدو معنى الآية الكريمة على هذا النظر «أحل لكم الحلال» وهذا تكرار لا جدوى منه للسائل، وبيان ذلك:

أن السؤال في صريح الآية الكريمة منصبٌ على تبين الحلال، ما هو؟ ﴿يَسْتَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٤] فلا يكون الجواب: «أحل لهم الحلال»؛ لأنه لا يفيد السائل شيئاً، ولأنه إنما يستفسر عن «ماهية الحلال» فالإجابة ينبغي أن تكون مفيدة لمعنى جديد يجهلونه، فكانت تكراراً غير ذات جدوى.

أما لو كان الجواب: «أحل لكم ما تستطيعه النفس الصافية بفطرتها، أو تستلذه

(١) «فتح القدير بشرح الهداية»: (١٧٢/٨) - ط دار صادر.

الفطرة الإنسانية النقية، وهو ما جاء به الشرع تلبية لها» لكان أولى وأجدر؛ إذ به يتسق النظم القرآني في السؤال والجواب.

وعلى هذا كان «تفسير القرطبي»^(١) لكلمة «الطيبات» بالحلال، حملاً لها على المعنى الشرعي دون اللغوي، يفتقر إلى إعادة النظر، لتصحيح المعنى الذي يتسق ومفهوم النص القرآني، كما يتسق به موقع الإجابة التي ينبغي أن تأتي بما يفيد السائل عن مضمون سؤاله، خشية التكرار، ولكيلا يغدو الجواب على نحو ما قيل قديماً: «فسر الماء بعد الجهد بالماء».

وعلى هذا، فإن صيد الجوارح المعلّمة التي تُمسك على صاحبها، هي من مضمون «الطيبات»، وفي هذا إشارة إلى أن «أحكام الصيد إنما شرعت، هداية لكم، وتوجيهاً إلى ما تستطيعه أنفسكم، لتجتنبوا «الخبائث» وما تستقذره النفس الإنسانية، وهو ما أنتم عاكفون عليه من أكل الميتة، والمنخنقة، والموقوذة، والمتردية، والنطيحة!!».

هذا، ومما يؤكد ما ذهبنا إليه، أن هذا التوجيه الإلهي الحكيم في هذا الصدد، من إباحة الطيبات - ومنها الصيود التي تستسيغها، بل تلتذها النفس الإنسانية بفطرتها - أقول: هذا التوجيه الإلهي، إنما يرمي إلى الارتقاء «بالذات الإنسانية»، وذلك بإفهامها أن تناول الإنسان «الطيبات» واجتنابه «الخبائث» - فضلاً عن كونه امتثالاً لأمر الله تعالى - هو أمانة بيّنة على صفاء فطرته، ونقاوة سريره، وسمو نفسه، قبل أن ينزل في ذلك شرع، وأن القرآن الكريم إنما جاء ليؤكد حقيقة ما تقتضيه أصالة هذه الفطرة، وأن الشرع إنما أنزل على قدرها، فكان ما تستطيه النفس الإنسانية النقية، هو الذي

(١) قريب من هذا المعنى، ما أكده الإمام الشافعي، في قوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ [الأعراف: ١٧٥]، إذ يقول: «ما لم يرد فيه نص تحريم، ولا تحليل، ولا أمر بقتله، ولا نهي عن قتله، فالمرجع فيه إلى «العرب» من سكان البلاد والقرى (أي لصفاء فطرتهم) دون أجلاف البوادي، فإن «استطابته» العرب، أو سمته باسم حيوان حرام، فهو حرام» - وعلى هذا، فالمرجع - كما ترى - استطابة أو استخبثات النفس الإنسانية النقية - ولو لم ينزل شرع، وأن الشرع ما جاء ضدّاً على طبائع الأشياء، مطلقاً. هذا، وما تستقذره، وتستخبثه، هو الذي حرم. «المسوى شرح الموطأ»: (٣٣٩/٢).

أَجَلٌ، وهو الذي سمي «الطيبات» وأما «الخبائث» التي تعافها النفس الإنسانية بطبيعتها أيضاً - كما ذكرنا - فهي التي جاء الشرع بتحريمها؛ لأنها تحمل في طياتها بذور فسادها، فعلى تقدير أن الشرع لم ينزل بتحريمها، فإن الفطرة النقية تحرمها على نفسها، فكانت «حكمة التشريع» - وهي عنصر عقلي - متساوقة مع مقتضى الفطرة السليمة - كما ترى - ومن هنا وجب تحكيم «حكمة التشريع» في تفسير النص القرآني، ليتعاضد الشرع مع العقل، ومع مراد الشارع، وقد رأيت أنا رجحنا المعنى اللغوي «للطيبات» في قوله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ أَطْيَبْتُ﴾ [المائدة: ٤] وهو ما تستطيه النفس الطاهرة وتستلذه - كما ذكرنا - رجحناه على المعنى الشرعي وهو «الحلال» ترجيحاً مرده بلاغة النظم، وحكمة التشريع، واتساق المعنى بين السؤال والجواب، كما فصلنا.

٢ - قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَيْمَةٌ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُكَلِّفُ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ... وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ١ - ٢] (١).

ووجه الاستدلال: أن الله تعالى أحل ما كان صيداً في حالة الإحلال لا الإحرام، ثم جاء الأمر صريحاً بإباحة الصيد معلقاً على الإحلال، بعد قوله تعالى: ﴿غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ﴾ إذ الأمر بعد النهي يرفع ما كان محظوراً، ليفيد إباحته، وهي مسألة معروفة في علم الأصول، وإن كان قد وقع فيها اختلاف: أيفيد الإباحة - أي: «أصل المشروعية» - أو «الوجوب» كما هو مقتضى الأمر، أو موجهه الأصلي؟ والإباحة مستفادة من القرائن، وأياً ما كان، فإن قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ يفيد «أصل المشروعية» حالة الإحلال وهو الأصل، ويفيد «حرمة الاصطياد حالة الإحرام» وهو استثناء، وهذا بالإجماع.

هذا، وقوله تعالى: «فاصطادوا» يفيد إباحة الاصطياد مطلقاً في البر والبحر حالة الإحلال - وهي الأصل - لإطلاق النص، وهو المطلوب.

(١) وقوله تعالى: ﴿غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾، كلمة «حُرْمٌ» جمع «حرام»، ورجل حرام أي: أحرم بالحج. «الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي: (٢٩٩/٧).

٣ - قوله تعالى: ﴿أَحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَّعًا لَكُمْ وَالسِّيَاطِرَ وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمَّتْ حُرُمَاتُهَا﴾ [المائدة: ٩٦]^(١).

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة، أن الحل والحرمة - كسائر الأحكام الشرعية - يتعلقان بالأفعال دون الأعيان، كما هو معلوم، وعلى هذا فإن «فعل الصيد» وهو «الاصطياد» حلال في البحر مطلقاً، سواء أكان الصائد مُحَرَّمًا أم غير محرم، لإطلاق النص، أما الاصطياد في البر، فهو حرام على المُحَرَّمِ فقط، وهو عين ما دلت عليه الآية الكريمة السابقة، وأن تحريم الصيد على المحرم استثناء من أصل الحل العام، فدل بذلك على أن «الصيد» الأصل فيه الحل والمشروعية، وهو المطلوب.

على أن كلمة «الصيد» في الآية الكريمة، يحتمل أن يراد بها «المصيد» من باب تسمية اسم المفعول بالمصدر كما قدمنا، ويكون متعلقاً بالحكم من الجِلِّ والحرمة، هو «الفعل» أي: اصطياد المصيد، فهو حلال مطلقاً في البحر، وحرام على المحرم في البر، فالمؤدى واحد، كما ترى.

غير أن تفسير «الصيد بالمصيد» لا يقتصر الحكم فيه على الاصطياد، بل يشمل أيضاً سائر أنواع التصرفات، فلا يجوز للمحرم الاصطياد في البر، كما لا يجوز له قبول المصيد هبة، ولا شراؤه، ولا استحداث ملك فيه^(٢)، لعموم قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمَّتْ حُرُمَاتُهَا﴾ [المائدة: ٩٦] إلا ما يأكله المُحَرَّم من الصيد، فقد اختلف العلماء فيه، وليس هنا مقام بحثه.

فتلخص أن الاستدلال بالآيات الكريمة الثلاث، قد نهض به أصل مشروعية الصيد، بل هو القاعدة العامة في التشريع، وأن التجريم إنما هو استثناء في صيد البر بالنسبة إلى المحرم خاصة.

(١) وطعام البحر: ما يرمى به على الشاطئ.

(٢) المرجع السابق ص ٣٢١.

ثانياً - أما أدلة مشروعية «الصيد» من السنة، فنعرضها فيما يلي، مع بيان وجوه الاستدلال بها:

أ - عن أبي ثعلبة الخشني قال: «قلت: يا رسول الله: أنا بأرض صيد، أصيد بقوسي، وبكلبي المُعَلَّم، وبكلبي الذي ليس بمعلم، فما يصلح لي؟ فقال: «ما صدت بقوسك، فذكرت اسم الله عليه، فكل، وما صدت بكلبك المعلم، فذكرت اسم الله عليه، فكل، وما صدت بكلبك غير المعلم فأدرت ذكاته، فكل»^(١).

وجه الاستدلال بهذا الحديث: أن أبا ثعلبة قد بين للرسول ﷺ أنه يتخذ وسائل ثلاثاً يصيد بها الصيد الذي في أرضه، فاستفسر عن أيّ منها يحل له الأكل منه، أصيد السهم؟ أو صيد الكلب المعلم؟ أو غير المعلم؟ فأجابه الرسول ﷺ أن ما صاده بقوسه فحلال أكله، إذا سمى الله تعالى عليه عند الرمي به، وأن ما صاده بكلبه المعلم، فحلال أيضاً، إذا ذكر الله تعالى عند إرساله، وهذا الحكم بإطلاقه شامل لحل الأكل من صيد الكلب المعلم، سواء أكل منه، أم لم يأكل.

أما ما يصطاده بالكلب غير المعلم، فلا يحل إلا بالتذكية الشرعية، إذا أدركه الصائد حياً، أما إذا أدركه ميتاً، أو أدركه حياً ولم يذِّكّه حتى مات، فلا يحل، مما يدل على أن «تعليم» الكلب ونحوه من الجوارح شرط في حل ما يصيد، وهو ما جاء به ظاهر الآية الكريمة، أو بعبارة أخرى: إن الاصطياد بالكلب غير المعلم لا يقوم مقام الذكاة الشرعية، لفوات شرط «التعليم»، حتى إذا توفر شرط «التعليم» أجزأ عنها. هذا، وموطن الاستدلال هو أن الاصطياد حلال، ومأذون فيه شرعاً، إذا توافرت شرائطه.

فتلخص من فقه الحديث الذي روينا آنفاً: أن الصيد بالقوس ونحوه من الآلات الحادة ومن أي نوع من الفلزات صنعت، حلال أكله مطلقاً، وأن مصيد الكلب

(١) أخرجه البخاري: ٥٤٧٨، ومسلم: ٤٩٨٣، وأحمد: ١٧٧٥٢. وانظر «نيل الأوطار» للشوكاني:

(١٣٥/٨)، ط مصطفى الباي الحلبي - القاهرة.

المعلم، حلال أكله كذلك، أكل منه الكلب، أم لم يأكل، للإطلاق، بخلاف الكلب غير المعلم، فلا يحل، إلا إذا أدركه الصائد حيًّا، وذكاه التذكية الشرعية.

ب - حديث عدي بن حاتم، قال: «قلت: يا رسول الله! إني أرسل كلبني المعلم، وأذكر اسم الله، قال: «إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله عليه، فكل ما أمسك عليك»، قلت: وإن قَتَلَن؟ قال: «وإن قتلن، ما لم يشركها كلب ليس معها» قلت له: فإنني أرمي بالمعراض الصيد فأصيد، قال: «إذا رميت بالمعراض، فخرَّق، فكله، وإن أصابه بعرضه، فلا تأكله»^(١).

ج - وفي رواية ثانية: أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أرسلت كلبك، فاذكر اسم الله عليه، فإذا أمسك عليك، فأدركته حيًّا، فاذبحه، وإن أدركته قد قتل ولم يأكل منه، فكله، فإن أخذ الكلب ذكاة» متفق عليه^(٢).

د - وفي رواية أخرى ثالثة: عن عدي بن حاتم، أن رسول الله ﷺ قال: «ما علّمت من كلب أو باز، ثم أرسلته، وذكرت اسم الله عليه، فكل ما أمسك عليك» قلت: وإن قتل؟ قال: «وإن قتل، ولم يأكل منه شيئاً، فإنما أمسكه عليك»^(٣).

هـ - وفي رواية لمسلم عن عدي بن حاتم أيضاً، أن رسول الله ﷺ قال: «إذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله، فإذا وجدته ميتاً، فكل، إلا أن تجده قد وقع في الماء، فمات، فإنك لا تدري: الماء قتله، أو سهمك»^(٤)؟

(١) أي: أن صيده والاستيلاء عليه، بمثابة الذكاة الشرعية، فيحل أكله. والحديث أخرجه البخاري:

٥٤٧٧، ومسلم: ٤٩٧٢، وأحمد: ١٨٢٦٦

(٢) البخاري: ٥٤٧٦، ومسلم: ٤٩٧٤، وأخرجه أحمد: ١٩٣٩١، وراجع «نيل الأوطار»: (١٣٥/٨).

(٣) أخرجه أبو داود: ٢٨٥١، وأحمد: ١٨٢٥٨، وراجع «نيل الأوطار»: (١٣٥/٨ - ١٤٥).

(٤) مسلم: ٩٤٨١، وأخرجه البخاري: ٥٤٨٤، وأحمد: ١٩٣٨٨.

وجه الاستدلال بهذه الروايات الأربع لحديث عدي بن حاتم، على «مشروعية الصيد» وما يستنبط منها من أحكام تتعلق به.

أولاً - دلت هذه الروايات بظاهرها على أن الصيد مشروع.

ووجه الدلالة، قوله ﷺ: «فكل ما أمسك عليك» وقوله: «إن أدركته قد قتل، ولم يأكل منه شيئاً، فكله» مما يدل على أن قتل الجارح المعلم للصيد يقوم مقام ذكاته الشرعية، وتؤكد هذا في قوله ﷺ في الرواية الأخيرة التي رواها مسلم: «فإذا وجدته ميتاً، فكل» وإجابته ﷺ عن استفسال عدي، واستفساره عن حكم الصيد إذا قتلته الجارح المعلم، وأجهز عليه حتى مات، بقوله: «وإن قتلن»^(١) فقال رسول الله ﷺ: «وإن قتلن» مبيناً القاعدة العامة في حِلِّ الصيد بالجارح المعلم، من قوله ﷺ: «فإن أخذ الكلب ذكاة»^(٢) أي: استيلاءه على الصيد: حَبْساً، وإثباتاً، وجرحاً، وقتلاً، بمنزلة الذكاة الشرعية، لإطلاق النص.

يفسر ذلك أيضاً قوله ﷺ: «وإن قتلَ، ولم يأكل منه شيئاً، فإنما أمسكه عليك». هذا، وقد انعقد الإجماع على «مشروعية الصيد» سلفاً وخلفاً، من لَدُنْ عصر الرسول ﷺ حتى يومنا هذا، وهو ما استقرت عليه المذاهب الجماعية المعروفة.

ثانياً - ما يُستنبط من هذه الروايات من أحكام وشروط، تتعلق بالصيد، وحلّه، والصائد، وآلة الصيد.

أ - أما ما يتعلق بالمصيد، فإن كان مما لا يقدر عليه، وهو متوحش طبعاً، جاز اصطياًه؛ لأنه هو مورد السؤال في الروايات كلها، وسواء أكان مأكول اللحم، أم لا، لإطلاق النص.

أما مأكول اللحم فظاهر، لصريح الإذن منه ﷺ كما رأيت، وإن لم يكن مأكول

(١) راجع «نيل الأوطار»: (٨/ ١٣٥ - ١٤٥).

(٢) قوله ﷺ: «فإن أخذ الكلب ذكاة» مقيد بالأ يدرکه الصائد حياً، حتى إذا أدركه وفيه حياة مستقرة، على مذهب الشافعية، والإمامية، أو أدركه وفيه حياة فوق حياة المذبوح، فإن صيد الكلب في هذه الحال لا يجزئ ولا يقوم مقام تذكيته الشرعية في موضع الذبح، بل لا بد من الرجوع إلى الأصل، وهو الذكاة الشرعية.

اللحم، فاصطياده جائز أيضاً، لدفع شره، بل يجوز قتله، لذلك، أو للانتفاع بشعره، وجلده، وسنّه، وقرنه، كما بينا.

ب - إن «المصيد» إذا أدركه الصائد حياً حياة مستقرة، أو فوق حياة المذبوح - على الخلاف بين الشافعية والحنفية - وجب عليه ذبحه، لِيَحِلَّ أكله؛ لأنه أصبح مقدوراً عليه، فيرجع إلى الأصل، وهو «التذكية» الشرعية، لفوات الشرط، وهو «عدم القدرة عليه»، ولا يحل إذا تركه ليموت دون ذبح؛ لأنه حينئذ «ميتة» يحرم تناولها، إذا ارتفعت حياته بالموت، لا بالاصطياد وهو الذكاة الضرورية، ولا بالذكاة الشرعية، بخلاف ما إذا وجد «ميتاً» بِفِعْلِ الجارح المعلم نفسه مباشرة، فإنه حينئذ «مقتول بالاصطياد» (أي: بالذكاة الضرورية) على ما هو صريح في الروايات كلها، فيحل حينئذ - أكله؛ لأن اصطياد الكلب، أو الجارح المعلم، واستيلاءه على الصيد، وجرحه، وقتله له، يقوم مقام «الذكاة الشرعية» بنص الحديث: «فإن أخذ الكلب ذكاة» وهذا الحديث متفق عليه، كما بينا.

ج - لا بُدَّ من إرسال الكلب المعلم ونحوه من الجوارح قصداً إلى اصطياد المصيد، وانعقاد «النية» على التذكية، وعلى حل أكله، فلو استرسل الجارح وحده، أي: انبعث من تلقاء نفسه، دون إرسال، واصطياد، فلا يحل المصيد؛ لأن الفعل - وهو الاصطياد - يجب أن يكون منسوباً إلى الصائد، لا إلى الكلب، وذلك بإرسال الكلب دون استرساله.

د - ألا يأكل الجارح المعلم من الصيد شيئاً، وذلك آية كونه «معلماً» وأنه إنما أمسك على صاحبه، ومن أجله، وإلا كان الإمساك على نفسه، وهو خلاف النص، لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] أي: من أجلكم.

هـ - ذكر اسم الله تعالى على الآلة عند الإرسال، وذكر اسم الله تعالى أعم من التسمية، والاختلاف في كونه واجباً، أو مستحباً، سيأتي تفصيل القول فيه.

هذا، وظاهر الروايات يفيد أن ذكر اسم الله تعالى في الاصطياد على «الآلة»؛ لأن هذا هو المقدر عليه، لا على المصيد، بخلاف الذكاة الشرعية، فإن التسمية فيها

على الذبيحة؛ لأنها مقدور عليها، لا على الآلة، كما هو معلوم. ويتفرع عن هذا الأصل أحكام سنأتي على ذكرها.

هذا، وتعليل الأمر بذكر اسم الله تعالى، أن «الاصطياد» فعل يتعلق به الحل، فكان ضرباً من «العبادة» لأن الاصطياد منسوب إلى الصائد، والجراح مجرد وسيلة في يد صاحبه، وكان الأمر بذكر اسم الله تعالى عند الإرسال، إشارة إلى معنى «التعبد» في الاصطياد الذي هو السبب الموصّل إلى حلّ المصيد.

أما فيما يتعلق بآلات ووسائل الاصطياد، فيستخلص من الروايات ما يأتي:

١ - أن صيد الجراح المعلم، كصيد الكلب المعلم، ذلك لأن السؤال قد ورد في إحدى الروايات للحديث عن «الكلب» وعن «البازي» أيضاً، والأول من سباع الحيوان، والثاني من سباع الطير، وكلاهما من «الجوارح»، فكانت الإجابة بالحل في كليهما، دون تمييز، فدل ذلك على أن مراد الشارع: «كل جراح مكّلب» أي: معلم ومؤدب، وليس خصوص «الكلب المكّلب» لأن الجوارح المعلمة في معناه^(١)، ولا ريب أن وحدة المعنى أو «العلة» تقتضي «وحدة الحكم» وهو «المشروعية».

ويؤكد هذا، إطلاق النص القرآني في قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] ومعنى مكّلبين أي: مؤدبين ومعلمين، وأطلق لفظ التكلّيب؛ لأن أكثر ما يكون «التعليم» في الكلب، لا لتخصيصه به، فيكون معنى الآية الكريمة: «وأحل لكم صيد ما علمتم من الجوارح» حال كونكم معلمين لها ومؤدبين، تصيد لأصحابها لا لأنفسها، وأن تقصد «الصيد»، أي: تعلمونها أن تقصد الصيد بإرسال صاحبها، وأن تنزجر بزجره، وأن تُمسك الصيد، ولا تأكل منه^(٢)، وهذا معنى الإمساك على صاحبه، في قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] أي: صِدْنَ لكم، ومن أجلكم.

على أن لفظ «الجوارح» شامل بمعناه اللغوي لكل كاسبٍ وساعٍ على نفسه، من سباع الطير، أو سباع الحيوانات ذوات الصيد، وذلك مشتق من جَرَحَ واجترَحَ، أي: كسب واكتسب، ولا ريب أن «الجوارح» تكتسب بصيدها، وقد ورد هذا اللفظ «جَرَحَ»

(٢) المرجع السابق.

(١) «بداية المجتهد» ابن رشد: (٤٥٦/١).

و«اجترح» في معنى الكسب والاكتساب، في قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي يَتَوَفَّكُم بِأَيْتِل وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِالنَّهَارِ﴾ [الأنعام: ٦٠]^(١) أي: ما كسبتم، وقوله تعالى: ﴿أَمْ حَسِبَ الَّذِينَ اجْتَرَحُوا السَّيِّئَاتِ...﴾ [الجاثية: ٢١] أي: اكتسبوها.

على أن هذا الفصل مختلف فيه بين الفقهاء، فالجمهور على أن «الجوارح» من سباع الطير أو الحيوانات ذوات الصيد، كلها سواء في حلّ الاصطياد بها، وخالف في ذلك الإمامية ومجاهد^(٢)، حيث ذهبوا إلى أن المراد «خصوص الكلب المعلم»، فلا يجزئ غيره من الجوارح، ولو كانت معلمة، وسيأتي تفصيل القول في ذلك. هذا، وقد دلت الأحاديث التي روينا على أن الصيد يحل بالآلات المحددة القاطعة من القوس، والسهم، والسيف، والرمح ونحوها^(٣).

ب - أما «المعراض» الذي ورد السؤال عن الاصطياد به، في إحدى الروايات السابقة - وهو عصاً في طرفها حديد على الراجح - فإن الصيد به يحل، شريطة أن ينفذ في جسمه، بطرفه المحدد، بخلاف ما إذا أصابه بعرضه، فلا يحل؛ لأنه «وقيد» كالمضروب بالعصا، بدون حدّ، ولأنه قتل بثقل المعراض، أو بصدمه لا بحده، إلا أن يدركه الصائد حيّاً، غير منفوذ المقاتل، ويدكّيه، فيحل؛ لأنه حيثئذ ذكي لا وقيد. وكذلك لو رماه بحجر، أو خشبة، لا حد لها؛ لأنهما في معنى «المعراض»، والنهي يفيد التحريم.

(١) «شرائع الإسلام»: (١٩/٧)، روي عن ابن عباس قوله: «إن ما قبل التعليم من جميع الجوارح، فهو آلة لذكاة الصيد». «بداية المجتهد»: (٤٥٦/١).

وذهب الإمامية إلى أنه «لا اصطياد بجراح ما عدا الكلب، لا باز، ولا صقر، ولا غير ذلك، إلا ما أدركت ذكاته» وهو قول مجاهد تلميذ ابن عباس.

(٢) المرجع السابق.

(٣) هذا، والمحدد من الآلات، من مثل الرماح، والسيوف والسهام، فمتفق عليه، للنص عليها في الكتاب والسنة لفظاً أو معنى، وكذلك ما يجري مجراها، مما يعقر «أنه يعمل عملها، فكان في معناها، ويحل به عين أثرها، وذلك من مثل قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَبْلُغُوا إِلَىٰ سَيْفٍ وَمِنَ الصَّبِيِّ تَمَّالَهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحَكُمْ﴾ [المائدة: ٩٤]. وفي هذا المعنى يقول الدهلوي: «قال (مالك): «فكل شيء يناله الإنسان بيده، أو برمحه، أو بشيء من سلاحه، فأنفذه، وبلغ مقاتله، فهو صيد، كما قال الله تعالى». «المسوى» للدهلوي: (٣٤٥/٢).

على أن ما جاء في الرواية الأخيرة، يفيد أيضاً أنه لا بد من «التحقق» أن المصيد قد مات بنفاذ الآلة في جسمه (بالعقر) لا بسبب آخر، ولو على سبيل المشاركة، من الغرق أو الخنق، أو التردّي من شاهق، أو الوقود، وما إلى ذلك، مما لا يحل به الصيد، وهو ما أشار إليه قوله ﷺ: «إلا أن تجده قد وقع في الماء، فمات، فإنك لا تدري الماء قتله، أو سهمك». فقوله ﷺ: «فإنك لا تدري» أي: «يساورك الشك» فلا بد إذن من «التحقق» أو «اليقين» أنه قد مات بتمزيق أو تخريق الآلة المحددة لجسمه وحدها، شرطاً في الحل، وهذا هو معنى «الخنق» الذي ورد في بعض ألفاظ الحديث، كي ينتفي الشك في مشاركة سبب آخر للآلة في قتل المصيد، فلا يُدرى أكان موته بالاصطياد، أو بغيره؟ فلا بد من التيقن، فلا يحل بالاحتمال والشك.

وخلاصة القول: أن «المعراض» ونحوه إذا نفذ في جسم المصيد، خزقاً، بطرفه المحدد، حل أكله وكان ذلك ذكاة له، بحكم الشرع على سبيل الترخيص، بخلاف ما أصابه بعرضه، فلا يحل؛ لأنه لم يصبه بطرفه المحدد، فلم ينفذ إلى جسمه، وهذا هو رأي الجمهور، وهو مذهب الإمامية أيضاً^(١).

على أن بعض الفقهاء قد خالف هذا الرأي، حيث ذهب إلى حل أكل «المصيد» بالمعراض مطلقاً، ومن هؤلاء الإمام الأوزاعي، على ما سيأتي تفصيله.

هذا، ومنشأ الخلاف، هو «معارضة الأدلة بعضها لبعض» وتناولها بالبحث فيما يلي.

(١) «نيل الأوطار»: (١٤٣/٨)، وهذا ما جاء في حديث عدي بن حاتم من قوله ﷺ: «ولا تأكل من المعراض إلا ما ذكيت»، وذلك لأن الله تعالى أباح الصيد على صفة، فقال عز شأنه: ﴿تَلَّاهُ أَيِّكُمْ وَرَمَلَكُمْ﴾ [المائدة: ٩٤] والصيد بالمعراض ونحوه إذا كان بعرضه، ليس منه. المرجع السابق. على أن الإمامية يجيزون أكل صيد قتل بسهم أصابه، وليس فيه حديد، ولو أصابه «معرضاً» فقتله، جاز أكله. «النهاية في مجرد الفقه والفتاوى» لأبي جعفر الطوسي ص ٥٧٩ ط دار الكتاب العربي - بيروت، و«فتح القدير» للكمال بن الهمام: (٨٥/٨)، حيث جاء فيه ما نصه: «وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل، وإن جرحه يؤكل» لقوله عليه السلام: «ما أصاب بحده، فكل، وما أصاب بعرضه، فلا تأكل؛ لأنه وقيد»، وراجع: «مغني المحتاج»: (٢٧٣/٤ - ٢٧٤).

أن الإجماع منعقد على أن «الوقيد» مُحَرَّمٌ أكله، لقوله تعالى: ﴿وَالْمُنْحَفَةُ وَالْمَوْقُودَةُ﴾ [المائدة: ٣] وهو قاطع في دلالة على التحريم، غير أن الدليل قائم أيضاً على أن «العقر» هو ذكاة الصيد، وهو جرح المصيد في أي موضع من جسمه بالسهم أو السيف ونحوهما من الآلات الحادة - كما بينا - وهذا من «ذكاة الضرورة»، فنشأ الخلاف من تعارض هذين الأصلين، في الحيوان الذي أصيب بالمعراض، أتتناوله آية تحريم الموقود، أو يشملها الدليل الثاني الذي يقضي أن العقر ذكاة الصيد، فيعتبر معقوراً لا موقوداً؟

فمن ذهب إلى أنه «وقيد» حرم أكله، ومن ذهب إلى أن إصابة المعراض الصيد نوع من العقر، بالنسبة إليه، لم يحرمه مطلقاً.

وعلى هذا، فالخلاف - كما ترى - في «تحقيق المناط»^(١) كما يقول الأصوليون، وهو من أهم أسباب اختلاف الفقهاء.

هذا، والنظر الاجتهادي المختلف في حكم المسألة الواحدة، لا بد فيه من ترجيح الرأي الأقوى، ومما لا شك فيه أن المرجح هنا لرأي الجمهور، حديث عدي بن حاتم، حيث يقول ﷺ: قلت له: فإني أرمي بالمعراض الصيد، فأصيد، قال: «إن رميت بالمعراض فخرق، فكله، وإن أصابه بعرضه، فلا تأكله». وهذا نص صريح في المسألة، ولا اجتهاد في مورد النص.

وأيضاً، هذا ضرب من الصيد بالمتنقل، كالحجر، والخشب، والبندقية^(٢) من الطين اليابس، وما كان كذلك فلا يحل أكله إلا إذا أدركه الصائد حياً، غير منفوذ المقاتل، وذكاه تذكية شرعية، فيحل بها لا بالرمي بالمتنقل الذي ليس فيه ما يشبه الذكاة، ولا معناها.

ثالثاً - أما دليل القياس على إباحة الصيد، فلأنه كسبٌ مباح في الأصل^(٣)، ومن سبق إلى شيء امتلكه.

(١) راجع بحثاً مستفيضاً في تحقيق المناط كسب هام من أسباب اختلاف الفقهاء في كتابنا: «الفقه المقارن مع المذاهب».

(٢) «البندقية»: كرة من الطين يابسة، ومعنى «الخرق» هو النفاذ إلى جسم المصيد وإسالة دمه.

(٣) «التحفة» في الفقه المالكي: (٨٦/٢)، هذا وقد جاء في «النهاية» في الفقه الإمامي: «ولا يؤكل من =

رابعاً - حكم الصيد، أو وصفه الشرعي في الأحوال المتغيرة

يعتري الصيد من حيث «وصفه الشرعي» أحكام شرعية خمسة، بحسب الأحوال:

أولاً - أنه مباح، ومأذون فيه شرعاً، لما بسطنا من الأدلة من الكتاب والسنة، ولما بينا من وجوه الاستدلال بها، والإباحة يستوي فيها طرف الفعل والترك، وهذا في الأحوال العادية.

ثانياً - أنه مندوب إليه، بمعنى أن جانب الفعل أرجح، ولكنه لا يرتقي إلى مستوى الإلزام، كما هو معلوم، وهذا في حال التوسعة على العيال.

ثالثاً - أنه «واجب عند الضرورة» لإحياء نفس.

رابعاً - أنه «مكروه» إذا قصد به التلهي والترويح^(١) عن النفس، والمكروه جانب الترك فيه أرجح.

خامساً - حرام إذا كان عبثاً لغير قصد، وكَرِهَهُ الإمام مالك، إسرافاً، والحرمة هنا منظور في حكمة تشريعها إلى «تعذيب الحيوان» دون غرض جدي، أو منفعة حقيقية^(٢) فضلاً عن أنه إتلاف للحيوان - وهو مال - دون حاجة، وقد نهى الرسول ﷺ عن قتل الحيوان إلا لمأكلة.

= الطير ما يصاد بسائر أنواع آلات الصيد، إلا ما أدرك ذكاته، إلا ما يقتله سهم، يكون مرسله قد سمي عند إرساله، فإن لم يكن صاحبه سمي، أو صيد بالبندق، أو المعراض، أو الحجارة، وما أشبه ذلك، فمات فيه، لم يحل أكله». «النهاية» للطوسي: ص ٥٧٩.

(١) راجع في هذه الأحكام التي تعتري الاصطياد، بحسب اختلاف الحالات «بداية المجتهد»: (١/٤٥٣) وما يليها، و«تفسير القرطبي»: (٦/٦٦).

(٢) «القوانين الفقهية»: ص ١٧٢، و«رد المحتار»: (٥/٤٥٧ - ٤٥٨)، وراجع: كتاب «الفقه الإسلامي» للدكتور فوزي فيض الله: ص ٨٤، و«تفسير القرطبي»: (٦/٧٦) وما يليها.

هذا ويقرر ابن رشد ما يعتري الصيد من الأحكام الشرعية تبعاً للحالات المتغيرة، فيقول في «بداية المجتهد»: «وللمتأخرين من أصحاب (مالك) فيه تفصيل: محصول قولهم فيه: إن منه ما هو في حق بعض الناس واجب، وفي حق بعضهم حرام، وفي حق بعضهم مندوب، وفي حق بعضهم مكروه». «بداية المجتهد»: (١/٤٥٣).

هذا، وقد قدمنا أن من فقهاء المالكية من ألحق المتوحش بالوحش من سباع الحيوان أو الطير، فأجاز أكله بالصيد^(١)، وهو الرأي الذي ينبغي المصير إليه.

ثانياً - أن تجرحه الآلة المحددة كالسهم ونحوه، فيدميه، ويموت من هذا الجرح، حتى يكون في معنى «الذكاة الشرعية» الاختيارية، ليقوم مقامها، وإن لم يكن في موضعها، ولا بقدرها.

ويتفرع عن هذا، أنه إن لم يمت من هذا الجرح، وأدركه الصائد حياً حياة مستقرة أو حياة فوق حياة المذبوح^(٢)، فلا يحل حينئذ إلا بالتذكية الشرعية الاختيارية. هذا، ويرى بعض الإمامية عدم اعتبار استقرار الحياة، بل اعتبار أصل الحياة كاف.

وتعليل ذلك: أن الحيوان المصيد بعد إصابته بالجرح الدامي، وإدراك الصائد له حياً - على النحو الذي بينا - قد أصبح «مقدوراً عليه» وارتفع امتناعه، فزال بذلك سبب ذكاة الضرورة وهو «الصيد»، فوجب الرجوع إلى الأصل، وهو «الذكاة الشرعية الاختيارية» في محل الذبح، فلا يحل إلا بها في مثل هذه الحال، إجماعاً. وبهذا التعليل الفقهي، يتبين أن «عدم القدرة» على الصيد لكونه وحشياً بطبعه، ولا امتناعه أو لتوحشه، هو «علة حكم ذكاة الاضطرار» وهي الصيد، حتى إذا زال ذلك بالجرح الدامي الذي يُبطل منعته، فقد صار مقدوراً على ذبحه؛ إذ العلة تدور مع الحكم، وجوداً وعدمًا، والمقدور عليه من الحيوان المأكول اللحم، لا يحل إلا بالذكاة الشرعية.

(١) «القوانين الفقهية» لابن جزي المالكي ص ١٧٢.

(٢) هذا عند الشافعية، وهو مذهب الحنفية. ومعنى الحياة المستقرة شدة حركة الحيوان المذبوح بعد قطع الحلقوم والمريء. «الوجيز»: (١٠/١)، و«تحرير الوسيلة»: (١٣٢/٢)، و«اللمعة الدمشقية»: (٧/٢٠٢ وما يليها)، و«الوجيز»: (٢/٢١٠)، و«الدر المختار» و«شرحه رد المحتار»: (٤٦٤-٤٦٥)، و«فتح القدير»: (٨/١٧٨ وما يليها)، و«القوانين الفقهية» لابن جزي ص ١٧٢.

هذا، وإنما اشترطنا: أن يموت من الجرح الدامي بالآلة المحددة، ليكون موته بالاصطياد لا بغيره من الأسباب، كالخنق، أو التردى من جبل، أو الوقذ، أو الحذف بحصاة من مقلع ونحوه، أو من وقوعه في الماء وغرقه، أو من صدمة بِمُثَقَّلٍ من حجر غير محدد، أو خشب، أو معراض أصابه بعرضه، لا بحده، أو مات من رعب، أو غير ذلك، مما يثبت أنه مات بغير الاصطياد المنسوب إلى الصائد مباشرة، على ما سيأتي بيانه، فلا يحل أكله؛ لأنه «ميتة» في كافة هذه الأسباب والصور^(١).

يدل على هذا، حديث عدي بن حاتم، حيث اشترط «الجرح» قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا رميت، فخرقت، فكل، وإن لم تخزق فلا تأكل، ولا تأكل من المعراض، إلا ما ذكيت، ولا تأكل من البندقة، إلا ما ذكيت»^(٢).

هذا، ووجه الاستدلال ظاهر، وهو أن «الخنق» بمعنى الطعن بألة حادة تنفذ في أي مكان من جسم المصيد، وتدميه، بحيث يسيل دمه منه، ويموت، ليكون بمعنى الذكاة الشرعية، من هذا الوجه، وبدون ذلك من «الوقذ» أو «الصدمة» أو السقوط من شاهق، أو الخنق، أو الغرق، وما أشبه، لا يكون في معنى الذكاة الشرعية بحال؛ إذ لا يسيل منه الدم الخبيث في هذه الأحوال، لذا كان محرماً أكله، ولأنه ميتة، إلا إذا

(١) جاء في «النهاية» للطوسي: ص ٥٧٠ ما نصه: «ولا يؤكل من الطير ما يُصَادُ بسائر أنواع آلات الصيد إلا ما أدرك ذكاته، إلا ما يقتله السهم ويكون مرسله قد سمي عند إرساله، فإن لم يكن صاحبه سمي، أو صيد بالبندق (حصى من طين يابس) أو المعراض أو الحجارة وما أشبه ذلك، فمات فيه، لم يجز أكله». راجع: «بداية المجتهد»: (٥٠/١). هذا، ويحدد الإمام الطوسي أدنى ما يكون معه لحاق الذكاة، أن تطرف عينه، أو يتحرك ذنبه، أو تركض رجله، وهو قول سعيد بن المسيب. المرجع السابق.

(٢) انظر: «نيل الأوطار» للشوكاني: (١٤٣/٨)، و«بداية المجتهد»: (٤٥٥/١)، وراجع: «اللمعة الدمشقية»: (١٩٦/٧ و ٢٠٤)، و«فتح القدير»: (١٧٨/٨)، و«مغني المحتاج» للخطيب الشربيني: (٤/٢٦٩)، وفي هذا المعنى يقول: «ويكفي في الناذ والمتردى، جرح يفضي إلى الزهوق» أي: الموت. راجع فيما تقدم أيضاً «اللباب»، شرح الكتاب «للغنيمة الدمشقي»: (٣/٢٢٠ وما يليها)، وراجع «الهداية مع فتح القدير» للمرغيناني - والكمال بن الهمام: (١٧٢/٨ وما يليها) - هذا وقوله: «فخرقت» أي: أنفذت السهم ونحوه إلى جسم الحيوان المصيد، وأسلت دمه.

أدرکه حیاً غیر منفوذ المقاتل، وذكّاه تذکية شرعية، كما أسلفنا، فتتحقق حينئذ «حكمة التشريع» من انفصال الدم الخبيث، فيطهر الذبيح، ويحل؛ لأنه ذكيّ.

آراء الفقهاء في حكم الحيوان المستأنس، إذا توحش، به تكون ذكاته؟ وكذا إذا استعصى وتعرس ذبحه.

إذا كان الحيوان مستأنساً في الأصل، كالشاة، والبعير، ثم «توحش» حتى أصبح غير مقدور عليه، إلا بعسر شديد، كانت ذكاته «بالعقر»، وهذا هو مذهب الجمهور، والإمامية^(١).

هذا، ويلحق به الحيوان المستأنس^(٢) إذا تردى في بئر، فاستعصى على الذبيح، أو النحر^(٣) وكذا الجاموس الصائل^(٤) ونحوه، لعدم القدرة على ذبحه في المكان المخصوص.

والعقر هو الطعن بالرمح أو السيف^(٥) ونحوه، في أي مكان من جسم الحيوان - كما أسلفنا - إيجاباً للتكليف بقدر الطاقة، وسداً للحاجة، وحفظاً للمال من الضياع.

على أنه لا يشترط «التعذر» أو استحالة الذبح في «حالة التوحش» أو «حالة الاستعصاء»، بل يكفي «التعسر» أو «المشقة البالغة»، لما رواه البخاري ومسلم من حديث رافع بن خديج، قال: كنا مع رسول الله ﷺ في سفر، فنذّب بعير من إبل القوم،

(١) «نيل الأوطار»: (١٤٩/٨)، وروي عن الإمام مالك والليث بن سعد، وربيعة الرأي (شيخ الإمام مالك) أنه لا يحل الأكل لما توحش، إلا بتذكية في حلقة، أو لبته. المرجع السابق. وقد أشرنا إلى أن من فقهاء المالكية من قال بالعقر في هذه الحال.

(٢) راجع في مذهب الإمامية: «تحرير الوسيلة» ص ١٢٢، ١٣٣، و«اللمعة الدمشقية مع شرحها»: (٢٠٤/٧) وما يليها.

(٣) المرجع السابق «تحرير الوسيلة».

(٤) المرجع السابق.

(٥) «نيل الأوطار»: (١٤٩/٨). يقول الإمام الشوكاني في تفسير قوله ﷺ في حديث أبي العشاء: «لو طعنت في فخذها لأجزأك» أي: فيما لا يُقدر عليه، يقول الشوكاني: «قال أهل العلم بالحديث: هذا عند الضرورة، كالتردى في البئر وأشباهه». المرجع السابق.

ولم يكن معهم خيل، فرماه رجل، فحبسه، فقال رسول الله ﷺ: «إن لهذه البهائم أوابد، كأوابد الوحوش، فما فعل منها هذا، فافعلوا به هكذا»^(١) وكان من الممكن أن يدركوه، ويحبسوه، بجماعة منهم، ولكن بمشقة غير معتادة.

يقول الإمام الشوكاني: وفي الحديث جواز أكل ما رُمي بالسهم، فجرح في أي موضع كان من جسده، بشرط أن يكون وحشاً أو «متوحشاً» وهو مذهب الجمهور. هذا، وإنما قلنا: جرحه في أي موضع من جسمه، شريطة أن يدميه، ويموت منه، ليقوم ذلك مقام الذبح في حلقومه، أو ودَجِيه. هذا، والعقر ذكاة الضرورة، أي: هو ذكاة سببها حالة الضرورة^(٢)، من إضافة الشيء إلى سببه.

ومن حالات الضرورة: خوف فَوْتِ حياة الحيوان المأكول اللحم، كما إذا تردى من جبل، وكان فيه حياة مستقرة، أو وقع في بحر وخيف عليه الغرق، فيجزئ عقره في مثل هذه الحال، ليحل أكله؛ لأن هذا هو «المقدور عليه» ولا تكليف إلا بقدر الوسع، تيسيراً على العباد، وعدم إضاعة المال - كما ذكرنا - . قال أبو داود: هذا لا يصح إلا في المتردية، والمتوحش^(٣).

وقال الترمذي: وهذا في حال الضرورة، كالحيوان الذي تمرد، أو شَرَدَ، فلم يُقدر عليه، أو وقع في بحر، وخفنا غرقه، فنضربه (نطعنه) بسكين أو سهم، فيسيل دمه، فيموت، فهو حلال^(٤).

(١) أي: من كل ما يجرح وينفذ في جسده. والحديث البخاري: ٢٤٨٨، ومسلم: ٥٠٩٢، وأخرجه أحمد: ١٥٨٠٦.

(٢) «نيل الأوطار»: (٤١٩/٨)، و«بداية المجتهد»: (٢٨/١).

(٣) المرجع السابق، وراجع: «فقه السنة» للشيخ سيد سابق: (٣/٣٠٥): ط دار الكتاب العربي - بيروت، و«مغني المحتاج» للشرييني: (٤/٢٦٩).

(٤) راجع ما تقدم، و«فقه السنة»: (٣/٣٠٥). هذا والإمامية - فيما يبدو - مختلفون في تصورهم للحد الأدنى من الحياة التي يدرك الصائد الحيوان عليها بعد جرحه بالصيد بالآلة الجامدة، أو الكلب الجارح المعلم، والتي تستوجب تذكيتة الذبيحة، ليحل، فبينما تجدها في «النهاية» محددة بكون عين المصيد تطرف، ورجله تركض، وذنبه يتحرك، إذا هي في «اللعة الدمشقية وشرحها»، محددة بالحياة المستقرة.

وأنت لو أمعنت النظر في «مشروعية» ذكاة «الضرورة» هذه، لرأيت سببها «عدم القدرة على ذبح الحيوان بالذكاة الشرعية التي هي الأصل»^(١)، والقاعدة المقررة شرعاً أنه لا يصار إلى البذل، إلا إذا تعذر الأصل، أو تعسر، وقد أشرنا إلى أن العقر - وهو الطعن بمحدد في أي موضع من جسم الحيوان، طعناً مدمياً له يفضي إلى موته منه - يقوم مقام «العزيمة» في الحالات التي بينها، وهو مذهب الجمهور، ما عدا ما روي عن الإمام مالك في «المتوحش» وأنه لا يحل إلا بالذكاة الشرعية دون العقر^(٢)، وقد أشرنا إلى أن شارح «الموطأ» الإمام الدهلوي، قد علق على هذا، ورأى أن ذلك في «المقدور عليه» الذي يمكن أن يُذبح بتلك الذكاة^(٣)، دون ما نحن فيه من الحالات.

على أن من فقهاء المالكية من ألحق المتوحش بالوحش وسباع الطير، فأجاز أكله بالصيد^(٤) كما أسلفنا.

هذا، وتجدر الإشارة إلى أن تلك الحالات التي يجوز فيها «العقر» كذكاة ضرورية لا يجوز فيها «الصيد» عن طريق «إرسال الجارح المعلم»، لاقتصار النصوص على «العقر» بالمحدد، من مثل حديث أبي العشاء، عن أبيه، قال: «قلت: يا رسول الله! أما تكون الذكاة إلا في الحلق، واللِّبَّة؟ قال: «لو طعنت في فخذه، لأجزأك»^(٥)،

(١) «بداية المجتهد»: (٤٥٠/١).

(٢) «بداية المجتهد»: (٤٥٠/١).

(٣) جاء في «المسوى شرح الموطأ»: (٢٤٥/٢): «أه - أي: مالكا - بلغه أن سعيد بن المسيب، كان يكره أن يقتل الأنسية بما يقتل به الصيد، من الرمي وأشباهه، قلت (الدهلوي): هذا مخصوص بما إذا لم يتوحش، وأمكن ذبحه، فإذا توحش صار بمنزلة الصيد».

(٤) جاء في «مغني المحتاج» ما نصه: (٢٦٩/٤): «ولو تردى بعير ونحوه في بئر، ولم يمكن قطع حلقومه فكناؤ، قلت: الأصح لا يحل بإرسال الكلب». وراجع «رد المحتار»: (٢٦٤/٥ - ٢٦٩). هذا، وفيما يتعلق بالإمام مالك - فضلاً عما تقدم من تعليق شارح «موطئه» (الدهلوي) - فقد جاء في «القوانين الفقهية» لابن جزي ص ١٧٢، أن من فقهاء المالكية من ألحق المتأنس الذي توحش، بالوحش وسباع الطير، فأجاز أكله بالصيد. ص ١٧٢.

(٥) أخرجه أبو داود: ٢٨٢٥، والترمذي: ١٤٨١، والنسائي: (٢٨٨/٧)، وابن ماجه: ٣١٨٤، وأحمد:

وعلق عليه الإمام الشوكاني بقوله: «وهذا فيما لم يقدر عليه»^(١) فوجب الوقوف عند هذه الوسيلة.

اجتهاد الإمامية في كل حيوان - ولو مستأنساً - إذا تعذر أو تعسر ذبحه أو نحره، فإن العقر ذكاته، للضرورة التي مردّها عدم القدرة عليه، وإن لم يصادف العقر موضع التذكية الشرعية، دفعاً للحرج، وعدم إضاعة المال، وسناً للحاجة.

على أن هذا هو اجتهاد الإمامية، فقد جاء في تحرير الوسيلة ما نصه: «كل ما يتعذر» ذبحه أو نحره، إمّا لاستعصائه، أو لوقوعه في موضع لا يتمكن الإنسان من الوصول إلى موضع ذكاته، ليذبحه، أو لينحره، كما لو تردى في البئر، أو وقع في مكان ضيق، وخيف موته، جاز أن يعقر بسيف، أو سكين، أو رمح، أو غيرها، مما يجرحه، ويقتله، ويحل أكله، وإن لم يصادف «العقر» موضع التذكية، وسقطت شرطية الذبح والنحر»^(٢). أي: لهذه الضرورة، وهذا بعمومه شامل كل حيوان، ولو كان مستأنساً.

هذا، وأشار الفقهاء إلى أنه يكفي جرح النادّ، أو المتردي، جرحاً يفضي إلى «الزهوق»، وقيل: يشترط أن يكون «مذفّفاً» أي: يُسرّع للقتل، ويقول «مغني المحتاج» ما نصه: «ويكفي في النادّ، أو المتردي، جرح يفضي إلى الزهوق»^(٣). أي: الموت. غير أن بعض الفقهاء قيّد الجرح الذي يؤدي إلى الموت أن يكون «مذفّفاً» أي: يسرّع للقتل^(٤)، والأصح الأول.

حكم الصيد بالبندقية النارية ونحوها من الأسلحة الحديثة المعروفة في أيامنا:

نخلص مما سبق إلى أن «المصيد» لا يحل أكله إذا أصابه «المعراض» أو السهم

(١) «نيل الأوطار»: (١٤٩/٨).

(٢) «تحرير الوسيلة»: (١٣٣/٢)، و«اللمعة الدمشقية مع شرحها»: (٢١٦/٧) في سقوط شروط التذكية الشرعية، ومنها استقبال القبلة.

(٣) «مغني المحتاج»: (٣٦٩/٢).

(٤) المرجع السابق.

بعرضه، أو صيد بالحذف، برميّه بحصاة أو بالمقلع، أو ببندق الطين^(١) اليابس؛ لأن هذا ونحوه قد ورد النص بتحريمه؛ إذ يقتل بثقله، لا بجرحه ونفاذه في جسم المصيد، فلا يحل لذلك، إلا إذا أدركه الصائد حيًّا، وذكاه، بذبحه في موضع الذبح.

أما الصيد بالبندقية النارية ونحوها بما تطلق من الرصاص على الصيد الذي ينفذ إلى جسم المصيد، ويدميه، بفعل نار البارود أيضاً، ويقتله، أن الصيد بهذه الآلة جائز أكله على الراجح؛ لأنه يُنهر الدم، ويُجهز على الصيد، أي: يسرع في قتله وإتمامه، بل هو أكثر نفاذاً وتذفيماً وإجهازاً من السهم، فتحققت بذلك التذكية الشرعية، ولا سيما أنه يقتل بحدّه، لا بصدمه، وإلا فما سبب «إنهار الدم» في المقتول من الصيد برصاص البندقية؟

وجوب تذكية الحيوان الوحشي المستعصي بعد الإصابة برصاص البندقية النارية، وجرحه إذا أدركه الصائد حيًّا، غير منفوذ المقاتل، للاحتياط.

غير أننا نرى، أن على الصائد - ما أمكن - إذا أدرك المصيد بالبندقية النارية حيًّا، غير منفوذ المقاتل^(٢)، أو فوق حياة المذبوح^(٣) - على حد تعبير الفقهاء - وبعد إصابته برصاص هذه البندقية وجرحه، وسيلان دمه، أقول: عليه أن يذكره في مثل هذه الحال، وإلا فلا يحل، لأمرين:

الأول: لأنه أصبح مقدوراً عليه، فيجب الرجوع حينئذ إلى الأصل، ما أمكن،

(١) وهو ما يصنع من الطين باليد على شكل النواة، ولعل تسمية «البندقية» التي تقذف الرصاص بقوة نار البارود، مأخوذة مما كان يعرفه الأقدمون من بندقية الطين اليابس، وحكم الصيد شرعاً يختلف بالنسبة إلى كل منهما، فالأول يحل أكل المصيد به، لما عللنا في المتن؛ إذ به يتحقق معنى الذكاة الشرعية، ومناطقها، بخلاف الثاني، فلا يحل لعدم تحقق هذا المناط - فالخلاف - كما ترى - في «تحقيق المناط».

(٢) المقاتل خمسة: قطع النخاع الشوكي، بتر الدماغ، نثر الحشوش، فري الودج، ثقب مصير.

(٣) أي: حياة مستقرة، يمكن أن يعيش معها المصيد، وهو ما ذهب إليه الشافعية والإمامية. راجع «مغني المحتاج»: (٤/٢٦٩ وما يليها)، وراجع: «شرائع الإسلام»: (٣/٢٠٢) إذ يقول مؤلفه: ويذكي ما بقي إن كانت حياته مستقرة.

قياساً على المصيد بالسهم، أو بالجرح المعلم إذا أدركه الصائد حياً غير منفوذ المقاتل - كما ذكرنا - لانتفاء علة ذكاة الضرورة - وهي «عدم» القدرة عليه - إذ الحكم يدور معها وجوداً وهدماً، وإلا فلا يحل؛ لأنه ميتة.

الثاني: للاحتياط في حلّ أكل الصيد، لأن الصيد لا يعرى عن معنى التعبد، وأكبر مظهر لتحقيق الاحتياط، هو الخروج من الخلاف، في حلّ المصيد بالبندقية النارية، على النحو الذي بينا.

اجتهاد الإمامية في حكم الصيد بالآلة المعروفة المسماة بالبندقية النارية ونحوها، مع توفر الشرائط الأخرى، لحل المصيد، واجتهادهم في الرمي بالبندقية من الحديد.

اتجه الفقه الإمامي إلى حلّ أكل المصيد بهذه الآلة، لتحقيق «مناط» التذكية الشرعية، أو معناها، من إنهار الدم، وموت الصيد من إصابتها، إذا توفرت سائر الشروط.

غير أن فقهاء الإمامية، قد فرقوا بين الصيد بالبندقية النارية المعروفة ونحوها، والصيد بالبندقية من الطين اليابس، أو حتى من الحديد غير المحدد، فنوهوا بحرمة مقتولها، والاختلاف في الحكم بينهما كان تبعاً لتحقيق المناط وعدمه في اجتهادهم، فقد جاء في «تحرير الوسيلة» في هذا الشأن ما نصه: «لا يبعد حلّيّة ما قُتل بالآلة المعروفة المسماة بالبندقية، مع اجتماع الشرائط، بشرط «أن تكون البندقية محددة نافذة بحديتها، على الأحوط» فيجتنب ما قتل بالبندق الذي ليس كذلك، وإن جرح، وخزق بقوته»^(١).

على أن هذه التفرقة في الحكم مردها التمييز بينهما، من حيث الإصابة بالحدة أو الصدمة أو الثقل، فالأول مصيد بالحدة النافذة، والثاني مصيد بالصدمة، وإن خرق؛ لأنه - في اجتهادهم - يشبه «الوقد» فكان الاحتياط في تجنبه، وهو ما أشار إليه

(١) «تحرير الوسيلة» المسألة ٨: (١٢٣/٢).

المؤلف بقوله: «والبندقة التي قلنا في المسألة السابقة بحرمة مقتولها، غير هذه النافذة الخارقة بحدتها»^(١) وهذا بين.

رأينا في اجتهاد الإمامية في هذه المسألة:

ونحن نرى أن البندق من الرصاص، أو الحديد، مما يكون على شكل كرات أو كريات، إذا اخترق جسم الحيوان ونفذ، وأنهر دمه، وقتل من جراء ذلك، بأن نفذ إلى مقاتله، وصرعه، أنه يحل، ولو لم يكن محددًا؛ لأن معنى الذكاة قد تحقق بأمرين: بالاخترق أولاً، وإنهار الدم ثانية، يؤيد هذا قوله ﷺ: «يحل لكم ما ذكيتم، وما ذكرتم اسم الله عليه وخزقتم، فكلوا منه» في رواية عدي بن حاتم.

هذا، وفي رواية أخرى عن عدي، قوله ﷺ: «إذا رميت فسميت فخرقت فكل، وإن لم تخزق، فلا تأكل»^(٢).

وكذلك ما روي عن رافع بن خديج، عن النبي ﷺ من قوله: «ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكلوا، ما لم يكن سِنًا أو ظُفْرًا»^(٣).

هذا، وإذا تحقق هذان الأمران، مع سائر الشرائط، كان ذلك سبباً شرعياً موصلاً إلى حل المصيد، بنصوص السنة، ومعقولها.

وأيضاً، إن البندق من الحديد، أو الرصاص، الذي يكون على شكل كرات، أو كريات، مما يندفع بعنف شديد، ويخترق جسم المصيد، ويُنهر دمه، ويقتله، أشد إزهاقاً وتذيفاً، بما يُحدث من الجرح السائل، على ما هو مشاهد، بنفوذ مقاتله، وسيلان دمه، لا بالصدمة التي تكون بعرض المعراض، أو عرض السهم، كما هو معلوم، ويخالف فعل البندقة من الطين بالبدهة، فالعبرة بالأثر، لا باتفاق الاسم.

(١) «النهاية» ص ٥٨٠ وما يليها.

(٢) أخرجه أحمد: ١٩٣٩٢، وهو حديث صحيح. راجع: «نيل الأوطار» للشوكاني: (٨/١٤١ وما يليها).

(٣) أخرجه البخاري: ٢٤٨٨، ومسلم: ٥٠٩٢، وأحمد: ١٥٨٠٦. وانظر المرجع السابق، وراجع: «المجموع شرح المهذب»: (٨٠/٥)، فإذا كان قوله ﷺ: «ما أنهر الدم» في الذكاة الشرعية، ففي الضرورية يحل من باب أولى.

على أن تعليقات فقهاء المذهب الإمامي لحل أكل المصيد بالآلة الجمادية الحادة، اشترطوا فيها «التخزيق» حتى إذا لم تخزق، فلا يحل، فظهر أن «التخزيق» - لا مجرد الحديّة - هي الشرط، وهذا متحقق بالكريات من الحديد، ومن هذه التعليقات قول بعض فقهاء المذهب، فيما نصه: «وإذا لم يكن مع الصائد سهم فيه حديدة، ومعه سهم حاد ينفذ ويخزق، جاز أكل ما يصيد به، إذا خزق، فإذا لم يخزق، لم يجز أكله»^(١).

والثابت أن الكريات من الحديد، أو الرصاص أو أي نوع من الفلز، والمنطلقة بعنف شديد، تحقق هذا المعنى على أتم وجه، فلم يعد ثمة «للحديّة» أي تأثير على الحل وعدمه، ما دامت العبرة «بالتخزيق»، وقد وجد؛ لأنه في معنى التذكية.

على أن الفقه الإمامي يجيز أكل المصيد بسهم فيه حديدة، إذا أصابه «معتراضاً» فقتله^(٢)، والاعتراض قد لا يتأتى معه النفاذ والتخزيق، ولو كان فيه حديدة.

هذا، ومن المعقول أن يكون «التخزيق» هو شرط الحل في الآلة الجمادية؛ لأن المقصود إنهار الدم، وهذا حاصل بيقين، فيكون محققاً للذكاة الضرورية في معناها الشرعي^(٣).

على أن فريقاً من الفقهاء قد ذهب إلى أن مُثَقِّل الحديد وغير الحديد، سواء؛ إن خرق حل، وإلا فلا^(٤).

القاعدة العامة التي يمكن استخلاصها من اجتهادات الفقهاء على اختلاف مذاهبهم في حل المصيد:

هذا، والقاعدة العامة التي يمكن استخلاصها من فقه الأئمة في حل أكل المصيد،

(١) «النهاية» للطوسي ص ٥٨٠.

(٢) المرجع السابق، و«تحرير الوسيلة»: (٢/١٢١ وما بعدها)، قارن هذا بكتاب «رد المحتار» لابن عابدين: (٤٦٧/٥).

(٣) «رد المحتار»: (٤٦٧/٥)، نقلاً من قاضيخان.

(٤) انظر: «الفقه الإسلامي» للدكتور فوزي فيض الله ص ٩٧.

ومما ورد من الروايات التي روينا آنفاً، ولا سيما رواية رافع بن خديج، وعدي بن حاتم، هي قوله ﷺ: «ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكل» فإنه مندرج في عمومه، كل ما يحقق مناط هذه القاعدة، ومضمونها التشريعي، من كل وسيلة مستحدثة، ولا سيما الأسلحة النارية، أو تلك التي تستخدم للصيد خاصة، مما يختلف تماماً عن وسيلة الصيد بالبندق من الطين اليابس التي كانت معروفة في القديم، لورود النهي عنها صراحة، بنص الحديث: «ولا تأكل من البندق إلا ما ذكيت»؛ لأنها لا تخزق ولا تخرق، ولأنها تشبه الحذف أو الرمي بالحصى «فلا تصيد صيداً ولا تنكأ عدواً، ولكنها تكسر السن، وتفقد العين» على ما ورد في الحديث المتفق عليه^(١)، أي: لا تخرق الجسم ولا تسيل الدم، ولا ريب أن كريات الرصاص أو الحديد ونحوه مما ينطلق بعنف شديد، ليست كذلك بالبداية، كما هو معلوم ومشاهد، فالأرجح حل المصيد بها، ولأنها أصبحت الوسيلة الشائعة بين الناس للاصطياد، مما يوقع تحريمها في الحرج الشديد، وهو مدفوع في الدين.

ثالثاً - أن يكون الحيوان مأكول اللحم شرعاً، وهذا شرط بدهي؛ لأن غير مأكول اللحم، لا يؤثر في حله الذكاة الشرعية، فضلاً عن الذكاة الضرورية، من العقر، ما دام - في الأصل - محرماً أكله، وإن كان للصيد أو الذكاة الذبحية، تأثير في «طهارة لحمه» وجلده، وشعره، لانفصال الدم الخبيث عن جسمه.

هذا، وطهارة اللحم غير حل أكل اللحم، إلا أن يكون الحيوان «نجس العين» كالخنزير، فلا يطهر شيء منه بالصيد، أو الذبح، بحال من الأحوال، كما لا يجوز الاصطياد بالخنزير، ولو كان معلماً - على الراجح - تجنباً له، أكلاً واستعمالاً، لنجاسته العينية^(٢) كما ذكرنا.

(١) أخرجه البخاري: ٥٤٧٩، ومسلم: ٥٠٥٠، وأحمد: ١٦٧٩٤، من حديث عبد الله بن مغفل. وانظر

«نيل الأوطار» للشوكاني: (١٤٢/٨) ما يليها.

(٢) «فتح القدير»: (١٧٢/٨).

رابعاً - ذكر اسم الله تعالى، أو التسمية، عند إرسال الجارح المَعْلَم، أو الرمي بالسهم ونحوه، أو إطلاق الرصاص من البندقية النارية، أو ما يشبهها.

وتفسير ذلك:

أنا قلنا آنفاً: إن «الصيد» - في الإسلام - لا يَعْرِى عن معنى «التعبد» ولذا كان فعل الاصطياد منسوباً إلى «الصائد» لا إلى الحيوان الجارح المَعْلَم المرسل، ولا إلى الآلة المحددة الجمادية المرمي بها، ولا إلى البندقية النارية التي يطلق منها الرصاص المحدد المنذفع بعنف بفعل البارود، أقول: «لمكان معنى التعبد في الصيد» اشترط ذكر اسم الله تعالى ابتداءً عند الإرسال، أو الرمي، أو الإطلاق، شرطاً للحل، وقصداً إلى تحقيق معنى التعبد هذا؛ إذ لا عبادة بدون قصد ونية.

موضع التسمية في الصيد، على الآلة الجمادية الحادة، أو على الجارح المَعْلَم عند الرمي، أو الإرسال، لا على الحيوان الذي يراد صيده؛ لأنه غير مقدور عليه، بخلاف الزكاة الشرعية، فالتسمية على الحيوان الذبيح نفسه، لأنه مقدور عليه.

غير أنه ينبغي أن يُلاحظ أن ذكر اسم الله تعالى، وإن كان يتعلق بمعنى في الصائد نفسه - وهو العقيدة - فإن موضع هذا الذكر أو التسمية يختلف في حال الاصطياد عن حال الزكاة الشرعية، فالتسمية حال الاصطياد إنما تكون على الآلة الحادة أو «الجارح المَعْلَم» لا على المصيد؛ لأن هذا الأخير غير مقدور عليه حين الإرسال، في حين أن «التسمية» في حال الذبيح بالزكاة الشرعية، إنما تكون على الذبيحة نفسها؛ لأن الذبيحة مقدور عليها عند الذبيح، ويتفرع عن هذا الأحكام التالية:

حكم التسمية في الاصطياد عند الإرسال أو الرمي، شرطاً للحل، والأدلة التي تنهض به، في فقه المذاهب.

اختلفت آراء الفقهاء في «حكم التسمية» شرطاً لحل أكل المصيد، على الوجه الآتي:
أولاً - ذهب الحنفية والمالكية^(١) في الصحيح من مذهبهم، والإمامية إلى أن

(١) «نبيل الأوطار»: (١٤١/٨ - ١٤٨)، و«فتح القدير»: (٥٢/٨ وما يليها)، و«الكتاب»: (٣/٢١٨ و٢٢٤)، «بداية المجتهد»: (٤٤٨/١)، و«المغني» لابن قدامة: (١/٣٣).

«التسمية» شرط يتوقف عليه حل أكل المصيد، حالة الذكر دون النسيان، فكان متروك التسمية عمداً محرماً عندهم، بخلاف ما لو تركت نسياناً. وهو قول الثوري، وسعيد بن جبير وعطاء.

ثانياً - وذهب «الشافعية» إلى أن التسمية «سنة مؤكدة» وليست فرضاً. وعلى هذا، فمتروك التسمية - في اجتهادهم - حلال مطلقاً، وهو رواية ضعيفة عن مالك، وإلى هذا ذهب أشهب من المالكية، غير أنها مندوب إليها، أو سنة مؤكدة. ثالثاً - وذهب الإمام أحمد إلى «التمييز» بين «الصيد» و«الذكاة الشرعية». أما في الصيد، فالتسمية فرض مطلقاً، يتوقف عليها حل المصيد، فسواء تركها عمداً أو نسياناً، فالمصيد ميتة، لا يحل أكله.

وأما في الذكاة الشرعية، فالذبيحة لا تحل إن ترك التسمية عليها عمداً. وأما إن تركها نسياناً، فثمة روايتان عنه: أنها تحل، والأخرى: أنها لا تحل. رابعاً - وذهب «الظاهرية» إلى أن التسمية فرض مطلقاً، حالة الذكر والنسيان على السواء.

هذا جملة ما بين أيدينا من المذاهب، ونعرض فيما يلي أدلة كل مذهب، ووجوه الاستدلال بها.

أولاً - استدل المذهب الأول، من الحنفية وجمهور المالكية والإمامية، على أن التسمية فرض حال الذكر دون النسيان، في كل من الذكاة الشرعية، وعند الإرسال للصيد بالكتاب والسنة والمعقول:

أ - أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكِّرْ اللَّهُ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفَسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١].

ووجه الدلالة أن النهي للتحريم، وهذا هو موجه الأصلي، ولا صارف عنه إلى الكراهة، «لكونه يتناول في بعض مقتضياته الحرام المحض، ولا يجوز أن يتبع بعض ليراد به التحريم، أو الكراهة معاً»^(١).

(١) «الهداية»: (٤٧/٤)، و«مواهب الجليل» ص ٢١٩.

وأما الناسي، فلا يتوجه إليه خطاب؛ إذ يستحيل خطابه حال النسيان، فلم يكن الخطاب بالنسبة إليه يفيد وجوب التسمية، وإذا لم يكن الخطاب متوجهاً إليه، لنسيانه، فلا وجوب عليه^(١).

ب - أن الآية الكريمة التي تلونا من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكَرْ أَشَدُّ اللَّهُ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١] تدل بظاهرها على تحريم ترك التسمية بإطلاق، وهو يشمل تركها عمداً ونسياناً معاً، فتكون التسمية فرضاً، في كلتا الحالتين، عملاً بمقتضى العموم، غير أن النسيان عذر سماوي قهري، لا يد للإسان في تجنبه، فسقط الوجوب عن الناسي، رفعاً للحرج^(٢).

وأيضاً، لهذا المذهب أن يستدل بمقتضى قوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكروها عليه»^(٣)، والاستدلال بهذا الحديث يستقيم على مذهب الحنفية في «المقتضى» لأنهم يرون أن المرفوع هو الإثم الأخروي، لا الحكم الدنيوي، وما نحن بسبيل البحث فيه هو الإثم والحرمة، فيكون الإثم مرفوعاً، ورفع الإثم هو رفع للحرمة، بالضرورة، ولا فرضية حيث لا حرمة، ولا إثم في الترك^(٤).

أما الجمهور، فاستدلوا بهذا الحديث على سقوط التسمية حال النسيان، أقوى؛ لأن الرفع شامل للحكم الدنيوي والأخروي، معاً بمقتضى أصولهم.

ج - أن الشارع الحكيم قد أقام «الملة» - وهي الإسلام - مقام الذكر

(١) «المحلى» لابن حزم: (٤٦١/٧)، و«اللمعة الدمشقية مع شرحها»: (٢٠٤/٧)، و«النهاية» للطوسي: ص ٥٨٢ وما يليها، و«مغني المحتاج»: (٧٢/٤) (فقه شافعي)، و«شرائع الإسلام»: (٢٠٤/٣)، (فقه إمامي).

(٢) «الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي: (٧٦/٧).

(٣) أخرجه ابن ماجه: ٢٠٤٥، وابن حبان: ٧٢١٩، من حديث ابن عباس، بلفظ: «إن الله تجاوز عن أمتي...»، وإسناده صحيح.

(٤) «بداية المجتهد»: (٤٤٩/١). يقول ابن رشد في استدلال من فرق بين حال الذكر، وحال النسيان في حكم التسمية، ما نصه: «وأما من اشترط الذكر في الوجوب (وجوب التسمية) فمصييراً إلى قوله عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكروها عليه».

باللسان، بالنسبة إلى الناسي، دفعاً للحرج، أو اعتباراً «للعذر» القائم في جهته، وهو النسيان، ونظير ذلك معهود في الشرع، ألا ترى أن الشارع قد أقام الأكل نسياناً مقام الإمساك في الصوم^(١)؟

وعلى هذا، لم يكن الناسي للتسمية عند الإرسال أو الرمي، داخلاً أصلاً في عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ أَسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] لأن الناسي ذكّر الله تعالى، حكماً واعتباراً، فلا تخصيص ولا استثناء، فلا ينطبق بالتالي حكم الآية الكريمة - وهو التحريم - على صيده، فيكون حلالاً أكله.

وأيضاً، أن الناسي لا يسمى فاسقاً^(٢) بالإجماع، فلا يكون مشمولاً أصلاً بحكم الآية الكريمة لقوله تعالى: ﴿وَأِنَّهُ لَفَاسِقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١] على أن إقامة «الملة» مقام الذكر في حق الناسي لا يظهر في حق المعتمد لترك التسمية، فلا تقام «الملة» هنا مقام الذكر والتسمية، فيكون حكم التحريم شاملاً لصيده، بمقتضى الآية الكريمة، وتفسير ذلك: أن إقامة «الملة» مقام «التسمية» في حق الناسي، لمكان العذر القهري أو السماوي الذي لا يدل له في إحدائه، ولا في تجنبه، فلم يكن لهذه الإقامة وجه بالنسبة إلى المعتمد؛ إذ لا عذر يقوم في جانبه، والعذر هو مناط الحكم بالترخيص، وحيث ينتفي العذر ينتفي الترخيص، فلا يحل صيده.

على أن إقامة «الملة» في قلبه الذي هو مقر مُعتقده، أمر مفترض فيه، بل هو الأصل، وليس كذلك المعتمد لترك التسمية، ولا سيما إذا تركها استخفافاً واستهانة؛ لأن هذا دليل على نفي ما افترض أنه قائم في قلبه، صراحة؛ إذ التصريح أقوى في الدلالة من الافتراض، فلا وجه إذن لاعتباره ذاكراً حكماً، بل هو مضاد، أو مناف لهذا الافتراض، فلم تعد إقامة «الملة» مظنة للذكر في حقه، لقيام الدليل الصريح على انتفائها، كما ذكرنا، وهذه «المظنة» مدلول عليها بقوله ﷺ: «تسمية الله في قلب كل مسلم»^(٣) وقد نفاها تعمداً وصراحة.

(١) «تفسير القرطبي»: (٦/٧٦ وما يليها).

(٢) المرجع السابق.

(٣) أورده السيوطي في «الدر المثور»: (٣/٣٤٩).

وعلى هذا، لا يلحق العامد بالناسي، بجامع «إقامة الملة مقام التسمية باللسان» لما بينا.

على أن هذا التفسير، لم يكن مجرد استنتاج عقلي، أتينا به من عندنا، بل هو صريح قوله ﷺ: «ذبيحة المسلم حلال، وإن لم يسم، ما لم يعتمد»^(١)، وفي هذا الحديث إشارة إلى سبب الجِلِّ على الرغم من عدم التسمية، وهو «الإسلام» لقوله ﷺ: «ذبيحة المسلم»، ولا نقصد بالملة إلا هذا، فلا يكون صيد أو ذبيحة تارك التسمية عمداً، حلالاً، بنص الحديث.

ومفاد هذا المذهب أن التسمية عند الإرسال أو الرمي، لا بد منها، شرطاً للحل، حقيقة، أو حكماً، ما لم يدلّ الدليل على انتفائها حكماً، أي: عند تركها تعمداً.

ثانياً - أما الأدلة على وجوب التسمية من السنة حال الذكر - كما أسلفنا - في كل من الصيد، والذبيحة، لعدم الفرق، فمن مثل ما روي:

أولاً - عن عدي بن حاتم، من قوله ﷺ: «يجلّ لكم ما ذكيتم، وما ذكرتم اسم الله عليه»^(٢).

ثانياً - وفي رواية أخرى عن عدي: «إذا أرسلت كلابك المعلّمة، وذكرت اسم الله، فكل مما أمسكن عليك»^(٣).

ثالثاً - وفي رواية ثالثة عن عدي أيضاً، قال ﷺ: «إن أرسلت كلبك، وسميت، فأخذ، فقتل، فكل»^(٤).

وفي رواية رابعة عن عدي، أن رسول الله ﷺ قال: «إذا رميت سهمك، فاذكر اسم الله...»^(٥) بصيغة الأمر.

خامساً - وفي رواية خامسة عن عدي، قال: «إني أرسل كلبتي، أجد معه كلباً آخر،

(١) أخرجه الحارث في «مسنده»: (٤٧٨/١)، والبيهقي في «الكبرى»: ١٨٦٧٤، وابن حزم في «المحلى»: (٤١٣/٧)، من حديث راشد بن سعد. وانظر «نيل الأوطار»: (١٤٠/٨).

(٢) المرجع السابق ص ١٣٨. (٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق ص ١٣٩. (٥) المرجع السابق.

لا أدري أيهما أخذه، قال ﷺ: «فلا تأكل فإنما سميت على كلبك، ولم تسم على غيره»^(١).

وجه الاستدلال بهذه الروايات على «وجوب التسمية» عند الإرسال، أو الرمي:

أ - أن «الجل قد عُلق على التسمية» ولا ريب أن المعلق على شيء، لا يوجد إلا عند وجود المعلق عليه، ولا يوجد عند انتفائه، وإلا ما كان الشرط شرطاً، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشوكاني ما نصه: «وفي حديث الباب، إيقاف^(٢) الإذن في الأكل عليها (على التسمية)، والمعلق بالوصف ينتفي عند انتفائه، عند من يقول بالمفهوم، والشرط أقوى من الوصف»، أي: في الدلالة بالمفهوم المخالف^(٣).

ب - على أنه قد جاء في الرواية الرابعة صيغة «الأمر» بذكر اسم الله تعالى عند الرمي، والأمر - في الأصل - يفيد الوجوب، ولا يُحمل على غير موجبه الأصلي هذا إلا بدليل، ولا دليل.

ج - جاء في الرواية الثالثة: «إذا أرسلت كلابك المعلمة، وسميت...» تعليق الإذن بالأكل على ثلاثة أمور:

أحدها - الإرسال للجراح المعلم.

والثاني - تعليم الكلب المرسل.

الثالث - التسمية، أو ذكر اسم الله تعالى عند الإرسال.

أما تعليم الكلب، فشرط واجب تحصيله إجماعاً، ليحلَّ أكل صيده، لقوله تعالى:

﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤] أي: أحلَّ لكم صيد ما علمتم من الجوارح، كما

(١) المرجع السابق ص ١٤٠.

(٢) أي: تعليق، بدليل قوله بعد ذلك: والمعلق على شيء، لا يوجد عند انتفائه. «المرجع السابق».

(٣) ستأتي مناقشة هذا الدليل، راجع: «فتح القدير»: (١٧٤/٨) -، وراجع: «نيل الأوطار»: (١٤٠/٨).

وهذا الوجه من الاستدلال يصح اعتماده عند غير الحنفية من القائلين بحجية المفهوم المخالف.

بيننا. فكذاك «التسمية» وإلا ما صح هذا القرآن بين شرط واجب، وشرط غير واجب؛ لأن هذا خلاف المعهود في أسلوب اللغة، والعرف، ومنطق العقل؛ إذ المعلق على شروط ينتفي بانتفائها، أو بانتفاء أحدها عند القائلين بالمفهوم.

د - على أن الرسول ﷺ قد فرّق بين حكمين متنافيين، بوصفين مختلفين، فدل ذلك إيماءً على أن اختلاف الوصف قد توقف عليه اختلاف الحكم، ألا ترى إلى قوله ﷺ: «فلا تأكل، وإنما سميت على كلبك، ولم تسم على غيره» فالنهي مترتب على عدم التسمية، فكانت التسمية شرطاً يتوقف عليه الحل، وإلا ما كان ثمة من معنى للفصل بين الحكمين بوصفين مختلفين، كما ترى.

هـ - أما ما ورد على استدلال الحنفية ومن معهم، من حديث: «أن قوماً يأتوننا باللحم، لا ندري، أذكروا اسم الله عليه، أم لا؟ فقال ﷺ: سموا عليه أنتم، وكلوا»^(١) مما يدل على عدم فرضية التسمية، وإلا ما نابت عنها التسمية عند الأكل، فأجاب الحنفية عن هذا الحديث بأنه «منسوخ»؛ لأنه كان في بدء الإسلام، وأن الناس كانوا حديثي عهد بالكفر، والناسخ قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١] وستأتي مناقشة دعوى النسخ هذه في مقامها.

ثالثاً - هذا، واستدلوا بالمعقول، فقالوا:

١ - إن الجارح المعلم: من الكلب والبازي هو «آلة» والذبح لا يحصل بمجرد الآلة إلا بالاستعمال، وذلك فيهما بالإرسال، فنُزِلَ^(٢) منزلة الرمي^(٣)، وإمرار السكين^(٤)، فلا بد من التسمية عنده^(٥).

(١) أخرجه البخاري: ٥٥٠٧. (٢) أي: عند الإرسال.

(٣) أي: الرمي بالسهم. (٤) أي: عند الذبح في الزكاة الشرعية.

(٥) أي: عند الإرسال للكلب المعلم، هذا وإنما اشترط «الإرسال» حتى يكون الفعل منسوباً إلى الصائد لا إلى الكلب المعلم، كما بينا، فلو انبعث الكلب من تلقاء نفسه - أي: استرسل - لا يحل الصيد؛ لأن =

ولا يخفى أن هذا الدليل العقلي يستند إلى قياس الصيد على الزكاة الشرعية،
والحكم وجوب التسمية.

٢ - ومن استدلالهم بالمعقول أيضاً، قولهم:

إن الأصل تحريم الميتة، وما أذن فيه منها، تراعى صفته، فالصيد أو الذبيح
المسمى عليه، قد وافق الوصف، فبقي غير المسمى عليه على أصل التحريم، لعدم
مراعاة الوصف فيه.

أدلة الشافعية (القائلين بعدم وجوب التسمية، وأنها سنة مؤكدة):

استدل الشافعية على مذهبه من أن التسمية ليست فرضاً - لا في الصيد، ولا في
الزكاة الشرعية - من الكتاب، والسنة.

أولاً - أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالذَّمُّ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ
لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَفَقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣].

ووجه الاستدلال، أن الله تعالى لم يعلّق الحلّ إلا على مجرد التذكية، ترتيباً
للمعلول على علته المؤثرة في الحل، ولم يشترط التسمية قيداً للحل، فدل على أن
«متروك» التسمية، ولو عمداً^(١) يحل أكله، سواء أكان صيداً أم ذبيحاً.

على أن «التسمية» لم تكن أمراً مفروضاً يتوقف عليه الحل - أي: ليست شرطاً -
فهي أيضاً ليست جزءاً أو عنصراً تكوينياً في مفهوم «التذكية» التي هي «علة الحل»، بل
«التذكية» في حد ذاتها «علة» كاملة للحل، من دون التسمية، وهذا لا ينفي عنها أنها
«سنة مؤكدة» لورود الآثار بها على سبيل «الندب» لا الفرضية، وذلك بحمل الأمر
بالتسمية فيها على هذا المعنى، والصارف ما ذكرنا.

٢ - قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَّ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٥] والمقصود بطعامهم

هنا «ذبائحهم»، ومعلوم أن أهل الكتاب قد يسمون على ذبائحهم، وقد لا يسمون^(٢)؛

= الفعل عندئذ منسوب إلى الكلب لا إلى الصائد، والكلب دون إرسال لا يحل صيداً. راجع «فتح
القدر»: (١٧٤/٨).

(٢) المرجع السابق.

(١) «معنى المحتاج»: (٢٧٢/٤).

لأنهم لا يلتزمون بأحكام الإسلام، والفرضية لا تثبت مع الشك والتردد، فدل ذلك على أن متروك التسمية بإطلاق حلال أكله شرعاً.

٣ - واستدل الشافعية أيضاً بقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية، ومتروك التسمية لم يكن داخلياً فيها، فلا يكون مُحَرَّمًا.

إذا ثبت هذا، فإن حكم «متروك التسمية» من قِبَل المسلم، حلال من باب أولى، لإقامة «الملة» مقامها كما بينا^(١). هذه أدلة الشافعية من الكتاب.

ثانياً - أما أدلة الشافعية من السنة (على عدم وجوب التسمية)، فنوردها على الوجه الآتي:

أ - ما روي أن قوماً قالوا: يا رسول الله، إن قوماً يأتوننا باللحم، لا ندرى، أذكروا اسم الله عليه أم لا؟ فقال «سموا أنتم وكلوا...»^(٢).

ووجه الاستدلال، أن «التسمية» لو كانت شرطاً في حلّ الذبيحة ونحوها، لما أذن لهم الرسول ﷺ بالأكل منها، لمكان الشك في وقوعها، والفرضية لا تثبت بالشك والتردد، كما أسلفنا^(٣).

هذا، والرسول ﷺ قد أفهمهم أن التسمية عند الأكل تنوب مناب التسمية عند الذبح ونحوه، ولو كانت التسمية فرضاً عند الذبح، لما نابت التسمية عند الأكل منابها، بل لم تحل الذبيحة أصلاً، لتخلف شرط «الحلّة» ولا يثبت الشيء مع تخلف شرطه، وإلا ما كان شرطاً، فدل هذا الحديث على أن «التسمية ليست فرضاً» بل قام الدليل على عدم شرطيتها للحل، غير أن تعمد تركها مكروه^(٤).

(١) «تفسير القرطبي»: (٧/٧٦-٧).

(٢) راجع «نيل الأوطار»: (١٣٦/٨ - ١٤٠)، ويقول الإمام الشوكاني: وهو - أي: هذا الحديث - دليل على أن التصرفات والأفعال تحمل على حال الصحة والسلامة إلى أن يقوم دليل الفساد. المرجع السابق: (١٤٤/٨).

(٣) «نيل الأوطار» للشوكاني: (١٤٥/٨ - ١٤٦)، ويقول: إن هذا الحديث أصل في عدم وجوب التسمية.

(٤) «مغني المحتاج» للشرييني: (٤/٢٧٢).

هذا، ويقول الخطابي مؤكداً عدم شرطية التسمية عند الذبح ونحوه: «في الحديث دليل على أن التسمية غير شرط على الذبيحة؛ لأنها لو كانت شرطاً لم تُستبح الذبيحة بالأمر المشكوك فيه، كما لو عَرَضَ الشك في نفس الذبيحة، فلم يُعَلَم هل وقعت الذكاة المعتبرة أم لا؟ وهذا هو المتبادر من سياق الحديث، حيث وقع الجواب فيه: «سموا أنتم» كأنه قيل لهم: «لا تهتموا بذلك، بل الذي يهمكم أنتم أن تذكروا اسم الله وتأكلوا»^(١).

الشافعية يسلكون مسلك الجمع والتوفيق بين الأدلة المتعارضة، فانهى بهم ذلك إلى حمل الأمر بالتسمية على الندب، كما سيأتي بيانه.

هذا، وأجاب الشافعية عن استدلال القائلين بالوجوب بالآية الكريمة: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكَّرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١]^(٢) بأن هذه الآية في غير محل النزاع، وبيان ذلك:

أن الآية الكريمة: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكَّرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ وإن كان ظاهرها العموم، ليشمل النهي فيها كل ما لم يذكر اسم الله عليه، من متروك التسمية عمداً أو نسياناً، كما يشمل ما ذبح للأصنام، وذكر عليه اسمها، حجة للاستدلال بها على تحريم متروك التسمية، عمداً أو نسياناً^(٣)، غير أن المراد منها هو «خصوص ما ذبح على الأصنام من قبيل المشركين، بذكر اسم غير الله» وإذا كان مراداً بها هذا الخصوص، أو كان يتطرق إليها هذا الاحتمال، فلا يصلح حجة للاستدلال بها على تحريم متروك التسمية، عمداً أو نسياناً، من قبيل المسلم، على ما يتوهم من أنها توجب عليه تسمية الله تعالى على «الصيد» عند الإرسال أو الرمي، شرطاً في الحل، أو تسميته سبحانه على الذبيحة، عند التذكية الشرعية؛ إذ لا علاقة للآية الكريمة بشيء من ذلك.

(١) «نيل الأوطار»: (١٤٤/٨).

(٢) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٤٥٠/١).

(٣) «البدائع» للإمام الكاساني: (٤٦ - ٤٧).

هذا، والقرائن والأدلة التي تؤيد هذا النظر الاجتهادي في حمل عموم الآية الكريمة على هذا الخصوص فضلاً عن سياقها، ما يلي:

أن قوله تعالى: ﴿وَإِنَّكُمْ لَفِسْقٌ﴾، ليس «عطفاً» على قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا تَرَى يُذَكِّرُ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ بل «الواو للحال» فتكون الجملة «حالية» لا معطوفة، بمعنى أنها ترد قيماً على النهي المستفاد من صدر الآية: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا﴾ ويكون معناها على هذا: ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه، حالة كونه فسقاً، أي: في هذه الحال فقط، والقرآن الكريم قد فسر هذا بحال ذكر اسم الأصنام على الذبائح، على نحو ما كان يفعل الجاهليون، وهذا محرم إجماعاً، فالفسق إذن، مُفسَّر بما أهلَّ لغير الله به على الخصوص؛ لأن القرآن يفسر بعضه بعضاً، وهو في أعلى مراتب التفسير حجة، نجد هذا صريحاً في قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلِلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [الأنعام: ١٤٥].

ب - هذا، ومما يرجح أن قوله تعالى: ﴿وَإِنَّكُمْ لَفِسْقٌ﴾ جملة حالية «تَرِدُ قِيماً» على النهي في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا تَرَى يُذَكِّرُ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ فتخصيصه بتلك الحالة، أي: حالة ما إذا ذكر عليه اسم الأصنام، أقول: يرجح هذا المعنى على معنى «العطف» أن الجملة «إِنَّهُ لَفِسْقٌ» - كما ترى - خبرية، وليست معطوفة على الجملة الإنشائية «ولا تأكلوا» بل لا يصح ذلك لغة، كما هو معلوم، وكذلك في علم البلاغة، لا يُعهد عطف الخبر على الإنشاء، فكانت الجملة «حالية»، مقيدة للنهي، بخلاف ما لو اعتبرت «معطوفة» إذ تكون الآية مقررة للتحريم، وإضفاء سمة الفسق على جميع الحالات.

ج - وأيضاً، إن ما أهلَّ به لغير الله نص في تحريم ما ذكر عليه اسم (الأصنام والنُّصب) وهو تفسير «الفسق» كما بينا، وليس نصاً في متروك التسمية عمداً، بدليل الاختلاف الذي عرضنا.

د - على أن سياق الآية الكريمة التي هي مناط استدلال القائلين بوجوب التسمية،

من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ أَسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ وَإِنَّ الشَّيَاطِينَ لَيُوحُونَ إِلَيْكَ آيَاتِهِمْ لِيُجَدِّلُوا لَكُمْ وَإِنْ أَطَعْتُمْهُمْ لَأَنْتُمْ لَمَشْرِكُونَ﴾ [الأنعام: ١٢١] (١) أقول: إن سياقها العام - كما ترى - يرجح أن المراد تحريم ما ذكر عليه اسم الأصنام خاصة، ذلك لأن إطاعة المسلم للمشرك الوثني، ورضاه بذبيحته التي ذكر اسم الصنم عليها، يعتبر مشاركة في الإشراك، وهو ما حرص الشارع على تذييل الآية به.

هـ - على أن الآية التي تلونا، من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ أَسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ (٢) على فرض أنها عامة تتناول متروك التسمية بظواهرها، غير أن هذا الظاهر قد حُصَّ منه «الناسي» «لأن الناسي ليس فاسقاً بالإجماع» فأصبحت هذه الآية الكريمة - بعد هذا التخصيص - ظنية الدلالة على تحريم متروك التسمية عمداً، فيصح تخصيصها (٣) بعدئذ بالأحاديث الأحادية الصحيحة الدالة على عدم وجوب التسمية المعارضة لها، ومن هنا أثر الإمام الشافعي «الجمع» بين هذه الآية، وبين الأدلة المعارضة لها من السنة التي روينا أنفاً، حيث ذهب إلى أن «التسمية» سنة مؤكدة، ويكره تركها عمداً.

وعلى هذا، تبين لك أن سبب الخلاف هو معارضة بعض أحاديث الباب لعموم الآية الكريمة التي تلونا.

و - هذا، ولا جرم أن المتابعة الطوعية هنا للمشرك الوثني محلها «الاعتقاد الباطل» لا مجرد الفعل، من أكل الميتة، والموقوذة، والمرتدية، وما إليها

(١) ومما ينبغي أن نلفت الذهن إليه أن الطاعة أو الرضا هنا ليس مقصوراً على تحليل أكل الميتة، كما أشار إلى ذلك الإمام القرطبي: (٧٦/٦).

(٢) وأما آية ﴿قُلْ لَا أُحَدِّثُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَائِفَةٍ بِظُلْمِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ...﴾ [الأنعام: ١٤٥] أي: لم يكن شيء محرماً إبان نزولها غير ما ذكر، وهي مكية، ثم نزلت سورة المائدة بالمدينة، وزيد في المحرمات: المنخفة والموقوذة والمرتدية والنطيحة وما إليها، وحرم رسول الله ﷺ في المدينة أكل كل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير.

(٣) راجع بحث «العام» في مصادر علم الأصول.

فكانت «الطاعة» في هذا الاعتقاد الباطل مشاركة في الإشراف والوثنية، بلا ريب، ولو كانت «المتابعة» في مجرد الفعل، مع سلامة المعتقد، لكانت عصياناً، لا إشراكاً، وهذا النقد يتجه على الإمام القرطبي نفسه؛ إذ جعل الطاعة أو الرضا في تفسيره لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَطَعْتُمْهُمْ إِنَّكُمْ لَمُشْرِكُونَ﴾ [الأنعام: ١٢١] مقصوراً على تحليل الميتة خاصة، أي أكلها، وفي هذا نظر؛ لأن الأمر أعمق معنى، بل أعظم جرماً؛ إذ يتصل بالاعتقاد بتعدد الآلهة التي يذكر اسمها على الذبائح، وهذا العمق المعنوي يفسره أسلوب الآية الكريمة، في «تأكيد الخبر» بأمرين:

أولاً - بأن ويادخال لام التأكيد عليه: ﴿لَكُمْ لِمُشْرِكُونَ﴾ هذا من جهة.
ثانياً - وصفهم بالشرك المتعلق بالاعتقاد، لا بالعصيان الذي يفيد عدم الامتثال، مع سلامة الاعتقاد، من جهة أخرى.

فتبدى لك - فيما أحسب - أن لا علاقة لهذه الآية بوجوب التسمية من قبيل المسلم، أو بتحريم متروكها، عمداً أو سهواً، على الصحيح، بما يرجحه سياقها من حيث معناها العام، كما رأيت.

ز - وأيضاً من المقرر أصولياً أن خصوص السبب الوارد في نزول الآية، لا يقضي على عموم اللفظ، ولكن في «موضوعه» لا فيما هو خارج عنه، أي: في كافة صور ذكر اسم غير الله من الأصنام والنصب التي هي من مظاهر الشرك والوثنية، لما قدمنا من القرائن والأدلة، ولا سيما ما دُيِّلت به الآية من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَطَعْتُمْهُمْ إِنَّكُمْ لَمُشْرِكُونَ﴾ على سبيل التأكيد بأداتين: «إن»، واللام الداخلة على خبرها» مما لا يصح معه قُضِر «الطاعة» على الرضا بحل أكل الميتة على الخصوص - كما ذهب إليه الإمام القرطبي^(١) - متابعة للمشركين، بل لا تعلق له بذلك على ما هو الراجح من السياق العام للآية، وأنها - على التحقيق - معنية بتحريم مظاهر الشرك والوثنية، مما يتعلق بالاعتقاد: لا بحل أكل الميتة الذي قد يحصل من المسلم عصياناً، لا شركاً، والآية

(١) «تفسير القرطبي»: (٧٦/٦).

تشير إلى الاشتراك في الشرك لا في العصيان الذي يعني عدم الامتثال، مع صدق الاعتقاد، بخلاف الشرك الذي يقوم أصلاً على الاعتقاد الباطل، بتعدد الآلهة.

بيد أن هذا لا يعني أن «التسمية» أو ذكر اسم الله تعالى، في «الصيد»، عند الإرسال، أو الرمي، أو على الذبيحة عند تذكيته، غير واجبة، فهذا فصل له أدلته سوى هذه الآية ذات الموضوع المختلف، مما سيأتي القول فيه.

رابعاً - مذهب الظاهرية أن التسمية أو ذكر اسم الله تعالى، فرض على الإطلاق في الصيد، والتذكية الشرعية، حال الذكر، وحال النسيان على السواء.

استدل الظاهرية بعين ما استدل به الحنفية والمالكية والإمامية، ومن معهم من القائلين بالوجوب حال الذكر دون النسيان، والأدلة هي الأدلة من الكتاب والسنة والمعقول.

غير أن الظاهرية - تلحقاً منهم بظاهر لغوية النص - ذهبوا إلى الوجوب حال النسيان أيضاً؛ لأن الأدلة لم تفضل أو تميز بين الحالين، كما يقولون.

والرد على هؤلاء أن الأدلة ناطقة بأن النسيان عذر لا يتأتى معه توجه الخطاب إلى الناسي - كما بينا - فلم يكن مكلفاً أصلاً في هذه الحالة، ولا مشمولاً بحكم الآية الكريمة من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ أَسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١].

هذا، وعلى افتراض أنه مشمول بحكمها، فقد خصصته الأدلة التي ترفع حكم الوجوب عن المخطئ، والناسي، والمستكره، من مثل قوله ﷺ: «رفع عن أممي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه»^(١) كما أسلفنا.

* * *

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٠٤٥، وابن حبان: ٧٢١٩، من حديث ابن عباس، بلفظ: «إن الله تجاوز عن أممي...»، وإسناده صحيح.

الذبح أو الذبائح^(١)

تعريف الذبح لغةً:

الذبح في الوضع اللغوي: الشق والنحر، ويبدو أن أهل اللغة لا يفرقون بين الذبح والتذكية، فقد جاء في «القاموس المحيط»: «والتذكية: الذبح»^(٢) كما جاء في «لسان العرب»: «جذِيٌّ ذَكِيٌّ أي: ذبيح» غير أن التذكية تكمل معاني آخر، فكانت أعم.

ذلك، أن التذكية تأتي بمعنى «التطيب»^(٣) ولذا وصفت بها «الرائحة» فيقال: «رائحة ذكية»، وتذكية الحيوان بذبحه من هذا المعنى بسبب؛ لأنه عملية فصل للدم الخبيث النجس عن اللحم الطيب، ففيه تطهير وتطيب، وهذا المعنى اللغوي أشار إليه الإمام القرطبي في «تفسيره» حيث يقول: «ذَكَّيتُ الذبيحة، وأذكيتها» مشتقة من «التطيب».. «فالحيوان إذا أسيل دمه، فقد طُيَّبَ» لأنه يتسارع إليه التجفيف^(٤).

هذا، والإمام النووي يشير إلى معنى لغوي آخر «للذكاة» وهو «التمميم»^(٥) أو «الإكمال» وعلى هذا فإن «الذكاة» هي كمال الذبح، وإتمامه^(٦)، ولعل هذا المعنى يصلح سنداً لمن اشترط قَرِيَّ أو قطع الأوداج والعروق كافة، على ما سيأتي بيانه،

(١) درج الفقهاء على اتخاذ كلمة «الذبائح» عنواناً لبحث موضوع «التذكية الشرعية» أو «الذبح والنحر» غير أن «فقه الإمامية» قد اتخذ كلمة «الذباحة» عنواناً على هذا الموضوع، والواقع أن «الذبائح» لغة جمع ذبيحة، بمعنى مذبوحة، وأما «الذباحة» فاسم مصدر، وسواء اتخذنا الذبائح أو الذباحة عنواناً لهذا البحث فإن مفهوم أي منهما «أخص» من «التذكية» لما يندرج في مفهومها «الذبح» وهو فري الأوداج، بالنسبة إلى الحيوان البري. كما يندرج فيه إخراج الحيوان البحري حياً من الماء، كالمسك؛ فإنه ذكاة له، فالتذكية أعم.

راجع: «اللمعة الدمشقية»: (٧/٢٢٣ - ٢٣٠).

(٢) «القاموس»: (٤/٣٣).

(٣) «لسان العرب»: (١٨/٣١٥ - ٣١٦).

(٤) «تفسير القرطبي»: (٦/٥٢ - ٥٣).

(٥) «كفاية الأخيار»: (٢/٢٢٢).

(٦) وهذا ما جاء في «المصباح المنير» وغيره من المعاجم.

وهذا هو المعنى اللغوي الذي اعتمده الإمام القرطبي للذكاة إبان «تفسيره» لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ أعني «الإتمام» سواء أكان هذا الإتمام في الذبح، أم في غيره، ومنه قولهم: «جري المذكيات غلاباً» أي: المذكيات من الخيل، وهي التي «تغالب الجري غلاباً»^(١) هذا في الخيل.

أما الذكاة في الذبح، فقد فسر القرطبي قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ أي: أدركتم ذكاته على «التمام» أخذاً منه بهذا المعنى اللغوي.

وعلى هذا، كانت الذكاة أعم من الذبح، والذبح أو النحر قسم من أقسامها.

هذا، وقد تأثر المعنى الشرعي للذكاة بمعناها في اللغة، حيث استعملها فيما يشمل «الذبح» وغيره، فقد عرفها الفقهاء بقولهم: «الذكاة: إنهار الدم، وفري الأوداج في المذبوح، والنحر في المنحور»^(٢) والعقر في غير المقدور عليه، مقروناً بنية القصد لله، وذكره عليه^(٣) ومعلوم أن «العقر» ليس بذبح، وإنما هو طعن للحيوان بمحدد في أي موضع من جسده، بحيث يسيل دمه ويموت منه، حتى إذا لم يموت من العقر هذا، وأدركت حياته، فلا يحل حينئذ إلا بالذبح أو النحر، حسب الأحوال؛ لأن هذا هو الأصل في الحيوان المأكول، ليصير حلالاً ذكياً.

فتلخص أن المعنى الشرعي للذكاة، مشتق من أصل المعنى اللغوي، من حيث التعميم، فليست الذكاة إذن مرادفة للذبح، كما ترى، لا لغة ولا شرعاً، وإن كان الذبح أو النحر قسماً من أقسامها، فكل ذبح ذكاة، ولا عكس.

يرشّح هذا، أن إخراج السمك من الماء حياً ذكاة له شرعاً، وإماتة الجراد بأي وسيلة، من النار، أو ضرب العصا، حتى يموت، ذكاة له شرعاً في فقه المالكية، وليس ذلك من الذبح أو النحر في شيء بالبداهة، على ما سيأتي بيانه.

(١) «تفسير القرطبي»: (٥٢/٦ - ٥٤).

(٢) النحر في الإبل، في موضع اللهزمة فوق الصدر، أي: في «الوهدة بين أسفل العنق، وأعلى الصدر، وهو المسمى «اللبة» موضع القلادة من العنق، وذلك لطول رقبته، ولأن في ذبحها في موضع الحلق تعدياً لها، ومثل الإبل الزرافة.

(٣) «القرطبي»: (٥٢/٦ - ٥٤).

ويؤكد هذا المعنى، سائر المعاجم اللغوية^(١).

على أن «لسان العرب» قد انفرد بتفسير لمعنى الذبح لغة، إذ يقول: هو «قطع الحلقوم من باطن» وهو ما لا يتفق مع المعنى الشرعي للذبح في أي من المذاهب الفقهية، بل لم يذهب إلى هذا المعنى أحد من الفقهاء، على ما سيأتي تفصيل القول فيه.

تعريف الزكاة شرعاً في المذاهب الفقهية:

أ - عرف بعض المالكية «الزكاة الشرعية» بأنها «عبارة عن إنهار الدم»، وقرى الأوداج في الذبح، والنحر في المنحور^(٢)، والعقر في غير المقدور^(٣)، مقروناً بنية القصد لله، وذكره عليه^(٤).

ب - وعرفها البعض الآخر من المالكية، بأنها السبب الموصول إلى حل أكل الحيوان البري، اختياراً^(٥) وهذا تعريف للزكاة الاختيارية بمعناها العام، ما

(١) فقد جاء في «المصباح المنير» للفيومي: «ذكيت البعير ونحوه تذكية، والاسم - أي: اسم المصدر - ذكاة: (٢٤٨/١)، وعلى هذا المعنى يفسر قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ معناه: إلا ما أدرتكم ذكاته وهو حي، أي: ذبحه على الصفة الشرعية - و«شاة ذكي» - أي: فعيل، بمعنى مفعول، مثل «امرأة قتيل وجريح» إذا أدرت ذكاتها. المرجع السابق، وراجع أيضاً: «مختار الصحاح» ص ٢١٩ ط: دار الكتاب العربي - بيروت.

على أن كلمة «الذبيحة» تطلق أيضاً على ما يذبح، وكذلك «الذبح» (بكسر الذا) المشددة) يطلق على ما أعد للذبح. المرجع السابق، وراجع في هذا المعنى: «أساس البلاغة» ص ٢٠٤ للزمخشري، ط: دار صادر، و«لسان العرب» فصل الذا والذال - حرف الحاء: (٢٦١/٣)، ط: الدار المصرية للنشر والترجمة. هذا، والقرآن الكريم إذ يستعمل «التذكية» في معنى الذبح، إشاراً لها على كلمة الذبح، وإنما يشير إلى «إتمام الفعل» لأن هذا المعنى مدلول عليه بلفظ «الذكاة» وضعاً، فقد جاء في «المصباح المنير»: (٢٤٨/١): «الذكاة» في اللغة: «إتمام الشيء» وهذا المعنى اللغوي يشهد لمن ذهب إلى أن الذكاة الشرعية إنما تتحقق بقرى الأوداج جميعاً؛ لأنه كمال الذبح اتفاقاً.

(٢) أي: من الإبل وما إليها.

(٣) أي: من الحيوان الوحشي لنفوره وامتناعه.

(٤) «الفقه على المذاهب الأربعة»: (٧٢٧/١)، و«القرطبي»: (٥٣/٦).

(٥) «الفقه على المذاهب الأربعة»: (٧٢٧/١)، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت.

عدا العقر في غير المقدور عليه؛ لأنها ذكاة اضطرارية، لمكان العجز عن الذبح، أو النحر في المكان المخصوص.

ج - على أن ابن رشد المالكي في كتابه «بداية المجتهد» يحرر مذهب المالكية في «صفة الذكاة» ويخصصها بالذبح، حيث يقول: «فإن المشهور عن مالك في ذلك، هو قطع الودجين، والحلقوم (على التعيين) وأنه لا يجزئ أقل من ذلك»^(١) وهو خاص بالذبح من حيث الصفة والعدد، وهو الذي يجزئ من الذبح في حده الأدنى عند المالكية، ويؤثر في حل المذكي.

هذا، وابن رشد يحكي خلافاً في المذهب المالكي، حيث يشير إلى الرأي القائل: «إن قطع الودجين فقط، يجزئ» ولكن تعبيره بلفظ «قيل» مؤذن بضعف هذا الرأي في المذاهب^(٢).

ب - وجاء في فقه الإمامية: «الذبح هو قطع الأوداج الأربعة جميعاً، دون استثناء أي منها، حتى إذا لم يُقطع أي منها، أو قطعت كلها، دون استيفاء، لم تحل الذبيحة»^(٣).

ولا ريب أن هذا من معنى الإتمام في الذكاة بسبب.

هذا، ويقصد بالأوداج: الحلقوم، والمريء، والودجان.

أما الحلقوم: فهو مجرى التنفس، والمريء: مجرى الطعام والشراب، والودجان: هما العرقان الغليظان المحيطان بالحلقوم أو المريء^(٤) وإنما عبروا بالقطع احترازاً عن «الشق» لأن هذا غير كاف في حليّة المذبوح عندهم، ذهباً منهم إلى أن «كمال التذكية» لا يتم إلا بقطع الأربعة جميعاً، إنهاراً للدم، وإزهاقاً للروح، وإراحة للذبيحة من التعذيب.

(١) المرجع السابق.

(٢) «بداية المجتهد»: (٤٤٨/١) وما يليها.

(٣) «اللمعة الدمشقية بشرح الروضة الندية» للشهيد العاملي: (٢٢١/٧)، حيث جاء فيها «فلو قطع بعض

هذه، لم يحل، وإن بقي شيء يسير، أي: شيء قليل من الأوداج».

(٤) المراجع السابقة.

وليس مجرد إزهاق روح الحيوان دون إنهار دمه بمجزئ في حليّة الذبيح .
 ج - أما الحنفية، فقد عرفوا «الذبيح» بأنه «فري (قطع) الأوداج» حتى إذا استوفى قطعها، فذلك «كمال التذكية» وإن فري بعضها دون بعض، فإن قطع ثلاثة منها دون تعيين، وترك واحداً، حل الذبيح عند أبي حنيفة، إعطاءً للأكثر حكم الكل.
 وأما أبو يوسف، فيرى أنه لا بد من قطع الحلقوم والمريء، وأحد الودجين، على التعيين.

وذهب محمد إلى أن حليّة الذبيح لا تتم إلا بقطع الأربعة، ويكتفى من قطع كل واحد منها بأكثره^(١).

د - أما الشافعية والحنابلة، فذهبوا إلى «وجوب قطع الحلقوم والمريء بشرط استيعاب قطعها»، وأما قطع الودجين، فمستحب^(٢) عندهم.

محل النزاع:

وعلى هذا، فالاتفاق - كما يبدو - منعقد على أصل القطع للأربعة جميعاً، في الذبيح، أو النحر^(٣)، ومحل النزاع «فيما يكتفى به من القطع» أي: الحد الأدنى منه، كما ترى.

هذا، ونؤثر تحليل تعريف المالكية، لضبطه وإيجازه.

تحليل التعريف الثاني للذكاة في معناه الشرعي عند المالكية، مع المقارنة^(٤):

نشير - بادئ ذي بدء - إلى أن المذاهب قد اتفقت وجهاتها على وجوب «إنهار

(١) «البدائع» للإمام الكاساني: (٤١/٥).

(٢) «مغني المحتاج» للشربيني: (٢٧٠/٤)، ط: دار إحياء التراث العربي، و«منهاج الطالبين» للنووي: ص ١٤٠ «الفقه على المذاهب الأربعة»: (٧٢٥/١).

(٣) الذبيح غير النحر؛ إذ محل الذبيح ما بين الحلق واللبة، بخلاف النحر، فيكون بالطنن في الوهدة ما بين أسفل العنق ومبدأ الصدر، كما في الإبل؛ لأنه مجتمع العروق.

(٤) «بداية المجتهد»: (١٤٤/١).

الدم» في «التذكية» فصلاً للدم الخبيث عن اللحم الطيب - كما ذكرنا - عملاً بقوله ﷺ في رواية رافع ابن خديج: «ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكلوا...»^(١)، ولقوله ﷺ في رواية عدي بن حاتم: «أمر الدم بما شئت»^(٢)، وفي رواية «أفر الأوداج بما شئت» والفري هو القطع للإصلاح^(٣).

غير أنهم اختلفوا في الطريق الأمثل الموصّل إلى إسالة دم الذبيح وإراقتة، والأكثر كفاءة من غيره في ذلك، ودون تعذيب للحيوان، وملحظهم في ذلك قوله ﷺ: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم، فأحسنوا القتل، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح»^(٤)، وليُحدِّث^(٥) أحدكم شفرته^(٦) وليرح ذبيحته»^(٧).

ومفاد هذا، أن الذبح عملية تطهير، وتطيب، بفصل الدم النجس الخبيث، وهو المشار إليه بقوله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ الطَّيِّبُ﴾ [المائدة: ٥] وهذا يتصل بمعنى «التذكية» الذي هو من معنى «التطيب بسبب» - كما بينا - ومشار إليه أيضاً بقوله تعالى - بعد ذكر «المحرمات» التي هي أنواع من الميتة التي انحبس أو احتقن الدم فيها - حيث استثنى «المدغى» من المحرمات: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أَهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ»

(١) أخرجه البخاري: ٢٤٨٨، ومسلم: ٥٠٩٢، وأحمد: ١٥٨٠٦. وانظر «نيل الأوطار» للشوكاني: (٨/١٤٦)، ط الثالثة.

(٢) أخرجه أبو داود: ٢٨٢٤، والنسائي: (٧/١٩٤)، وابن ماجه: ٣١٧٧، وأحمد: ١٨٢٥٠، وهو حديث صحيح. وانظر المرجع السابق: (٨/١٤٤)، وكلمة (أمر) بفتح الهمزة، وكسر الميم، وبالراء المخففة أي: أجر الدم، وهو بمعنى الإنهار - ورويت بالراء المشددة - (أمر) انظر تفصيل ذلك في المرجع السابق.

(٣) أخرجه الطبراني في «الكبير»: ٧٨٥١، والبيهقي في «الكبرى»: (٩/٢٧٨)، من حديث أبي أمامة وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد»: (٤/٣٤)، وقال: وفيه علي بن زيد وهو ضعيف، وقد وثق. وانظر «فتح القدير على الهداية»: (٨/٥٧).

(٤) وفي رواية: الذبحة (بكسر الذال المشددة) إشارة إلى الهيئة والحالة.

(٥) أي: يجعلها أكثر مضاء وإرهاقاً لتصبح أسرع في الذبح.

(٦) «الشفرة»: السكين العظيمة. «شرح النووي على مسلم»: (١٣/١٠٦).

(٧) أخرجه مسلم: ٥٠٥٥، وأحمد: ١٧١١٣، من حديث شداد بن أوس. وانظر «نيل الأوطار»: (٨/١٤٧ - ١٤٨).

وَالْمُنْحَنَقَةُ وَالْمَوْقُودَةُ وَالْمُتَرَدِيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبْعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴿المائدة: ٣﴾ ومعلوم أن المستثنى مخالف في الحكم للمستثنى منه^(١)، والآية الكريمة تعلق حكم الحل على «التذكية» التي تعني الذبح بإنهار الدم وإراقته، فكانت «التذكية» هي علة الحكم في الحل، أو هي شرط في معنى العلة، لما تقرر في علم الأصول، من أن «تعلق» الحكم بالمشتق (ذكيتم) مؤذن بعلية ما منه الاشتقاق (أي: المصدر وهو الذكاة) على ما سيأتي تفصيله.

ذلك ما ودنا أن نشير إليه - بادئ ذي بدء - بين يدي تحليل تعريف المالكية للذكاة شرعاً.

التحليل الأصولي لتعريف المالكية للذكاة شرعاً:

قدمنا أن تعريف المالكية للذكاة الشرعية بأنها: «السبب الموصول إلى حل أكل الحيوان البري اختياراً».

ومفاد هذا، أن الذكاة الشرعية - كما قدمنا - أعم من الذبح؛ إذ الذبح قسم منها، يدلك على هذا أن «السبب» لفظ عام، يشمل كل وسيلة تفضي إلى الحل شرعاً، إذا توافرت شروطها.

معنى هذا، أن السبب الموصول إلى الحل، هو الوسيلة أو الطريق الذي يؤدي إلى رفع حياة الحيوان البري المذكى حالة السعة والاختيار، (لا حالة الاضطرار) بدليل قوله: «اختياراً» وذلك إنما يكون في الحيوان المستأنس الأليف المقذور على تذكيته الذكاة الشرعية، في محلها، وبشروطها، وذلك يختلف باختلاف طبيعة الحيوان:

أ - من كونه ذا دم سائل، فتكون تذكيته بفصل الدم الخبيث النجس المحرم، عن اللحم الطاهر الطيب الحلال، بالذبح أو النحر، تبعاً لكون الحيوان مما يذبح أو ينحر^(٢).

(١) يقول ابن رشد في هذا المعنى: «أما المنخنقة، والموقودة، والمتردية، والنطيحة، وما أكل السبع، فإنهم اتفقوا - فيما أعلم - أنه إذا لم يبلغ الخنق منها، أو الوقذ إلى حالة لا يرجح فيها، أن الذكاة عامة فيها (أي: الحل) أعني إذا غلب على الظن أنها تعيش». «بداية المجتهد»: (١/٤٣٩).

(٢) من سنة الضأن والمعز والبقر والدواجن الذبح، ومن سنة الإبل النحر.

ب - أو كونه لا دم له سائلاً، من مثل الجراد، والسّمك؛ فإن السبب الموصل إلى حله - في فقه المالكية - هو الفعل المميت الذي يرفع الحياة الثابتة بأي وسيلة، بمعنى أن «ذكاته إماتته» لا فصل دمه؛ لأن الفرض أن لا دم له يُفصل، وهذا عند المالكية، خلافاً للجمهور الذي يرى: أن الجراد يحل أكله ميتاً، «دون فعل يميته» لقوله ﷺ: «أُحِلَّتْ لَنَا مِيتَتَانِ وَدَمَانِ، أَمَا الْمِيتَتَانِ، فَالسَّمَكُ وَالْجِرَادُ، وَأَمَا الدَّمَانِ، فَالْكَبِدُ وَالطَّحَالُ»^(١) وأما السمك فيعتبر مجرد إخراجِه من الماء حياً. أما «العقر» وهو طعن أو جرح الوحشي غير المقدور عليه، في أي موضع من جسمه، بمحدد، بحيث يسيل دمه ويموت من ذلك الجرح، فهذه تذكية شرعية اقتضتها الضرورة بالنسبة إلى هذا الحيوان الوحشي الممتنع النَّفُور غير المقدور على ذبحه في موضع الذبح أو الحيوان المستأنس الذي طرأ عليه التوحش عند الجمهور^(٢) بأن شَرَدَ أو نَدَّ أو استعصى في مكان ضيق، أو تردى في بئر، أو كان صائلاً، بحيث يتعسر - إن لم يتعذر - ذبحه في المحل المخصص له شرعاً.

هذا، وإنما عَمِمُوا «الوسيلة» بالنسبة إلى الجراد فقالوا: «إماتته بأي وسيلة» ليشمل - فيما يشمل - «النار» و«ضرب العصا» و«تهشيم الرأس»^(٣) وما إلى ذلك، دون تخصيص بفعل معين، أو على صفة محددة، وإنما المدار على الفعل المميت.

على أن في قول المالكية في تعريفهم للذكاة الشرعية بأنها: «السبب الموصل إلى حِلِّ الحيوان البري». إشارة إلى إخراج الحيوان البري الذي لا تُؤثّر فيه الذكاة الحِلِّ، وهو الحيوان المحرم لعينه، كالخنزير وغيره من الحيوانات المحرم أكلها من

(١) أخرجه ابن ماجه: ٣٣١٤، وأحمد: ٥٧٢٣، من حديث ابن عمر.

(٢) خلافاً للإمام مالك الذي لا يعتبر طرؤ التوحش مبيحاً للعقر، بل اقتصر في اعتبار العقر ذكاة على الحيوان الوحشي طبعاً، وبأصل خلقته.

(٣) «الفقه على المذاهب الأربعة»: (١/٧٢٧ - ٧٢٨).

هذا، وقد أشرنا آنفاً إلى أن الجمهور لا يشترط في حل الجراد الإماتة، بأي فعل مميت يزيل الحياة، بل يحل ولو كان ميتاً؛ لما روينا من قوله ﷺ: «أُحِلَّتْ لَنَا مِيتَتَانِ وَدَمَانِ، أَمَا الْمِيتَتَانِ، فَالسَّمَكُ وَالْجِرَادُ»... الحديث.

كل ذي ناب من السباع، أو مخلب من الطير، فالخنزير يبقى نجساً، لا يطهر، ولا يحل، ولو ذكي ذكاة شرعية، وكذلك سائر الحيوانات المحرم أكلها، كما سيأتي تفصيله، فضلاً عن إخراج الوسيلة التي لم تتوفر فيها الشروط.

وعلى هذا، فالذكاة الشرعية أعم من الذبح؛ لأنها تشمل - عند المالكية - الفعل المميت، بالنسبة إلى نوع من الحيوان البري.

وأما «الذبح» - وهو قسم من الذكاة الشرعية كما قدمنا - فإنه الوسيلة المتعينة للحل دون سواها، بالنسبة إلى الحيوان البري المأكول اللحم، إذا كان مستأنساً أهلياً، مقدوراً عليه، كالضأن، والماعز، والبقر، والطيور الدواجن، بخلاف الإبل، فوسيلة تذكيتها النحر.

أما أن الذبح أو النحر هو الوسيلة الوحيدة «المتعينة» فلأنها ذات الكفاءة الفائقة والمثلى في إنهار الدم، وإسالته، وتسريع إزهاق روح الحيوان، دون تعذيب، وهو ما أكده قوله ﷺ: «ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكل» فقد علق حكم حل التناول على أمرين: إنهار الدم، والتسمية.

ومعلوم - أصولياً - أن تعليق الحكم على شرطين يفيد انتفاء الحكم إذا انتفى ما عُلق عليه أحدهما، أو كلاهما، فكان الحل إذن منوطاً بإنهار الدم، بالنسبة إلى الحيوان المقدور عليه، ولا نقصد بفصل الدم الخبيث إلا هذا، وهو المقصود بالتذكية في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]. فتلخص: أن الذبح أو النحر، هو عملية فصل، وهما سببان من الأسباب الموصلة إلى الحل شرعاً، إذا توفرت سائر الشروط - على اختلاف المذاهب فيها - وهذا مقصود للشارع قطعاً، وتفصيل ذلك:

أن «الدم» محرم تناوله بالنص القاطع، إجماعاً، لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ﴾ [المائدة: ٣] وقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَيْدٍ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا﴾ [الأنعام: ١٤٥]. وذلك لكونه مرتعاً للجراثيم الفتاكة، بدليل سرعة فساده، وتغير لونه وريحه، بعد إراقته، فضلاً عن أن النفس تستقدره بطبيعتها، وهذا من «الخبائث» في حكم القرآن الكريم، ومن هنا ندرك أمرين:

أولهما: يتصل بحكمة التشريع.

والثاني: يتصل بالحكم الشرعي، وهو الجبل والحرمة.

«أما حكمة التشريع»، فتبدو في تعيين الذبح أو النحر وسيلة للذكاة الشرعية في الحيوان المستأنس المأكول اللحم، صوناً لحياة الإنسان، وصحته، فضلاً عن الحفاظ على «معنوياته» إذ من الثابت أن هذه «المعنويات» تتأثر بنوع المادة التي يتغذى بها الإنسان، ولا ريب أن «الدم» من الخبائث، وذلك سر تحريمه.

على أن الممعن في النص القرآني المحرم للميتة، بسائر صورها التي تعددت بتعدد أسبابها، في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَفَةُ^(١) وَالْمَوْقُوذَةُ^(٢) وَالْمُتَرَدِّيَةُ^(٣) وَالنَّطِيحَةُ^(٤) وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ^(٥) إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] أقول: إن الممعن في هذا النص القرآني ومقصد الشارع من تعدد صورها يرى أنه يعالج «عادات أهل الجاهلية فيما كانوا يطعمون، بل فيما كانوا يستمرثون من هذه الخبائث، على ما أشار إليه المفسرون^(٦)، ومن هنا يشتق أمران:

(١) المنخفة هي التي تموت خنقاً، وهو حبس النفس، سواء فعل بها ذلك آدمي أو اتفق لها ذلك في جبل، أو بين عودين أو نحوه.

وذكر قتادة: أن أهل الجاهلية كانوا يخنقون الشاة وغيرها، فإذا ماتت أكلوها. «تفسير القرطبي»: (٤٨/٦)، وهذا يوحي بأن هذا النص القرآني يعالج عادة جاهلية كانت قائمة، للقضاء عليها قضاء مبرماً، ومن هنا كان التحريم القاطع.

(٢) هي التي تُضرب بحجر أو عصاً، حتى تموت من غير تذكية، وعن ابن عباس والحسن وقاتدة والضحاك والسدي، يقال منه: وَقَذُهُ يَقْذُهُ فهو وقيد. والوقذ: شدة الضرب، وفلان وقيد، أي: مشخن ضرباً، وقال قتادة: كان أهل الجاهلية يفعلون ذلك، ويأكلونه.

(٣) المتردية: هي التي تتردى أو تسقط من العلو إلى السفلى، فتموت، سواء وقعت من جبل أو من بئر ونحوه، وسواء تردت بنفسها، أو رداها غيرها، وكانت الجاهلية تأكل المتردي ولم تكن تعتقد ميتة إلا ما مات بالوجع ونحوه دون سبب يعرف، فأما هذه الأسباب فكانت عند الجاهليين كالذكاة.

(٤) النطيحة: وهي الشاة تنطحها أخرى، فتموت، قبل أن تذكى.

(٥) أي التي افترسها ذو ناب وأظفار من الحيوان كالأسد والنمر والثعلب، وكانت العرب في الجاهلية إذا أخذ السبع شاة ثم خلصت منه أكلوها. «القرطبي»: (٤٩/٦ - ٥٠).

(٦) «تفسير القرطبي»: (٤٨/٦).

أحدهما: أنه لا يقصد بتعدادها «الحصر» بل بيان الواقع؛ لأنها أنواع من الميتة كان الجاهليون لا يجدون بأساً في أكلها، وهي من «الخبائث» الضار تناولها بالصحة قطعاً.

وعلى هذا، فلا يُعترض على تحريم كل ذي ناب من السباع، أو مخلب من الطير، وغيرهما، مما ثبت تحريمه بالسنة، بحجة أن النص القرآني تناول المحرمات على سبيل «الحصر» والسنة لا تقوى على الزيادة على الكتاب، لا يقال هذا؛ لما بينا أن تعدادها كان لبيان الواقع الجاهلي، لا للحصر، فتعدادها لا يفيد حكم التحريم عما عداها.

الثاني: أن أنواع الميتة التي تناولها النص القرآني الأنف، والمقرونة بأسباب موتتها: من الانخناق الذاتي، أو الخنق، أو الوقذ، أو النطح، أو أكل السبع، سبب التحريم هو «انحباس الدم» الخبيث فيها، دون أن يجد السبيل المعين لانفجاره وتدفقه وسيلانه، وهذا الانفجار أو السيلان بطريق الذبح أو النحر، هو الأصل في الحل، وهو ما نصت عليه الآية الكريمة.

أما ما استثناءه الشارع في حالات الضرورة، بالنسبة إلى الحيوان الوحشي، خلقة وطبعاً، مما يكون سبب تعذر أو تعسر ذكاته في موضعها ووصفها الشرعي، لعله عدم القدرة عليه بسبب التوحش، والامتناع، والعُدُو، أو مما يكون سبب تعسر ذكاته طروء هذا التوحش عليه أو الشرود، بعد أن كان أليفاً مستأنساً، على ما أشارت إليه السنة، أو بسبب الاستعصاء، أو الصيال، أو يكون من الطير، لطيرانه، وذلك لمكان الضرورة، بجامع عدم القدرة عليه.

أما الوحشي طبعاً، أو المتوحش، أو الطير، مما يكون نفوراً ممتنعاً غير مقدور عليه، فهذا مما يطلق عليه «الصيد»^(١) وفعل الاصطياد هو الفعل الموصّل إلى حله.

(١) يطلق «الصيد» اسماً على كل ما يتوحش ويمتنع، ولا يمكن أخذه إلا بحيلة؛ إما لطيرانه، أو لعدوه، ولأن معنى «الصيد» - في الأصل - هو التوحش والامتناع، والدليل على ذلك أنه عطف عليه قوله عز شأنه: ﴿وَرَمَوْا عَلَيْكُمْ صَيْدًا آثِرًا مَا دُمْتُمْ حُرْمًا﴾ [المائدة: ٩٦].

وأما المستعصي، أو الصائل، فذكاته بالعقر^(١) - كما أشرنا - اعتباراً بالمتوحش، كأنه يُقتل كالصيد، خلافاً لمالك، وهو ما وردت به السنة^(٢)، والعلة ليست شيئاً أكثر من «عدم القدرة عليه»^(٣)

هذا في الحيوان البري حيث يعيش^(٤) في البر.

وأما حيوان البحر، فلا يحل منه إلا السمك عند الحنفية^(٥)، خلافاً للجمهور على ما سيأتي بيانه، والطريق الموصل إلى حله - أي: ذكاته - هو إخراجه من الماء حياً^(٦)

= والمراد منه الاصطياد من المُحرم، لا أكل الصيد؛ لأن أكل الصيد للمحرم مباح إذا لم يصبده بنفسه، ولا صاده غيره بأمره، راجع للإمام الكاساني: «بدائع الصنائع»: (٣٥/٥).

(١) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٤٥٤/١).

(٢) من قوله ﷺ: «إن لهذه البهائم أوابد، كأوابد الوحش، فما نذَّ عليكم فاصنعوا به هكذا». وفي هذا المعنى يقول ابن رشد ما نصه: «إذا لم يقدر على ذكاة البعير الشارد، فإنه يُقتل (عقراً) كالصيد...» ثم يقول: «وذلك، أن العلة في كون العقر ذكاة في بعض الحيوان ليس شيئاً أكثر من عدم القدرة عليه، لا لأنه وحشي فقط» «البداية»: (٤٥٤/١).

(٣) المرجع السابق.

(٤) يقول الإمام الكاساني في هذا الصدد ما نصه: «أما الذي يعيش في البحر فجميع ما في البحر من الحيوان، محرم الأكل إلا السمك خاصة، فإنه يحل أكله إلا ما طفا منه». وبهذا أخذ الإمامية، فقد جاء في «النهاية» للطوسي: «صيد السمك أخذه، وإخراجه من الماء حياً»: ص ٧٥٦، وراجع: «اللمعة الدمشقية وشرحها»: (٢٣٨/٧).

وقال الشافعي رحمه الله: «يحل جميع ذلك، من غير ذكاة، وأخذه ذكاته، ويحل أكل السمك الطافي». وأما المالكية، فقد جاء في «المسوى شرح الموطأ» أن ما يلفظه البحر، أو مات صرداً - أي: من البرد - أنه لا بأس بأكله، وهو رواية عن ابن عمر.

وكذا، إذا ماتت الحيتان من حر أو برد، أو قتل بعضها بعضاً، فلا بأس بأكلها، فإذا ماتت بنفسها وطفقت، فهذا يكره من السمك، فأما ما سوى السمك فلا بأس به، وبذلك خالف الإمام مالك الشافعية في الطافي، ووافقته في حل غير السمك، كما خالف الحنفية الإمامية فيهما.

(٥) راجع: «المسوى شرح الموطأ» للإمام ولي الله الدهلوي: (٢/٣٤٠ - ٣٤١)، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

(٦) وفي هذا المعنى يستأنس الحنفية أيضاً بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما من قوله: «ما دسره البحر، فكله، وما وجدته يطفو على الماء، فلا تأكله». «البدائع»: (٣٦/٥). هذا «الطافي» اسم لما مات في الماء من غير آفة، وسبب حادث. المرجع السابق.

وأخذه، إما بفعل الآدمي، حيث يموت؛ إذ لا حياة له إلا بالماء، وإما بفعل البحر نفسه، بأن دَسَرَه وأخرجه إلى الشاطئ^(١)، بخلاف الطافي على وجه الماء، فإنه لا يحل - في مذهب الحنفية^(٢) - والإمامية، خلافاً للشافعية؛ لأنه مات حتف أنفه، لا بسبب آخر، وهذا - في نظر الحنفية - مشمول بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ...﴾ [المائدة: ٣].

على أن مقصد الشارع من تشريع الطرق الموصلة إلى الحل، في غير المقدور عليه، اعتباراً لمكان الضرورة، أمران:

الأول: دفع الحرج عن الناس، وتيسير سبل الحصول على «نعمة الانتفاع بلحوم الحيوان البري النفور الممتنع» وما في حكمه، حيث أجاز الاقتناص والصيد، ولو لم تتحقق فيه كافة شروط التذكية الشرعية التي هي الأصل؛ لأن ذلك متعذر أو متعسر، ولا تكليف بما يجاوز حدَّ السَّعة، أو يوقع في العنت.

الثاني: عدم التسبب في إهدار الثروة الحيوانية، وهي ثروة عظيمة، وذلك بتضييق سبيل الانتفاع بها، فيما لو وقع التكليف بالذكاة الشرعية على أصولها المعروفة في الحيوان غير المقدور عليه، وتضييع المال لا يقع في الشرع.

لهذا، وقع الاستثناء عن طريق تشريع أحكام الصيد التي تنهض بالطرق الميسرة للوصول إلى حلِّها، وقد فصلنا القول في بيان هذه الطرق في بحث الصيد.

أما ما يتعلق بالمحرمات في النص القرآني الذي تلونا، إذا ماتت بالأسباب المذكورة، من الخنق، أو الانخناق، أو الوقذ، وما إليه، فقد جاء الاستثناء «إلا ما

(١) راجع في مذهب الإمامية «النهاية» ص ٥٧٦. وراجع أيضاً: «اللمعة الدمشقية مع شرحها الروضة الندية»: (٢٣٨/٧)، ط: دار إحياء التراث العربي، ويقول صاحب «اللمعة» ما نصه: «ذكاة السمك المأكول، إخراجه من الماء حياً، بل إثبات اليد عليه خارج الماء حياً» وهذا هو معنى «الأخذ» في فقههم. المرجع نفسه.

(٢) «البدائع»: (٣٦ - ٣٥/٥).

ذكيتم»، ليحل منها ما أدركت حياته، حتى تكون الزكاة هي السبب الرافع لحياتها الثابتة دون الأسباب المذكورة، فتحل حينئذ؛ لأن ما وقع بعد الاستثناء مخالف في الحكم لما قبله كما أسلفنا، وفي هذا قضاء مبرم على ضرب من العادات الجاهلية فيما كانوا يتناولون من مطعومات، مما كان مصدراً للأمراض الفتاكة، فضلاً عن الارتقاء بالمجتمع إنسانياً، بتخليصه مما تستقذره الفطرة الإنسانية النقية، بطبعها، لترجع إلى أصل جوهرها.

على أن النص القرآني بإطلاقه شامل للحيوان الذي أدركت حياته، سواء أكان مستأنساً، أم وحشياً، أما المستأنس المقدور عليه، فلا يحل إلا بالزكاة الشرعية التي هي الأصل - كما بينا -.

وأما الوحشي بطبعه، فلأنه بعد الانخناق أو الوقذ، أو أكل السبع منه، وما إلى ذلك، فقد أصبح مقدوراً عليه، لزوال امتناعه بتلك الأسباب، فيصار حينئذ إلى الأصل من حيث الزكاة الشرعية، وهو ما جاء به صريح النص ﴿إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾ [المائدة: ٤٣]، لانتهاء علة ذكاة الضرورة، وهو عدم القدرة، لا لمجرد التوحش، كما بينا^(١).

شروط الذبح، أو التذكية الشرعية في الفقه الإسلامي المقارن:

بيننا في بحث «الصيد» آراء العلماء في «حكم التسمية» شرعاً، وهل هي «شرط وجوب» لحلية «المصيد» أو «الذبيح» أو ليست بشرط، بل هي «سنة مؤكدة»؟
وقلنا: إن الجمهور^(٢) - ومنهم الإمامية^(٣) - ذهب إلى الأول بالنسبة إلى المسلم،

(١) راجع «بداية المجتهد» لابن رشد: (١/٤٣٩ وما يليها).

(٢) «بداية المجتهد»: (١/٤٤٨ - ٤٤٩)، و«نيل الأوطار» للشوكاني: (٨/١٣٩)، و«المغني والشرح الكبير»: (١١/٣٣)، و«الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف»: (١/٣٩٩)، و«شرح غاية المنتهى»: ج٦، مطالب أولي النهي، و«مغني المحتاج» للخطيب الشربيني: (٤/٢٧٢ - ٢٧٣)، و«المسوى شرح الموطأ» للإمام الدهلوي: (٢/٣٣٠ - ٣٣١).

(٣) «تحرير الوسيلة»: (٢/١٣١ وما يليها) وجاء فيه ما نصه: «التسمية من الذابح، بأن يذكر اسم الله عليها حينما يتشاغل بالذبح... فلو أخل بها، فإن كان عمداً حرمت، وإن كان نسياناً لم تحرم».

وبالثاني قال الشافعي^(١) وغيره، حيث رأوا «حل متروك التسمية عمداً أو سهواً، أو خطأ من باب أولى».

هذا، ونوهنا أن الجمهور نفسه، قد انقسم إلى فريقين:

أ - فريق ذهب إلى أن التسمية واجبة مطلقاً، عند الذبح، أو عند الإرسال في الصيد، حال الذكر (التذكر) أو النسيان، على السواء، فالحل متوقف على تحقق هذا الشرط، ولا حل بدونه، أخذاً بظاهر الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكَّرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١] وقوله عز وجل: ﴿أَوْ فَسَقًا أَهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِدْءٍ﴾ [الأنعام: ١٤٥]^(٢) وبهذا أخذ الظاهرية^(٣)، وهو مروى عن الحسن، وابن سيرين، والشعبي، وغيرهم^(٤).

هذا، وقد أكدوا وجه هذا الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَطَعْتُمُوهُمْ إِنَّكُمْ لَمُشْرِكُونَ﴾ [الأنعام: ١٤٥]^(٥) أي: إن أطعتم الجاهليين المشركين في تحليلهم الحرام، وتحريمهم الحلال، وذكر اسم أصنامهم ونُصِبِهِم وأوثانهم على ذبائحهم، تقريباً إليها، وعدم ذكر اسم الله تعالى عليها، فإنكم حينئذ مشركون مثلهم؛ لأن طاعتكم لهم بالهوى لا بالدليل والحجة والبرهان القوي.

وفي هذا إشارة إلى أن عادات الجاهلية وتقاليدهم، ينبغي ألا تؤخذ ميزاناً أو معياراً للحل والحرمة، فلا يجوز تحكيمها فيهما؛ لأن تلك العادات من مخالفات الشرك، أو مقتضياته، ومن تشبهه بقوم في عاداته وموازينته، فهو منهم، بل يجب تحكيم العقل والمنطق والعقائد الصحيحة.

- (١) «مغني المحتاج» للخطيب الشرييني: (٢٧٢/٤ - ٢٧٣)، و«بداية المجتهد»: (٤٤٨/١ - ٤٤٩)،
«المجموع شرح المذهب» للنووي: (٨٠/٩).
(٢) يقول تعالى: ﴿وَمَا أَهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِدْءٍ﴾ [المائدة: ٣].
(٣) «المحلى» لابن حزم: (١٨٦/٨).
(٤) راجع: «تفسير القرطبي»: (٧٦/٦ وما يليها).
(٥) المرجع السابق.

وإذا كان النص القرآني قد جاء مطلقاً، فإن من قواعد تفسير النص أن «المطلق يُجرى على إطلاقه» ولا يقيد إلا بدليل، فكان ذكر اسم الله تعالى واجباً، وهو شرط في الحل، وإذا علمنا أن «التسمية» واجبة في حق المسلم، فهي أمر واجب أيضاً في حق الكتابي، من باب أولى، لأمر:

الأول: لنفي ظاهرة الشرك، بالإهلال لغير الله تعالى، ويذكر أسماء الأوثان، أو الأصنام، أو بعض الأنبياء، أو العظماء، كل أولئك من «شعائر الوثنية، والشرك» وهو ما يحرم أكل الذبيحة، بصريح النص القطعي؛ لأن بعض شروط الذبح أو الصيد في الإسلام، يتصل بالمعنى الديني وهو عقيدة التوحيد.

الثاني: لأن النص شامل بإطلاقه للمسلم والكتابي، على السواء، وهذا جار على أن غير المسلم مخاطب بفروع الشريعة، وأن ذكر اسم الله تعالى من قبل غير المسلم، صارف له عن ذكر اسم غيره سبحانه على ذبيحته.

وعلى هذا، فإن «التسمية» شرط وجوب عند الذبح، ليحل الذبيح، مسلماً كان الذابح أو كتابياً، إجراءً للنص على إطلاقه، وهو الأصل في تفسير النص المطلق.

ب - ومذهب الحنفية والمالكية^(١)، واجبة حال الذكر دون النسيان، بل ذهب المالكية إلى أن «التسمية» ليست بواجبة أصلاً على الكتابي، وإن كانت واجبة في حق المسلم، فقد جاء في «المسوى»^(٢) شرح الموطأ: «تحل ذبيحة أهل الكتاب، قال تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلٌّ لَهُمْ﴾ [المائدة: ٤] هكذا بإطلاق، دون قيد التسمية، ولا أبلغ في التعبير عن معنى الإباحة من لفظ «الحل».

وأجيب عن ذلك، بأن القرآن الكريم يقيد بعضه بعضاً، ويفسر بعضه بعضاً، فإذا كان قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ﴾^(٣) مطلقاً، لكنه مقيد بالآيات

(١) «المحلى» لابن حزم: (١٨٦/٨)، و«بداية المجتهد» لابن رشد: (٤٤٨/١ وما يليها)، و«حاشية ابن عابدين»: (١٩٢/٥)، و«شرح المحلى على المنهاج»: (٢٥٩/٤).

(٢) «المسوى»، شرح الموطأ للإمام ولي الله الدهلوي: (٣٣١/٢).

(٣) «نصب الراية»: (١٨٤/٤).

والأحاديث الصحيحة التي توجب «التسمية» وتحرم ذكر اسم غير الله تعالى على الذبيحة؛ لأن إرادة المشرع في تشريعه واحدة، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكَّرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] والنهي للتحريم؛ لأنه يدل بصريحه على فساد المنهي عنه، فيدل بالمفهوم المخالف على أن التسمية واجبة مطلقاً.

على أن «التسمية» قد جاءت في القرآن الكريم بصيغة الأمر الصريح، قال تعالى: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾ [الحج: ٣٦].

وأما السنة الصحيحة، فذلك مثل قوله ﷺ في كيفية الصيد: «فإنما سميت على كلبك، ولم تسم على كلب آخر»، ولا فرق بين الصيد والذباحة، فالفارق في الحل والحرمة - كما ترى - هو التسمية وعدمها.

وكذلك، ما روي عن أبي ثعلبة الخشني: قال: قلت يا رسول الله: إنا بأرض صيد، أصيد بقوسي، ويكلي المعلم، ويكلي الذي ليس بمعلم، فما يصلح لي؟ فقال: «ما صدت بقوسك، فذكرت اسم الله عليه، فكل»^(١).

وبين من منطوق الحديث أن جلَّ تناول معلق على شرطين، وينتفي الحل بانتفائهما، أو انتفاء أحدهما، وهما:

أ - التسمية، لقوله ﷺ: «فذكرت اسم الله عليه»^(٢).

ب - التعليم «للحيوان الجارح في الصيد»^(٣).

ومن مثل قوله ﷺ: «فاذكروا اسم الله عليه» فقد جاء وجوب التسمية بلفظ الأمر، أو بهيئته وصيغته «فاذكروا» وهو صريح في الوجوب؛ إذ هو الأصل فيه.

الراجع أن شرط الحل بالنسبة إلى ذبيحة الكتابي، ألا يذكر اسم غير الله تعالى عليها، مما ينافي عقيدة التوحيد الخالص.

(١) أخرجه البخاري: ٥٤٧٨، ومسلم: ٤٩٨٣، وأحمد: ١٧٧٥٢. وانظر «نيل الأوطار» للشوكاني: (١٣٣ - ١٣٠/٨).

(٢) «نيل الأوطار»: (١٣٠/٨ وما يليها).

(٣) وقد مر ذلك في بحث الصيد مفصلاً.

على أنه إذا كان بعض الأئمة يجيز تناول ذبيحة الكتابي، ولو لم يذكر اسم عليها - كما سيأتي - غير أن الإجماع يكاد يكون منعقداً، على أن ذبيحته لا تحل، إذا وقف موقفاً إيجابياً من «الإشراك» - كما قدمنا - بأن ذكر اسم غير الله تعالى، من الأصنام، أو النصب، أو الأوثان، أو الأنبياء، أو العظماء - كما قدمنا - لمكان الإشراك في هذا الموقف، والإسلام ما جاء إلّا لمحاربة الشرك، ومحقق ظاهرتة من الوجود البشري دون هوادة، ولذا اتجه إلى شعائر الشرك في الذبح، أو الاصطياد، فكرر التحذير والنهي عن ذكر اسم غير الله تعالى على الذبائح في أكثر من آية كريمة، تأكيداً لمحاربة الشرك، وتأييداً لعقيدة التوحيد الخالص، فمن غير المعقول أن يُحَلَّ ذبيحة الكتابي إذا جنح إلى شعائر الشرك في الذبائح، بل شرع من الوسائل العملية، والمؤيدات التشريعية، ومن ذلك «التحريم» وهو كفيل بإنجاح هذه المحاربة، ووصف هذا الصنيع «بالفسق» من مثل ما تلونا آنفاً من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ أَسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١]^(١)، وقوله سبحانه: ﴿أَوْ فَسَقًا أَهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [الأنعام: ١٤٥]^(٢) وهذا بين، من قِبَل أنه ينهى عنه، والنهي يقتضي التحريم، ومن قِبَل أنه وصفه بالفسق، ولا يوصف بالفسق إلّا ما كان محرماً.

وأيضاً، جاء قوله تعالى: ﴿وَمَا أَهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [المائدة: ٣]^(٣) معطوفاً على «المحرمات» في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أَهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَفَةُ . . . الآية﴾ [المائدة: ٣] فكان المعطوف على المحر، محرماً بالضرورة، وبلفظ

(١) «تفسير القرطبي»: (٦/٧٦ وما يليها).

(٢) المرجع السابق.

(٣) على أنه ينبغي أن يلاحظ أن الشافعية، وإن قالوا بعدم وجوب التسمية، في حق المسلم، ولا في حق الكتابي، غير أنهم لا يجيزون ذكر اسم أحد من الأصنام، أو الأوثان أو اسم غير الله تعالى على الذبائح، بل يحرمون الذبيحة إن ذكر عليها اسم غيره تعالى: يقول الإمام النووي: «ذبيحة أهل الكتاب حلال، سواء ذكروا اسم الله عليها أم لا، لظاهر القرآن ﴿وَلَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَالٌ﴾ [المائدة: ٥]، هذا مذهبنا ومذهب الجمهور. وحكاه ابن المنذر عن علي والنخعي، وحمام بن سليمان (أستاذ أبي حنيفة) وأبي حنيفة. «المجموع شرح المذهب»: (٩/٨٠) وهذا غير محرر.

التحريم «حُرِّمَتْ» الذي هو أصح لفظ في القرآن الكريم، وفي اللغة العربية، لإفادته على وجه قاطع، ودون احتمال.

وعلى هذا، فلم يبق وجه للأقوال الضعيفة، في إباحة ذبيحته، ولو ذكر عليها اسم غير الله تعالى، مما ذهب إليه «مكحول» والحسن البصري، وعامر الشعبي، وسعيد بن المسيب، والأوزاعي، والليث بن سعد، وأشهب من المالكية، لما قدمنا من الأدلة الصريحة القاطعة^(١)، لمكان «المعنى» الذي ينافي أصل عقيدة التوحيد، وهو «الشرك» وهذه الآيات قد قَيِّدَتْ ظاهر الكتاب العزيز، من قوله تعالى: ﴿وَلَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٥] أي: بشرط ألا ينافي في ذبحه عقيدة التوحيد الخالص.

ويدل على هذا أيضاً - بل يؤكد - أن مطلق الآية السابقة، مقيد أيضاً - كما سيأتي - بألا تكون ذبيحة الكتابي مما حرّمته شريعتنا، لذات الحيوان، أو لمعنى فيه، كالخنزير، والمنخنقة، والميتة، والمتردية، وما إلى ذلك من المحرمات؛ إذ ليس لشخص الذابح من أثر في رفع التحريم، فلا يكون الشيء حراماً علينا، حتى إذا قدمه لنا غيرنا حلّاً لنا؛ لأن معنى التحريم أو علته، قائم في الحالين، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا، فيكون «الحكم» واحداً فيهما على ما هو معلوم أصولياً، لا مع اختلاف المالك للشيء، وفي هذا المعنى، يقول أستاذنا المرحوم الشيخ محمود شلتوت - شيخ الجامع الأزهر سابقاً - ما نصه: «وإن الناظر في «المعنى» الذي لأجله حرم ما حرم على المؤمنين، وهو الابتعاد عما اتصل به، مما ينافي «التوحيد» كذكر اسم غير الله، أو الذبح على النصب^(٢)، وعما كان تحريمه لمعنى في نفسه، كالميتة، وما عطف عليها، إن الناظر في هذا، لا يرى بدءاً من الحكم بأن ذلك التحريم، لا يرفعه إن كان الحيوان (الذبيح) ملكاً لغير المسلم، أو طعاماً له، فإنه لم يُعهد (شرعاً)

(١) «بداية المجتهد»: (٤٤/١ وما يليها)، و«أحكام القرآن» لابن العربي: (٥٥٣/٢)، و«الجصاص»: (١٢٥/١).

(٢) «الذبح على النصب» أي: من أجلها؛ لأن كلمة «على» في هذه الآية الكريمة، للتعليل، أي: من أجل. والنصب بمعنى الأوثان.

أن يحرم شيء لمعنى على طائفة، ثم يباح لها، إذا كان لغيرها، مع وجود «معنى التحريم» (علته) فيه^(١).

ثم يضيف - رحمه الله - إلى ذلك قوله: «وإذا نظرنا إلى أن «التكاليف الإسلامية» وما تضمنته من تحليل وتحريم - هي في واقعها، وفيما أراد الله من جعل الرسالة المحمدية، وشرائعها عامة «لجميع الناس، وأن الناس جميعاً مكلفون بها (مخاطبون بفروع الشريعة) - يظهر لهذا الرأي قوة فوق قوته»^(٢).

ثم يضيف الأستاذ الأكبر إلى ذلك قوله أيضاً: «أما قول المرجحين للإباحة (أي: على الإطلاق دون قيد): إن الله أباح طعام أهل الكتاب للمؤمنين، وهو يعلم ما يقولون ويفعلون، فيقابله^(٣) أن الله سبحانه أباحه للمؤمنين، وهو أيضاً يعلم ما حرمه عليهم، ويعلم أنهم يعلمونه، ويعلمون أن تحريمه لم يكن لأنه ملك لهم، بل لمعنى (علة) متصل به، ومتحقق فيه، ولا تأثير لصفة الملك عليه»^(٤). وهذا واضح.

منشأ الخلاف في حكم ذبيحة الكتابي:

إن منشأ الخلاف في حكم ذبيحة الكتابي إذا «علم» أنه ذبح بذكر اسم غير الله تعالى، هو تعارض عمومي القرآن الكريم في هذا الصدد، وهو أولاً: عموم قوله تعالى: ﴿وَطَعَامَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٥] حيث يتطرق إليه احتمال أن يكون مخصصاً لقوله تعالى: ﴿وَمَا أَهْلَ بِهِ لغيرِ اللَّهِ﴾ [البقرة: ١٧٣] كما يحتمل أن يكون قوله تعالى: ﴿وَمَا أَهْلَ بِهِ لغيرِ اللَّهِ﴾ مخصصاً لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ إذ يصح أن يكون كلٌّ منهما مخصصاً للآخر^(٥).

فمن ذهب إلى الاحتمال الأول، أجاز ذبيحة الكتابي التي أهل بها لغير الله

(١) «تفسير القرآن الكريم» للأستاذ الكبير الشيخ محمود شلتوت: ص ٣٠٣ - ٣٠٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) يجاب عنه بالمقابل.

(٤) المرجع السابق.

(٥) «بداية المجتهد» لابن رشد: (١/٤٥١).

تعالى، ولو علمنا يقيناً أنه فعل ذلك؛ لأنه مستثنى - أي: مخصّص - من حكم قوله تعالى: ﴿وَمَا أَهْلَ بِهِ لَعْنَةُ اللَّهِ﴾ وهذا هو معنى التخصيص.

ومن ذهب إلى الاحتمال الثاني، لم يُجز، إذا علم ذلك منه؛ لأن عموم قوله تعالى: ﴿وَلَطَعَامَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ استثنى منه (مخصّص) ﴿وَمَا أَهْلَ بِهِ لَعْنَةُ اللَّهِ﴾ «فهو حرام لا حلال».

ونحن نرى ترجيح الثاني؛ لما قدمنا من «المقصد الأساسي» من العقائد الإسلامية، وهو محو ظاهرة الإشراك من الوجود البشري كله.

وعلى هذا، أقام بعض الفقهاء هذا «المقصد الأساسي» في المكان الأول، حيث ذهب إلى أن العبرة في الحِلِّ، تحقيق هذا «المناط» وهو ذكر اسم الله تعالى، وفي الحرمة، ذكر اسم الأصنام، أو الأوثان، أو أن يكون الذبح من «أجل النصب»^(١)، تقريباً إليها» بقطع النظر عن شخص الذابح، ولو كان لا يؤمن بدين سماوي^(٢)؛ لأن «علة التجريم» ليست هي مجرد كفر الذابح أو إشراكه، بل ما يقترن بصنيع أمثاله في العادة من الألفاظ الدالة على معاني الشرك والوثنية، وفرق بينهما، فالمحرم لفظه، لا شخصه؟ ولا ملته الكامنة في نفسه.

ويتجه على هؤلاء أن الحِلَّ منوط بأهل الكتاب بالنص، بالنظر إلى «دينهم السماوي» فالاعتبار الشخصي - كما ترى - قائم، والمنظور إليه هو قيام «الملة» المستكنة في نفسه، ألا ترى أن ذبيحة المسلم الذي ترك التسمية نسياناً تحل، لقيام ملته مقام تسميته؟؟ وكذلك الذي تركها عمداً، على المذهب الشافعي، فالاعتبار الشخصي لا يمكن قطع النظر عنه، والقرآن الكريم يقول: ﴿وَلَطَعَامَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٥] وإلا لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر أي معنى.

(١) لأن كلمة «على» في قوله تعالى: ﴿وَمَا دُيْعَ عَلَى النَّصْبِ﴾ للتعليل لا للاستعلاء، بمعنى من أجل النصب، تقريباً إليها، وكما أشرنا في المتن.

(٢) «الفقه الإسلامي» للدكتور محمد فوزي فيض الله ص ٦٣٤ - ٦٣٥، طبع جامعة دمشق ١٩٧٧م، وراجع «فتح القدير مع الهداية» للكamal بن الهمام (٥٧/٨)، و«رد المحتار»: (٢٩٧/٦) وما يليها.

هذا، ويضيف هؤلاء إلى ذلك، قولهم: «إن الحكمة من الذبح، أو العلة المبيحة له، هي إراقة الدم، بقطع الأوعية المخصوصة، فإذا تحقق هذا، ولم ينضم إليه ما يدل على قصد التقرب لغير الله، كان المذكي حلالاً».

ويتجه على هذا النظر أيضاً أن «الحكمة» أو «العلة» عنصر عقلي، يختلف العلماء عادة في تحديدها، ويترجح النظر في هذا التحديد، بقوة الدليل والبرهان، وهذا يدعونا بالضرورة إلى بحث هذه «العلة» أو «الحكمة» واستنباطها، غير أنه لا بد - بادئ ذي بدء - من أن نقف على تكييف «ماهية الذبح» شرعاً، وهو أمر معقول المعنى، من حيث كونه مجرد عمل آلي، لإراقة الدم، وفصله عن اللحم، أي: لإزالة هذه المادة النجسة الرطبة الخبيثة عن اللحم الطيب، وهو من مفهوم «التذكية» الذي يفيد معنى «التطهير»، أو هو أمر «تعبدي» محض، غير معقول المعنى، ولا يمكن بالتالي إدراك حكمته، ولذا تشترط فيه «التسمية» والإهلال بذكر الله تعالى، والاتجاه بالذبيحة إلى القبلة^(١)، وعدم ذكر اسم غير الله تعالى، وكون الذابح من أهل «ملة التوحيد» التي هي الأصل في الأديان السماوية كافة، ومن ثم، كان للاعتبار الشخصي دخله في حليّة الذبيحة.

اختلف النظر الفقهي في ذلك اختلافاً بعيداً، على الوجه التالي:

١ - ذهب فريق - كما قدمنا - إلى أن الذبح هو مجرد عمل آلي، لفصل الدم النجس عن اللحم الطيب الطاهر، فكان - لذلك - معقول المعنى، يمكن إدراك حكمته، وهي مجرد الفصل والإزالة للنجاسة، أعني إراقة «الدم» وإنهاره.

وعلى هذا، رأى هذا الفريق أن «الذبح» يتم شرعاً، أيًا كان الذابح، ما دام لم يذكر على الذبح اسم غير الله تعالى؛ إذ مقصود الشرع الذي يدركه العقل يتم بأمرين:

أ - بالفصل التام بين الدم واللحم، أو بإزالة المادة النجسة، وهي الدم، وذلك هو المراد بالتذكية في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣].

(١) وهذا واجب عند الإمامية، ومشروع عند غيرهم، ويرجح ابن رشد أن ذلك ليس له أصل في الشرع، بل هو مبني على قياس مرسل، وهو دليل ضعيف. (٤٤٩/١).

ب - بعدم ذكر اسم غير الله تعالى أثناء عملية الذبيح .

حتى إذا تحقق هذان الشرطان، لم يعد ثمة من وجه لاعتبار شخص الذابح؛ لأن العبرة بالتذكية الشرعية في حد ذاتها، بقطع النظر عن من يقوم بها، وقد تمت - في حد ذاتها - على الوجه الشرعي، وقالوا في تنظير ذلك: ألا ترى أنه لو أصاب ثوب المسلم نجاسةً عينية، فأزال عينها «غير المسلم» وبغير الماء، أنه يطهر الثوب، فكذلك ما نحن فيه، لمعقولية المعنى، وأنه مجرد عملية تطهير معقولة المعنى^(١).

هذا، ولو كان تطهير الثوب من النجاسة العينية أمراً «تعبدياً» محضاً، غير معقول المعنى، لما طهر إلا من قبل المسلم، ولما كان جائزاً إلا بالوسيلة التي عينها الشارع، وهي «الماء» دون غيره من المزيلات والقالعات، لعدم معقولية المعنى؛ إذ لا محل للاجتهاد فيما لا تدرك حكمته، أو علته، من التعبديات.

والراجع عندي، أن معنى «التعبد» في «التذكية الشرعية» ليس من السهل إنكاره، لما قدمنا من الأدلة التي نهضت بوجوب التسمية والإهلال بذكر اسم الله تعالى في أكثر من موضع من الكتاب العزيز، وتحريم ذكر اسم الأصنام والأوثان عليها، وبوجوب «القصْد» إلى الذبيح، اعتقاداً منه أنه هو الذي يحل الذبيح، وهو غير النية، وبالاتجاه بالذبيحة إلى القبلة^(٢)، على ما رسمته تعاليم السنة الصحيحة، طاعة لله تعالى، وامثالاً لأمره، وتحقيقاً لما تقضي به «عقيدة التوحيد» التي حاربت مظاهر الشرك والوثنية دون هوادة، تلك المظاهر التي كانت عادات شائعة في الجاهلية، ولا سيما في ذبائحهم، وقرابينهم، كما نعلم، ومن هنا تُدرك سر قوله تعالى: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافٍ﴾ [الحج: ٣٦]^(٣) حيث جاء أمره تعالى لنا بذكر اسمه سبحانه على الذبيحة أثناء الذبيح، والأصل في الأمر الوجوب والتحتيم، وذلك لهدم أهم مظهر من مظاهر الشرك، وهو الإهلال على الذبيح لغير الله تعالى.

(١) «بداية المجتهد» لابن رشد: (١/٤٥١).

(٢) وأوجه الإمامية: «تحرير الوسيلة»: (٢/١٢٩).

(٣) المرجع السابق.

هذا، ومما يعين هذا «القصْد»^(١) شرعاً في حِلِّ الذبيحة، أن ذكر اسم الله تعالى في قوله سبحانه: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافً﴾ وبصيغة الأمر، إما أن يكون مقصوداً، أو غير مقصود، فإن كان غير مقصود، فلا يعتد به، فيتعين القصد شرطاً في حل الذبيحة، وأن القول بأن «الذبح» مجرد عمل آلي لفصل الدم، غير سديد، من قِبَل أن معنى «التعبد» فيه ظاهر، لما بينا^(٢).

غير أن هذا «القصْد» - فيما نرى - غير واجب في حق الكتابي، بل يكفي منه بعدم ذكر اسم غير الله تعالى، رفعاً للحرص عن المسلمين، ولا سيما إذا احتاجوا إلى ذبائحهم في ظروف العُسرة، والأزمات الحادة، ولإمكان التعايش السلمي مع كل من يستظل براية الإسلام، أو على الصعيد الدولي.

٢ - قطع الأوداج وإنهار الدم:

لا خلاف بين الفقهاء أنه إذا قطع المذكي أو الذابح الأوداج جملةً، من الحلقوم والمريء^(٣)، والودجين^(٤)، أن الذبيحة تحل لأنه تمام التذكية، والتمام أو «الإتمام» هو «معنى التذكية» كما أسلفنا.

وإنما اختلفوا في «الحد الأدنى» من هذا الذبح أو القطع، كما ذكرنا، ذلك الحد الأدنى الذي يعتبر مجزئاً في الذبح، فلا نعيده هنا، وإنما الذي يعيننا في هذا المقام أن نبين وجهة نظر كل فقيه فيما اشترط.

(١) سيأتي بحث «القصْد» في موضعه من بحث «حكم اللحوم المستوردة».

(٢) راجع في هذه المعاني، واتجاه كل فريق، وأدلته: «بداية المجتهد»: (٤٤٥/١ وما يليها)، و«أحكام القرآن» لابن العربي: (٥٣٣/٢)، و«أحكام القرآن» للجصاص: (١٢٥/١)، و«حاشية ابن عابدين»: (٢٩٧/٦ وما يليها)، و«فتح الباري»: (٥٧/١٢)، و«المجموع شرح المذهب» للشيرازي: ص ٣٢٥، و«تحرير الوسيلة» للإمام الخميني: (١٢٩/٢ وما يليها)، و«شرح النووي على مسلم»: (١٤١/١٣)، و«تفسير القرآن» للأستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت ص ٣٠١ - ٣٠٣، و«المسوى شرح الموطأ» للإمام ولي الله الدهلوي: (٣٣١/٢)، وراجع فيه تفسير قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لَفَسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١].

(٣) الحلقوم: مجرى التنفس، والمريء: مجرى الطعام.

(٤) الودجان: عرقان في صفحة العنق يحيطان بالحلقوم «الوريدان».

لا ريب أن الفقهاء قد اتجهوا إلى أن «مقصد الشارع» هو فصل الدم النجس، وأن ذلك واجب شرعاً، وأن الذبيحة لا تحل إن لم يتم هذا الفصل، عملاً بقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] وأن «الذبح أو النحر» - في الحالة الاختيارية - هو المتعين لذلك، حَسَبَ الأحوال^(١).

محل النزاع:

غير أن الفقهاء اختلفوا في صفة هذه الذكاة، من حيث العدد المخصص من الأوداج الذي يكفي قطعه، ليتحقق به إنهار الدم، وإزهاق الروح (التذكية) وفي «الآلة» المتعينة، وفي «الموضع» المخصوص؛ لأن هذه الأمور من العدد، والصفة، والآلة، والموضع، اختلف في أيها هو الأكفأ والأنجع، وأيها الأسرع في إنهار الدم وانفجاره، وتدفقه، والأكثر تسريعاً أيضاً في رفع حياته، وإزهاق روحه، دون إيلام أو تعذيب^(٢)، وبأقل قدر ممكن من القطع؛ لأن زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب التحرز عنه^(٣)، وهذه نزعة إنسانية ينبغي ألا نغض الطرف عنها.

الحد الأدنى من عدد الأوداج الذي يكتفى بقطعه (ذبحه) لتحقيق معنى التذكية شرعاً، من إنهار الدم، وتفجيرها، وإزهاق الروح دون تعذيب، في اجتهاد العلماء.

يُفهم من أقوال الفقهاء، أن محل النزاع إنما هو في «الحد الأدنى» الذي يشترط للحل، ويكتفى به في «التذكية» لتحقيق معناها الشرعي، دون مجاوزة لما تستدعيه الضرورة، أو لما يتحقق به مقصد الشارع من التذكية، ونعرض فيما يلي آراء الفقهاء، وتوجيهاتهم، مع المقارنة.

(١) «مغني المحتاج» للشربيني: (٧٢/٤ وما يليها)، و«فتح القدير»: (٥٨/٨ وما يليها)، و«تحرير الوسيلة»: (١٢٩/٢ وما يليها)، و«المغني مع الشرح الكبير» لابن قدامة: (٣٣/١١)، و«المحلى» لابن حزم: (١٨٦/٨ وما يليها)، و«المجموع شرح المهذب» للنووي: (٨٠/٩)، و«البدائع» للكاساني: (٤١/٥ وما يليها)، و«اللباب شرح الكتاب» للغنيمي: (٢٢٦/٣ وما يليها)، و«نيل الأوطار» للشوكاني: (١٤١/٨ وما يليها) و«بداية المجتهد»: (٤٤٤/١).

(٢) «فتح القدير مع الهداية» للكمال بن الهمام: (٥٩/٨) - فقه حنفي -.

(٣) عبر بالقطع احترازاً عن الشق لأنه لا يجزئ إجماعاً. المرجع السابق.

اتفق الفقهاء على أن قطع الأربعة يتحقق به كمال التذكية، وهو مبيح للأكل، واختلفوا بعد ذلك في مواضع:

أ - ذهب الحنفية إلى أن الواجب في «التذكية» - ليتحقق معناها - هو قطع ثلاثة أوداج من الأربعة من غير تعيين، لقول الرسول ﷺ «أفر الأوداج بما شئت»^(١) والأوداج أربعة كما علمت: «الودجان، والحلقوم، والمريء» فيكفي من الأربعة ثلاثة؛ لأن للأكثر حكم الكل، فإن قطع ودجاً واحداً، وقطع معه الحلقوم والمريء، كفى، وكذلك إن قطع الودجين والحلقوم وحده، كفى، وإن قطع المريء مع الودجين، كفى أيضاً، وإن قطع الأربعة جميعاً، فذلك كمال التذكية، وتامها. غير أن المشهور في المذهب الحنفي، أن هذا هو رأي أبي حنيفة وحده^(٢). وذهب الصحابان إلى أنه لا بد في تحقيق «كفاية» التذكية الشرعية من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين^(٣)، فذلك مجزئ في الحل.

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير»: ٧٨٥١، والبيهقي في «الكبرى»: (٢٧٨/٩)، من حديث أبي أمامة، وذكره الهيثمي في «المجمع»: (٣٤/٤)، وقال: وفيه علي بن زيد، وهو ضعيف، وقد وثق. انظر: «فتح القدير»: (٥٧/٨)، للكمال ابن الهمام، جاء في «الهداية» ما نصه: «ولأبي حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكل، في كثير من الأحكام، وأي ثلاثة قطعها، فقد قطع الأكثر منها، وما هو المقصود يحصل منها، وهو إنبهار الدم، والتزحية إلى إخراج الروح (الإسراع في إزهاقها؛ لأنه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام، ويخرج الدم، بقطع أحد الودجين، فيكتفى به، تحرزاً عن زيادة التعذيب». «الهداية مع فتح القدير»: (٥٨/٨ - ٥٩)، وانظر «بداية المجتهد» لابن رشد: (٤٤٤/١ - ٤٤٥)، و«بداية الصنائع» للكاساني: (٤١/٥)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٢٩٦/٥)، و«اللباب في شرح الكتاب» للغنيمي: (٢٢٦/٣)، وارجع: «نيل الأوطار» للشوكاني: (١٤٦/٨) وما يليها. هذا، ويستخلص من كلام الفقهاء: «أن كل حياة» رفعتها الذكاة، يباح أكل حيوانها المذكى.

(٢) «فتح القدير مع الهداية» الكمال بن الهمام: (٥٦/٨ - ٥٩).

(٣) المرجع السابق: «اللباب في شرح الكتاب»: (٢٢٦/٢).

هذا، وأعيد إلى ذاكرتك أن اشتراط عدد الأوداج، والصفة، واشتراط النية أو التسمية والقصد - كما سيأتي - مما يرجح كون «التذكية» عبادة بالنسبة إلى المسلم، خلافاً لمن لم يوجب «النية» في حقه، ذهاباً منه إلى أن «الذبح» فعل معقول المعنى يحصل عنه - كما يحكي ابن رشد - فوات النفس الذي هو المقصود منها (الحكمة) فوجب ألا تشترط النية فيه - أي: بالنسبة إلى المسلم، وفي حق الكتابي أولى - كما يحصل من غسل النجاسة إزالة عينها. «بداية المجتهد»: (٤٤٩/١).

ووجه الكفاية، أن الحلقوم هو مجرى النفس، والمريء مجرى الطعام، حتى إذا قُطعا، فقد أزهقت الحياة، وارتفعت، لكن بقي إنهار الدم وإراقته، ولا ريب أن قطع أحد الودجين، كاف لتحقيق هذه الإراقة، وبذلك اجتمع في «التذكية» الأمران معاً:

أ - رفع الحياة، أو إزهاق الروح.

ب - إنهار الدم، وانفجاره من أحد الوريدين.

على أن المشهور أن هذا قول أبي يوسف وحده^(١).

أما الإمام محمد فيرى أنه يُعتبر قطع أكثر كل عرق من الأربعة، ووجهة نظره: أن كلاً من هذه الأوداج الأربعة أصل قائم بنفسه، وليس مندرجاً في مفهوم غيره، بدليل أنه منفصل عنه تمام الانفصال خِلقة^(٢).

جاء في «فتح القدير» في بيان وجه استدلال الإمام محمد على مذهبه ما نصه:

«أنه يُعتبر أكثر كل فرد... لأن كل فرد منها أصل قائم بنفسه، لانفصاله عن غيره، ولورود الأمر بفرجه، فيعتبر أكثر كل فرد منها»^(٣).

ومفاد هذا، أنه قد ورد الأمر بفرجي كل عرق على الخصوص، فيعتبر أكثر كل واحد منها في القطع، ولا يشترط «الاستيعاب» لأن للأكثر حكم الكل في كل عرق، وقطع أكثره كقطعه كله، والصحيح في المذهب هو قول أبي حنيفة.

= ومفاد هذا الرأي الأخير، أن الطهارة تحصل بإزالة عين النجاسة، دون نية، فكذلك ما نحن فيه، من إزالة عين النجاسة، وهي الدم، لكن يرد على هذا الرأي أن «التذكية» عمل، ولا بد في العمل شرعاً من النية، لقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات» [أخرجه البخاري: ١، ومسلم: ٤٩٢٧، وأحمد: ١٦٨، من حديث عمر بن الخطاب]، وأن «التذكية» طهارة، والطهارة عبادة أيضاً، كالوضوء، ولا بد في العبادة من النية على الراجح.

(١) «اللباب شرح الكتاب» للغنيمي: (٢٢٦/٣)، تصوير المكتبة العلمية، بيروت، لبنان سنة ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م.

(٢) «فتح القدير»: (٥٨/٨).

(٣) المرجع السابق.

ب - أما الإمامية^(١)، فذهبوا إلى أن شرط الحل رهن بقطع الأربعة جميعاً، وباستيعاب القطع لكل ودج على حدة؛ لأن هذا هو معنى «التمام» الذي هو معنى جوهرى في مفهوم^(٢) التذكية، على ما قدمنا^(٣).

جاء في «تحرير الوسيلة» ما نصه: «فلو قطع بعض هذه لم يحل، وإن بقي شيء يسير»^(٤)، أي: شيء قليل من كل ودج دون قطع، بحيث لا يبلغ القطع آخره، ولا يستوعبه، لم يحل أيضاً.

وعلى هذا، فلا بد من قطع الأوداج جميعاً، مع استيعاب هذا القطع، واستيفائه؛ لأن هذا هو معنى «التمام» في التذكية الشرعية.

ج - أما الشافعية والحنابلة، فقالوا: إن ما يجزئ في الذكاة الشرعية الاختيارية^(٥)، قطع كل الحلقوم والمريء استيعاباً، ويستحب قطع الودجين^(٦).

ووجه النظر في استحباب قطع الودجين، أنهما قد يُسَلَّان من الحيوان، فيبقى ولا يموت، مما يدل على أن ليس بقطعهما تأثير في رفع حياة الحيوان، بخلاف الحلقوم والمريء؛ لأن قطعهما مفض إلى الموت لا محالة.

وفي هذا التوجيه نظر لأن قطع الودجين مفض إلى إنهار الدم بغزارة، وفيه تصفية للجسم منه، عملاً بالسنة: «أفر الأوداج بما شئت» «ما أنهر الدم» وقطع الحلقوم والمريء، وإن قطع النفس ومجرى الطعام، فذلك مفض إلى رفع الحياة، لا إلى

(١) «تحرير الوسيلة»: الخميني (١٢٩/٢)، و«اللمعة الدمشقية بشرح الروضة الندية» للشهيد العاملي: (٢١١/٧).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) تعريف «التذكية» لغة، وشرعاً.

(٤) «تحرير الوسيلة»: (١٢٩/٢).

(٥) وصفت الذكاة بأنها اختيارية، أي: في حال السعة والاعتقاد احترازاً عن حال الاضطرار، وذلك إنما يكون بالصيد، أو العقر، دون الذبح أو النحر. «المجموع شرح المهذب»: (٨٦/٩)، و«الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف»: (٣٠٢/١)، و«بداية المجتهد»: (٤٤٤/١) وما يليها.

(٦) «مغني المحتاج»: (٢٧٠/٤). هذا، والودجان بالنسبة للآدمي هما الوريدان. المرجع السابق.

إنهار الدم، وتدفقه بغزارة، على النحو الذي يُرى في قطع الوريدين، وهو شرط الحل.

على أن تحكيم الخبرة، هو الأساس في زيادة اليقين.

هذا، والذي يبدو لنا أن الشافعية ومن معهم، رأوا أن التذكية إزالة للحياة، أي: إزهاق الروح، ولا ريب أن الحياة لا تبقى بعد قطع الحلقوم والمريء؛ لأن الأول مجرى النفس، والثاني مجرى الطعام والشراب، ولا تستقر الروح بعد قطعهما، وقد تبقى بعد قطع الودجين، بزعمهم، ولهذا قالوا باستحباب قطعهما، وقد قدمنا أن الذبح ليس لرفع الحياة فحسب، وإلا فالموقوذة، والمتردية، والنطيحة، وما أكل السبع، قد رفعت حياة كلٍّ منها، ومع ذلك فهي محرمة، مما يدل، على أن رفع الحياة، ليس وحده سبب الحل، بل لا بد أن يكون معه إنهار الدم أيضاً، وذلك لا يتم على الوجه الأكمل إلا بقطع الودجين، ولأنه يسرع في الإزهاق، وعدم تعذيب الحيوان، ولأن للودجين اتصالاً بأكثر عروق البدن، بل وبالدماغ أيضاً، فكان أسرع في إنهار دم الحيوان بغزارة، ولأن الدم هو سبب الحرمة، حتى إذا زال هذا السبب - وذلك بقطع الودجين - كان الحل بزوال سبب الحرمة.

على أن الشافعية، أوجبوا إنهار الدم، ولكنهم رأوا أن ذلك يتم بقطع الحلقوم والمريء.

د - وذهب مالك، إلى أنه لا بد من قطع الحلقوم، والودجين، ولا يجزئ أقل من ذلك.

هذا، والإمام مالك، قد جمع - كما ترى - بين رفع الحياة، وذلك بقطع الحلقوم، وهو مجرى النفس، وبين قطع الودجين، إنهاراً للدم، ولا جرم أن ذلك مجزئ في «التذكية».

هـ - مذهب الثوري، أنه يكفي بقطع الودجين؛ لأن مقصود الشرع «إنهار الدم» بنص الحديث، ويتم ذلك بقطعهما.

ويرد على ذلك قوله ﷺ: «أفر الأوداج بما شئت»، فلم يقتصر الأمر بالإفراء على

اثنين منهما - كما ترى - وهو نص صريح، ولا اجتهاد في مورد النص القاطع، نعم، لو قال: للأكثر حكم الكل، لكان له وجه، أو لو اشترط قطع الحلقوم مع الودجين، تسريعاً لإزهاق الروح، وتجنبياً للحيوان ألم التعذيب، لطول الزهوق، بقطع الودجين وحدهما، لكان متجهاً.

وعلى هذا، فإن الفقهاء قد اتفقوا على أنه لا بد من إنهار الدم، بغزارة، ولكنهم اختلفوا في السبب أو الطريق الموصل إلى ذلك، أو المجزئ في تحقيق ذلك، والإسراع في إزهاق الروح، على النحو الذي رأيت.

هذا، والذي يتبدى لنا أن الكل متفق على أن قطع «الأربعة» هو تمام التذكية، وأن المجزئ في تحقيق رفع الحياة إنهار الدم (الحد الأدنى) هو قول من ذهب إلى قطع الحلقوم والودجين، إزهاقاً للروح، وتخلصاً من المادة النجسة التي هي سبب التحريم، والإسراع في ذلك، تفادياً للتعذيب، فضلاً عن أن قطعهما أكفاً من غيرهما، وأسرع في إسالة الدم وإنهاره، وهو مقصود الشرع، وأكثر تحقيقاً لمعنى «التذكية» أي: لمناطق الحل، دون الاكتفاء بقطع واحد منهما.

محل الذبح، أو موضع القطع:

اتفق الفقهاء على أنه لا يجزئ الذبح في غير «الحلق واللبة»^(١) للحديث: «الذكاة في الحلق واللبة» أي: ما بينهما^(٢).

غير أن الفقهاء اختلفوا في تحديد هذا الموضوع تحديداً يتفق مع «الحكمة» من مشروعية الذبح شرعاً.

(١) «اللبة» - بفتح اللام المشددة، والباء المشددة - وهي الوهدة، أو الثغرة التي في أسفل العنق. «نيل الأوطار»: (١٤٢/٨).

(٢) علقه البخاري بصيغة الجزم من حديث ابن عباس موقوفاً قبل: ٥٥١٠، ووصله عبد الرزاق: ٨٦١٥، والبيهقي في «الكبرى»: (٢٧٨/٩)، وإسناده صحيح. وانظر «البدائع» للكاساني: (٤١/٥) وما يليها).

أ - فذهب الحنفية إلى أن «قصة العنق كلها محل للذبح» فإن قطع الجوزة جاز، وإن لم يقطعها، جاز أيضاً، ما دام «الذبح» بين الحلق^(١) واللبة.

والحنفية - كما يبدو - منطقيون مع مذهبهم في «صفة الذبح» وموضعه، ذلك لأنك عرفت أن المجزئ في التذكية في المشهور من مذهبهم - قطع ثلاثة أوداج غير معينة، من أربعة، إعطاء للأكثر حكم الكل، وعلى هذا يجوز قطع أي ثلاثة شاء، فليس قطع^(٢) الحلقوم إذن أمراً متعيناً في مشروعية التذكية، في المشهور من المذهب الحنفي؛ إذ يُكتفى بالثلاثة الأخرى دونه، وما دام قطع «الحلقوم» ليس أمراً متعيناً في التذكية الشرعية على المفتى به، لم يجب بالتالي قطع الجوزة (جوزة الحلقوم) لأنها لا تقطع إلا إذا قطع الحلقوم؛ إذ هي ملتصقة به، بل هي في أعلاه، ولهذا لو اشترطوا قطع الجوزة^(٣) للزم قطع الحلقوم، وهم لا يشترطون ذلك، كما علمت.

ب - وذهب المالكية^(٤) إلى أن ما حيزت «جوزتها» بالذبح إلى البدن، هي «الغليصة» وهذه محرمة لا تؤكل، فيشترط - لتحل - أن تقطع الجوزة نصفين: نصفها إلى جهة الرأس، ونصفها الآخر إلى جهة البدن؛ لأن قطع «الجوزة» على هذا النحو شرط في «شرعية الزكاة» في مذهبهم.

وقد منا أن «المالكية» يكتفون بقطع ثلاثة عروق على التعيين: قطع الحلقوم كله، ولا يتم إلا بقطع الجوزة نصفين^(٥)، وقطع الودجين: لإنهار الدم، كحد أدنى. وأما قطع المريء، فذلك مستحب في فقه المالكية^(٦)، وليس أمراً واجباً.

(١) «الحلق» ويسمى «الحلقوم».

(٢) «البدائع»: (٤١/٥)، و«بداية المجتهد»: (٤٤٦/١) وما يليها، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٢٩٦/٥)، و«رد المحتار»: (٢٠٧/٥). «الجوزة» هي العقدة التي في أعلى الحلق. هذا، وقد روى الحديث الدارقطني، وفيه مقال.

(٣) عبر بالقطع - كما ذكرنا - احترازاً عن الشق؛ لأنه لا يجزئ إجماعاً.

(٤) «الشرح الكبير»: (٩٩/٢)، و«بداية المجتهد»: (٤٤٤/١) وما يليها.

(٥) جوزة الحلقوم، وهي العقدة في أعلى الحلق.

(٦) المرجع السابق.

وجهة نظر الفقه الإمامي في تحديد محل الذبح^(١):

يذهب الفقه الإمامي إلى تحكيم العلم، والخبرة، في هذه المسألة، أو العلم بالواقع المشاهد، فإن كان أهل الخبرة يقررون أنه لا بد من قطع الجوزة، وصولاً إلى قطع العروق الأربعة جميعاً، استتماماً للتذكية، وجب ذلك؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به، فهو واجب.

وعلى هذا، فما تقرره الخبرة، فهو الذي يجب اتباعه، في مذهب الإمامية^(٢).

وكذلك إن قررت الخبرة أنه لا بد أن تكون «الجوزة» إلى جهة الرأس، بتمامها، حتى تقطع العروق الأربعة.

وأيضاً، يجب العلم بالواقع المشاهد من الذبح، فإن حصل العلم بقطعها بتمامها، حلت، وإلا فلا^(٣)؛ لأن المدار في حلية الذبيحة على قطع الأوداج الأربعة كافة، ولذا كان ذلك القطع هو الواجب في مذهبهم^(٤)، مع استيعاب قطع هذه الأوداج.

هذا، والجمهور يرى - مع المالكية - أنه لا بد أن يبقى من الجوزة تدويرتان كاملتان: إحداهما من أعلى، والثانية من أسفل، وإلا لم تحل الذبيحة؛ لأنه حينئذ ليس «ذبحاً» بل مزعاً، وفرق بينهما، والمطلوب شرعاً «التذكية» لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ وهو الذبح على النحو الذي فصلنا.

(١) جاء في «تحرير الوسيلة» للإمام الخميني (١٢٩/٢) ما نصه: «محل الذبح في الحلق، تحت اللحيين على نحو يقطع به الأوداج الأربعة، واللازم وقوعه تحت العقدة، المسماة في لسان أهل هذا الزمان بالجوزة، وجعلها في الرأس دون الجثة والبدن، بناء على ما يدعى من تعلق الحلقوم أو الأعضاء الأربعة بتلك العقدة، وعلى وجه لو لم تبق في الرأس بتمامها، ولم يقع الذبح من تحتها، لما تقطع الأوداج بتمامها، وهذا أمر يعرفه أهل الخبرة، فإن كان الأمر كذلك، أو لم يحصل العلم بقطعها بتمامها، بدون ذلك، فاللازم مراعاته».

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

فمنشأ الاختلاف - كما ترى - تحديد مفهوم الذبح شرعاً، فمنهم من ذهب إلى أن الذبح موضعه ما بين الحلق واللبة، ولو لم يصادف الجوزة، والآخرين ذهبوا إلى أنه إن جاوزها، فذلك مزع لا ذبح، ومن ثم فلا يحل.

حكم إبانة رأس الحيوان بالذبح (قطع النخاع الشوكي):

هذا، ولو أبان رأس الحيوان المأكول بالذبح، أو بسيف، أبيض مطلقاً، في مذهب الحنابلة، خلافاً للمالكية، أخذاً بفتوى الإمام علي - كرم الله وجهه - وعمران بن حصين بأكله^(١)، وهذا يستلزم قطع النخاع الشوكي^(٢).

ويؤخذ من هذا، أن إبانة الرأس، بقطعه بألة حادة، وفورية فائقة، جائز في بعض المذاهب الإسلامية، كما ترى.

وكذلك الذبح من «الخلف» جائز في أكثر المذاهب الإسلامية - كما أسلفنا - شريطة أن لا يأتي على مقتل من مقاتله، فيموت قبل الذبح، فإن الذبيحة في مثل هذه الحال لا تحل إجماعاً؛ لأن موت الحيوان منسوب إلى القتل، لا إلى الذبح، فكان ميتة.

وجهة نظر المالكية: أن الذبيحة إذا نخعت (قطع نخاعها الشوكي) لا تؤكل؛ لأن القاطع للعروق (الأوداج) من «القفا» لا يصل إليها إلا بعد قطع النخاع الشوكي، وهو مقتل من المقاتل، فيكون قد قتل الذبيحة وأماتها قبل ذبحها، والحيوان الذي أصيب في مقتل من مقاتله قبل الذبح، ميتة؛ لأن موته بسبب القتل، لا بسبب الذبح الذي هو السبب الموصل إلى الحل شرعاً - كما علمت - فإن تفسير رأي المالكية هذا أنه سدٌ للذريعة، كما أسلفنا.

أما جمهور الفقهاء - ما عدا الحنابلة والمالكية - فذهبوا إلى أنه مكروه^(٣) من قبل

(١) «كشاف القناع» للبهوتي: (٦/٢٠٥ وما يليها)، و«الشرح الكبير»: (٢/١٠٧).

(٢) يقال: نخع الذبيحة، أي: قطع نخاعها الشوكي، وهو الخيط الأبيض الممتد معظم الرقبة حتى الظهر.

(٣) المقاتل عند المالكية خمسة: (١) قطع النخاع (الشوكي) وهو الخيط الأبيض الذي يبدأ من العنق ويسير في سلسلة الظهر حتى أسفلها، أي: خلف العنق والظهر، ويطلقون عليه لفظ المُنْحَ أيضاً. (٢) بتر =

أن الذبح من القفا، أو من صفحة العنق، فيه تعذيب للحيوان، وهو معصية، غير أن المعصية قد تجتمع مع المشروعية، ومع الكراهة أيضاً من باب أولى، ولا تقتضي التحريم المطلق، ألا ترى أن البيع وقت النداء معصية، لمكان النهي، ولكن إذا صلى الجمعة، كانت مجزئة وصحيحة، فالمشروعية قد تجامع المعصية - كما ترى - لانفكاك الجهة، ولا تناقض.

والجواب عن هذا أن البيع شيء مجاور للصلاة، وليس جزءاً من ماهيتها، أو حقيقتها، فلم تكن المعصية متمكنة فيها، وما نحن فيه من الذكاة وموضعها ليس كذلك، فهما أمران متلازمان، لا ينفك أحدهما عن الآخر؛ إذ لا يتصور الذبح بدون موضع أو محل، ولكن يمكن أن نتصور صلاة الجمعة دون بيع، فافتراقاً، فكانت المعصية متمكنة في حقيقة الذبح وماهيته، فلا يحل الذبح.

وجهة نظر الفقه الإمامي في الذبح من «القفا»:

لا يُجيز الفقه الإمامي الذبح من «القفا» مطلقاً، حتى ولو أسرع في الذبح، فقطع العروق قبل زهوق الروح، فهو مع «المالكية» سداً للذريعة، فالذبيحة إذا نخعت من القفا، حرمت مطلقاً، حتى ولو كان موتها بسبب الذبح، تأكيداً لاشتراط الذبح من الأمام، مراعاة للمعنى التعبدي في الذبح، ويؤكد هذا اشتراطهم قطع الأوداج الأربعة جميعاً، شرطاً في الحل.

جاء في «تحرير الوسيلة» ما نصه: «يشترط أن يكون الذبح من القدام، فلو ذبح من القفا وأسرع إلى قطع ما يعتبر قطعه من الأوداج، قبل خروج الروح^(١)، حرمت»^(٢).

= الدماغ الذي في الجمجمة، فإذا انشده الرأس دون نثر الدماغ فلا بأس به. (٣) نثر الحشو، وهو الذي يحويه البطن من الأمعاء، والكبد والطحال، وأما شق البطن دون ظهور الحشو، فلا يضير. (٤) فري الودج، وهو إبانة بعض عن بعض. (٥) ثقب مصير لا مجرد شقه.

(١) قوله: «قبل خروج الروح» أي: ولو لم تمت من النخع، بتهتك النخاع الشوكي، بل بقيت الروح فيها، حتى أزهدت بالذبح، وقطع الأوداج الأربعة، وهذا نظر إلى الذبح على أنه أمر تعبدية، يجب الالتزام فيه بالجهة، ولو تحققت التذكية شرعاً.

(٢) «تحرير الوسيلة»: (٢/ ١٣٠).

وهذا نظر إلى «التذكية» على أنها أمر تعبدي، فيجب الالتزام بالجهة، شرطاً في الحل، ولو تحققت التذكية شرعاً، والجمهور ذهب إلى التفصيل الذي بينا.

هذا، والراجح عندي أن الذبح من القفا جائز شرعاً، بشرطين:

الأول: بالسرعة الفائقة، ومن هنا اشترط بعض الفقهاء «الفورية» في الذبح.

الثاني: عدم نفوذ أي مقتل من مقاتله قبل الذبح، وذلك ممكن أن يتصور في الآلات الحديثة التي تقطع الرأس في ثوان معدودات، وبسرعة مذهلة، وهو رأي الجمهور الذي قال به في عصر كانت الآلات المستخدمة فيه عادية بدائية لا ترتقي من حيث الفاعلية والأثر والسرعة إلى كفاءة الآلات الحديثة المستخدمة على النحو الذي نراه اليوم، فكان ذلك جائزاً من باب أولى.

وهكذا نرى أن «المالكية» قد سدوا الذريعة بمؤيد تشريعي، هو «التحريم والمنع»، بينما الجمهور، قد سد الذريعة بشرط الفورية، ونميل إلى رأي الجمهور الذي احتاط باشتراطه هذا الشرط الذي ينطبق بوجه قوي على ما تنتجه اليوم المصانع الآلية الضخمة^(١)، دون أي معارضة لتعاليم الإسلام.

٤ - الفورية:

ذهب الجمهور إلى أن «الفورية» أو الإسراع في الذبح، وإزهاق الروح، شرط في الحلية، فإن رفع يده قبل تمام الذبح، ثم أعادها فوراً، تؤكل الذبيحة، فإن تباعد ذلك، لم تؤكل، واستندوا في اجتهادهم هذا إلى أن «الذكاة» طرأت على «منفوعة المقاتل» أي: التي «نفذ فيها أثر القتل قبل كمال الذبح» فصارت ميؤوسة، أو مقطوعاً بموتها^(٢) الطارئ، قبل تمام الذبح، فلا تحل.

وقال الحنفية والشافعية: يُستحب «الإسراع» وسموه «التذيف» في قطع الأوداج

(١) وابن الماجشون مالكي، وخالف مذهب إمامه، وقال بالتحريم إن تعمد قطع النخاع، وتحل إن قطعه جاهلاً أو ساهياً. «بداية المجتهد»: (٤٤٦/١) وما يليها.

(٢) المراجع السابقة.

للحديث: «وليرح ذبيحته»^(١) والإسراع نوع من أسباب إراحة الذبيحة^(٢).

غير أن ابن رشد يفضّل في حالات الرفع، والإعادة، حسب الغرض الذي ينشده المذكي، فإن رفع يده للاختبار والتحري، هل تمت الذكاة أم لا؟ فأعادها على الفور، فإن تبين أنها لم تتم، أكلت، وهو المعنى الذي حُمل عليه رأي سحنون من المالكية، بمعنى أنه إن رفع يده وهو يظن أنّ الذكاة قد تمت، فتبين له أن هذا الظن فاسد، أو كان وهماً، فأعاد يده ليتم الذكاة، أنها تؤكل^(٣).

مذهب الإمامية في الفورية والتتابع، والعرف محكم:

هذا، وذهب الإمامية إلى أنه يجب الذبح في فور واحد، وبالتتابع، دون فصل يعتد به عرفاً، وذلك بقطع الأوداج الأربعة جميعاً قبل زهوق الروح، مرة واحدة، فلو قطع بعضها، وأرسل الذبيحة حتى انتهت إلى الموت، ثم قطع الباقي حرمت؛ لأنه ذبح في مرتين، ويعد في العرف عمليين.

وتعليل ذلك ظاهر، وهو أن كمال الذبح لم يتم، بل جاء بعضه قبل الموت، وبعضه بعد الموت، فلم تتحقق حقيقة الذبح كاملة، ومعلوم أن حكم الحل منوط بكمال الذبح، لا ببعضه؛ لأن من معنى «التذكية» التمام.

غير أن الفقه الإمامي يوجب «الاحتياط» في الذبح أيضاً؛ لأن الاحتياط أصل عام، يجب أن يلتزم الشريعة؛ لأنها قائمة على الاحتياط والحزم، والتحري، فيرى أنه

(١) أخرجه مسلم: ٥٠٥٥، وأحمد: ١٧١١٣، من حديث شداد بن أوس.

(٢) «رد المحتار»: (٢٠٧/٥)، و«الشرح الكبير»: (٩٩/٢ - ١٠٧)، و«تبيين الحقائق»: (٢٩٦/٥)،

و«مغني المحتاج»: (٢٠٧/٤) وما يليها، و«بداية المجتهد»: (٤٤٦/١ - ٤٤٧)، وفي هذا المعنى يقول

ابن رشد: «هل من شرط الذكاة أن تكون في فور واحد؟ فإن المذهب المالكي - لا يختلف أن ذلك من شرط الذكاة، وأنه إذا رفع يده قبل تمام الذبح ثم أعادها، أن ذلك لا يجوز». المرجع السابق.

(٣) وتعليل ذلك، أن الأول وقع عن ظن أو شك، أو وهم، وهذا عن اعتقاد ظنه يقيناً، وهذا مبني على أن

شرط الذكاة قطع أعضاء الذكاة كافة، فإذا رفع يده قبل أن تستتم كانت منفذة المقاتل غير مذكاة، فلا

تؤثر فيها العودة «لأنها بمنزلة ذكاة طرأت على منفذة المقاتل». «بداية المجتهد»: (٤٤٦/١ - ٤٤٧).

لا يجوز أن يفصل بين العروق من حيث قطعها، بما يخرج عن المتعارف وما تقضي به العادة، بل يتابع احتياطاً، حتى يُعد الذبح عملاً واحداً، عرفاً.

أما إذا عُد الذبح بالفصل عمليين في العرف والعادة، وإن استوفى تمام الذبح قبل زهوق الروح، فلا يحل، تأكيداً للموالاتة والتتابع، والفورية.

هذا ما يوجبه الاحتياط لتحقيق معنى التعبد في الذبح من جهة، وإبعاداً عن التسبب في تعذيب الحيوان^(١) من جهة أخرى.



(١) جاء في «تحرير الوسيلة» ما نصه: «يجب التتابع في الذبح، بأن يستوفي قطع الأعضاء قبل زهوق الروح، فلو قطع بعضها، وأرسل الذبيحة حتى انتهت إلى الموت، ثم قطع الباقي، حرمت، بل لا يترك الاحتياط، بأن لا يفصل بينها بما يخرج عن المتعارف، ولا يعد عملاً واحداً عرفاً، بل يعد عمليين، وإن استوفى التمام قبل خروج الروح منها».

وفهم من هذا - كما قدمنا في المتن - أن الفقه الإمامي يعتد بالذبح الكامل عملاً واحداً، ولا يعتد به عمليين منفصلين بمقتضى العرف، ولو قبل زهوق الروح، احتياطاً، كيلا تتعدد عملية الذبح ويعاني الحيوان من ذلك الألم والتعذيب؛ لأنه معصية. المرجع السابق: (١٣٠/٢) مسألة ٧.

هذا، ومما يؤكد معنى «التعبد» في الذبح كالصلاة، في الفقه الإسلامي، أنه يوجب استقبال القبلة بالذبيحة، فلو ترك ذلك عمداً حرمت، ولو استوفى كمال الذبح الشرعي. المرجع السابق: (١٣١/٢) مسألة ١١.

البحث الثالث عشر
حكم
اللحوم المستوردة من البلاد الأجنبية
معلية أو مقلحة أو مقلحة
في الفقه الإسلامي المقارن

بسطنا القول آنفاً في الطريق أو السبب الموصل إلى حل الحيوان البري المذكى، ما كان منه مستأنساً، أو متوحشاً بالطبع، أو غير مقدور على ذبحه في محل الذبح، وأوردنا تفصيل أحكام «الذكاة الشرعية» التي هي الأصل، وأحكام «الصيد» التي هي «الاستثناء»، ونبحث فيما يلي - اجتهاداً بالرأي - أحكام اللحوم المستوردة في الفقه الإسلامي المقارن، لأمرين:

الأول: أن الفقهاء القدامى لم يبحثوا هذا الموضوع أصلاً؛ لأنه لم يكن واقعاً في عصرهم، فكان لا بد من الاجتهاد بالرأي على ضوء ما تقرر في هذا التشريع الإلهي من مبادئ وأحكام، لتطور وسائل ذبح الحيوان، وإماتته، بغية تحصيل لحمه للطعام، وهي وسائل فنية متطورة ذات قدرة فائقة على الإنتاج الكبير وتصنيعه، وتعليبه، أو تثليجه، أو تجفيفه في المصانع الحديثة.

الثاني: مساس الحاجة إلى معرفة «حكم الشرع» في هذه «اللحوم المستوردة من البلاد الأجنبية» على ضوء الوسائل التي يتخذها كل بلد منها، في ذبح الحيوان، وكيفية الوصول إلى إماتته، وتحصيل لحمه للطعام.

وعلى هذا، فسنتناول «طرق الذبح في البلاد الأجنبية» وفي مقدمتها «البلاد

الأوروبية» والطريقة الإسلامية في الذبح، على النحو الذي بينا آنفاً، ثم نعقد المقارنة بينهما، للخروج بنتيجة علمية، لهذه المقارنة.

١ - الطريقة الإسلامية:

أما الطريقة الإسلامية، فقد بسطنا القول فيها، وبيننا وجهة نظر كل مذهب من المذاهب الفقهية، وقد اتفقوا على أنه لا بد من «إنهار الدم» تخلصاً منه، لكونه من «الخبائث» ولذا كان تحريمه بالنص القاطع، بقوله تعالى: ﴿حَرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ...﴾ [المائدة: ٣] أي: بصريح لفظ «التحريم» كما ترى.

وعلى هذا، فالدم محرم تناوله، سواء أكان مسفوحاً سائلاً، وهذا ما جاء تحريمه في النص الصريح، من مثل قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا...﴾ [الأنعام: ١٤٥] أم كان الدم محتقناً باقياً في جسم الحيوان، لم يجد سبيلاً لأن يتدفق، أو يتفجر، أو يسيل من العروق، أو لم يتم فريها - على تعبير المشرع - حتى يفصل الدم عن اللحم، كما هي الحال في الحيوان المنخنق، أو الميت حتف أنفه، أو الميت بسبب آخر، سوى الذبح أو النحر، من التردي من شاهق، أو في منحدر، أو كان أكيل سبع ومات، أو غير ذلك من أسباب الموت وصوره التي لا يتم فيها خروج الدم، وسيلانه، بدليل تعليق حل الحيوان بالتذكية في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] على ما فصلنا، فدل على أن «التذكية» التي بينا الطرق التي تتم بها هي «علة» حكم حل الحيوان المذكى بها، في المذاهب الإسلامية كافة، مع اختلاف يسير في العدد، والصفة، والموضع.

شروط الذبح على الطريقة الإسلامية:

اتفق الفقهاء على ثلاثة منها، واختلفوا في الشرط الرابع، وهي كما يلي:
الأول: أن يكون الذبح على الطريقة الإسلامية، صفة، وعدداً، ومحلاً^(١)، وقد تقدم ذلك كله في تعريف الذبح شرعاً.

(١) «المجموع شرح المذهب»: (٨٠/٩).

الثاني: أن يكون الحيوان المذبوح «مأكول اللحم» وليس مما حرمه الله بحيث لا يؤثر الذبح في الحل.

الثالث: ألا يذكر اسم غير الله عليه، من الأوثان، والأصنام، لصريح النص القرآني في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَهْلَ لَيْعٍ أَلَّهُ﴾ [المائدة: ٣].

الرابع: «وجوب التسمية» عند الذبح، أي: «ذكر اسم الله عليه» وهو شرط مختلف في وجوبه، فبعضهم ذهب إلى أن «التسمية» عند الذبح «واجبة» وآخرون ذهبوا إلى أنها «مشروعة» لا واجبة، أي: «سنة مؤكدة»^(١).

وقد بسطنا القول في ذلك كله آنفاً، وفي بحث «الصيد» مع الأدلة، والمقارنة بين المذاهب، فارجع إليه إن شئت.

وعلى هذا، فإذا اختل شرط من هذه الشروط الواجبة، أو تخلف، فلا يحل الذبيح، أيًا كان الذابح، مسلماً أو كتابياً.

وتطبيقاً لذلك، فإن «اللحوم المستوردة من البلاد الأجنبية» إذا ثبت أنها من لحوم حيوانات محرمة في الإسلام، لا يحل تناولها بحال، إلا عند الضرورة.

هذا، ولا يقال: إن قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَلٌ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٥] عام، والنص بعمومه شامل لكل أنواع اللحوم التي يقدمونها إلينا، أو يصدرونها، لا يقال هذا؛ لأن النص وإن كان ظاهره العموم، غير أنه مقيد بالنصوص القاطعة في تحريم أنواع من الحيوان، كالخنزير، والمنخقة، والموقوذة، وما إليها؛ لأن نصوص القرآن الكريم يقيد بعضها بعضاً، ويفسر بعضها بعضاً؛ إذ إرادة المشرع واحدة في تشريعه كله، دون تناقض.

هذا، وليس من المعقول، أن يحرم الله تعالى نوعاً من الحيوان لعله، أو سبب

(١) «بداية المجتهد»: (٤٦٨/١)، و«الاختيار لتعليل المختار»: (٩/٥)، و«المحلى»: (١٦٥/٨)، و«مطالب أولي النهي»: (٣٣٣/٦)، و«الشرح الصغير على أقرب المسالك»: (١٧٠/٧)، و«بغية المسالك»: (٦٦٣/١)، و«الشرح الصغير»: (١٥٨/٢)، و«تحرير الوسيلة» للإمام الخميني: (٢/١٢٩ وما يليها)، ومن قال بالوجوب الإمامية على ما سيأتي تفصيله.

يوجب التحريم، بحيث لا تؤثر في حله الذكاة، ثم يحله، إذا قدمه لنا غيرنا؛ لأن مثل هذا «تناقض» لا يقع في الشرع.

وفي هذا المعنى يقول أستاذنا المرحوم الشيخ محمود شلتوت ما نصه: «وإن الناظر في «المعنى» الذي لأجله حرم ما حرم على المؤمنين، وهو الابتعاد عما اتصل به مما ينافي التوحيد، كذكر اسم غير الله، أو الذبح على النصب، وعما كان تحريمه لمعنى في نفسه، كالميتة، وما عطف عليها، أن الناظر في هذا لا يرى بُدّاً من الحكم، بأن ذلك التحريم، لا يرفعه، إن كان الحيوان ملكاً لغير المسلم، أو طعاماً له، فإنه لم يُعهد أن يُحرّم شيء «لمعنى» على طائفة، ثم يباح لها، إذا كان لغيرها، مع وجود معنى التحريم فيه»^(١).

وهذا الحكم شامل للمستورد من طعام أهل الكتاب، من اللحوم المعلبة، أو المثلجة، أو المجففة، بشرط أن «نعلم» أنها من الحيوانات المحرم أكلها، كما يشمل غير المستورد، لوحدة العلة.

على أن المقصود بقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلْلٌ لَكُمْ﴾^(٢) [المائدة: ٥] ذبائهم^(٣) بالإجماع.

ونورد فيما يلي فتويين صادرتين عن لجنة الفتوى بالأزهر، ولكن في عهدين مختلفين:

أولاهما: وهي مبنية على رأي الجمهور، ومؤداها: «أن اللحوم المستوردة من بلاد أهل الكتاب: «حلال أكلها»، «ما لم يعلم» أنهم سموا عليها اسم غير الله تعالى، أو ذبحت بغير الذكاة الشرعية، وما لم يعلم أيضاً أنها من الخنزير، أو الميتة، أو المنخقة، بفعل من الحيوان نفسه، أو مخنوقة بفعل الآدمي، أو ما

(١) «تفسير القرآن الكريم» للشيخ محمود شلتوت شيخ الأزهر سابقاً، ورئيس لجنة «التقريب بين المذاهب» في القاهرة ص ٣٠٣ - ٣٠٤، ط دار العلم، القاهرة.

(٢) انظر «القرطبي»: (٦/٧٦ وما يليها).

(٣) المرجع السابق.

إلى ذلك من الحيوانات المحرم أكلها على المسلمين التي وردت في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْبَانَةُ وَالذَّمُّ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَفَقَةُ وَالْمَوْفُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّبَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] (١).

فإن هذه الآية الكريمة جاءت حاكمة ومقيدة لقوله تعالى: ﴿وَلَعَلَّ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لِيَلْبِسُوا صِبْغَ الْكُفْرِ﴾ [المائدة: ٥] لوحدة إرادة المشرع في تشريعه، كما ذكرنا.

الثانية: أن «اللحوم المستوردة حلال أكلها» - معلبة، أو مثلجة، أو مجففة - ما لم نتحقق أنها من المحرم لذاته، وهي الحيوانات التي نصت عليها آية التحريم السابقة، وكل ما وراء ذلك حلال، وإن تحققنا (علمنا) أنه قد أهل لغير الله، أو لم يذك بالذكاة الشرعية» (٢).

هذا، والذي يبدو لنا أن الفتوى الأولى هي الراجحة، رفعا «للتناقض» في التشريع - على ما أشرنا - إذ ليس لاختلاف مالك الحيوان من أثر على التحريم، ليرفعه، ما دام «المعنى» الذي من أجله حرم، متحققاً فيه؛ إذ لا علاقة «للمالك» وتغييره في «الحرمة»، وإنما الحرمة حكم الله تعالى المبني أصلاً على «معنى» أو «علة» تستوجب حكم التحريم، ومن المعلوم أصولياً أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، فحيثما وجدت العلة وجد الحكم، والعكس صحيح، ولا سيما إذا علمنا أن بعض الحيوان قد حرم تناوله على المسلمين، لمعنى قائم في نفس الحيوان، ولذاته، بقطع النظر عن كون الذابح مسلماً أو غير مسلم، كالخنزير، والميتة، وما إليها.

التحريم الذي يرجع إلى طريقة الذبح، أو الآلة التي تتخذ لذلك:

يجري الذبح في أوروبا بقطع الرقبة بكاملها عادة، وبسرعة فائقة، فإن كان هذا القطع يأتي على العروق الأربعة التي أطلقت الشريعة عليها اسم «الأوداج»، وهي

(١) التذكية هي الذبح أو النحر، والاسم: الذكاة، والمذبوح ذكي، ذلك لأن الذبح يطهره، وفي الحديث: «ذكاة الأرض يبسها، يريد طهارتها من النجاسة الرطبة، بمنزلة تذكية الشاة في الإحلال». «النهاية في غريب الحديث»: (١/١٦٤).

(٢) «تفسير القرآن» للشيخ محمود شلتوت ص ٣٠٣ وما يليها.

«الحلقوم والمريء والودجان» - على ما بينا - فلا خلاف في حل أكل الحيوان المذبوح بهذه الطريقة، سواء أكان قطع الرقبة من الأمام، أم من الخلف، شريطة أن ينسب موته إلى الذبح، لا إلى نفوذ المقاتل، بمعنى أن يكون قطع الأوداج قد تم قبل نفوذ أي مقتل من مقاتله؛ لأن المقصود الشرعي قد تم، وهو «فري الأوداج» وهي طريقة ناجعة في استنزاف الدم، وأشار الفقهاء إلى هذه الطريقة، ولكن بأدوات الذبح التي كانت معروفة في زمنهم، ونستعرض - في هذا المقام - آراء الفقهاء في جواز «قطع الرقبة من الخلف» إذا لم تنفذ مقاتله قبل قطع الأوداج الأربعة التي ذكرنا، حتى إذا نفذت مقاتله أو واحد منها قبل قطع العروق، كان «ميتة» فلا يحل حينئذ، ولكن الطريقة الحديثة في قطع رقبة الحيوان - لسرعتها الفائقة، وفي ثوان معدودات - كفيلة بقطع العروق قبل نفوذ المقاتل، أي: قبل «الموت»، فتنسب الذكاة حينئذ إلى قطع العروق، وهذه هي «الذكاة الشرعية».

أما أن الفقهاء قد نصوا على أن ذبح الحيوان من الخلف جائز، ويحل به الحيوان المذكى، شريطة أن لا تنفذ مقاتله قبل قطع العروق أو واحد منها - كما ذكرنا - فنورد طرفاً من أقوالهم في المذاهب المختلفة.

يقول الإمام النووي الشافعي: «ولو ذبحه من قفاه عصى، فإن أسرع، فقطع الحلقوم، والمريء، وبه حياة مستقرة، حل، وإلا فلا»^(١) وهو مذهب الحنابلة، على ما في «شرح المقنع» لابن قدامة الحنبلي، وهذا هو مذهب الحنفية أيضاً.

جاء في «فتح القدير»: «فإن ذبح الشاة من قفاه، فبقيت حية، حتى قطع العروق، حل»^(٢).

أما «المالكية» فقد خالفوا جمهور العلماء، فذهبوا إلى أن قطع الرقبة من القفا ليس طريقاً أو سبباً موصلاً إلى الحل، فلا تعتبر ذكاة شرعية.

(١) «قليوبي وعميرة»: (٤/٢٤٢). نذكر أن الشافعية يرون أن الحد الأدنى للذبح هو قطع الحلقوم والمريء.

(٢) «فتح القدير» للكمال بن الهمام الحنفي: (٨/١٧٢).

جاء في «تفسير القرطبي» المالكي ما نصه: «لو ذبحها من القفا، واستوفى القطع، وأنهر الدم، وقطع الحلقوم، والودجين لم تؤكل»^(١)، وكذلك جاء في «قوانين الأحكام الشرعية» - وهو فقه مالكي -: «لا يؤكل ما ذبح من القفا، ولا في صفحة العنق، إذا وصل من ذلك إلى قطع ما يجب في الذكاة»^(٢).

وعلى هذا، فالمالكية لا يجيزون الذبح من القفا، ولو تحققت فيه الذكاة الشرعية التي اشترطوا فيها «قطع الحلقوم والودجين» وأنه يكتفى بذلك في الحل كحد أدنى، غير أن «الكيفية» التي يتم فيها هذا القطع - أي: من القفا - لا يُقَرُّونها، ولعلمهم سدوا بذلك ذريعة موت الحيوان بها، قبل قطع أوداجه، ولو أن «المالكية» شاهدوا اليوم الآلات الحديثة في القطع، وسرعته المذهلة، لما اتخذوا هذا الموقف!

هذا، ويتجه على المالكية أن المقصود هو «إنهار الدم» بقطع العروق، وقد تم ذلك على الوجه المشروع، فلم يبق لهم من وجه لمخالفة رأي أو اجتهاد جمهور الفقهاء الذين سدوا الذريعة بالشرط، حيث قالوا: إنه يشترط أن تقطع العروق، وفي الحيوان حياة مستقرة، حتى يكون رفع حياته بالذبح، لا بالموت، أو الخنق، فلم يبق لدى المالكية من دليل يوهنون به أدلة الجمهور، فكان رأي الجمهور هو الراجح في رأينا.

وعلى هذا، فالطريقة الأوربية إذا ثبت أنها تقطع رقبة الحيوان مرة واحدة، وبسرعة فائقة، كلمح البصر، فإن قتل الحيوان ينسب إلى «الذبح» قطعاً، لا إلى الخنق أو الموت، فيحل الأكل منه حيثنذ بلا ريب.

طريقة الصعق الكهربائي:

ليس من شك أن «الصعق الكهربائي» لا يدمي الحيوان، ولا يُسِيل دمه، وإنما يحدث «صدمة» قد تُحدث بدورها شللاً في الحيوان قبل موته، وهنا، إذا كان الحيوان

(١) «تفسير القرطبي»: (٥٤/٦).

(٢) «القوانين الفقهية» لابن جزي المالكي ص ١٩٤، وراجع في مذهب الحنابلة: «شرح المقنع» لابن قدامة الحنبلي: (٥٣٨/٣)، و«المغني»: (١٧١/٨).

«نفوراً ممتنعاً، فأصبح بعد الصدمة الكهربائية» هذه مقدوراً عليه، فلا يحل حينئذ إلا بالذبح اتفاقاً، وفي محله، وبشروطه التي قدمنا؛ لأنه بالصعق الكهربائي قد ارتفع امتناعه ونفوره، فلا يحل إلا بالذكاة الشرعية التي هي الأصل في الحل.

أما إذا «مات» بالصعق الكهربائي نفسه، فلا يحل، من قبَل أن «الدم» الخبيث المحرّم، لم يتم فصله عن اللحم، بالصعق، فلا بد من «إنهار الدم ليحل؛ إذ الدم نجس خبيث، محرم تناوله بالنص القاطع، فبقي في جسم الحيوان مختلطاً بلحمه، أو متجمداً، أثراً للصعق، والحديث الشريف صريح في تعليق حل التناول على إنهار الدم: «ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكل» ولا يتم ذلك إلا بأكلة حادة تقطع عروق الحيوان قطعاً حاداً عميقاً، يستنزف دمه.

الصعق الكهربائي نوع من التدويخ:

إن الصعق الكهربائي المميت طريقة لإماتة الحيوان بصورة سريعة، يهيب - في الوقت نفسه - عدداً كبيراً من الحيوان إثر قتله لتصنيع لحمه، من تعليبه، أو تثليجه، أو تجفيفه، وبكميات كبيرة جداً في المصانع الضخمة، ولكن هذه الطريقة لا يقرها الشرع إطلاقاً، لسبب بسيط، هو أن «شرط الحل» وهو «إنهار الدم» منتف في هذه الطريقة، بل إن «الدورة الدموية» التي تسارع في نزيف الدم حالة الذبح، تقف (هذه الدورة) عند أول صدمة بالصعق الكهربائي، فلا يتم إنهار الدم الذي هو شرط الحل، كما أشرنا.

هذا، والصعق نوع من «التدويخ» أيضاً، وقد كان قديماً بما يشبه «البلطة» تهوي على رأس الحيوان، فيفقد الوعي، ويضعف القوى إثر ذلك، وهذه «الطريقة البدائية» كانت تستخدم بالنسبة إلى الحيوان الكبير، كالثور مثلاً، والتدويخ - في الواقع - خطوة تمهيدية للاقتدار على ذبح الحيوان، وليس التدويخ نفسه هو ذبحه، أو ذكاته.

ومن آلات التدويخ التي تُفقد الحيوان الكبير وعيه، وتوهن قواه «المسدس» للتمكن من ذبح أعداد كبيرة جداً من مثل هذا الحيوان، وفي وقت قصير، استجابة لمطلب المصانع الضخمة، لتصنيع لحمه، من التعليب، أو التجفيف، أو التبريد.

وعلى هذا، فالصعق الكهربائي كعملية تدويخ شديد وإماتة، لا يُحل الحيوان شرعاً من حيث إنها طريقة لتحصيل لحمه، وأكله، أي: ليقوم مقام «التذكية الشرعية»، لما قدمنا.

وأما مجرد التدويخ بالآلة الحادة، أو المسدس، أو الصعق الكهربائي بدرجة خفيفة لا تُميت، كخطوة أولى لذبح الحيوان، وإنهار دمه، فهذا جائز، ولا بأس به؛ لأنها طريقة لإضعاف قوى الحيوان، وإنهاكها، لا لقتله، شريطة ألا تحدث فيه شللاً أو تغيراً في طعم لحمه، أو ريحه، أو لونه.

حكم طريقة إماتة الحيوان، والحصول على لحمه للطعام، بغاز ثاني أكسيد الكربون:

أما طريقة إفقاد الحيوان وعيه، بغاز ثاني أكسيد الكربون، مما هو متبع في بعض البلاد الأجنبية - على ما سيأتي تفصيله - فقد ثبت أنها طريقة تأتي على الحيوان، فتميته خنقاً في الغالب، وإذا غلب جانب التحريم في طريقة ما، لم يحل الحيوان بالطريقة التي تفضي إلى ذلك، فهو الخنق بمادة «كيميائية» والمنخقة محرمة بصريح النص، أيًا كانت الوسيلة، ومعلوم أن «الانخاق» أو «الخنق» هو «حقن الدم في العروق» لا إنهاره، وهو سِرُّ تحريم الميتة، والموقوذة، والمتردية، وما إليها.

فثبت - بما لا يدع مجالاً للشك - أن الذبح أو النحر هو أمثل، وأكفأ طريقة، لفصل الدم عن اللحم، ولا يتم ذلك إلا بالآلة الحادة التي تقطع العروق التي يتفجر منها الدم، ولذا لا يجيز الإمامية إلا بالآلة من الحديد، إذا كان ثمة آلات معها من غير الحديد، وأن الدورة الدموية تنشط عند أول عملية الذبح، ويتجه الدم بدورته النشيطة هذه، لينفجر ويشخب من العروق التي قطعت بالذبح أو النحر، قطعاً حاداً عميقاً وفورياً، وهو ما اشترطه الفقهاء، وإن كان اختلافهم منحصراً في الحد الأدنى من الذبح، كما أشرنا.

هل تجب التسمية، شرطاً في حل ذبيحة الكتابي، ولا سيما إذا كان أجنبياً، يصدرها إلى بلادنا؟

لم تتفق كلمة الفقهاء في هذه المسألة.

فالمالكية يرون أن «الكتابي» إذا سمي على ذبيحته اسم غير الله، تبركاً، لا تأليهاً، لم تكن ذبيحته محرمة، بل مكروهة^(١).

وذهب عطاء، ومكحول، والزهري، وربيعه، والشعبي، إلى أنه يجوز لنا أكل ذبيحة الكتابي، ولو ذكر اسم غير الله تعالى عليها!

ودليل هذا الرأي هو «إطلاق النص» في قوله تعالى: ﴿وَطَعَامَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٥] والمطلق يُجرى على إطلاقه.

غير أن هذا وذاك، مردود بقوله تعالى: ﴿وَمَا أَهْلٌ لِنَعْرِ اللَّهَ بِهِ﴾ [المائدة: ٣] فأية الحل مقيدة بهذه الأخيرة كما ذكرنا، ويقدم هذا تأكيداً لوحدة منطق التشريع، عقيدة، وعبادة، ومعاملة.

وعلى هذا، فالشرط «ألا يذكر اسم غير الله تعالى» وهذا معنى يتصل بعقيدة التوحيد الخالص، أو هو مشتق منها، ومحكوم بها، وبذلك يتسق التشريع الإلهي، عقيدة، وعبادة، ومعاملة، يسلكه نظام عقائدي واحد، كما أشرنا.

أما «عدم ذكر اسم الله تعالى» على الذبيحة، فهو موقف عقائدي «سلبى» ولكنه يختلف عن الموقف العقائدي «الإيجابي» بالبداهة؛ لأن مؤدى هذا الأخير «ذكر اسم غير الله تعالى» مما يوحي بالوثنية، أو الإشراك، وقد فصلنا القول فيه، مع استعراض الأدلة، فلا نعيده هنا.

مدى اتساق الذبح على الطريقة الإسلامية مع علم وظائف الأعضاء (فسيولوجيا):

مما لا ريب فيه - بالنظر إلى «علم وظائف الأعضاء» - أن «عملية الذبح» بقطع الأوداج (العروق) أو أكثرها، تُحدث «صدمة نزيفية دموية»، من خلالها يتدفق الدم في الجسم إلى «دورة دموية» يتدفق عن طريق تلك العروق المقطوعة بالذبح، من الودجين، والحلقوم، والمرء إلى خارج الجسم، في غير إيلام، وهي الطريقة

(١) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (١٠١/٢).

الطبيعية المثلى التي يمكن أن يحصل الإنسان من خلالها على اللحم المستخلص من الدم، واللحم إذا خلص من الدم الخبيث المفعم «بالميكروب» والجراثيم الضارة الفتاكة، صار «طيباً» لذيد المذاق والطعم، شهياً، شريطة أن يخلص تماماً من خبث الدم، منذ أول القطع (الذبح) حتى ينزف الدم كله، من خلال العروق المقطوعة، ويتوقف قلب الذبيح، ويموت أثراً للذبح، واستنزاف الدم.

افتراق طريقة الذبح الإسلامية، عن طريقة تدويخ الحيوان:

إذا كان من المؤكد أن طريقة الذبح الحيوانية على الطريقة الإسلامية التي بيّنا، هي الكفيلة باستنزاف دم الحيوان، واستصفائه، لمكان الخبث فيه، وهي «الأكثر كفاءة» من حيث تخليص لحم الحيوان مما يخالطه من الدم المحرم، إلا ما عسر تخليصه منه عادة، فيتسامح فيه، رفعاً للحرص عن الناس، أقول: إذا كان الأمر كذلك، فإن موت الحيوان بالذبح يغدو أمراً غير مشكوك فيه؛ إذ لا يمكن أن يضاف موته إلى غير الذبح في هذه الحال، وعلى خلاف ذلك «التدويخ».

وبيان ذلك: أن «التدويخ» عملية قد درجت عليها الدول الغربية بوجه خاص، كما ذكرنا، وأغلب الظن أنها مأخوذة عن «الرومان الوثنيين» وليست طريقة مسيحية؛ لأننا لم نجد في «الإنجيل» ولا فيما قبله نصاً ينهض بهذه الطريقة، بل وجدنا أن «الدم» محرم أكله عند الموسويين.

على أن كثيراً من العادات والتقاليد التي تجري في دول الغرب خاصة، حتى أيامنا هذه، هي «رومانية الأصول» وليست «مسيحية المنبت». ومكان الشك في «كفاءة» طريقة «التدويخ بالصعق» أو «بالمسدس» أو «البلطة» - والطريقتان للتدويخ، غير أن الأولى حديثة والثانية قديمة - أقول: مكان الشك في طريقة «التدويخ» أن إضافة الموت إليه غير متيقنة، بل إن إدماء الحيوان «بالتدويخ» ليس أمراً مكفولاً؛ إذ من المحتمل جداً أن يكون «موت الحيوان» لا بالإدماء، والاستنزاف، بل بالسكتة القلبية» وحينئذ لا يتم «فصل الدم الخبيث عن اللحم الطيب الطاهر» وهو «الحكمة الإلهية» من شريعة الذبح، حتى إذا كان هذا محتملاً - بل ومحتملاً جداً - انتفى أن

يكون ثمة تيقن بالحلّ من خلال هذه الطريقة «التدويخ» فكانت «طريقة الذبح الإسلامية» أظهر، وأنقى، وأكثر في الإدماء أو الاستنزاف، وأقل إيلاًماً للحيوان الذبيح، فضلاً عما أثبتته علم وظائف الأعضاء (الفسيولوجيا)، من كفاءتها، وملاءمتها، كما قدمنا.

أضف إلى ذلك أن «التدويخ» يطول أمد النزيف فيه، بخلاف «الذبح»؛ فالنزيف يحصل بغزارة عند قطع أول عرق من عروق الحيوان المنصوص عليها في السنة الصحيحة الثابتة، كما هو مشاهد.

هذا، وليس من المستبعد - كما يقول علماء وظائف الأعضاء - أن يحدث عقب «التدويخ» مباشرة «صدمة عصبية» لا «صدمة دموية نزيفية»، فيرتكس الدم في الجسم، ويتوقف، ويفقد بذلك «دورته الدموية» التي عن طريقها ينزف من خلال العروق، فيما لو تم قطعها عن طريق الذبح الإسلامي، ومعلوم أن فقدان الدم دورته هو توقف منه، وجمود في العروق، واحتقان، وهو على العكس تماماً من «طريقة الذبح الإسلامية» التي تجتذبه إلى «الدورة الدموية» - كما أسلفنا - فيتمكن الدم حينئذ من التدفق والنزيف (الإدماء) من خلال العروق المقطوعة، أو المذبوحة، وهذا أمر على غاية من الأهمية التي تتصل بالحكمة الغائية من أصل مشروعية الذبح في الإسلام.

وعلى هذا، فينبغي التمييز دوماً بين «الصدمة العصبية» نتيجة للتدويخ، ولا سيما غير المتحكم فيه، وبين «الصدمة النزيفية» أثراً للذبح على الطريقة الإسلامية، نظراً إلى أيهما الأنجع والأكثر في تخليص اللحم الطيب من الدم الخبيث من جهة، والأقل إيلاًماً للحيوان الذبيح، من جهة أخرى، والأعمق اعتقاداً بالله تعالى، ووحدانيته، من جهة ثالثة.

عَوْدٌ إلى تحرير حكم استعمال غاز ثاني أكسيد الكربون، في عملية التدويخ:

أشرنا آنفاً إلى أن «التدويخ» مفقد للوعي الحقيقي للحيوان، على النحو الذي نراه بالبلطة، أو المسدس ونحوهما، غير أن استعمال المسدس ونحوه في «التدويخ» كآلة

مستحدثة، ولقتل أكبر عدد ممكن من الحيوانات في أقصر وقت، إنما يتم ذلك من أجل إمداد المصانع الضخمة لتعليب لحم الحيوان، أو تجفيفه، أو تثليجه، غير أن بعض هذه المصانع، وفي كثير من بلاد الغرب، قد أخذت تستخدم «غاز ثاني أكسيد الكربون» للتدويخ كما بينا، وهو أسلوب مستحدث قد ابتكرته «الكيميائيات الحديثة»، بدلاً عن «المسدس» أو «البلطة» التي هي أداة بدائية قديمة، أو «المطرقة» الضخمة، على ما فيها من إحداث الألم الشديد، وإفقاد الوعي الحقيقي للحيوان، وكلها أدوات متحدة «الغرض» ولكنها مختلفة من حيث التطوير التقني.

هذا، ومن الملاحظ - على ما يراه الخبراء والكيميائيون - أن استعمال «غاز ثاني أكسيد الكربون» في «التدويخ» من شأنه أن يؤدي إلى «الاختناق» غالباً، وهو «اختناق كيميائي» حديث، فقد ظنَّ أنه يُحدث «تدويخاً» يفقد الوعي، ولكنه «خنق» على كل حال، والله تعالى قد حرم «المنخقة» من تلقاء نفسها، أو بفعل «الغازات الكيميائية» أو بأي سبب آخر يؤدي إلى «الخنق» أو «الاختناق» لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْفَنَزِيرِ وَمَا أَهْلَ لَعْنِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَفَةُ وَالْمَوْفُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ...﴾ الآية [المائدة: ٣] فانقلب «التدويخ» انخناقاً كيميائياً، فكان ذلك سبباً في «تحرим الحيوان» بصريح النص؛ لأن «الموت» في هذه الحال لم يكن باستنزاف الدم وإنهاره، بل كان بانحباسه في جسم الحيوان، أو احتقانه، وهو - كما ترى - على النقيض من مقصد الشارع، وكل ما ناقض الشارع في شرعه فهو باطل، للمناقضة، فهذا الأسلوب الحديث في «التدويخ» من شأنه أن يجعل الموت مضافاً إلى الانخناق، وليس إلى استنزاف الدم، وهو سبب التحريم بالنص الصريح.

على أن «الخنق» بأي سبب كان، من وجهة النظر الإنسانية أسلوب مقيت، فكيف إذا أضيف مقتته إلى الشرع؟

الفرق بين إفقاد الوعي الحقيقي، وبين إفقاد الشعور بالألم، وأيهما يجيء أثراً للطريقة الإسلامية في الذبح؟

ذكرنا آنفاً أن «إفقاد الوعي» الحقيقي يتم بالتدويخ، أيًا كانت الآلة المستخدمة له، بدائية كانت أم حديثة، فالمؤدى واحد، وإن كان الخلاف فيما بينها في السرعة. فالآلة الحديثة أسرع تدويخاً، وتنتظم أكبر عدد من الحيوانات، وأسرع استجابة لحاجات ومطالب المصانع الكبيرة، بخلاف البدائية القديمة، كالشاكوش، والبلطة، وما إليها.

غير أن «الطريقة الإسلامية» في الذبح، لا تُفقد الوعي، بل تُفقد الشعور بالألم، وفرق بينهما؛ إذ «فقدان الوعي» قد يُعقب «السكته القلبية» - كما ذكرنا - فيبقى الدم الخبيث ساكناً، أو محتقناً في شرايينه، وحينئذ لا تتحقق «الحكمة الغائية» من مشروعية الذبح، وهي استخلاص «اللحم الطيب» من الدم «الخبيث» فكانت لذلك طريقة غير صحيحة أولاً، فضلاً عما تورث من ألم شديد للحيوان، وكفاها إيلاماً أنها تُسكت القلب فجأة، وتمنع الدم من دورته الدموية، فلا ينهر الدم من مخارج الشرايين المقطوعة بالذبح، متدفقاً، وهذا «التدفق» أو «إنهار الدم» هو علة حكم الحل شرعاً، بصريح قوله ﷺ: «ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكل»^(١) بخلاف الطريقة الإسلامية، فإنها تُنهر الدم أولاً، وذلك بما تُحدثه من «الصدمة الدموية النزيفية» التي تجتذب الدم لأن يدور دورته الدموية، ليخرج من الأوردة أو الأوداج المقطوعة بتدفق غزير، وهو المقصود «بإنهار الدم» الذي هو علة حكم الحل في الإسلام، وأيضاً لا يُعقب ألماً شديداً للحيوان، فهي إذن طريقة صحية، فضلاً عن كونها إنسانية.

(١) أخرجه البخاري: ٢٤٨٨، ومسلم: ٥٠٩٢، وأحمد: ١٥٨٠٦، من حديث رافع بن خديج. وانظر «نيل الأوطار»: (١٤٧/٨ - ١٤٨).

الطريقة الإنجليزية في الذبح، وهي أبرع طريقة في نظر الأوروبيين، ما قوامها؟ وما حكمها في الشريعة الإسلامية؟

لا يحصل نزيف الدم بهذه الطريقة الإنجليزية البارعة، ومن ثم فلا تحل الذبيحة شرعاً؛ لأن «الحل» يتعلق بإنهار الدم، على ما روينا، وبيان ذلك:

أن الطريقة الإنجليزية التي زُعم أنها بارعة في الذبح - في نظر الأوروبيين كافة - هي خرق جدار الصدر بين الضلعين: الرابع والخامس، ومن خلال هذا «الخرق» يُنفخ بمنفاخ أو «كبير» فيختنق الحيوان، نتيجة لضغط هواء المنفاخ على الرئتين، وهذا «الاختناق» يحول دون «نزيف الدم» وإنهاره، فلا ينفصل عن لحم الحيوان.

وأرى، أن لا حاجة إلى بيان حكم الشرع في هذه الطريقة التي لا ينفصل فيها الدم الخبيث عن لحم الحيوان بفعل «الاختناق»، فكانت لذلك غير شرعية، فضلاً عن أنها غير صحية، وهو أساس التحريم، ولأن موت الحيوان في مثل هذه الطريقة مضاف إلى «الاختناق» لا إلى «الذبح والتذكية» أو انفصال الدم أو إنهاره، والاختناق صورة من صور الميتة المنصوص عليها في الآية الكريمة التي تلونا آنفاً.

تلك هي الطريقة البارعة في نظر الأوروبيين! ومآلها «الاختناق» المعروف حكمه في التشريع الإسلامي، بكافة مذاهبه.

الصعقة الكهربائية المدوخة تسرع في بداية تعفن اللحم، على النحو الذي نراه أسلوباً لإماتة الحيوان في بلاد «الدانمارك».

من الواقع الثابت في بعض البلاد الأوروبية (الدانمارك) أن سكانها قد رفعوا شكواهم إلى الدولة، لتتوقف عن اتخاذ أسلوب «التدويخ الكهربائي» لما يقضي إليه من «تعفن اللحم» و«تغير طعمه» أثراً «للصعقة الكهربائية»، وهذه الشكوى تنطوي على تأييد لطريقة «الذبح الإسلامية» التي تمتاز بكفاءتها، ونجاعتها، لسرعة فصلها للدم، عن طريق قطع «الأوداج» دون إيلاص للحيوان يُذكر، ودون «تفاعلات» في الدم واللحم، نتيجة «للصعق الكهربائي» وبقاء الدم المتفاعل في جسم الذبيح، مما يغير لونه،

وطعمه، وريحه، فكانت غير صحية، وقد يؤدي الصعق الكهربائي إلى «الشلل» قبل فقد الوعي الحقيقي، إذا كان خفيفاً^(١).

وحتى لو كان ثمة «نزيف» أثراً لاختلاجات الصدمة، فإنه من المستحيل التفريق بين هذا النزيف الناتج عن «الصدمة الكهربائية» وبين النزيف المتسبب عن المرض، فكان نزيفاً أشبه بكونه مرضياً، منه أن يكون نزيفاً طبيعياً ناشئاً عن الذبح.

وإذا ثبت أن كافة صور «التدويخ» تنتج «صدمة عصبية» تمنع «الدم» من أن يدور دورته الدموية الطبيعية على النحو الذي نراه في «الذبح»، كما تمنعه بالتالي أن يشخب من خلال العروق المقطوعة بالذبح، كانت «طريقة الذبح» الإسلامية هي المثلى، والأكثر نجاعة في إحداث «صدمة دموية نزيفية» وذلك باستخدام «سكين» حادة ونحوها - كبيرة أو صغيرة، آلية أو يدوية - عميقة القطع، سريعته، استخلاصاً للدم من اللحم، ودون إيلاج، فضلاً عن أن «الدم» - في هذه الحال - لا يتفاعل كيميائياً مع أي عامل آخر خارجي، مما يغير طعمه، أو لونه، أو ريحه، وهذا هو المدلول عليه بقوله تعالى: ﴿يَسْتَلُونَكَ مَاذَا أُجِلَّ لَهُمْ قُلْ أَجِلٌ لَكُمْ أَنْ تَطِيبُوا﴾ [المائدة: ٤].

هذا، ومما يؤكد أن طريقة «الصعق الكهربائي» لا تحلّ الحيوان المصعوق شرعاً - لعدم تذكيتته وإنهار دمه - قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] والمراد «إلا ما ذبحتم»^(٢) أو أدركتم ذكاته، ومعلوم أن الصعق الكهربائي لا يؤدي وظيفة الذبح الشرعي، ولا ينتهي إلى آثاره، ومن هنا أمكن الحكم على مدى صحة ما ذهب إليه الشيخ محمد رشيد رضا - رحمه الله - من أن المقصود هو «إزهاق روح الحيوان»^(٣) دون تعذيبه.

والحق أن مجرد «إزهاق الروح» مما لا يفيد معنى «التذكية» الكاملة التي تفيد معنى «التطيب» بالذبح لغة، وهو لا يتأتى إلا بفصل الدم النجس الخبيث المحرم عن

(١) المرجع السابق.

(٢) «تفسير القرطبي»: (٦/٦).

(٣) «حكم اللحوم المستوردة» للدكتور محمد عبد القادر أبو فارس ص ٤٨ وما يليها.

اللحم الطيب الطاهر، والصعق لا ينتهي بالحيوان المصعوق إلى ذلك، بداهة، فلم تتحقق بالتالي علة حكم الحل شرعاً.

وأيضاً، إن الميتة، والمنخقة والمخنوقة، والمتردية، والنطيحة، وما أكل السبع، وما إليها، كلها صور للميتة التي أزهقت روحها، وقد يكون من صور هذا «الإزهاق» ما لا تعذيب فيه، ومع ذلك «حرمت» فلم تطرد علة «الإزهاق» هذه، أي: لم يثبت الحكم طرداً، حيث تحققت علته، فانتقضت، وانخرمت في بعض الصور، وهو دليل عدم «العلة» إذ من شرط «العلة» - أصولياً - أن تكون ثابتة، ومنطقية، طرداً وعكساً، وهنا ليست كذلك، فلم يكن مجرد إزهاق روح الحيوان هو العلة، كما يقول الشيخ محمد رشيد رضا.

وأيضاً: «لا اجتهاد في مورد النص»، ألا ترى أن «العلة» هي «التذكية» وهي منصوص عليها؟ ولأن تعليق الحكم - وهو الحل - بالمشتق «ذكيتم» يؤذن بعلة ما منه الاشتقاق (أي: بعلة المصدر، وهو التذكية) والتذكية بالإجماع هي الذبح في الموضع المخصوص، وعلى صفة مخصوصة، ويقطع عدد من العروق مخصوص، وهذا بالاتفاق، ل يتم إنهار دم الحيوان، وليس شيء من هذه المعاني متحققاً في «الصعق الكهربائي» إلا إزهاق الروح بالصعق لا بالذبح، ومعلوم أن الشارع قد رسم طريقة الذبح الشرعي في الكتاب والسنة - على ما بينا - وليس الصعق الكهربائي منها، لا لفظاً، ولا معنى، ولا دلالة، ولا واقعاً، ولا أثراً، فلم يكن بالتالي سبباً موصلاً إلى حل الحيوان المصعوق شرعاً.

أضف إلى ذلك أن «حكمة التشريع» لا تتحقق فيه، بل تحققت فيه علة «التحريم» لعدم إنهار دمه الخبيث المحرم، وهذا بين.

وعلى هذا، فإن المطلوب شرعاً ليس هو مجرد إزهاق الروح، وإلا فلم حرمت المنخقة، والمتردية، والنطيحة، وما أكل السبع، وكلها صور للميتة التي أزهقت روحها، ولكن المطلوب شرعاً على التحقيق ما نص عليه القرآن الكريم من قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] أي: أدركتم ذبحه قبل زهوق الروح، أو نفوذ

المقاتل، أو أحدها، أي: بالتذكية الكاملة، ولا يتم ذلك بالصعق الكهربائي الذي تزهق به الروح بدهاة.

على أن المحققين المعنيين بتفسير «مفردات القرآن» وتحديد معانيها على وجه التحرير والدقة، قد أكدوا أن المراد من قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ أي: ما يفيد إزهاق الروح بإنهار الدم، لا الإزهاق وحده، يقول الراغب الأصفهاني في هذا المعنى ما نصه: «حقيقة التذكية إخراج الحرارة الغريزية، لكن خص في الشرع بإبطال الحياة على وجه دون وجه، أي: وهو قطع الحلقوم، والمريء، بنهر للدم، من سكين، وسيف، وزجاج، وحجر، وقصب»^(١) فتقرر أن المطلوب شرعاً هو إزهاق الروح بإنهار الدم، من خلال فري الأوداج^(٢) المعروفة، وهي التذكية الكاملة، ومعلوم أن ذلك لا يتم بالصعق الكهربائي بدهاة، ومن ثم فلا يحل الحيوان الذي أزهقت روحه من خلال الصعق، لبقاء الدم النجس في جسمه، فضلاً عن تغير طعم لحمه، وريحه، ولونه، كما أسلفنا.

وأما عدم تعذيب الحيوان، فقد وجه الشارع - لتحقيق هذا الغرض - إلى أمرين: أولهما: إحداد الشفرة، وهي السكين العظيمة ونحوها، ليتم القطع الحاد العميق. الثاني: الفورية والإسراع في الذبح، تلافياً لتعذيب الحيوان، وهو ما اشترطه جمهور المالكية، وليس هذا من قبيل الاستحباب والندب؛ لأن الرحمة بالحيوان والرفق به واجب شرعاً^(٣)؛ لأنه من آداب الذبح في الإسلام^(٤) التي تعبر عن نزعته الإنسانية.

(١) «مفردات القرآن» للراغب الأصفهاني: الفعل «ذكى».

(٢) «البدائع» للكاساني: (٤١/٥ وما يليها)، و«حاشية ابن عابدين»: (٣٩٧/٦).

(٣) «حكم اللحوم المستوردة» للدكتور محمد عبد القادر أبو فارس ص ٤٨.

(٤) «المجموع شرح المذهب»: (٧٨/٩)، و«مغني المحتاج»: (٢٦٧/٣)، و«بداية المجتهد»: (٤٦٠/١).

طرق «التخدير» لا «التدويخ» وقبل الإدماء وإنهار الدم، جائزة، للسيطرة على الحيوان الكبير الحجم، غير المقدور عليه، لرفع تمرده، وإعناته، وامتناعه.

قدمنا أن «التدويخ» - خفيفاً كان أو قوياً - من شأنه أن يغير من طعم اللحم، ولونه، وريحه، إذا كان «تدويخاً» بالصعق الكهربائي، على ما هو متبع في بعض البلاد الأوروبية الغربية، والشرقية، نتيجة لتفاعلات الدم واللحم، مع الصعق الكهربائي، وثمره لإحداثه «صدمة عصبية» لا «صدمة نزيفية دموية».

وقدمنا أيضاً أن التدويخ بغير «الصعق الكهربائي» كالبلطة ونحوها، أو «المسدس» الذي يطلق منه النار على رأس الحيوان، من شأنه أن يحدث ألماً شديداً للحيوان، إذ أثر «المسدس» كأثر «البلطة» ونحوها من حيث الألم الشديد، وهي طريقة «بدائية» مغرقة في القدم، فإن مما يرفع «امتناع الحيوان» لضخامته، أو يسهل القدرة عليه لذبحه في محل الذبح المخصوص، وعلى شروط الذكاة الشرعية، كل أولئك يمكن أن يتم عن طريق أخرى، وهي «التخدير» وقد تقدم العلم في ذلك تقدماً كبيراً، والإسلام لا يحول دون استخدام الوسائل العلمية الحديثة المتقدمة، ما دام ثمة محافظة على طريقته التي شرعها، ومقاصده في الذبح التي رسمها.

هذا، وقد ثبت علمياً أن «التخدير» غير «التدويخ» من حيث «الوسائل العلمية» ومن حيث «الأثر» في الذبيح، «فالتخدير» - كما قلنا - مجرد «إفقاد الشعور بالألم» بخلاف «التدويخ» فهو «إفقاد الشعور بالوعي الحقيقي الكامل» فضلاً عن أن «التدويخ» قد يصحبه شلل في بعض صورته، لما يحدث من «صدمة عصبية» لا نزيفية، ولا دموية، ويغير من طعم اللحم ولونه وريحه إذا كان صعقاً بالكهرباء - كما أسلفنا - وقد يوقف القلب فجأة فيموت الحيوان بالسكتة القلبية، لا بإنهار الدم.

هذا، وقد يحول دون نزيف الدم نزيفاً ناتجاً عن الدورة الدموية الطبيعية في الحيوان، وفي هذا هدم لمقصد الشرع في الذبح.

لذا، كان «التخدير» بطريقه العلمية المختلفة، جائزةً شرعاً، ما دام ليس له من «المعقبات» على النحو الذي رأينا في التدويخ.

غير أن تكاليف «التخدير» باهظة جداً، وهو وإن استعمل في «العمليات الجراحية للإنسان» لإفقاده الشعور بالألم، غير أنه لم يستعمل في الحيوان، لاستخلاص لحمه، للطعام، لما ذكرنا من تكاليفه الباهظة^(١).

هذا، وليس في الشرع ما يمنع من استخدام «التخدير» المؤقت لمجرد رفع امتناع الحيوان، وتمرده، أو استعصائه على الذبح، دونما إيلاء له، أو استخدام لوسائل وحشية بدائية أخرى.

خصائص الطريقة الإسلامية في الذبح:

يستخلص مما سبق أن «الطريقة الإسلامية» للذبح، تمتاز بما يلي:

- ١ - أنها تعترف بشرعية «الذبح» من الأمام، أو من الخلف، عند الجمهور، شريطة أن يكون بسرعة فائقة، تضمن أن يكون موت الحيوان منسوباً إلى «الذبح» لا إلى نفوذ مقتل من مقاتله، حتى لا يكون حينئذ ميتة، فلا يحل.
- ٢ - أنها تقيم وزناً «للوسائل العلمية الحديثة المتقدمة» التي تُفقد الشعور بالألم «كالتخدير» وهذه نزعة إنسانية، ولا تعترف بالطرق العلمية التي تفقد الوعي الحقيقي للحيوان، وقد يصيبه «شلل» قبل الموت، بما يحدث من «صدمة عصبية» لا نزيفية، ويُبقي على الشعور بالألم الشديد، كما أسلفنا.
- ٣ - أنها تتلافى سائر الطرق التي تتسم بالبدائية، والوحشية، منعاً من تعذيب الحيوان، وإشقاؤه قبل ذبحه، لقوله ﷺ: «إذا قتلتم فأحسنوا القِتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذُّبحة، وليحد أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته»^(٢).
- ٤ - أنها طريقة تتلاءم مع «علم وظائف الأعضاء» (الفسولوجيا) الذي يقوم على «فطرة الخلقة الحيوانية» لأنها تجتذب الدم من سائر الأنسجة، وتدفعه إلى أن يدور دورته الدموية، ليجد له منفذاً من خلال العروق المقطوعة بالذبح

(١) «الطريقة الإسلامية في ذبح الحيوانات للطعام» للدكتور غلام مصطفى خان، مترجم.

(٢) أخرجه مسلم: ٥٠٥٥، وأحمد: ١٧١١٣، من حديث شداد بن أوس. وانظر «نيل الأوطار»: (٨/١٤٧).

الشرعي، يتدفق من خلالها، فيتم بذلك «استنزاف» الدم، أو تخليص اللحم منه من خلال العروق المذبوحة، دون تفاعل كيميائي مع أي عامل خارجي، فيغدو - كما قال العلي الخبير - من «الطيبات» ولهذا كانت هذه الطريقة التي سماها القرآن الكريم «التذكية» في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ وكان هذا «التطابق» الفريد بين «المعنى القرآني» و«الطريق الشرعي» للذبح، المتفق بدوه مع «طبيعة وظائف الأعضاء» في الحيوان الذبيح التي تنتج «لحماً» سماه القرآن ويحق من «الطيبات».

٥ - تحاشت الطريقة الإسلامية أسباب المرض، والخبائث، ومنها «الدم» الذي هو مرتع «الجراثيم الفتاكة» ولهذا لم تُبَح أي طريقة لا يتم من خلالها فصل الدم الخبيث عن اللحم الطيب، وإلا كان حراماً، لمكان الخبث فيه، إلا ما بقي في العروق قسراً، وعُسِر على الإنسان استخلاصه، رفعاً للحرج.

٦ - اتسمت بالإنسانية، وإلا فما معنى قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾؟ فلا نرجع الفهقرى إلى عهد الجاهلية الأولى، فنأكل الميتة، وأكيلة السبع، والمنخنقة، والمرتدية، والنطيحة، وسائر صور الميتة، وإن تعددت أسبابها وصورها، هذا فضلاً عن أن الطريقة نفسها هي المثلى، لعدم تعذيبها الحيوان، من جهة، وعدم حقن الدم في العروق، حبساً له، أو إحداثاً للصدمات العصبية التي لا تساعد على إنهار الدم، وتخليص جسم الحيوان منه.

٧ - أن ذبيحة الكتابي حلال أكلها، ما لم يُبَح لنفسه ما هو محرم علينا في شريعتنا؛ لأن اختلاف «المالك» أو «الذابح» لا يؤثر في حِلِّيَّة المحرم علينا، لمعنى في نفس الذبيح، أو لما يمس «أصالة عقيدة التوحيد» بأن يذكر على الذبيح «اسم غير الله تعالى» من الأوثان، أو الآلهة، وقد علمنا ذلك.

٨ - أن منطوق الآية الكريمة: ﴿وَلَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ﴾ [المائدة: ٥] قد جاء مطلقاً من حيث الزمان، والمكان، ولكن الآية الكريمة ليست مطلقة من حيث «طريقة الذبح» بل هي مقيدة بتعاليم الكتاب والسنة،

ذلك، لأن طعام الذين أوتوا الكتاب المقصود منه «ذبائحهم» بالإجماع، وتلك «الذبائح» جاء النص القرآني بإباحة تناولها، بقوله تعالى: ﴿حِلٌّ لَكُمْ﴾ وهو أصح تعبير في القرآن الكريم عن معنى «الإباحة» ولكن هذا «الحل» ليس مطلقاً، بل هو مشروط أن يكون «الذبيح» من الحيوان المأكول الحلال شرعاً في ذاته أولاً، وأن يكون ذبحه على الطريقة الإسلامية ثانياً، من قطع «الحلقوم»، والمريء، والودجين» على اختلاف في المذاهب في عددها، وإن كان الفقه الإمامي قد ذهب إلى وجوب قطع الأربعة جميعاً^(١) وهو الأفضل في فقه سائر المذاهب - كما أسلفنا - ذهاباً منه إلى «كمال التذكية» فضلاً عن وجوب التسمية، بذكر اسم الله تعالى عليها^(٢).

على أنه إذا شك المسلم في أن «الكتابي» لم يسم على الذبيحة، ولم يذكر اسم الله عليها، فإن من اجتناب الشبهات ورعاً ألا يأكل منها، لقوله ﷺ: «ومن اتقى الشبهات، فقد استبرأ لدينه، وعرضه، ومن وقع في الشبهات، وقع في الحرام، كالراعي يرعى حول الحمى، يوشك أن يرتع فيه»^(٣) ولكن لا على سبيل التحريم الحتمي؛ لأن هذا سبيله العلم واليقين، لا الشك أو الوهم. وهذا من باب التنزيه، واتقاء الشبهات عند الشك، ورعاً.

هذا، ويمكن أن يستوحى من جملة أحكام «التذكية الشرعية أو الذبائح» أن قواعدنا وشروطها أمر يتعلق بالعبادة على الراجح، بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١] وقوله ﷺ: «ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكل»^(٤) إلى غير ذلك من الأحاديث التي تأمر بالتسمية، محوفاً لظاهرة

(١) «اللمعة دمشقية بشرح الروضة الندية» للشهيد العاملي: (٧/٢٢١)، و«تحرير الوسيلة» للإمام الخميني: (٢/١٢٩).

(٢) المرجع السابق.

(٣) أخرجه البخاري: ٥٢، ومسلم: ٤٠٩٤، وأحمد: ١٨٣٧٤، من حديث النعمان. وانظر «إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام» لابن دقيق العيد: (٤/١٨٣).

(٤) أخرجه البخاري: ٢٤٨٨، ومسلم: ٥٠٩٢، وأحمد: ١٥٨٠٦، من حديث رافع بن خديج.

الإشراك، ولما كان عليه الأمر في الجاهلية من الوثنية، حيث كان اسم الآلهة يذكر عليها، بل كان يتقرب بها إليها، لذبح هذه الذبائح على النُصْب، وهو ما نوه به القرآن الكريم: ﴿وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ﴾ أي: من أجلها.

غير أن الإسلا، قد ترك «أهل الذمة وما يدينون» إذ «لا إكراه في الدين» وسحب الحكم على الذبائح تعبداً، وقد مال إلى جانب «التسامح الديني والاجتماعي» مع أهل الكتاب، ترجيحاً منه لجانب استقرار التعامل والتعايش السلمي معهم في جميع أقطار الأرض، للاشتراك في أصل العقائد السماوية، أقول: رجح جانب الاستقرار، واستتباب الأمن في الدولة على جانب «مصلحة الدين» في هذه الجزئية، فقال عز شأنه: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلْلٌ لَكَ﴾ [المائدة: ٥]^(١) أي: «ذبائحهم» بالإجماع، فضلاً عن حل التزوج منهم، على الرغم من أن «التذكية» أو «الذباحة» وكذلك «ذكاة الضرورة» في الصيد وما في معناه، أمر يتعلق بالعقائد، حتى كان معنى «التعبد» فيه ظاهراً، بدليل اشتراط «التسمية» على الذبيحة في الذباحة، وعلى السهم، أو الآلة، أو الجارح المعلوم في الصيد، وما إليه، كما بينا.

على أننا قد أشرنا إلى أن ليس لشخص الذابح ودينه دخل في تحليل ما حرم الله، فلا يجوز بالتالي أن يبغى الكتابي لنفسه تحليل ما حرم الله علينا في شريعتنا، وإلا فإن ذبيحته لا تؤكل شرعاً، كما بينا، لمكان التحريم القاطع فيه، فلا يرفعه تغيير المالك.

وثمة ملحظ لا ينبغي أن نغضي الطرف عنه، ذلك: أن «من مناط حل طعام أهل الكتاب، وذبائحهم، هو «عقيدة التوحيد» السماوية التي جاءت بها الشرائع المنزلة، وقلنا: إن الإسلام قد تسامح مع أهل الكتاب، إذ قبل منهم هذه «العقيدة» ولو زعماً وادعاءً، فكان ذلك الجزء من «المناط» مَظَنَّةً لا مَثَبَةً، وحقيقة، وهو - لا ريب - معنى قائم في شخص الذابح، حتى إذا قام الدليل القوي على انتفاء هذا المناط من نفسه

(١) انظر «فتح الباري»: (٥٧/١٢)، وراجع: «تفسير الشيخ شلتوت» ص ٢٩٤ - ٢٩٥.

أصلاً، أو سلك طريقة مخالفة لأسلوب شريعتنا في الذبح، لم تعد ذبيحته مما أحل الله، لترجيح جانب معنى «التعبد» في الذبح، بالدليل القوي، فضلاً عن أن شخص الذابح من أهل الكتاب، ليس بذئ أثر على تحليل ما حرم الله علينا من الحيوان المحرم لذاته، أو لمعنى في نفسه، كالخنزير، أو المنخنة، أو الميتة، ولو كان من ذبائح أو طعام أهل الكتاب، لما ذكرنا من تقييد مطلق منطوق هذه الآية بتعاليم الكتاب الأخرى، منعاً من «التناقض» في الأحكام، والقرآن الكريم - بلا ريب - يقيد بعضه بعضاً؛ ويفسر بعضه بعضاً؛ لأن إرادة المشرع فيه واحدة.

وعلى ذلك، فينبغي أن يكون «طعام أهل الكتاب» من الحيوان مأكول اللحم ابتداءً، أي: مما أحل تناول لحمه على المسلمين، وفي هذه المعاني يقول أستاذنا الكبير المرحوم الشيخ محمود شلتوت - شيخ الجامع الأزهر سابقاً - قولاً يتضمن ردّاً على المبيحين لطعامهم بإطلاق، ما نصه: يقولون: «إن الله أباح طعام أهل الكتاب، للمؤمنين، وهو يعلم ما يقولون، ويفعلون، فيقابله أنه سبحانه أباحه للمؤمنين، وهو أيضاً يعلم ما حرمه عليهم، ويعلم أنهم يعلمونه، ويعلمون أن تحريمه لم يكن لأنه ملك لهم، بل لمعنى متصل به، ومتحقق فيه، ولا تأثير لصفة المالك عليه»^(١) وهذا واضح.

هل ذكر اسم غير الله تعالى يكتفى بشأنه عدم العلم به، أو يجب التأكد والتيقن من عدم ذكر اسم غير الله تعالى عند الذبح من قبل الكتابي؟

يقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكِّرْ أَسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١] هذه الآية الكريمة تضمنت في منطوقها شرطاً، مفاده: أنه يجب - لتحل ذبيحة الكتابي - ألا يذكر اسم غير الله تعالى على الذبيحة عند الذبح، فهل يكتفى بعدم العلم، أو ينبغي التيقن أو العلم من عدم ذكر اسم غير الله تعالى على الذبيحة، بالنسبة إلى الكتابي؟

(١) «تفسير القرآن الكريم» - للأستاذ الكبير الشيخ محمود شلتوت - شيخ الجامع الأزهر ص ٢٩٤ - ٢٩٥.

لا نجد الجمهور يشترطون «التيقن» أو «العلم» بل يكتفون بعدم العلم، بخلاف المالكية، حيث يشترطون التيقن والعلم بأن الكتابي لم يذكر اسم غير الله تعالى على الذبيحة عند الذبح، فقد جاء في «الشرح الصغير» ما نصه: «فالشرط في جواز أكل ذبيحته، ألا يغيب حال ذبحه عنا، بل لا بد من حضور مسلم عارف بالذكاة الشرعية، خوفاً من كونه قتلها، أو نخعها، أو سمي عليها غير الله»^(١).

ويتجه على المالكية، أنه لم يتفق معهم في اشتراط هذا الشرط أحد من الفقهاء، كما يرد عليهم أن النبي ﷺ لم يثبت أنه ورد عنه من سنة صحيحة ثابتة تفيد أن «العلم» بعدم وقوع ذكر اسم الله تعالى على ذبيحة الكتابي من قبله، عند الذبح، هو شرط في حلها، وإنما الذي ثبت أن النبي ﷺ قد أكل من «الشاة المصلية» التي أهدتها له يهودية من خيبر، وكانت قد وضعت فيها السم، ولم يتحرراً رسول الله ﷺ عن كونها قد ذكر اسم غير الله عليها، ولا أرسل من الصحابة من يتحرى عن ذلك، ولا من يشهد ذبحها، ولو كان ذلك واجباً لفعل، أو لأرسل من يفيد علماً بذلك؛ لأن النبي ﷺ لا يترك واجباً.

وأيضاً، من غير المعقول أن يكون قد فعل ذلك، ولم تنقله السنة الصحيحة الثابتة إلينا.

وأيضاً، من المتيقن أن ذبيحة الكتابي حلال بصريح النص: ﴿وَلَقَدْ عَلَّمْنَا الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلْلَ كُلِّ لَحْمٍ﴾ ولا ينقض هذا اليقين إلا بيقين مثله؛ إذ لا يقوى «الشك» على نقض اليقين، للقاعدة الفقهية التي مؤداها: «اليقين لا يزول بالشك» حتى إذا علمنا يقيناً أن الكتابي قد ذكر اسم غير الله تعالى على ذبيحته، فقد نقض حينئذ يقين حل ذبيحته، بيقين مثله، وهو أنه ذكر اسم غير الله تعالى عليها، إشراكاً، أو وثنية، فيصبح تناولها محرماً حينئذ بهذا اليقين.

وعلى هذا، فالأصل «يقين الحل» حتى يطرأ المغير الذي هو في قوة اليقين، ولعل «الحكمة الإلهية» في ذلك عدم تكليف المسلم بما يعسر الوقوف عليه، والتيقن منه،

(١) «الشرح الصغير»: (١٥٨/٢)، و«حاشية العدوي على الرسالة»: (٥١٨/٢ - ٥١٩).

رفعاً للحرج، وهو ما جاءت به النصوص، وعلى هذا الأصل يُحكم على اللحوم المستوردة من البلاد الأجنبية.

على أن التشريع الإسلامي، قد اتجه في تقريره لحكم حل ذبيحة الكتابي، أقول: اتجه إلى ما يذكيه، لا إلى ما يأكله، فقد قال ابن حزم في هذا المعنى ما نصه: «وقد اتفقنا على أن المراد بذلك ما ذكوه، لا ما أكلوه؛ لأنهم يأكلون الخنزير، والميتة، والدم، ولا يحل لنا شيء من ذلك، بإجماع منهم ومنا»^(١).

مذهب الإمامية في ذبيحة الكتابي:

الأقوى في مذهب الإمامية، أنه يشترط أن يكون الذابح «مسلماً» ولا تجوز ذبيحة غيره. وعلى هذا، فالكتابي لا تحل ذبيحته، وكذلك من لا دين له، من باب أولى، جاء في «تحرير الوسيلة» ما نصه: «يشترط في الذابح، أن يكون مسلماً، أو بحكمه، كالمتولد منه، فلا تحل ذبيحة الكافر مشركاً كان أم غيره، حتى الكتابي، على الأقوى»^(٢).

ويتجه على الفقه الإمامي، أن ظاهر الكتاب العزيز ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ﴾ صريح في الدلالة على الحل، وهي دلالة صريحة، لا سبيل إلى نقضها بالاجتهاد، فكان الأقوى، بل الصريح القاطع أنه الحل، حتى يثبت النقض من المشرع نفسه، ونعني به النسخ بالدليل، ولا دليل، فبقي أصل الحكم مؤبداً، بشروطه.

وأيضاً، قد جاءت الإباحة في النص القرآني الذي تلونا بلفظ «الحل»، وهو أصرح الأساليب التي اتخذها القرآن الكريم في الدلالة على هذا المعنى، دلالة قاطعة لا احتمال فيها، مما لا يسعفهم شيء من دليل نصي على ما ذهبوا إليه من حكم، ووصفه بالأقوى؛ إذ الفقه هو إيراد الحكم مستنداً إلى الدليل، فضلاً عن بيان وجه الدلالة.

(١) «المحلى» لابن حزم: (٨/٨١٦).

(٢) «تحرير الوسيلة»: (٢/١٣٠).

هذا، والإسلام - بما هو دين قائم على «عقيدة التوحيد الخالص» - يرى أن ذكر اسم غير الله تعالى على الذبيحة هو انتماء واضح إلى الشرك، أو الوثنية، أو الكفر، فاعتبر ذلك من «الجرائم الكبرى» ولذا حرم تناول شيء من الذبيحة التي ذكر عليها اسم غير الله، واعتبرها كالميتة حكماً، يؤكد هذا ما رواه مسلم في «صحيحه»^(١)، عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «لعن الله من ذبح لغير الله».

ولا ريب أن «اللعن» إنما يكون على أمر قبيح اجترح، فاستوجب هذا العقاب الذي يوحى بشدة القبح، لعظم الجريمة، ومن هنا تجد تبريراً تشريعياً واضحاً في القرآن الكريم لتكرار مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] وقوله تعالى: ﴿وَمَا أَهْلَ بِهِ لَعْنِ اللَّهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]^(٢) مما يؤكد حرص الشارع على أمرين:

أ - تخليص الحيوان المذبوح من الدم الخبيث، فصلاً له عن اللحم الطيب، وسماء «الذكاة» أو «التذكية».

ب - الحرص على «أصالة عقيدة التوحيد» بهدم كافة مظاهر الشرك والوثنية التي كان من شعائرها ذكر أسماء أربابها، وأصنامها، وهو معنى «الإهلال» والتقرب بالذبائح إليها، وإلى أحجارها، وأوثانها، وهذا أمر ديني قد جعله القرآن الكريم أصلاً لحل الذبائح، بقطع النظر عن طريقة الذبح، أو حل الحيوان المذبوح، ولو كانت على الطريقة الإسلامية.

٤ - القصد:

وهو شرط يتصل بشخص الذابح، ولا يعرف إلا من جهته، أو من القرائن الخارجية.

(١) ٥١٢٤، وأخرجه أحمد: ٨٥٥.

(٢) ففي سورة المائدة: ٣ قوله تعالى: ﴿وَمَا أَهْلَ لَعْنِ اللَّهِ بِهِ﴾ وفي سورة البقرة: ١٧٣ قوله تعالى: ﴿وَمَا أَهْلَ بِهِ لَعْنِ اللَّهِ﴾ وفي سورة النحل: ١١٥ قوله تعالى: ﴿وَمَا أَهْلَ لَعْنِ اللَّهِ بِهِ﴾ وفي سورة الأنعام: ١٤٥ قوله تعالى: ﴿أَوْ فِشَقًا أَهْلَ لَعْنِ اللَّهِ بِهِ﴾.

هذا، والقصد غير النية، من قبيل أن القصد هو الاتجاه النفسي بما يتضمن العزم على الذبح، والاعتقاد بأن الذبيحة لا تحل إلا بهذا الذبح، ولا يشترط ذلك في «النية» بل يكفي في النية «عقد العزم على الذبح».

يقول ابن رشد في هذا المعنى: «اعتقاد تحليل الذبيحة بالتذكية»^(١).

ولا جرم أن اشتراط هذا الشرط يفتقر إلى دليل؛ لأن من ذهب إلى وجوبه، لا يرى حل ذبائح أهل الكتاب، إذا لم يتوفر، والغالب عدم توفره فيهم؛ لأنهم «لا يعتقدون تحليلها بالتذكية»^(٢).

وذهب آخرون إلى عدم اشتراط هذا الشرط، وتمسك بعموم الآية المحللة، وأجاز ذبيحة الكتابي، ولو لم يتوفر لديه هذا القصد^(٣).

ومنشأ الخلاف معارضة عموم الآية الكريمة ﴿وَلَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكَرْبِ﴾ [المائدة: ٥] أقول: معارضته لا اشتراط القصد.

ويتفرع عن اشتراط «القصد» هذا حكم ذبيحة الصبي، والمجنون، والسكران، وغيرهم مما هو مبسوط في كتب الفقه.

على أن من تمسك بهذا الشرط يُفَرِّغُ عنه مثلاً توضيحاً إذ يقول: «ولو كان بيده سكين فسقط، وانجرح به صيد، ومات، أو احتكت به شاة وهو في يده، فانقطع حلقومها ومرئها، لم تحل»^(٤).

والراجع عدم اشتراط هذا الشرط في حق الكتابي، رفعا للخرج عن المسلمين، وتحقيقاً للتعايش، وتيسيراً للحصول على اللحوم المستوردة عند الحاجة الماسة؛ لأن انتفاء هذا الشرط لا ينافي عقيدة المسلمين، ولا يمس أصلاً من أصولهم، ولا يخل بمعنى «التعبد» في التذكية.

(١) «بداية المجتهد»، (١/٤٥١).

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) «شرح المحلي على المنهاج»: (٤/٢٥٩)، وراجع: «الفقه الإسلامي» للدكتور فوزي فيض الله

النزعة الإنسانية في الشريعة الإسلامية، فيما شرعت من طرق التذكية، والأدلة التي تنهض بها.

هذا، أما ما يدعى من أن البلاد الأجنبية قد استحدثت طرق الذبح أو القتل التي فصلنا القول فيها، وبيننا حكم الشرع في تكييفها، تخفيفاً لآلام الحيوان، واتقاء تعذيبه، ورحمة به، فقد تبين أن الواقع لا يحقق ذلك مطلقاً، بل يحقق العكس منه، وهو شدة الألم، والتعذيب، وقد يفضي ذلك إلى «الشلل» أحياناً، أو الحيلولة دون الدورة النزيفية الدموية، أثراً للصدمة العصبية، ونود هنا أن نبين طرفاً من مظاهر رحمة الشريعة الإسلامية بالنسبة إلى الحيوان، والطيور، ورفقها به، ونزعتها الإنسانية فيما شرعت من طريقة الذبح، أو النحر، أو الصيد وآدابها، فيما يلي:

أولاً - قال ﷺ: «إن الله تعالى عز شأنه، كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتل، وإذا ذبحتم، فأحسنوا الذبحة، ولْيُجَدَّ أحدكم شفرته، ولْيُرَخَّ ذبيحته»^(١).

فإن مما يستنبط من الحديث الشريف، هو إحداد الشفرة - وهي السكين العظيمة، أو السيف، أو ما إلى ذلك من الآلات الحادة - لسهولة القطع، وسرعته، بحيث يفقد الشعور بالألم، ويسرع في إزهاق الروح، ولذا نرى «الطير» يقف على قائمته، ويركض برجليه، محاولاً الطيران بعد الذبح، وكأن شيئاً لم يحصل، وكذلك الحيوان، ويلاحظ أن «الشفرة» ينبغي أن تكون من الحديد، ولذا يكره أن يكون الذبح بغير الحديد، ولو كان حاداً.

على أن الإمامية، لا يجيزون الذبح بغير الحديد حالة الاختيار والسعة، وأما في حالة الاضطرار - وذلك عند عدم وجوده، ووجود غيره من الآلات المنطبعة من النحاس، والصفير، والفضة - فيجوز الذبح بها، شريطة خوف فوات الذبيحة، فقد جاء في «تحرير الوسيلة» ما نصه: «لا يجوز الذبح بغير الحديد، مع الاختيار، فإن ذبح

(١) أخرجه مسلم: ٥٠٥٥، وأحمد: ١٧١١٣، من حديث شداد بن أوس.

بغيره مع التمكن منه، لم يحل، ولو كان من المعادن المنطبعة كالصفر، والنحاس، والذهب، والفضة، وغيرها، نعم لو لم يوجد الحديد، وخيف فوت الذبيحة بتأخير ذبحها، أو اضطر إليه، جاز بكل ما يفري أعضاء الذبح، ولو كان قصباً، أو لِيطة^(١) أو حجارة حادة، أو زجاجة، أو غيرها^(٢).

هذا، وقد جاء في بعض الروايات «وليشد قوائمه، وليلقه على شقه الأيسر، وليوجهه نحو القبلة^(٣)، وليسم الله تعالى عليه^(٤)»، وهو مما يريح الحيوان، ويخفف من الشعور بالألم، فضلاً عن المعنى الديني في التوحيد الخالص، والطاعة لله تعالى، في التوجيه إلى القبلة، وذكر اسم الله تعالى.

هذا، والإمامية يوجبون استقبال القبلة بالذبيحة عند الذبح، تأكيداً للمعنى الديني «فإن أخل بذلك عامداً، حرمت الذبيحة، وإن كان ناسياً أو جاهلاً، أو مخطئاً في القبلة، لم تحرم^(٥)».

وخالف في هذا ابن رشد، ولم يعتبر ذلك واجباً، بل مشروعاً^(٦).

ثانياً - الإسراع - ما أمكن - في عملية الذبح، وهو ما يطلق عليه الفقهاء كلمة «التذفيف» أي: «الفورية» دون توقف، أو تريث أو إبطاء، ليتم قطع الأوداج فوراً وبسرعة فائقة، تريح الحيوان المذبوح، في إزهاق روحه، وفقاً لقوله ﷺ: «وليرح ذبيحته» أي: بإحداذ الشفرة، والإسراع في عملية الذبح، والموالة فيها، وقطع الأوداج، قطعاً حاداً، وعميقاً.

ثالثاً - الاقتصار في عملية الذبح على قطع «الأوداج» الأربعة، دون مجاوزة ذلك إلى «النخاع الشوكي» اتقاء شدة الألم، وإحداث صدمات عصبية في الذبيح، ويقال:

(١) اللِيطة: قشر القصب.

(٢) «تحرير الوسيلة»: (١٢٩/٢).

(٣) «تحرير الوسيلة»: (١٢٩/٢).

(٤) «تحرير الوسيلة»: (١٣١/٢).

(٥) المرجع السابق.

(٦) «بداية المجتهد»: (١/٤٥١ وما يليها).

«نَحَع الذبيحة»: إذا بلغ بالقطع النخاع الشوكي الذي هو عرق أبيض يمتد من عظم الرقبة إلى الظهر؛ إذ الذبح ينبغي ألا يتعدى «مواضع الضرورة» وهي الأوداج التي يفضي قطعها أو فريها إلى «إنهار الدم»، ولا حاجة بعد ذلك إلى أن يبلغ الذبح النخاع، لما فيه من شدة الألم والتعذيب.

رابعاً - اقتصاراً على ما تقتضيه «الضرورة» في الذبح، وتفادياً للإيلام والتعذيب، وتسريعاً في إزهاق الروح، فقد كره الشارع أن يُجرَّ الذبيح برجله إلى مكان الذبح؛ لأن جره على هذه الشاكلة إشعار له بالألم النفسي، وهو ما لا تقتضيه عملية الذبح، ولا حاجة إليه، وقد روي عن ابن سيرين عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه رأى رجلاً يسوق شاة له سوقاً عنيفاً إلى المذبح، فضربه بالدرّة، ثم قال له: «سقاها إلى الموت سوقاً جميلاً»^(١).

وأنت ترى أن هذا تدبير شرعي، قبل عملية الذبح، مما يدل على أن الشريعة تقي الحيوان من الألم النفسي، فضلاً عن الألم الجسمي؛ إذ الحيوان ذو روح، ونفس، يشعر بما يشعر به الإنسان، على السواء، ولا سيما في الأمور المحسنة، والمشاهدة، ويدرك بدائه الأمور بالغريزة كما يدركها الإنسان.

يؤكد هذا أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد نهى أن يُحَدَّ الرجل شفرته أمام الحيوان، وعلى مرأى منه، لما يورث ذلك من «هلع» الذبح والموت، فينبغي أن يكون ذلك على غير مرأى منه، إبعاداً له عن أسباب «الهلع» و«الترويع» وهو معنى إنساني بلا ريب، فقد روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه رأى رجلاً أضجع شاة، وأخذ يحد شفرته على مرأى منها، فقال عليه الصلاة والسلام: «أوددت أن تميتها موتات؟؟ هلا حددت الشفرة قبل أن تضجعها»^(٢) أي: في غيبة عنها، وقبل إشعارها بتهيئتها للذبح.

وأيضاً، قد روي أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه رأى رجلاً وقد أضجع شاة، ووضع رجله على صفحة وجهها، وهو يُحَدُّ الشفرة، فضربه بالدرّة، فهرب الرجل، وشردت الشاة^(٣)!

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى»: (٢٨١/٩).

(٢) أخرجه الحاكم: (٢٥٧/٤)، والبيهقي في «الكبرى»: (٢٨٠/٩).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى»: (٢٨٠/٩).

وفيما قدمنا أدلة كافية على «النزعة الإنسانية» التي تختص بها الشريعة الإسلامية، سواء قبل الذبح، أم أثناءه.

أما بعد الذبح، فإن من المعلوم أن تعاليم الشريعة تنهى عن سلخ الحيوان قبل أن يبرد؛ لأن في ذلك تعذيباً شديداً، يضاهاي قطع أعضاء الحيوان وهو حي^(١)، وهو ما حرّمته الشريعة تحريماً قاطعاً، لقوله ﷺ: «ما قطع من البهيمة وهي حية، فهو ميت»^(٢). أي في حكم الميت، من حيث التحريم، ليقطع دابر هذه العادة.

وأيضاً، مما يدل على تحريم السلخ قبل أن تبرد الذبيحة - أي: قبل أن تزهد روحها، تجنباً لإيلاها، وتعذيباً - قوله ﷺ: «لا تُعْجَلُوا الأنفس قبل أن تزهد»^(٣).

وكذلك يُكره كسر عنق الحيوان بعد ذبحه، وقبل زهوق روحه، لما فيه من الإيلا الشديد^(٤).

ويقاس على ذلك كل تصرف في الذبيحة، قبل زهوق روحها، مما يورثها الألم والتعذيب.

هذا، والله الهادي إلى سواء السبيل.



(١) «حياة الحيوان»: للدميري: (١/٣٩٠)، و«بدائع الصنائع» للكاساني: (٦/١)، و«أحكام القرآن»: (٦/٥٦)، و«المغني» لابن قدامة: (٨/٥٧). وانظر كتاب «المطعمومات والأعذار الشرعية» للدكتور رمضان علي ص ٩٢ وما يليها.

(٢) أخرجه أبو داود: ٢٨٥٨، والترمذي بإثر الحديث: ١٤٨، وأحمد: ٢١٩٠٤، من حديث أبي واقد، وهو حسن. ومعناه: أي المقطوع ميت لا يؤكل، وقد كان من عادة الجاهلية أن يقطعوا من الشاة قطعة من أليتها، أو ذراعها، ويأكلوها، ثم يتركوها هكذا، تعاني آلام القطع الشديدة، فحرم الإسلام ذلك لما فيه من الوحشية، وقسوة القلب، وعدم الاكتراث بالآلام الحيوان الشديدة المستمرة، واعتبر الجزء أو العضو المقطوع كالميتة لا يحل.

(٣) أخرجه الدارقطني: (٤/٢٨٣). وانظر «نيل الأوطار»: (٨/١٤٢ وما يليها).

(٤) «فقه السنة»: (٣/٣٠٣).

البحث الرابع عشر
اختلاف المطالع وأثره في نية الأئمة
في الفقه الإسلامي المقارن

تمهيد:

أ - اتفق الفقهاء على أن اختلاف مطالع^(١) القمر، ظاهرة كونية محسوسة ومشاهدة، ناجمة عن تحرك الكواكب: من الشمس والقمر والأرض، فلا يسع أحداً إنكارها؛ لأنه جهل أو مكابرة.

يقول ابن عابدين^(٢) في هذا الصدد: «إعلم أن نفس اختلاف المطالع لا نزاع فيه، بمعنى أنه قد يكون بين البلديتين بُعد، بحيث يطلع الهلال ليلة كذا في إحدى البلديتين، دون الأخرى، وكذا مطالع الشمس»^(٣).

ويعلل الإمام الزيلعي اختلاف مطالع القمر كظاهرة كونية بقوله: «وانفصال الهلال عن شعاع الشمس يختلف باختلاف الأقطار، كما أن دخول الوقت وخروجه يختلف

(١) المطالع: جمع «مطلع» بفتح الميم، وسكون الطاء، وكسر اللام وفتحها. «المصباح المنير»، والمقصود هنا، مكان طلوع القمر بطرفه الهلال المنير على أهل الأرض عند الغروب أو إثره، في أول ليلة من الشهر القمري.

(٢) «رد المحتار على الدر المختار»: (٣٩٣/٢)، الطبعة الثانية، مطبعة البايعي الحلبي بمصر ١٣٨٦هـ-١٩٦٦م، و«الرسائل»: (٢٤٩/١)، ويقول ابن عابدين: «واختلاف المطالع واقع مشاهد». المرجع السابق.

(٣) وفي «رسالته»: «تنبيه الغافل الوسنان على أحكام هلال رمضان» ما نصه: «فتلخص تحقق اختلاف المطالع، وهذا مما لا نزاع فيه، وإنما النزاع في أنه هل يعتبر أم لا؟». (٢٥٠/١) من «مجموعة رسائل ابن عابدين»، تصوير عالم الكتب - بيروت.

باختلاف الأقطار^(١)، حتى إذا زالت الشمس في المشرق، لا يلزم أن تزول في المغرب، وكذا طلوع الفجر، وغروب الشمس، بل كلما تحركت الشمس درجةً، فتلك طلوع فجر لقوم، وطلوع شمس لآخرين، وغروب لبعض، ونصف ليل لغيرهم^(٢).

واتفقوا كذلك على أن الحاكم الأعلى المسلم إذا أصدر أمراً بثبوت هلال رمضان وبدء الصوم، وكان يرى أن لا عبرة باختلاف المطالع، في اجتهاده، ونقل أمره هذا إلى جميع الأقطار الإسلامية الخاضعة لولايته، نقلاً صحيحاً، وجب الصوم في حقهم كافة، ولا عبرة عندئذ باختلاف المطالع بالإجماع؛ لأنها مسألة مُجتهدٌ فيها، والقاعدة الشرعية المقررة أن حكم الحاكم يرفع النزاع، ويترجح به أحد النظرين الذي يراه أدنى إلى الحق والمصلحة في اجتهاده، ويجب إنفاذه، وطاعة أمره فيه على المسلمين كافة ممن هم خاضعون لولايته.

وعلى هذا، فإذا ثبت رؤية الهلال في قطر، ولم تثبت في مطالع الأقطار الأخرى، لزم هؤلاء ثبوت الهلال برؤية غيرهم ووجب الصوم عليهم، بحكم الحاكم، باتفاق الأئمة الأربعة، كما قدمنا، سواء تقاربت الأقطار أم تباعدت، إذا وصلهم الخبر، ولو

(١) يجنح الإمام الزيلعي إلى المقايسة بين هاتين الظاهرتين الكونيتين على أساس تصوره الخاص لحركة كل من الشمس والقمر، ووضعهما الكوني المتحد، غير أن هذه المقايسة ينقض صحتها الوضع الكوني المختلف لكل منهما فلكياً، كما سيأتي.

(٢) هذا مسلّم بالنسبة للشمس، نتيجةً لحركتها في وضعها الكوني الخاص، من حيث مواجهتها للأرض مباشرة كل يوم، ولكن للقمر وضع آخر مختلف، سنفصل القول فيه في مقامه، فالقياس مع الفارق. «تبيين الحقائق» للزيلعي: (١/٢١٣).

وإنما أوردنا هذا النص للإمام الزيلعي، للدلالة على أن الفقهاء القدامى، كانوا يصدرون في اجتهاداتهم الفقهية عن بحث ودراسة للواقع، كونياً كان أم أرضياً، تنتج تصوراً خاصاً عندهم، يبنون على أساسه أحكامهم، على النحو الذي رأيت، أما أن هذا التصور الاجتهادي يقبل النقد اليوم أو لا يقبله، فهذا شأن آخر، ولا صَير عليه لو وجه إليهم نقد، ذلك لأن تصورهم للظواهر الكونية كان محدوداً بمستوى ثقافة عصرهم، وإنما يعيننا المبدأ من حيث هو.

واختلاف المستويات الثقافية عبر العصور نعتبره من باب اختلاف الظروف والأزمان المؤثرة في اختلاف الأحكام الفرعية العملية.

كان بعضهم في آخر جزء من الليل^(١).

واتفقوا أيضاً على اعتبار اختلاف مطالع الشمس في مواقيت العبادات يومياً، فتختلف تبعاً لاختلاف وقت شروق الشمس وزوالها وغروبها، في حق كل بلد، فلكل بلد مواقيته في الصلوات الخمس والإفطار والسحور، وهذا لا خلاف فيه منذ عهد النبوة، وتوالى عبر القرون إلى يومنا هذا، فانعقد الإجماع على ذلك.

وعلى هذا، فتوحيد مواقيتها في الأقطار المختلفة باطل، بل لا يتصور، لاختلاف مواقع الأقطار على الكرة الأرضية، جهةً وقدرًا، في خطوط الطول والعرض. وهذا بالإجماع^(٢).

وأيضاً، لأن الشمس تواجه الأرض مباشرة كل يوم، وتندرج في طلوعها، بسبب كروية الأرض، ودورانها حول نفسها، فتختلف مواقيت شروقها وزوالها وغروبها بهذا التدرج واقعاً وحسًا.

هذا، والشارع الحكيم قد أناط أحكام وجوب أداء الصلوات والإفطار في رمضان، والإمساك، بوجود هذه الأوقات بعينها، كقوله تعالى: ﴿أَقْرِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ﴾ [الإسراء: ٧٨] وقوله تعالى: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَبَيِّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾ [البقرة: ١٨٧].

ذلك لاختلاف مطالع الشمس، ومن ثمّ فلا يجب أداء الصلوات ولا يجب الإفطار والإمساك على قوم إلا عند تحقق مواقيتها في بلدهم على استقلال، ولا يلزمون بتحققها في غيره.

(١) «المجموع: شرح المذهب»: (٢٢٦/٦)، و«نيل الأوطار» للشوكاني: (٤/٤١٧ وما يليها). أما إذا وصلهم الخبر بعد طلوع الفجر أو في النهار، فإن أفتروا فعليهم قضاء هذا اليوم بعد رمضان، لتأخر الخبر، إذا شاركوا سائر الأقطار في جزء من الليل وقت ثبوت الرؤية.

ويقول ابن عابدين: «لا عبرة باختلاف المطالع في الأقطار، إلا عند الشافعي ذي العلم الزخار، ما لم يحكم به حاكم يراه، فيلزم الجميع العمل بما أمضاه، كما ذكره ابن حجر وارتضاه، وقال: لأنه صار من رمضان عندنا، بموجب ذلك الحكم ومقتضاه». «مجموعة رسائل ابن عابدين»: (١/٢٥٣).

(٢) «رسائل ابن عابدين»: (١/٣٥٠).

د - واختلف الفقهاء بعد ذلك في مسألة «اعتبار اختلاف مطالع القمر، أو عدم اعتباره في ثبوت الأهلة» وما يتعلق بها من الأحكام الشرعية، كثبوت بدء الصوم في رمضان، وبدء الفطر في شوال، وغيرهما من الشهور.

تحرير محل النزاع:

أما محل النزاع فيتحدد بما يلي: هل اختلاف مطالع القمر في الأقطار الإسلامية معتبر في ثبوت الأهلة، وما يتعلق به من أحكام، أو ليس بمعتبر في ذلك؟^(١).
توضيحه:

وتوضيح ذلك، أنه إذا كانت العبرة باختلاف المطالع، فإن مقتضى ذلك ألا يلزم أهل بلد لم يروا الهلال في مطلعهم برؤية أهل بلد الرؤية، سواء تقارباً أم تباعداً، فلكل قوم مطلعهم، ورؤيتهم، كما أن لكل قطر مطلع شمس، وزوالها، وغروبها. فإذا اختلفت مواقيت أداء الصلوات في كل بلد، تبعاً لاختلاف مطالع الشمس فيه، فكذلك يختلف يوم بدء وجوب الصوم في الأقطار، تبعاً لاختلاف مطالع الهلال في كل منها على انفراد.

ومؤدى هذا، أن رؤية الهلال في المشرق، لا يُلزم بها أهل المغرب. أما إذا ذهبنا إلى عدم اعتبار اختلاف المطالع، فإن مقتضى ذلك أن رؤية الهلال في المشرق يلزم بها أهل المغرب، ولو لم يروه، فيعم حكم وجوب الصوم جميع هذه الأقطار الإسلامية تبعاً لذلك، وكذلك حكم الفطر بثبوت هلال شوال، وغيرهما من الشهور^(٢).

أو بعبارة أخرى: يكتفى بثبوت رؤية الهلال في بعض^(٣) البلاد، ليعتبر ثابتاً في

(١) يقول ابن عابدين: «فتلخص تحقق اختلاف المطالع، وهذا لا نزاع فيه، وإنما النزاع في أنه هل يعتبر أم لا؟». «الرسائل»: (١/٢٥٠).

(٢) جاء في «رسائل ابن عابدين»: (١/٢٣٤) «وهلال الأضحى وغيره كالقطر».

(٣) يقول العلامة الكمال بن الهمام في «فتح القدير»: (٢/٥٣) في هذا المعنى: «وإذا ثبت في مصر - بلد - لزم سائر الناس، فيلزم أهل المشرق برؤية أهل المغرب في ظاهر المذهب، أي: الحنفي».

حق سائر الأقطار، ولو لم تتم رؤية القمر فعلاً في مطالعه لديها، فيعمهم الحكم الشرعي من وجوب الصوم، أو وجوب الإفطار في بدء شوال، أو ميقات الحج والأضحية، بناء على أن لا عبرة باختلاف المطالع.

بعد أن حررنا محل النزاع، ووضحنا مضمونه، وما تفرع عنه من أحكام، نشرع في عرض اتجاهات الفقهاء في هذه المسألة، وما اعتمده من أدلة، ووجوه استدلالهم بها، ثم نتناولها بالمناقشة، ونرجح ما هو أقوى دليلاً.

اتجاهات الفقهاء في حكم اختلاف مطالع القمر، واثره على ثبوت الأهلة، وما يتعلق بها من الأحكام الشرعية، وعرض أدلتهم ووجوه استدلالهم بها:

الاتجاه الأول: العبرة باختلاف المطالع:

اتجه فريق من فقهاء المذاهب^(١) إلى أن اختلاف مطالع القمر معتبر كاختلاف مطالع الشمس، غير أن بعضهم اشترط تباعد البلدان^(٢)، فإن تقاربت فلا اعتبار^(٣)؛ إذ بالتقارب تتحد المطالع غالباً، ويصبح حكم البلاد المتقاربة حكم بلد واحد. يقول الإمام النووي: «إذا رأوا الهلال في رمضان في بلد، ولم يروه في غيره،

(١) وهو اجتهاد بعض الشافعية، وبعض الحنفية، وبعض المالكية، والإمامية والزيدية.
(٢) لم ينهض على هذا الشرط دليل شرعي، إنما هو مجرد اجتهاد عقلي، بدليل اختلافهم في ضبطه اختلافاً كثيراً، كما سيأتي.

(٣) «المجموع شرح المذهب»: (٢٢٦/٦)، و«البدائع»: (٨٣/٢)، و«تبيين الحقائق»: (١/٣٢١). ويقول الإمام الزيلعي في هذا الصدد تأكيداً لما جاء في «مجموع النووي» ما نصه: «ولا عبرة باختلاف المطالع» وقيل: يعتبر... فإن كان بينهما تقارب بحيث لا تختلف المطالع يجب، وإن كان بحيث تختلف لا يجب، وأكثر المشايخ على أنه لا يعتبر، أي: سواء تقاربت أم تباعدت. وبنحو هذا قال الكاساني: «إذا كانت المسافة بين البلاد قريبة، لا تختلف فيها المطالع، فأما إذا كانت بعيدة، فلا يلزم أحد البلديين حكم الآخر؛ لأن مطالع البلاد عند المسافة الفاحشة تختلف...».

«البحر الزخار» للمرئضي: (٣/٢٤٢ وما يليها).

«الروض النضير» للسياعي: (٣/٧٧ وما يليها).

فإن تقارب البلدان، فحكمها حكم بلد واحد^(١)، ويلزم أهل البلد الآخر الصوم، بلا خلاف، وإن تباعدا^(٢)، فوجهان مشهوران^(٣)... أصحهما: لا يجب الصوم على أهل البلد الآخر، والثاني: يجب^(٤).

وهذا ما اتجه إليه بعض فقهاء الحنفية، وجمهور الشافعية، وهو مذهب الإمامية والزيدية^(٥) وبعض المالكية^(٦).

اختلاف فقهاء هذا الاتجاه في ضابط القرب والبعد:

وقد اختلف فقهاء هذا الاتجاه في ضابط القرب والبعد اختلافاً شديداً، نأتي منه على بعض الوجوه^(٧).

- (١) إذ بالتقارب يتحد المطالع.
- (٢) بالتباعد تختلف.
- (٣) دليل على أن الوجهين صحيحان مشهوران، غير أن الأرجح في المذهب الشافعي هو اعتبار المطالع، فلا يجب، والثاني يجب، لعدم اعتبار المطالع.
- (٤) إذن عدم اعتبار المطالع قول صحيح مشهور عند الشافعية أيضاً كما ترى، وهو المتفق مع رأي الجمهور؛ لأن التعبير بالأصح يقتضي المشاركة في أصل الصحة، وأحدهما يتميز بالأفضلية، وهو الذي عبر عنه بالأصح، فالشافعية - كما ترى - اختلفوا حتى في حالة التباعد.
- (٥) المراجع السابقة، و«نيل الأوطار»: (٤/٢١٧ وما يليها)، و«المجموع شرح المهذب»: (٦/٢٢٦).
- (٦) «مواهب الجليل»: لحطاب المالكي، و«القوانين الفقهية» لابن جزي المالكي، و«نيل الأوطار»: (٤/٢١٧ وما يليها).

غير أن بعض المالكية يرى أن اختلاف المطالع يعتبر إذا ثبتت الرؤية عند حاكم خاص، فإنه لا يعم الحكم إلا مَنْ في ولايته «وهو خلاف المشهور عند المالكية» المراجع السابقة.

وهذا - في الواقع - تخريج على قاعدة فقهية مؤداها: «أن حكم الحاكم في كل فصل مُجتهد فيه - كمسألتنا هذه - يرجح أحد النظرين، وباعتبار أن حكم الحاكم واجب النفاذ، لوجوب طاعته، فإن حكمه خاص بولاية أو قطر معين، بخلاف الحاكم العام الأعلى (ال خليفة)، فإن حكمه يسري على المسلمين كافة، لعموم ولايته، ولوجوب طاعته، وإمضاء أحكامه، على الكافة».

والحاكم الخاص كالقاضي، والوالي، وأمير البلد.

«فتح القدير»: (٢/٥٢-٥٣)، بحث للشيخ علي السائس في مجلة مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر، المؤتمر الثالث: ص ٨٥.

- (٧) «المجموع» للنووي: (٦/٢٢٧).

الأول: أن التباعد يختلف باختلاف المطالع، كالحجاز، والعراق، وخراسان. والتقارب أن لا يختلف، كبغداد، والكوفة، والري، وقزوين.

الثاني: الاعتبار باتحاد الأقاليم واختلافه.

فإن اتحدا فمتقاربان، وإلا فمتباعدان.

الثالث: أن التباعد مسافة القصر، والتقارب دونها، وبهذا قال إمام الحرمين، والإمام الغزالي^(١).

الرابع: أنه يلزم كل بلد لا يتصور خفاؤه - القمر - عنهم بلا عارض، دون غيرهم^(٢).

الخامس: أنه يلزم إذا اختلفت الجهتان ارتفاعاً وانحداراً، كأن يكون أحدهما سهلاً والآخر جبلاً، أو كان كل بلد في إقليم، وهو قول الهادوية، والزيدية^(٣).

هذا، ويرى الإمام النووي، أن كلاً من ضابط البعد والقرب يَطْرُد حكمه، ولا يتخلف.

أما التباعد فظاهر؛ لأنه به تختلف المطالع واقعاً، وعلى نحو مشاهد ومحسوس. وأما التقارب، فلأن به تتحد مطالع البلاد المتقاربة، حتى كانت - كما يقول - في حكم بلد واحد، والأصل أن تقع الرؤية فيها جميعاً في زمن متحد أو متقارب، لوحدة المطلع، حتى إذا رؤي الهلال في بعضها دون بعض، لم يرجع ذلك إلى سبب كوني يتعلق بسير الكواكب بحيث يحجب الهلال عن الرؤية في بعض المطالع دون بعض، وإنما مرد ذلك بالنسبة لمن لم ير الهلال من أهل البلاد المتقاربة، إلى أحد أمرين:

(١) المرجع السابق، و«نيل الأوطار»: (٢١٨/٤).

وقد جاء الإمام السرخسي بضوابط أخرى في اعتبار القرب والبعد، لا يتسع المقام لتفصيلها. «المبسوط»: (٥٤/٣) وما يليها.

(٢) المرجع السابق، «نيل الأوطار»: (٢١٨/٤).

(٣) المرجع السابق، و«البحر الزخار»: (٢٤٢/٣) وما يليها، و«الروض النضير»: (٧٧/٣) وما يليها.

- أ - إما تقصير أو إهمال في التحري والتأمل .
- ب - وإما لعارض جويٍّ من غيمٍ أو قتام .
- وهذا لا يؤثر في «وحدة الحكم» بالنسبة إليها، «لوحة المطلاع» كما أسلفنا^(١) .
- وفي هذا المعنى يقول الإمام النووي ما نصه:
- «إنه إذا لم يختلف المطلاع للتقارب، فإن عدم رؤية بعضهم للهِلال إنما يكون عن تقصيرهم في التأمل، أو لعارض من غيمٍ أو قتام، بخلاف مختلفي المطالع للتباعد»^(٢) .
- ثم جزم بأن الضابط الأصح للبعد والقرب، هو الوجه الأول^(٣) .
- وقوع الشك في القرب أو اتحاد المطلاع، تطبيقاً وعملاً، يوجب - عند الشافعية - الرجوع إلى الأصل، وهو اعتبار اختلاف المطالع، ولأن الأصل أيضاً وجوب الصوم بالرؤية .
- أما إذا وقع الشك في التقارب، أو اتحاد المطلاع، فلا يلزم الذين لم يروا الهلال - في اجتهاد الشافعية - برؤية البلد الذي وقع الشك في قربه من الرؤية، أو بعبارة أخرى: إذا وقع الشك في اتحاد مطلعه، وتعليل ذلك:
- أ - أن الأصل عدم الوجوب .
- ب - لأن الصوم - في الأصل - إنما يجب بالرؤية، لقوله ﷺ: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته»^(٤) .

(١) بشيء من التصرف الإيضاحي .

(٢) «المجموع» للنووي: (٢/٦) .

(٣) المرجع السابق .

ولا أراني في حاجة إلى أن أشير إلى أن عمدة من ذهب إلى اعتبار اختلاف المطالع بالتباعد - على الاختلاف في ضابطه - هو حديث «كُرْبُ» بضم الكاف وفتح الراء . «نيل الأوطار»: (٢١٧/٤) وما يليها .

وفي الحديث: أن بن عباس لم يلتزم برؤية أهل الشام، وفي اجتهاده أن لكلٍ مطلعه .

غير أن المسافة بين الشام والمدينة - فيما أرى - ليست من البعد بحيث توجب اختلاف المطالع بينهما، بناء على الضابط الأصح عند النووي .

(٤) أخرجه البخاري: ١٩٠٩، ومسلم: ٢٥١٦، وأحمد: ٩٥٥٦، من حديث أبي هريرة .

وما دامت الرؤية لم تثبت في حق هؤلاء، لا يقيناً ولا ظناً^(١) لم يثبت بالتالي وجوب الصوم عليهم.

فتلخص أنه: عند وقوع الشك في القرب، يرجع إلى الأصل.

الاختلاف الواسع المدى بين الفقهاء - ولا سيما الشافعية - في ضابط التباعد الذي يوجب اختلاف المطالع، دليل يبين على أن «التباعد» لا سند له من الشرع، بل يقوم على محض استدلال عقلي:

يدلك على هذا ما أتوا به من وجوه الضبط، دون التنويه بمستند شرعي لكل وجه، وإلا فما دليل من ذهب إلى أن اختلاف المطالع معتبر حتى في البلد أو الإقليم الواحد، بين السهل والجبل، أو العلو والانحدار؟؟

هذا في معيار البعد الذي اعتبروه شرطاً بما لا دليل عليه شرعاً.

أما ذهابهم إلى أن اختلاف المطالع معتبر في ثبوت الأهلة، فعمدتهم فيه حديث «كُرَيْب» كما سيأتي.

أدلة هذا الاتجاه (اعتبار اختلاف المطالع):

أولاً - استدلووا بالسنة في حديث كُرَيْب.

أ - عن كُرَيْب أن أم الفضل بعثته إلى معاوية بالشام، فقال: فقدمت الشام، فقضيت حاجتها، واستهل^(٢) عليّ رمضان وأنا بالشام، فرأيت الهلال ليلة الجمعة، ثم قدمت المدينة في آخر الشهر، فسألني عبد الله بن عباس، ثم ذكر الهلال، فقال: متى رأيت الهلال؟ فقلت: رأيناه ليلة الجمعة، فقال: أنت رأيته؟ فقلت: نعم! ورآه الناس وصاموا، وصام معاوية، فقال: لكننا رأيناه ليلة السبت، فلا نزال نصوم حتى نكمل

(١) أما أن الرؤية لم تثبت يقيناً في حق البلد القريب من بلد الرؤية، فظاهر؛ لأن الفرض أن الرؤية لم تتم عندهم، وأما أن الرؤية لم تثبت في حقهم ظناً، فلأن مظنة الرؤية هي وحدة المطلع، وهذه إنما تكون بالقرب، والقرب قد وقع الشك فيه، ولا يقين ولا ظن مع الشك.

(٢) «بضم التاء وكسر الهاء» مبني للمفعول، ومنهم من يجيز بناءه للفاعل، و«هَلَّ» - بتشديد اللام - من باب ضرب، لغة أيضاً: إذا ظهر. «المصباح المنير».

ثلاثين أو نراه، فقلت: ألا تكتفي^(١) برؤية معاوية وصيامه؟ فقال: لا، هكذا أمرنا رسول الله ﷺ^(٢).

وجه الاستدلال، أن ابن عباس رضي الله عنه رفض الالتزام برؤية أهل الشام.

قالوا: ورَفُضَ ابن عباس هذا - امتثالاً لما أمر به رسول الله ﷺ - دليل بين على أن إزام أهل بلد لم يروا الهلال برؤية بلد آخر، مخالف لما أمر به الشارع من وجوب أن يلتزم كل بلد بمطلعه، فإن تمت الرؤية، وإلا فيجب إكمال الثلاثين^(٣).

وعلى هذا، فلا يثبت الهلال في حق كل بلد إلا بأحد أمرين:

أولاً: برؤية الهلال في مطلعه.

ثانياً: أو بإكمال الثلاثين من شعبان^(٤).

وقالوا: الظاهر أن هذا ليس اجتهاداً من ابن عباس، حتى يقال: إنه اجتهاد صحابي لا تقوم به حجة؛ لأنه إنما فعل ذلك امتثالاً لما أمر به رسول الله ﷺ على ما جاء في النص صراحة: «هكذا أمرنا رسول الله».

(١) وقع شك عند أحد الرواة في لفظ «تكتفي» هل هو خطاب لابن عباس، فيكون بالتاء، أو هو لجمع المتكلمين، فيكون بالنون، غير أن المعنى العام للحديث لا يختلف، ذلك لأن المعول عليه هو الإجابة، إذ هي مناط الاستدلال، سواء أكان السؤال موجهاً إلى ابن عباس بالخطاب، أم بنون الجمع للمتكلمين. «نيل الأوطار»: (٢١٧/٤)، و«فتح القدير»: (٥٢/٢ - ٥٣).

(٢) أخرجه مسلم: ٥٢٨، وأحمد: ٢٧٨٩.

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب. «المغني مع الشرح الكبير»: (٧/٣). وانظر «الشرح الكبير» في الهامش أيضاً للإمام شمس الدين أبي الفرج. وانظر: «فتح القدير» للكمال بن الهمام: (٥٢/٣ - ٥٣).

(٣) «المجموع شرح المذهب»: (٢٢٦/٦ وما يليها)، و«المغني»: (٧/٣)، و«المبسوط»: (٥٤/٣) وما يليها، و(٧٨)، و«مجموعة الرسائل: ابن عابدين»، و«رد المحتار»، و«نيل الأوطار»: (٢١٧/٤) وما يليها. وقد ذكرنا آنفاً، أن أصحاب هذا الاتجاه قد اشترطوا «التباعد» وإن اختلفوا في ضابطه.

(٤) وهذا معنى قول الرسول ﷺ: «فإن غمَّ عليكم، فأقْدُرُوا له» [أخرجه البخاري: ١٩٠٦، ومسلم: ٢٤٩٨، وأحمد: ٢٢٩٤، من حديث ابن عباس] أي: فاقْدُرُوا، أي: أكملوا تمام الثلاثين، واللام في «له» زائدة، أي: فاقْدُرُوا، أي: أتموه ثلاثين. «شرح الدسوقي»: (٥٠٩/١ - ٥١٠).

ومثل هذا التعبير يفيد «الرفع» إلى النبي ﷺ عند أهل الحديث، ولا يرفعه إلا عن دليل يحفظه، وإن لم يصرح به.

ولعل هذا الدليل الذي حفظه، وأوماً إليه، هو قوله ﷺ: «لا تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تُفطروا حتى تروه»^(١) على ما سيأتي تفصيله.

على أنا نرى أن في رد ابن عباس على كُريِب، تأكيداً لأمرين:

الأول: وجوب استقلال أهل المدينة بالرؤية عن أهل الشام، حتى لا يلزم أحدهما برؤية الآخر؛ إذ أفهمه أن إكمال الثلاثين هو الذي تتم به «رمضانية» الشهر، إن لم تثبت رؤية الهلال عندهم، وفي مطلعهم.

الثاني: أفهمه أيضاً أن إحصاء الثلاثين إنما يبدأ اعتباراً من واقع رؤية أهل المدينة هلال رمضان، وهو يوم السبت، لا من يوم الجمعة الذي استُهلَّ فيه في الشام.

فتلخص أن المعوّل عليه شرعاً في ثبوت هلال رمضان، وشوال، وغيرهما، في حق كل بلد، هو رؤيتهم هم للهلال في مطلعهم لديهم، على استقلال، استدلالاً بحديث كُريِب على الوجه الذي بينا.

ب - واستدلوا أيضاً بقوله ﷺ: «لا تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تُفطروا حتى تروه، فإن غمَّ عليكم، فأكملوا العدة ثلاثين»^(٢).

ووجه الاستدلال أن الشارع قد علق الحكم على رؤية كلٍّ من المخاطبين، غير أن السنة قد اعتبرت الشهادة الصحيحة مُنَزَّلة منزلة رؤية الكل، ولولا ذلك لكان مناط وجوب الصوم في حق كل مكلف رؤيته هو، فبقي سائر البلاد البعيدة على مقتضى عموم حكم الحديث الذي يقضي بأن وجوب الصوم منوط برؤيتهم على انفراد^(٣).

(١) أخرجه مسلم: ٢٥٠٢، وأحمد: ٤٤٨٨، من حديث ابن عمر.

(٢) أخرجه البخاري: ١٩٠٦، ومسلم: ٢٤٩٨، وأحمد: ٢٢٩٤، من حديث ابن عباس.

(٣) «المبسوط»: (٣/٥٤ وما يليها).

هذا، والسنة إذا جعلت وجوب التماس الهلال فرضاً على الكفاية^(١)، فقد اكتفت - في الوقت نفسه - برؤية الواحد العدل وشهادته، أو برؤية عدلين، على الخلاف في ذلك، حتى تثبت في حق أهل البلد جميعاً.

وأما من عداهم من أهل البلاد البعيدة، فهم باقون على الأصل^(٢)، من عدم وجوب الصوم، حتى تثبت رؤيتهم لهلال رمضان في مطلعته، فنبت أن لكل قوم مطلعهم، وهو ما نقول به.

وما يقال في هلال رمضان، منسحب كله على سائر الأهلة؛ إذ لا فرق.

ولقائل أن يقول: إن قوله ﷺ: «لا تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تفتروا حتى تروه»، فذلك نهى مغياً بالرؤية، وهذا لا يفيد الأمر، فكيف صح لابن عباس أن يقول: «هكذا أمرنا رسول الله؟»

ويجاب عن ذلك، أن الواقع أن الإشارة في قول ابن عباس ﷺ: «هكذا أمرنا» تشمل الأمر بإكمال الثلاثين عند عدم رؤية هلال شوال، كما تشمل الأمر بالصيام عند ثبوت رؤية هلال رمضان، ووجوب الإفطار عند رؤية هلال شوال، أقول: تشمل كل أولئك بقول ابن عباس ﷺ: «هكذا أمرنا رسول الله».

غير أن قوله ﷺ: «لا تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تفتروا حتى تروا الهلال» وإن كان كل منهما نهياً مغياً بالرؤية، لكنه في قوة الأمر عند ثبوتها، إذ من المقرر أصولياً في قواعد تفسير النصوص، أن المنطوق إذا ورد فيه حكم - أمراً كان أو نهياً - وكان هذا الحكم مقيداً بقيد معتبر في تشريعه^(٣)، فإنه ينتفي بانتفاء القيد، ويثبت نقيضه، عملاً بمفهوم المخالفة.

(١) المرجع السابق.

(٢) «الفقه المقارن» للدكتور البوطي ص ٢٢.

(٣) نقصد بكونه معتبراً في تشريعه، أي: أوردته المشرع لغرض التشريع بوجه خاص، لا لغرض آخر، أي: لتحديد مجال تطبيقه بحالة دون أخرى، لا لتقرير الواقع مثلاً، من مثل قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الذَّبَابُ فَأَمْوَأُ لَا تَأْكُلُوهَا إِلَّا نَبَاتًا مُضَاعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠] فإن قيد «أضعافاً مضاعفة» لا لغرض التشريع، بل للتشجيع على الجاهلين في أمر واقع وغالب في مجتمعهم، وهو أنهم كانوا لا يُقرضون إلا إذا كان (الربا) أضعافاً مضاعفة، فلا يدل هذا القيد على نقيض الحكم عند انتفائه، حتى يقال: إن الربا إذا لم يكن =

وما نحن فيه، الحكم هو النهي مقيد بغاية ينتهي عندها، وهي الرؤية، فحكم النهي عن الصيام يستمر ما دامت رؤية الهلال لم تقع، حتى إذا وقعت الرؤية وثبتت، ثبت نقيض الحكم، ونقيض النهي أمر، فكأن الرسول ﷺ قال: «لا تصوموا حتى تروا الهلال، فإذا رأيتم الهلال فصوموا».

إذن يستفاد من النص حكمان: أحدهما عن طريق المنطوق، والثاني (وهو حكم النقيض من الأول) عن طريق مفهوم المخالفة، وذلك تبعاً لثبوت القيد وانتفائه.

والقيد هنا هو «حتى تروا» فحكم ما قبل الغاية مخالف لحكم ما بعدها، وإلا^(١) ما كانت الغاية مقطعاً.

وهذا المعنى الثابت بالمفهوم المخالف، قد جاء التصريح به من الرسول نفسه ﷺ: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته» فاتحد مآل مضمون الحديثين - كما ذكرنا - وصار مؤداه: «إذا رئي الهلال فصوموا».

فصح ما قلنا، من أن قول ابن عباس: «هكذا أمرنا رسول الله» شامل للحديثين، ولو كان منطوق أحدهما هو النهي؛ لأنه يدل على الأمر عن طريق مفهوم الغاية.

هذا، وقالوا أيضاً: الدليل على امتثال ابن عباس - لا اجتهاده - في تصور أصحاب هذا الاتجاه ما يستفاد من إشارة قوله: «هكذا أمرنا رسول الله» إذ المشار إليه هو قوله ﷺ: «فلا نزال نصوم حتى نكمل الثلاثين، أو نراه»^(٢).

٢ - واستدلوا بالمعقول:

أ - فقالوا: إن اختلاف المطالع سبب لتفاوت ميقات ولادة الشهر، تبعاً لكل مطلع على انفراد، والشهر هو السبب في وجوب أداء الصوم «فانعقاده في حق قوم للرؤية،

= أضعافاً مضاعفة جاز، لا يقال هذا؛ لأن القيد هنا ليس معتبراً في تشريع الحكم، فوجوده وعدمه سواء. راجع مفهوم المخالفة، في كتابنا «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» ص ٢٩٥ وما يليها. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٢) المرجع السابق.

(١) المرجع السابق.

لا يستلزم انعقاده في حق آخرين، مع اختلاف المطالع، وصار كما لو زالت أو غربت الشمس على قوم دون آخرين»^(١).

وهذا مؤدى اجتهاد الإمام الزيلعي في قوله: «والأشبه أن يعتبر - أي: اختلاف المطالع - لأن كل قوم مخاطبون بما عندهم، وانفصال الهلال عن شعاع الشمس يختلف باختلاف الأقطار»^(٢).

ب - واستدلوا بالقياس على مطالع الشمس، فهي معتبرة إجماعاً من عهد النبوة، حتى يومنا هذا، إذ تختلف مواقيت وجوب أداء الصلوات، والإفطار في رمضان، والإمساك، تبعاً لاختلاف مطالع الشمس في الإفطار، فيقاس مطالع القمر على مطالع الشمس، بجامع أن كلاً منهما أوضاع كونية، تؤثر في اختلاف أوقات العبادات وانعقاد الأهلة.

ويشير إلى هذا المعنى فريق من فقهاء الشافعية، والحنفية، والحنابلة، والمالكية.

فيقول الإمام الزيلعي - على سبيل المثال - في هذا الصدد: «انفصال الهلال عن شعاع الشمس - ولادة الهلال - يختلف باختلاف الأقطار، كما أن دخول الوقت - وقت الصلاة - وخروجه، يختلف باختلاف الأقطار»^(٣).

«إذا ثبت هذا، فإن كل قوم قد خوطبوا بمطلعهم ومغربهم، وبما ثبت من رؤيتهم، لاختلاف مطالعهم بتباعد أقطارهم»^(٤).

(١) هذا، وإذا كان ثبوت الشهر سبباً لوجوب أداء الصوم، فإن قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾ [البقرة: ١٨٣] يفيد شغل الذمة بوجوب الصوم، وفرق بين الوجوب، ووجوب الأداء، على ما هو مقرر في علم الأصول. «المبسوط» للسرخسي: (٣/٥٤ وما يليها)، و«نيل الأوطار»: (٤/٢١٧). هذا الدليل مستتج استتاجاً من وجوه استدلالهم.

(٢) المرجع السابق، و«المجموع شرح المذهب»: (٦/٢٢٧).

(٣) «تبيين الحقائق»: (١/٣٢١)، و«القوانين الفقهية» لابن جزي.

(٤) الواقع أن شرط التباعد الذي قال به فريق من فقهاء المذاهب المختلفة على النحو الذي بينا، هو شرط أنتجه الدليل العقلي، كما أسلفنا؛ إذ يحكم العقل بأن اختلاف المطالع بالنسبة للأقطار، إنما يكون - في الواقع - ناجماً عن تباعدها؛ إذ البلاد المتقاربة تتحد مطالعها غالباً.

ج - واستدل السبكي^(١) على أن اختلاف المطالع معتبر، بعمل الخلفاء الراشدين. إذ لم يثبت أنهم كانوا يكتبون إلى الآفاق إذا روي الهلال في أفق من الآفاق الإسلامية، حتى يلزمهم بها، فدل ذلك على عدم لزوم أهل بلد لم يروا الهلال برؤية غيرهم، ولو كان لازماً لهم لأبلغوهم؛ إذ لا يتصور إهمالهم لأمر الدين^(٢).

الاتجاه الثاني - «لا عبرة باختلاف المطالع»

أدلتهم:

أولاً - قوله ﷺ: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته»^(٣).

فقد علق الشارع الخطاب العام - عموم الحكم - في قوله - عليه السلام - : «صوموا» بمطلق الرؤية.

ومن المقرر أصولياً: أن «المطلق يُجْرَى على إطلاقه»^(٤) ما دام لم يرد ما يقيد، والمطلق يتحقق في أي فرد من أفراده الشائعة في جنسه، بمعنى: أنه إذا تمت رؤية قوم أو عدل أو عدلين للهلال في أي مطلع من مطالعه في الأقطار الإسلامية، فقد تحقق مسمى الرؤية، فثبت ما تعلق به من عموم الحكم^(٥)، فيعم الوجوب المسلمين في سائر

(١) «رسالة العلم المنشور في إثبات المشهور» - وراجع بحث المرحوم الشيخ علي السائس - في «مجلة البحوث الإسلامية» بالأزهر - المؤتمر الثالث ص ٩٥ وما يليها.

(٢) والواقع أن هذا الاستدلال العقلي على الإجماع اللزومي، لا يثبت في مواجهة مخالفة جمهور الفقهاء صراحة، فهو استتاج لا يقوى على مجابهة الاستدلال السديد بالكتاب والسنة.

(٣) أخرجه البخاري: ١٩٠٩، ومسلم: ٢٥١٦، وأحمد: ٩٥٥٦، من حديث أبي هريرة.

(٤) يُجْرَى - بضم الياء وسكون الجيم وفتح الراء - مبني للمجهول - من أجرى، ومعنى القاعدة: أن اللفظ المطلق يفسر ويفهم ويطبّق على إطلاقه دون تقييد إلّا بدليل؛ إذ التقييد خلاف الأصل، فالشارع إذ لم يورد دليلاً على التقييد، فقد أراد تحكيم المنطق اللغوي.

(٥) «رد المحتار» لابن عابدين: (٢/٢٩٣): الطبعة الثانية - مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م بالقاهرة.

هذا، وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا بد من شهادة عدلين فأكثر لثبوت الرؤية، بينما اكتفى بعضهم بشهادة العدل الواحد. «الشرح الكبير للدسوقي»: (١/٥٠٩ - ٥١٠).

أقطارهم، دونما اعتبار لاختلاف مطالعهم، مهما تباعدت، وصار معنى الحديث الشريف: صوموا إذا تحققت رؤية الهلال، أيًا كان موقعها، عملاً بالإطلاق.

وفي هذا المعنى يقول الخطاب في «مواهب الجليل» (في الفقه المالكي) ما نصه: «إن الحكم بثبوت رمضان، يعم كلَّ من نُقل إليه، إذا نقل بشهادته عدلين، أو باستفاضة، وسواء كان ثبوته عند حاكم عام كالخليفة، أو خاص، كالأمير والقاضي على المشهور»^(١).

وهذا هو المشهور أيضاً عند الحنفية والحنابلة.

فقد جاء في «رد المحتار» لابن عابدين (في فقه الحنفية): «وظاهر الرواية، الثاني - أي: الرأي الثاني الذي لا يَعتدُّ باختلاف المطالع - وهو المعتمد عندنا، وعند المالكية والحنابلة»^(٢)، لتعلق الخطاب عامًا بمطلق الرؤية في حديث: «صوموا لرؤيته»^(٣).

وجاء في رسائله قوله: «لكنَّ المعتمد الراجح عندنا أنه لا اعتبار به - باختلاف المطالع - وهو ظاهر الرواية، وعليه المتون، كـ«الكنز» وغيره، وهو الصحيح عند الحنابلة، كما في «الإنصاف»، وكذا هو مذهب المالكية»^(٤).

ويقول العلامة الكمال: «وإذا ثبت في مصر - بلد - لزم سائر الناس، فيلزم أهل المشرق برؤية أهل المغرب، في ظاهر المذهب»^(٥).

(١) «الشرح الكبير»: (١/٥٠٣ - ٥١٠).

(٢) وأشرنا آنفاً إلى أن الكاساني والزيلعي من أئمة الحنفية قد خالفا جمهورهم، حيث قالوا باختلاف المطالع. «البدائع»: (٢/٨٣)، و«تبيين الحقائق»: (١/٣٢١). وأما قول الخطاب: إذا نقل بشهادته عدلين أو باستفاضة، فذلك عمل بالأصل العام الذي يقضي بأن الأقطار الإسلامية يجب أن يَعمل بعضها بخبر بعض في الأحكام الشرعية، ومن جملتها الرؤية، كما يقول الإمام الشوكاني. «نيل الأوطار»: (٤/١٨ وما يليها).

(٣) «رد المحتار»: (٢/٣٩٣).

(٤) «رسائل ابن عابدين»: (١/٢٥١ - ٢٥٢)، و«فتح القدير»: (٢/٥٣ وما يليها). وجاء في «الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي»: (١/٥١٠) ما نصه: «أو برؤية عدلين الهلال - أي: يثبت وجوب الصوم - وعمَّ الصوم سائر البلاد قريباً أو بعيداً، ولا يراعى في ذلك مسافة قصر، ولا اتفاق مطالع ولا عدلها، فيجب الصوم على كل منقول إليه، إن نقل ثبوته بالعدلين».

(٥) «المغني»: (٣/٧).

وصرّح بذلك ابن قدامة الحنبلي بقوله: «وإذا أي الهلال أهل بلد، لزم جميع البلاد الصوم».

وقال: «وهو قول الليث، وبعض أصحاب الشافعي^(١)، ومذهب جمهور المالكية^(٢)».

هذا، وإذا كان معنى الحديث - كما فهمه أصحاب هذا الاتجاه - صوموا إذا تحققت رؤية الهلال، أيًا كان مطلععه، للإطلاق، فإن أصحاب الاتجاه الأول قد قيده بالدليل العقلي، وهو أن تباعد الأقطار يقضي - في الواقع - باختلاف المطالع، دون تقاربها عادة، ولكن، هل يصلح هذا الدليل العقلي لتخصيص العام، أو تقييد المطلق أصوليًا؟

وستأتي المناقشة في ذلك.

على أن بعضهم يرى أن إطلاق الحديث السابق «صوموا لرؤيته» مقيد بحديث آخر، هو قوله ﷺ: «لا تصوموا حتى تروا الهلال... الحديث»^(٣). وسنرى أن مآل الحديثين متحد مضمونًا على ما تقضي به القواعد الأصولية في تفسير النصوص.

ثانيًا - واستدل ابن قدامة من الحنابلة بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥].

فقال: «وقد ثبت أن هذا اليوم من الشهر، بشهادة الثقات، فوجب صومه على جميع المسلمين».

ومضى في الاستدلال إلى مدى أبعد، فقال: «إذا كان المفروض هو صوم الشهر

(١) والواقع أن للمالكية أقوالاً ثلاثة منها: المعتمد، وهو ما قدمنا - والثاني: أنه إذا ثبت الرؤية عند حاكم خاص، فإنه لا يعم الحكم إلّا من في ولايته فقط، وهو رأي لابن الماجشون - والثالث: يعتبر اختلاف المطالع بالنسبة للبلاد البعيدة، وهو الأصح عند جمهور الشافعية، وبعض الحنفية، وبعض الإمامية والزيدية، وعليه الصنعاني.

(٢) «مواهب الجليل» للحطاب، و«القوانين الفقهية» لابن جزي، و«المجموع شرح المذهب» للنووي: (٢٢٦/٦ وما يليها) «تبيين الحقائق»: (١/٣٢١)، و«البدائع»: (٢/٨٣).

(٣) أخرجه البخاري: ١٩٠٦، ومسلم: ٢٤٩٨، وأحمد: ٢٢٩٤، من حديث ابن عباس.

في حق المسلمين، وهو ثابت بالنص والإجماع، فإذا ثبت أن هذا اليوم منه، كان ثابتاً وجوب صومه في حق المسلمين بالنص والإجماع أيضاً^(١).

شهود الشهر في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ ليس مقصوداً به خصوص رؤية الهلال من المكلف، بل إقامته وحضوره في بلده وبين أهله، والعلم به

هذا، ومن المعلوم أن ليس المراد بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ خصوص رؤية الهلال، بل المراد هنا العلم بالشهر، وحضوره.

وعلى هذا، فمعنى الآية الكريمة مَنْ حَضَرَ شهر رمضان^(٢) مقيماً في بلده، بين أهله، وعلم بثبوته، فعليه أن يصوم متى كان صحيحاً معافى، وأهلاً للتكليف بالصوم، بدليل ما اقترن به مباشرة من قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

وحاصل الاستدلال عند ابن قدامة، أن العبرة بثبوت الشهر نفسه من أي مطلع كان، ذلك لأن الشارع أناط عموم الحكم - وهو وجوب الصوم - بثبوت الشهر نفسه، بشرط العلم به^(٣) وحضوره^(٤)، لما قدمنا من أن شهود الشهر في الآية

(١) «المعني»: (٧/٢ - ٨) بنوع تصرف للإيضاح.

وراجع في هذا المعنى أيضاً: «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»، للدردير، في الفقه المالكي، إذ ذهب إلى عدم اعتبار اختلاف المطالع.

(٢) المرجع السابق.

(٣) أكد القرطبي هذا المعنى في تفسيره، فجعله عنواناً لمسألة: «قد تقرر أن فرض الصوم مستحق، بالإسلام، والبلوغ، والعلم بالشهر».

«الجامع لأحكام القرآن»: (٢/٣٠٠) - الطبعة الثالثة - دار الكتاب العربي.

(٤) وكذلك «الحضور» بمعنى إقامة المكلف في بلده وأهله، قال علي بن أبي طالب، وابن عباس، وسويد ابن غفلة، وعائشة - أربعة من الصحابة -: من شهد أي: من حضر دخول الشهر وكان مقيماً في أوله في بلده، وأهله. «المرجع السابق»: (٢/٢٩٩). وجاء في «تفسير الطبري» - «جامع البيان» -: «من دخل عليه شهر رمضان، وهو صحيح عاقل بالغ، فعليه صومه» وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه.

وعن السدي: «فمن دخل عليه رمضان، وهو مقيم في أهله، فليصمه». «تفسير الطبري»: (٣/٤٥٠).

(٤٥٤) - تحقيق محمود محمد شاكر - طبع دار المعارف بمصر.

الكريمة، ليس المقصود به خصوص رؤية الهلال من كل مكلف على انفراد، إجماعاً؛ لأن وجوب التماس الرؤية على الكفاية، ولا من خصوص قوم أو أهل ناحية على الصحيح^(١).

ونرى أن مآل هذا الاستدلال هو عين ما ذهب إليه جمهور الحنفية والمالكية، بمعنى أن ثبوت هلال رمضان (الرمضانية) لا يتعدد بتعدد المطالع، بل يثبت بمطلق الرؤية.

فالرؤية الممكنة^(٢) إذن - في اجتهادهم - مطلقة لا نسبية^(٣)، وهي التي أناط الشارع بها عموم الخطاب، فيثبت بها عموم الحكم المتعلق بها، وهو الوجوب على المسلمين، كما أسلفنا^(٤).

ثالثاً - واستدلوا بالمعقول:

أ - قالوا: إن شهر رمضان بين هلالين^(٥)، وقد ثبت أن هذا اليوم من شهر رمضان

(١) وراجع أيضاً كُتُباً أصدرته «مجلة الأزهر»، تضمن بحثاً في اختلاف المطالع، للشيخ عبد الرحمن تاج - شيخ الأزهر سابقاً - «نيل الأوطار»: (٤/٢١٦ وما يليها).

(٢) وإنما قلنا: إن «المناط» هو «إمكانية الرؤية» إذ ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] فقد تكون رؤية الهلال غير ممكنة في بعض الأقطار، بينما الهلال قد ولد فعلاً، بتحركه عن مركز «المحاق» وهو الوضع الذي يوجد فيه القمر على مستوى أفقي يصل مركز محيطه بمركزي الشمس والأرض، ولكن لا تمكن رؤيته في بعض البلاد، لأسباب منها: سرعة اختفائه وراء الأفق الغربي، إثر مُكْتَه بعد الغروب بدقائق معدودة، أو لأسباب أخرى من الظواهر الكونية، أثراً لسير الكواكب وتحركها، وسيأتي فضل بيان لهذا في المناقشة.

(٣) أما الرؤية «المطلقة» فهي التي تتم في أي مطلع من مطالع القمر في الأقطار الإسلامية، فحيثما تثبت الرؤية تثبت رمضانية الشهر، ويثبت وجوب الصوم على المسلمين كافة، وهذا هو محط استدلال الحنابلة والجمهور من الحنفية والمالكية.

وأما «النسبية»، فهي الرؤية التي تثبت بالنسبة لكل بلد من البلاد المتباعدة على انفراد، ويختلف ميقاتها، ويلزم عن ذلك تعددها بتعدد المطالع المختلفة، فلكل قوم مطلعهم.

(٤) المراجع السابقة.

(٥) أي: وليس بين عدة أهلة حتى يقال بتعدد المطالع.

بشهادة الثقات^(١)، بل قد ثبت أنه منه في سائر الأحكام، من حلول الدَّين، ووقوع الطلاق^(٢)، والعتاق، ووجوب النذر، وغير ذلك من الأحكام، فليكن كذلك في حق وجوب الصوم على المسلمين، أي: والتفرقة تحكُّم، لا تقوم على دليل.

ومفاد هذا، أن الشهر قد ثبتت ولادته برؤية الثقات للهلال في أول ليلة منه، في أي مطلع من مطالع الأقطار الإسلامية، فثبتت «رمضانيتها» فوجب الصوم في حق المسلمين كافة، لتعلق الوجوب بثبوت انعقاد الشهر، كما تعلق به سائر الأحكام الشرعية الأخرى.

ب - أن «العلة» إذا كانت هي «مطلق الرؤية» استوى بعد ذلك القرب والبعد^(٣) بين الأقطار؛ إذ اشتراط التباعد تقييد، ولا دليل عليه، لكونه زيادة على النص.

فالعبرة بانعقاد الشهر، وهو يثبت برؤية هلاله، لا بتعدد مطالعه؛ إذ الشهر بين هلالين: هلال أول ليلة من رمضان، وهلال أول ليلة من شوال، وليس بين مجموعة من الأهلة في مطالع متعددة، فولادة الشهر لا تتعدد.

تلك أهم عناصر الأدلة التي اعتمدها أصحاب هذا الاتجاه الثاني.

منشأ الخلاف:

علمت أن الفقهاء قد اتفقوا على اختلاف المطالع - في حد ذاته - ظاهرة كونية واقعية ومحسوسة، لا سبيل إلى إنكارها.

واتفقوا كذلك على أن «الرؤية» قد تكون «ممكنة» بالنسبة لبعض الأقطار، و«غير ممكنة» بالنسبة إلى البعض الآخر.

(١) والأصل العام أن الأقطار الإسلامية يجب أن يعمل بعضها بخبر بعض وشهادته، إذا نقل إليها بطريق مأمون موثوق به، في حق الأحكام الشرعية، والرؤية من جملتها، كما أشرنا. والتفرقة تحكُّم، وليس ثمة من دليل يوجب تخصيص الرؤية من هذا الأصل العام إلا حديث كُرِّب، وستأتي المناقشة فيه. «نيل الأوطار» للشوكاني: (٤/٢١٧ وما يليها).

(٢) إذا كان معلقاً على دخول رمضان.

(٣) وهذا هو الذي ينبغي أن يلحظ في استدلالهم، وليس المراد قياس البعد على القرب كما ذهب إلى ذلك بعض الكاتيبين المحدثين.

واتفقوا أيضاً على أن الشارع أناط الحكم العام بوجوب الصوم، بالرؤية الممكنة؛ إذ لا تكليف إلا بمقدور، وبقدر السعة، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك في «صفة الرؤية الممكنة» إلى اتجاهين.

فمنشأ الخلاف إذن هو: «صفة الرؤية الممكنة التي ينعقد بها الشهر شرعاً، هل هي نسبية أو مطلقة؟».

ومعنى كونها «مطلقة» أنها حينما ثبتت بشهادة الثقات العدول - بل برؤية عدل واحد في بعض المذاهب أو عدلين^(١) - في أي مطلع من مطالع الهلال في الأقطار الإسلامية، فقد ثبتت ولادة الهلال في حق المسلمين كافة.

وتتناول فيما يلي هذين الاتجاهين بالنقد العام، والمناقشة والترحيح.

أ - ما وجه إلى الاتجاه الثاني من النقد الأصولي:

يرد على هذا الاتجاه من النقد، أن مطلق الرؤية في حديث: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته»^(٢) مقيد برواية أخرى في البخاري ومسلم: «لا تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تفطروا حتى تروا الهلال...»^(٣) حيث علق الحكم في هذا الأخير على رؤية كل مخاطب، والسنة هي التي جعلت رؤية البعض وشهادتهم، قائمة مقام رؤية الكل، فيعمل بهذا القدر في البلاد المتقاربة، فتخصص من عموم الحديث.

وأما ما عداها من البلاد المتباعدة، فتبقى على مقتضى عمومها، من وجوب أن يلتمس أهل كل بلد رؤية الهلال في مطلعهم عندهم، فمناطق وجوب الصوم في كل منها، هو رؤيتهم للهلال في مطلعهم على الخصوص، للتباعد.

هذا أهم نقد وجه إلى الاتجاه الثاني، وستأتي المناقشة فيه^(٤).

(١) «المغني»: (٧/٣ وما يليها) - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للردديري: (١/٥٠٩ - ٥١٠).

(٢) أخرجه البخاري: ١٩٠٩، ومسلم: ٢٥١٦، وأحمد: ٩٥٥٦، من حديث أبي هريرة.

(٣) أخرجه البخاري: ١٩٠٦، ومسلم: ٢٤٩٨، وأحمد: ٢٢٩٤، من حديث ابن عباس.

(٤) راجع أدلة الاتجاه الأول التي تضمنت هذا المعنى من النقد للاتجاه الثاني.

ب - مناقشة أدلة الاتجاه الأول وتقديرها أصولياً:

أولاً - يتجه من النقد على هذا الاتجاه، أن «التباعد» الذي اشترطه لا سند له من الشرع ينهض به، وإنما أنتجه الدليل العقلي المحض، بدليل اختلاف فقهاء هذا الاتجاه في «ضابطه» اختلافاً شديداً على النحو الذي رأينا، مما يوهن من أصل الاحتجاج به، والتعويل عليه.

وعلى هذا، فاختلاف ميقات ثبوت هلال رمضان بتباعد البلدان، أمر لا دليل عليه شرعاً.

نعم! اختلاف المطالع - في ذاته - أمر ثابت وقوعاً، باعتباره من الظواهر الكونية المشاهدة، كما أسلفنا، غير أننا نبحت في حكمه، ومدى اعتباره شرعاً أو عدم اعتباره في ثبوت الأهلة، وما يتعلق بها من أحكام شرعية. ففرق بين الأمر الواقع وبين حكمه شرعاً.

ثانياً - لا يقال: إن التباعد يوجب اختلاف المطالع، وهو بالتالي يوجب اختلاف ميقات الرؤية في البلدان المتباعدة؛ لأن هذا هو أصل النزاع، والدعوى لا تؤخذ في الدليل، وإلا كان مصادرة، والمصادرة ينهار بها الاستدلال، لأن الدعوى ليست دليلاً، وإنما هي موضوع البحث الذي يفتقر إلى الدليل^(١).

ثالثاً - ويتجه عليهم في حديث «كُرَيْب» أنه لا متمسك لهم فيه، من قِبَلِ^(٢) أن الشارع قد ربط عموم الخطاب بمطلق الرؤية، في قوله ﷺ صراحة: «صوموا لرؤيته» فحيثما ثبتت الرؤية في أي مطلع من المطالع في الأقطار الإسلامية، فقد تحقق مسمى الرؤية^(٣)، عملاً بالإطلاق، وثبت بالتالي ولادة الهلال فعلاً، فثبت ما تعلق بها من عموم الحكم، وهو وجوب الصوم على المسلمين كافة، لتحقق مناطه.

(١) «المصادرة» عند علماء البحث والمناظرة: أخذ الدعوى في الدليل. والاستدلال بطريق المصادرة متهافت لا يصلح به الاستدلال، كإثبات حجّة السنة بالسنة.

(٢) «قِبَلِ» - بكسر القاف وفتح الباء - أي: من جهة، ومن حيث.

(٣) ويقول ابن عابدين في هذا الصدد، ناقضاً الاتجاه الأول في استدلاله بحديث كريب: «وجه الأول =

رابعاً - لا يقال: إن مطلق هذا الحديث: «صوموا لرؤيته» مقيد بقوله ﷺ: «لا تصوموا حتى تروا الهلال» لأن هذا الأخير، يصلح قيدياً لو كان الخطاب فيه يختص بكل قوم في بلدهم، ولكن الخطاب الشرعي عام^(١)، موجه إلى عموم المخاطبين، فمآل مضمون الروايتين متحد، كما بيّنا، فلا اختلاف بين نص الروايتين من حيث الإطلاق، والاستدلال بهذا الأخير على التعميم أظهر منه على الخصوص، ويصبح المعنى فيهما: «صوموا إذا رُئي الهلال» أو «لا تصوموا حتى تقع منكم رؤية للهلال» دون تخصيص الرؤية بكل قوم في بلدهم على انفراد، ولا إلى فرد بخصوصه؛ إذ من المقرر إجماعاً أن ليس كل فرد من المسلمين مكلفاً برؤية الهلال، ولا معلقاً وجوب صومه على رؤيته هو بمفرده، بل التماس الرؤية فرض على الكفاية^(٢) - كما أسلفنا - ولذا يثبت وجوب الصوم برؤية وشهادة^(٣) عدل واحد منهم، أو عدلين على الخلاف في ذلك^(٤).

وأما قوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥] فقد علمت أن شهود الشهر هنا بمعنى حضوره والعلم به، لا رؤية هلاله.

والخلاصة: أن الخطاب في الحديثين عام، وهما مما حفظه ابن عباس رضي الله عنهما وليس أيّ منهما موجهاً إلى كل قوم في بلدهم، أو كما يقول الإمام الشوكاني: «لا يختص بأهل ناحية على جهة الانفراد، بل هو خطاب لكل من يصلح له من المسلمين،

= أي: اتجاه القائلين بأن لا عبرة باختلاف المطالع - عموم الخطاب في قوله ﷺ: «صوموا» معلقاً بمطلق الرؤية في قوله: «الرؤية» وبرؤية قوم يصدق اسم الرؤية، فيثبت ما تعلق به من عموم لحكم، فيعم الوجوب، أي: جميع المسلمين في أقطارهم المختلفة تباعدت أم تقاربت. «مجموعة الرسائل»: (٢٥١/١).

(١) «نيل الأوطار» للشوكاني: (٢١٧/٤).

(٢) «فتح القدير»: (٢١٧/٢).

(٣) بعض الفقهاء اشتراطوا شهادة أكثر من واحد عدل، كما أشرنا.

(٤) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (٥٠٩ - ٥١٠).

فالاستدلال به على لزوم رؤية أهل بلد لغيرهم من أهل البلاد، أظهر من الاستدلال به على عدم اللزوم^(١).

فتبين لنا أن استدلال ابن عباس بقوله: «هكذا أمرنا رسول الله» هو محض اجتهاد منه، وفهم الصحابي ليس بحجة، إلا أن يكون إجماعاً من الصحابة، رضوان الله عليهم، ولم يقع، ولو وقع لما اختلف الفقهاء هذا الاختلاف الشديد.

خامساً - أما استدلال السبكي بما يومي أن يكون ثمة إجماع الصحابة على اعتبار اختلاف المطالع، بقوله: «لأن عمر بن الخطاب، وسائر الخلفاء الراشدين، لم ينقل أنهم كانوا إذا رأوا الهلال يكتبون إلى الآفاق، ولو كان لازماً لهم لكتبوا إليهم لعنايتهم بأمور الدين» فلا يصلح دليلاً؛ لأنه مجرد استنتاج عقلي في مقابلة النص^(٢)، وأيضاً عدم توفر سبل المواصلات كان حائلاً مادياً دون ذلك؛ إذ كان يستغرق الاتصال بالأقطار الإسلامية النائية يومئذ ثلاثة أشهر أو أكثر، فلا يتحقق الاتصال بها إلا بعد رمضان بزمن طويل، فكيف يتأتى التكليف بمثل هذا شرعاً؟

فكان ذلك عائفاً مادياً جديراً باعتبار أثره، ومحالاً أن يقع التكليف بمثله؛ إذ لا يتحقق به القصد الشرعي، وكل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل.

سادساً - على أن الاتجاه الأول يشترط «البعد» - كما علمت - لأنه هو الذي يتصور معه اختلاف المطالع، وهم وإن اختلفوا في ضابطه، إلا أن الأصح عندهم ما كان شاسعاً، وقد رأوه ما بين الحجاز والأندلس، فلا يصلح إذن الاحتجاج بحديث «كُرَيْب» وبما فهمه ابن عباس رضي الله عنه بقوله: «هكذا أمرنا رسول الله» لأن شرط البعد لم يتحقق فيه، فكان هذا الحديث خارجاً عن محل النزاع في اجتهادهم؛ لأن موقع المدينة من الشام قريب.

(١) «نيل الأوطار»: (٢١٨/٤)، و«فتح القدير» لكمال بن الهمام: (٥٣/٢).

(٢) أعني قوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ وقد رأيت وجه الاستدلال به عند ابن قدامة في كتابه

«المغني»، وقوله ﷺ: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته...».

هذا، وعلى فرض تمسكهم به مع تخلف شرطهم، يلزمهم القول باعتبار المطالع على القرب، وهو خلاف مذهبهم، هذا شيء.

سابعاً - وشيء آخر، هو أن هذا القرب فيما بين المدينة والشام بما لا يوجب اختلاف المطالع واقعاً، دليل على أن رفض ابن عباس رضي الله عنه كان لا مسوغ له، ولا موجب، ومحال أن تأتي السنة بمثل هذا المعنى الذي يوجب اعتبار اختلاف المطالع، مع القرب^(١)، فثبت أنه كان محض اجتهاد منه في فهم الحديث، واجتهاد الصحابي ليس حجة على نصوص الشرع، ولا على إلزام المكلفين بهذا الاجتهاد الخاص وإلا كان الصحابي مشرعاً، ولانقطع الاجتهاد من بعده، ولا يقول بهذا أحد.

ثامناً - فإن قال قائل: إن مراد ابن عباس رضي الله عنه أن الالتزام برؤية أهل الشام مخالف لعمل أهل المدينة، وعملهم أولى أن يتبع، أجيب عن هذا بأن الحجة - كما تعلم - في كتاب الله، وسنة رسوله، فيما روي عنه صلى الله عليه وسلم من الثابت الصحيح.

تاسعاً - أن الأصل العام الثابت الذي نهضت به الأدلة، قاضٍ بوجوب أن يعمل أهل الأقطار بعضهم بخبر بعض، وشهادته، في جميع الأحكام الشرعية، والرؤية من جملتها^(٢) سواء أكانت متقاربة أم متباعدة.

ولو سلم تخصيص حديث «كريب» لهذا العموم، فحينئذ يجب الاقتصار على مورد النص؛ لأنه على خلاف القياس^(٣)، فلا يجوز إلحاق غير أهل المدينة بها، وعند ذلك لا تفهم الحكمة الإلهية من هذا التخصيص، فتكون «العلة» غير معقولة المعنى لأن مؤدَى ذلك ألا تلتزم المدينة وحدها، دون غيرها من الأقطار برؤية أهل الشام، وهو أمر شديد على العقل أن يسلم به.

(١) إذ لا قائل به إجماعاً.

(٢) «نيل الأوطار»: (٢١٧/٤ - ٢١٨).

(٣) وذهب ابن أبي ليلى إلى أن ما ثبت على خلاف القياس، يجوز القياس عليه. «السرخسي»: (٣/٥٤ وما يليها).

ولو سُلمَ الإلحاق بقياس سائر الأقطار على المدينة، فمقتضى ذلك أنه يجب أن يكون بينها من البعد ما بين المدينة والشام، أو أكثر، وحينئذ يقال: ما دليل من ذهب إلى اعتبار الناحية، أو مسافة القصر في المنع من العمل بالرؤية؟^(١).

عاشراً - على أن حديث «كريب» ورد بصيغة مجملة؛ إذ لم يورد ابن عباس فيه لفظ النبي ﷺ ولا معنى للفظه، روايةً بالمعنى، حتى ينظر في عمومه وخصوصه، فأنى يصلح الاحتجاج بمثل هذا في تقييد مطلق، أو تخصيص عام؟

حادي عشر - حديث «كريب» إذن بما هو فهم صحابي، وبإجماله، لا يعتد به من حيث مخالفته لمقتضى النص الصريح، في قوله ﷺ: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته» حيث علق عموم الحكم على مطلق الرؤية^(٢)، والحجة في صريح قول النبي ﷺ لا بما فهم منه الصحابي، وقد علمت أن جمهور الفقهاء قد نازعوه هذا الفهم.

ثاني عشر - ويتجه عليهم في المعقول من احتجاجهم، بأن ظهور الهلال في مطلع قوم، لا يستلزم ظهوره في مطلع قوم آخرين؛ لأن انفصال الهلال عن الشمس يختلف باختلاف الأقطار، فكانت مطالع القمر كمطالع الشمس، فإذا أوجبت هذه الأخيرة اختلاف مواقيت العبادة في الأقطار المتباعدة إجماعاً، فكذلك مطالع القمر، أقول: يتجه على هذا النظر أنه قياس مع الفارق، لأمرين:

أحدهما: للواقع الوجودي الكوني للكواكب الذي تنشأ عنه الظواهر الكونية الفلكية، ما يجعل لأحدهما وضعاً كونياً مطلقاً، ويجعل لغيرها وضعاً نسبياً بالنسبة لأهل الأرض.

الثاني: لدفع الحرج في الدين.

(١) المرجع السابق.

(٢) «الرسائل» لابن عابدين: (١/٢٥١).

بيان الأول: أن الشمس في وضعها الفلكي تواجه الأرض مباشرة كل يوم، ولكنها تواجهها بالتدرج، بالنظر لكروية الأرض، ودورانها حول نفسها، فيكون مشرقها وزوالها ومغربها نسبياً، يختلف باختلاف مواقع الأقطار على الكرة الأرضية، من حيث خطوط الطول أو العرض، مما يترك أثره في اختلاف مواقيت العبادة، في هذه الأقطار، إجمالاً.

إذن مطلع الشمس نسبي.

وليس كذلك القمر.

إذ من المقرر فلكياً أن مولد القمر يبدأ بخروجه من المحاق^(١)، أي: يبدأ بتحركه بعد أن كان متوسطاً بين الشمس والأرض، ينتظم كلاً منهما خط أفقي يصل بين مراكزها - مراكز محيطاتها - الثلاثة، وهو وضع كوني مطلق، لا يختلف باختلاف الأقطار، وظاهرة كونية لا تتأثر باختلاف أجزاء الأرض، تباعداً أو تقارباً، فلا معنى إذن لافتراض النسبية.

إذن تبتدئ ولادة القمر - كما قلنا - بتحركه من مركز المحاق، فتبدو بهذا التحرك حافته الهلالية المنيرة، فإذا أمكنت رؤيتها في أي مطلع من الأقطار الإسلامية، فقد ثبتت ولادة القمر شرعاً، وانعقد الشهر في حق المسلمين جميعاً.

إذن، ولادة القمر ليست نسبية، بل مطلقة^(٢)، بخلاف الشمس.

وعلى هذا، يمكن إدراك موطن الضعف في اجتهاد الإمامين الزيلعي والكاساني، وغيرهما، من حيث تصورهم لمطلع القمر كمطلع الشمس، في حين أنهما مختلفان وضعاً كونياً، بالنسبة لأهل الأرض، الأمر الذي جعل أحدهما مطلقاً، والآخر نسبياً، كما بينا.

هذا، ولو كان مطلع القمر كمطلع الشمس، أمراً نسبياً كما تصوروا، لما وقع اختلاف شديد بين الأئمة؛ لأن مطلع الشمس نسبي بالإجماع.

(١) هو الوضع الذي يكون فيه القمر مظلماً في الليلة الثامنة والعشرين وما يليها.

(٢) «الفتاوى الواضحة» للأستاذ محمد باقر الصدر: (١/٥٠٨ وما يليها).

ومن هنا يبدو الإعجاز البياني والعلمي للكتاب العزيز، حيث أناط عموم الخطاب بمطلق الرؤية، تبعاً لوضع القمر الذي تحدد على نحو مطلق أيضاً: ﴿سَرِيهَةٌ أَيْتَنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّى يَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ﴾ [نصت: ٥٣].

الرد على الإمام الزيلعي:

على أن الإمام الزيلعي أقر بأنه قد خالف في اجتهاده هذا - نتيجة لتصوره وضع القمر كوضع الشمس فلكتياً - أقول: قد خالف في اجتهاده جمهور فقهاء المذهب الحنفي بوجه خاص، فضلاً عن جمهور فقهاء المسلمين، ففي متن «الكنز» الذي يشرحه ما نصه: «ولا عبرة باختلاف المطالع» ثم جاء الإمام الزيلعي نفسه بلفظ يشعر بضعف القول^(١) بما يخالف ذلك، بقوله: «وقيل: يعتبر» ثم قال: ... وأكثر المشايخ على أنه لا يعتبر، حتى إذا صام أهل بلدة ثلاثين يوماً، وأهل بلدة أخرى تسعة وعشرين يوماً، يجب عليهم قضاء يوم^(٢).

ويشير ابن عابدين إلى أن ظاهر المذهب، وما عليه المتون في المذهب الحنفي، أن لا عبرة باختلاف المطالع بقوله: «لكن المعتقد الراجح عندنا، أنه لا اعتبار به، وهو ظاهر الرواية، وعليه المتون، كما في «الكنز»، وغيره، وهو الصحيح عند الحنابلة، كما في «الإنصاف»^(٣).

وكذا هو مذهب المالكية...^(٤).

ويتجه عليهم في القياس^(٥) أيضاً أن الشارع الحكيم - فيما يتعلق بثبوت الهلال، وانعقاد الشهر - قد علق الخطاب بمطلق الرؤية، على ما بينا، بخلاف مطلع الشمس،

(١) إذ جاء مبنياً للمجهول، مما يشعر بضعف المقول.

(٢) «تبيين الحقائق»: (١/٣٢١).

(٣) «المغني» وغيره.

(٤) «الرسائل»: (١/٢٥١)، و«حاشية الدسوقي»: (١/٥٠٩ - ٥١٠).

(٥) أي: قياس مطلع القمر على مطلع الشمس، بجامع أن كلاً منهما كوكب ذو وضع كوني يؤثر في اختلاف المطالع، على مواقيت العبادة وثبوت الأهلة.

من حيث شروقها وزوالها وغروبها، «لم يثبت تعلق عموم الوجوب بمطلق مسماه» في خطاب من خطابات الشارع، ولو تعلق عموم الخطاب بمطلق مسمى الأوقات، لزم الحرج، لتكررها كل يوم، بخلاف الهلال، فإنه في السنة مرة^(١).

الثابت في علم الفلك، أن أقصى مدة بين مطلع القمر في أقصى قطر إسلامي، ومطلعه في أقصى قطر إسلامي آخر، في قارتي آسيا وأفريقيا، لا تزيد عن تسع ساعات^(٢)؛

على أن علماء الفلك قد أثبتوا أن أقصى مدة للتباعد بين قطرين إسلاميين في قارتي آسيا وأفريقيا، لا تزيد عن تسع ساعات، مما جعل توحيد البدء بالصوم بينهما في يوم معين أمراً ممكناً؛ إذ يكونان مشتركين في أجزاء من الليل عند ثبوت الرؤية، والتبليغ بها، فيتمكنان من أداء الفريضة معاً، بدءاً من الليلة الأولى بنية الصوم، وتناول السحور قبل الفجر.

غير أنه إذا كان التباعد بين قطر إسلامي وآخر^(٣) نائياً جداً، بحيث تستغرق المسافة الزمنية يوماً أو تزيد، وجب عندئذ اعتبار اختلاف المطالع بينهما، لهذا الوضع الخاص، ذلك لأن توحيد يوم البدء بالصوم في مثل هذه الصورة مُحال؛ إذ لا يتم ثبوت رمضانة الشهر بالنسبة لأحدهما إلا وهم في رابعة النهار، أو في ضحاها، فأوجب هذا الوضع استثناء مثل ذلك القطر من عموم الحكم حتماً، لاستحالة التكليف بالأداء قبل ثبوت الوجوب في ذمتهم، وشغلها به، لعدم انعقاد الشهر في حقهم.

(١) هذا فضلاً عما بينا من اختلاف وضعيهما الكوني، بحيث جعل القمر ذا وضع مطلق، والشمس ذات وضع نسبي، بالنسبة لأهل الأرض ومواقع أقطارهم. «الفتاوى الواضحة» للأستاذ محمد باقر الصدر: (٥٠٨/١). «الرسائل»: (٢٥١/١ - ٢٥٢).

(٢) بحث المرجوم الأستاذ الشيخ محمد علي السائس، في «مجلة مجمع البحوث في الأزهر»، المؤتمر الثالث ص ٩٥ وما يليها.

(٣) قد يكون غير إسلامي، وإن كان يقيم فيه بعض المسلمين.

إجماع الأئمة الأربعة على وجوب بدء الصوم في يوم معين، في حقّ المسلمين جميعاً في أقطارهم، إذا أمر الحاكم الأعلى المسلم بثبوت رمضان في الشهر في ذلك اليوم، ولو كان ثبوت رؤية الهلال في مطلع من مطالع تلك الأقطار دون سائرهما:

من المقرر شرعاً أن أمر الحاكم الأعلى المسلم في كل فصل مجتهد فيه - كمسألة اختلاف المطالع - يرفع النزاع، ويرجح أحد النظرين، إذا كان يعتقد بأحقيته ورجحانه، وحيث يجب على المسلمين جميعاً الامتثال لحكمه، والعمل بمقتضاه، ولا تجوز مخالفته شرعاً، توحيداً لأمر المسلمين، وهذا بالإجماع.

فإذا تقرر هذا، فإنه يُصبح من اليسير توحيد يوم بدء الصوم بالنسبة لجميع المسلمين، في أقطارهم، ويرتفع الخلاف، إذا صدر بذلك حكم موحد من قبل حكامهم، لوجوب نفاذه في حق من هم في ولايتهم^(١)، كما أسفنا.

وبذلك يترجح لديك الاتجاه الثاني، وهو اتجاه جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة القائل بأن: «لا عبرة باختلاف المطالع»، وأن ثبوت عموم الحكم بوجوب أداء الصوم منوط بمطلق الرؤية، للأمور الآتية:

أولاً - لقوة أدلته من الكتاب والسنة، ودقة وجوه الاستدلال بها، على النحو الذي بينا.

ثانياً - تعليق الشارع عموم الحكم بمطلق الرؤية، على ما علمت.

ثالثاً - ولأن الشارع الحكيم يعلم أن رؤية الهلال «غير ممكنة» بالنسبة لجميع الأقطار، لأسباب متعددة، فاكتمى بالرؤية الممكنة المطلقة، تيسيراً.

رابعاً - لأن ولادة الشهر لا تتعدد.

(١) «المغني»: (٧/٣ وما يليها)، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (١/٥٠٩ - ٥١٠)، و«رسائل

ابن عابدين»: (١/٢٥١ وما يليها).

ولعل هذا مضمون تعليل ابن قدامة في «مغنيه»، في قوله: «ولأن شهر رمضان ما بين هلالين» وقوله أيضاً: «وقد ثبت أن هذا اليوم^(١) من شهر رمضان بشهادة الثقات، فوجب صومه على جميع المسلمين».

خامساً - الأصل العام الثابت الذي نهضت به الأدلة، يقضي بأن الأقطار الإسلامية يجب أن يعمل بعضها بخبر بعض، وشهادته، في الأحكام الشرعية، والرؤية من جملتها، وهو المعنى الذي أشار إليه ابن قدامة في قوله: «وقد ثبت أن هذا اليوم - يوم ولادة الشهر الثابت بمطلق الرؤية في بعض الأقطار الإسلامية - من شهر رمضان، بشهادة الثقات المسلمين» أي: عملاً بالأصل العام الذي يقضي بذلك شرعاً، إذا نقل إليهم خبر ثبوته بطريق موثوق به^(٢).

سادساً - حديث كُرَيْب - وهو عمدة المخالف - مجمل؛ إذ ليس فيه - كما يقول الشوكاني - لفظ النبي ﷺ ولا معنى لِلْقَظْهِ حتى يحكم بعمومه أو خصوصه، فلا يصلح دليلاً يخصص به ذلك الأصل العام.

وما فهمه ابن عباس رضي الله عنهما مما يحفظ من الأحاديث، لا يصلح حجة ليعمل به، أو ليخصص به ذلك الأصل العام؛ إذ لا يعدو كونه فهم صحابي، وهو ليس بحجة، بدليل مخالفة جمهور الفقهاء له.

على أن الروايتين قد أناط الشارع بهما عموم الخطاب بمطلق الرؤية، كما ذكرنا، فلا تعارض.

سابعاً - أن التباعد الذي اعتبره المخالف موجباً لاختلاف المطالع، هو مجرد واقع كوني لا يسع أحداً إنكاره، وليس محلاً للنزاع، وإنما النزاع في اعتباره شرعاً أو عدم اعتباره في ثبوت الأهلة وما يتعلق به من أحكام.

(١) يقصد بهذا اليوم يوم ولادة الشهر التي تثبت بمطلق الرؤية، وشهد بها الثقات. «المغني مع الشرح الكبير»: (٧/٣).

(٢) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (١/٥٠٩ وما يليها).

ولو اتخذ هذا التباعد دليلاً للتخصيص، لقصر عن ذلك؛ إذ هو محض استدلال عقلي، حتى اختلف الفقهاء في ضابطه اختلافاً شديداً.

وعلى فرض صحة هذا الاستدلال العقلي، فكيف يتأتى اعتماده مستنداً للتخصيص من الأصل العام، مع هذا الاختلاف الشديد في ضابطه؟

ثامناً - إن ولادة القمر - كما علمت - إنما هي نتيجة لتحركه عن مركز المحاق الكائن بين الشمس والأرض، وهو موضع كوني محددٌ ثابت مطلق، لا يختلف باختلاف الأقطار.

بقيت «إمكانية الرؤية» نسبية^(١) هي أو مطلقة، وهذا هو منشأ الخلاف.

تاسعاً - هذا الاتجاه تطابق فيه المفهوم الشرعي مع الوضع الكوني؛ إذ الكل من عند الله تعالى، ولا تخالف ولا تناقض بين أحكام شرعه، ونظام كونه، فكان ذلك آية صدق من آيات الإعجاز البياني والعلمي لهذا الكتاب العزيز.

الخلاصة الجامعة لهذا البحث تتركز في النقاط التالية:

أ - اختلاف المطالع من حيث هو ظاهرة كونية محسوسة، لا سبيل إلى إنكاره، لكن لا عبرة به في ثبوت الأهلة، وما يتعلق بها من أحكام شرعاً، على الأصح، عند الجمهور.

ب - عمدة المخالف حديث «كريب» وهو مبهم، أو مجمل؛ إذ ليس فيه لفظ النبي ﷺ ولا معنى للفظه، ليفهم منه الخصوص أو العموم، فضلاً عن أن ما جاء فيه لا يعدو كونه فهماً خاصاً لصحابي لا تقوم به الحجة، بدليل منازعة الجمهور من الأئمة لهذا الفهم الخاص.

ج - خالف حديث «كريب» مضمون السنة الصحيحة الثابتة، «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته» حيث علق الشارع عموم الخطاب بمطلق الرؤية.

(١) كونها مطلقة، أي: يكتفى بثبوتها في مطلق أي قطر من الأقطار الإسلامية. وأما كونها نسبية - أي: لا يكتفى بثبوت رؤية الهلال في مطلع قطر ما، بل لا بد من أن يرى في مطلع كل قطر على انفراد حتى يثبت انعقاد الشهر في حق أهله، وبذلك يختلف حكم بدء الصوم باختلاف المطالع. «الفتاوى الواضحة» للأستاذ محمد باقر الصدر: (١/٥٠٨ وما يليها).

د - أن حديث: «لا تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تفتروا حتى تروا الهلال» مآل مضمونه بالمفهوم المخالف - وهو حجة عند الجمهور - في قوة الأمر عند ثبوت الهلال بالرؤية المطلقة، أي: «صوموا عند الرؤية» وهو عين مضمون الحديث الأول، ولا اختلاف في دلالات الشرع، ومنطقه العام.

إذن، هما متفقان من حيث الإطلاق، وليس الثاني مقيداً للأول، كما زعم المخالف.

هـ - والاستدلال بهذا المضمون المتحد - مطلق الرؤية الممكنة - أظهر من الاستدلال على الرؤية النسبية الممكنة التي تختص بكل قوم في مطلعهم، كما يقول الإمام الشوكاني.

و - ليس بين المدينة والشام من البعد ما يوجب اختلاف المطالع، فلا يصح استدلال المخالف بحديث «كريب» على مدعاه، لعدم تحقق شرطه في اجتهاده، حيث قال: إن التباعد الفاحش، كالبعد بين الحجاز والأندلس، هو الذي يوجب اختلاف المطالع في النظر الأصح عنده، وإلا لزمه القول باختلاف المطالع على القرب، وهو خلاف مذهبه.

ز - لا يقوى حديث «كريب» في إبهامه وإجماله - وما جاء فيه من اجتهاد خاص بصحابي - على تخصيص الأصل العام الذي نهضت به الأدلة، من أن الأقطار الإسلامية يجب أن يعمل بعضها بخبر بعض، وشهادته، في الأحكام الشرعية، والرؤية من جملتها.

هذا ما أشار إليه الإمام ابن قدامة^(١) من أنه يجب على المسلمين كافة العمل بخبر الثقات، وكذلك الإمام الشوكاني بل سائر الأئمة، كما قدمنا.

ح - هذا فضلاً عن أن مآل الحديثين مضموناً متحد، وهو تعليق عموم الخطاب بمطلق الرؤية الممكنة.

(١) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (١/٥٠٩ - ٥١٠).

ط - لا حجة في الآية الكريمة: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥] على الرؤية النسبية الممكنة الخاصة بكل بلد على انفراد؛ لأن شهود الشهر في الآية الكريمة معناه الإقامة في البلد، وبين الأهل، أو حضور الشهر والعلم به، لا خصوص رؤية هلاله، على ما بينا، عند أئمة المفسرين من الإمام الطبري والقرطبي وغيرهما.

والمعنى: من أدركه الشهر، وهو مقيم في بلده وأهله، مكلفاً صحيحاً معافى، عالماً بدخول الشهر، وجب عليه الصوم، ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر، وبذلك يتسق منطق الآية ومنطوقها^(١).

ولا علاقة لهذا بالرؤية، مطلقة أو نسبية، كما ترى.

ي - الأدلة العقلية للمخالف لا سند لها من الشرع؛ لأنها محض استدلال عقلي، بدليل وقوع الاختلاف الشديد فيما بينهم في ضابط شرط التباعد.

ك - وأيضاً قياس مطلع القمر على مطلع الشمس، لا يصح، لاختلاف كل منهما وضعاً كونياً.

ل - القول باختلاف المطالع، واعتباره، يقضي بتعدد «أهلة» شهر رمضان، والواقع أن شهر رمضان - كما يقول العلامة ابن قدامة - بين هلالين: هلال أول ليلة من رمضان، وهذا مبتدؤه، وهلال أول ليلة من شوال، وهذا منتهاه، وجاءت السنة مؤكدة هذا المعنى، صوموا لرؤيته، أي: صوموا عند ثبوت هلال مبتدئه، وأفطروا عند ثبوت هلال منتهاه.

م - منشأ الخلاف: هل الرؤية الممكنة التي تثبت بها رمضان الشهر، وانعقاده، مطلقة أو نسبية؟

ن - القول بالرؤية المطلقة يوجب التوافق بين أحكام الشرع، وأوضاع الكون، والكل من عند الله تعالى، وتلك آية بينة على الإعجاز البياني والعلمي للقرآن الكريم.

(١) أي: لفظها ومعناها.

س - البلاد النائية جداً التي تبعد المسافة الزمنية فيها بعداً يزيد عن يوم، بحيث تكون في نهار عندما تكون سائر الأقطار الإسلامية في أجزاء من الليل، تختص برؤيتها استثناء، لوضعها الكوني الخاص على الكرة الأرضية، لاستحالة اشتراكها مع الأقطار الإسلامية في أي جزء من الليل، مما يوجب الاستحالة في تحقيق وحدة بدء الصوم وأداء الفريضة في ذلك اليوم بالنسبة إليهم، قبل ثبوت الوجوب في ذمتهم، لعدم انعقاد الشهر في حقهم. والاستحالة لا يتأتى معها التكليف شرعاً.

ع - من المقرر شرعاً أن كل فصل مُجْتَهَدٍ فيه^(١) إذا أصدر فيه الحاكم المسلم الأعلى حكماً، يرجح أحد النظيرين، لاعتقاده بأحقيته، في اجتهاده، وجب على المسلمين كافة إنفاذه، ولا تجوز مخالفته شرعاً، وهذا بالإجماع. وعلى هذا، إذا أصدر الحكام المسلمون الأعلان^(٢) في أقطارنا أمراً بتوحيد بدء الصوم في يوم معين، تعيّن على المسلمين كافة إنفاذه شرعاً، وبذلك ترتفع الفوضى والبلبلة التي يعانيتها العالم الإسلامي كل عام، في ثبوت رمضانة هذا الشهر العظيم^(٣).

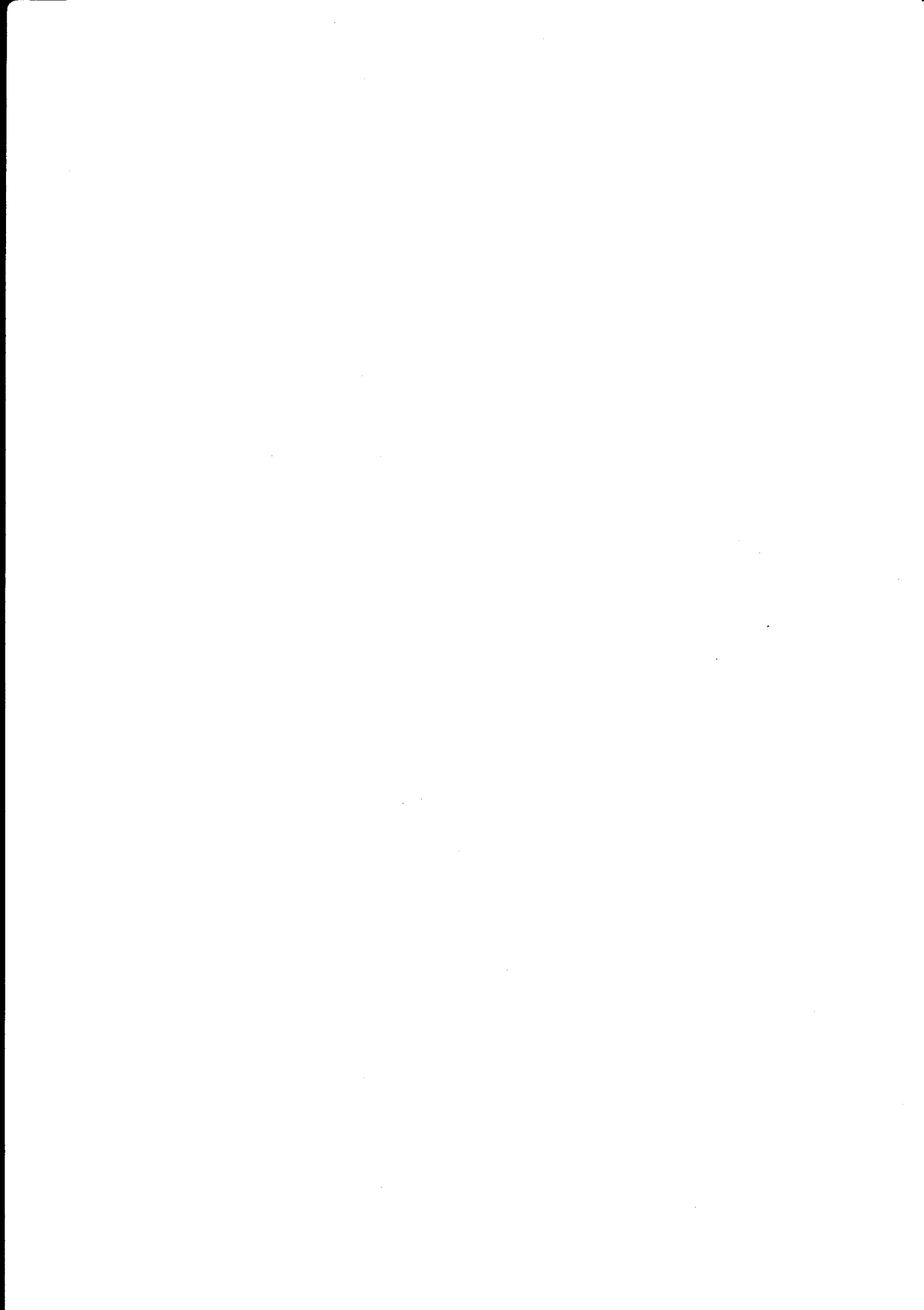
والله الهادي إلى سواء السبيل.

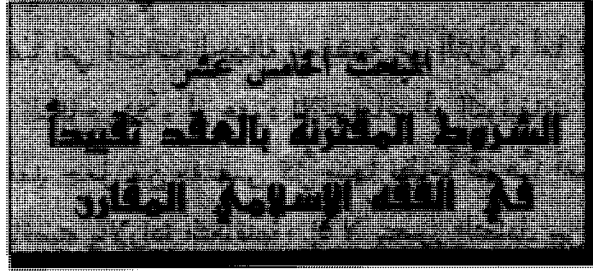


(١) أي: كل مسألة مختلف فيها.

(٢) الحاكم المسلم الأعلى، يقصد به ذو الولاية العامة، بخلاف القاضي، أو الوالي، فإن ولاية كل منهما خاصة، فلا يخضع لحكمه إلا من كان في ولايته.

(٣) هذا فضلاً عن أن ما يجري في العالم الإسلامي اليوم من الأخذ بمبدأ اختلاف المطالع، مخالف لما عليه جمهور الفقهاء.





مجال سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي:

من المقرر إجماعاً أن مجال سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي، مقصور على إنشاء العقد أو التصرف، بحيث لا تتعداه إلى ترتيب آثاره، فالشارع الحكيم هو الذي يرتب على كل عقد أو تصرف آثاره^(١)، وذلك حفظاً للتوازن، أو تحقيقاً لمقاربة التساوي بين الالتزامات في مضمون عقد المعاوضة بين طرفيه فيما يجب لكل منهما من حق، وما عليه من التزام، وهذا من مباني العدل في التشريع الإسلامي.

ولا ريب أن التوازن أو المساواة في العقود المالية التبادلية - فضلاً عن كونها مبني للعدل - هي مقصود المتعاقدين، يؤكد هذا الأصل ما جاء في «بداية المجتهد»: «... يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا - ومعظم الشروط المقرنة بالعقد علّة بطلانها معنى الربا - إنما هو لمكان الغبن الكثير فيه، وأن العدل في المعاملات إنما هو مقاربة التساوي، ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات، جعل الدرهم والدينار لتقويمها، أعني تقديرها»^(٢).

(١) ويقول الإمام عبد العزيز البخاري - صاحب «كشف الأسرار على أصول البيزوي» - في هذا الصدد ما يلي: «إن العلل الشرعية - ومنها العقود - غير موجبة بأنفسها... وإنما الموجب للأحكام - المعلول والأثر - هو الله تعالى». «كشف الأسرار» ص ١٢٩١.

ويقول الإمام الغزالي: «إن الله هو الذي أضاف الآثار إلى أسبابها؛ لأن الأسباب لا توجب الحكم لذاتها، بل بإيجاب الله تعالى، فالسبب هو ما يحصل الحكم عنده، لا به». «المستصفى» ص ٩٣ - ٩٤.

(٢) «بداية المجتهد» لابن رشد: (١٢٣/٢).

وكما حرص الشارع بتحديد مقتضى العقد على تحقيق التعادل بين الالتزامات المتقابلة بين طرفي العقد في العقود المالية التبادلية، نفيًا للربا أو الغرر، فقد قصد بذلك التحديد أيضاً نفي أسباب الجهالة المفضية إلى النزاع، أما غير ذلك من العقود غير المالية كعقد النكاح مثلاً، أو عقود الالتزامات أو التوثيقات كالكفالة، أو عقود التبرع كالهبة، فقد جعل من مقتضى كل منها نظاماً شرعياً أساسياً له، لا يجوز المساس به أو مناقضته بالإرادة التعاقدية؛ إذ لا يتصور التعادل بين الالتزامات المالية في مثل هذه العقود، وإن كان لمشروعية الباعث اعتباراً، في عقود التبرع، كعقود المعاوضة، سواء بسواء^(١).

فالعقود إذن شرعت أسباباً لمسيباتها، أو شرعت لتكون مفضية إلى نتائجها في العمل، ومواقع الوجود، بجعل الشارع، وبذلك كانت أسباباً جعلية لا عقلية^(٢) طبيعية، تفضي إلى آثارها بذواتها.

ويوضح الإمام ابن تيمية هذا المعنى بقوله: «إن الأحكام الثابتة بأفعالنا، كالملك الثابت بالبيع... نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام - أي: بإبرام العقود، وإنشاء التصرفات - والشارع أثبت الحكم، لثبوت سببه منا»^(٣).

فصوناً للتصرفات من أن تصبح نتائجها رهناً بالإرادة الإنسانية المطلقة التي كثيراً ما تطغى، وتتنكب جادة الحق في التعامل، بدافع من الأنانية والهوى والجشع، ولا سيما إذا كانت في مركز أقوى، تولى الشارع بنفسه ترتيب هذه الحقوق التي يطلق عليها أحياناً أحكام العقد.

(١) وذلك كما في الهبة والوصية والوقف؛ لأنها تصرفات انفرادية.

(٢) «الموافقات» للشاطبي: (١/١٣١)، و«أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف ص ٣٨٥. وراجع بحث الأسباب الشرعية في «الموافقات» للشاطبي: (١/١٩٤).

(٣) ونفي كون العقد سبباً عقلياً أو طبعياً، لا يعني نفي صفة المعقولية عنه، بحيث لا يستقل العقل بإدراك كونه سبباً شرع لغاية معينة: اقتصادية أو اجتماعية مرسومة له شرعاً، ومعقولة في حد ذاتها، وتعتبر الحكم الأصلي الذي شرع العقد من أجله، بل المقصود أن العقد لا ينتج أثره بذاته، بل يجعل الشارع له منتجاً تلك الآثار عند إنشائه. «رد المحتار» لابن عابدين: (٤/١٣٦).

على أن لكل عقد حكماً أصلياً شرعاً من أجله، هو المقصود الأصلي من شرعية العقد، ويطلق عليه «مقتضى العقد»، أو غايته النوعية، كانتقال ملكية المبيع إلى المشتري تلقائياً فور إنشاء عقد البيع، وثبوت حق احتباس المرهون للمرتهن في عقد الرهن، توثيقاً لدينه واستيفائه من ماليته، إذا عجز المدين عن الوفاء عند بلوغ الدين مَحَلَّهُ^(١) أو حلول أجله، وثبوت ملكية منفعة العقار للمستأجر في عقد الإجارة، وحقه في استيفائها، وغير ذلك من المقتضيات الأصلية للعقود التي تتنوع بحسب طبيعة كل عقد.

أما أحكام العقد الأخرى، من مثل تسليم الثمن، وأداء بدل المنفعة، أو الأجرة، ووجوب ضمان العين المرهونة على المرتهن، فليست أصلية، وإنما هي التزامات وتكاليف تابعة.

وإذا كانت آثار العقد جعلية - ومنها مقتضاه أو حكمه الأصلي - فإنها غالباً ما تكون هي مقصود المتعاقدين، حتى إذا بدا لهما أو لأحدهما أن يُعدّل من آثار هذا العقد، زيادةً أو نقصاً، كان له ذلك عن طريق الشروط العقدية التقييدية المقترنة عند جمهور الفقهاء^(٢).

هذا، وجمهور الفقهاء قد اختلفوا في «مدى سلطان الإرادة العقدية في تحديد آثار العقد» تبعاً لاختلافهم في «ضابط» الشرط الجائز، أو الشرط غير الجائز، مما جعلهم بالتالي مختلفين في أنواع هذه الشروط التقليدية، ومدى آثارها على التصرف القولي، صحة وبطلاناً، وهو موضوع هذا البحث المقارن.

(١) المحل : بفتح الميم وكسر الحاء : الأجل المضروب المسمى لأداء الدين المؤجل.

(٢) ما عدا الظاهرية الذين لا يجيزون اشتراط أي شرط إلا إذا ورد به نص بعينه، أو انعقد عليه إجماع، كما سيأتي.

أ - تعريف الشرط التقييدي المقترن بالعقد اصطلاحاً^(١) (تحرير محل النزاع): هو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه شرعاً تحليل هذا التعريف:

يبين التعريف أن الشرط يوجب تكليفاً في تصرف قولي، سواء أكان عقداً بين طرفين من عقود المبادلات المالية أم غير المالية، أم كان تصرفاً انفرادياً، كالهبة، والوصية.

وقولنا: وارد في التصرف القولي عند تكوينه، يفيد التعبير عنه في صلب العقد إبان إنشائه، بحيث يصبح من بنوده وأجزائه التي تم التراضي على أساسها، وهذا معنى الاقتران.

فخرج بذلك الشرط السابق على التصرف واللاحق له، ولو تضمن تكليفاً؛ لأنه غير مقترن.

أما كونه زائداً، فلاخراج الشرط الذي يتضمن التزاماً هو من مقتضى العقد لأن مثل هذا الالتزام يثبت بمطلق العقد قبل الاشتراط، فلا يفيد التزاماً زائداً عما يقرره العقد من حقوق وواجبات، بل يؤكدتها، فوجوده وعدمه سواء، في حين أن مجال بحثنا إنما هو في الشروط التي تعدل من آثار العقد وليست من مقتضاه.

وقولنا: يفيد التزاماً زائداً، يشمل ما إذا كان فيه نفع لأحد المتعاقدين، أو لغيرهما، أو لا منفعة فيه لأحد.

ب - الفرق بين كلٍّ من الشرط التقييدي، والتعليقي، والإضافي:

بهذه القيود يخرج الشرط التعليقي والشرط الإضافي.

أما الشرط التعليقي، فلا يوجب تكليفاً زائداً عن مقتضى التصرف، وإنما هو شرط

(١) أما تعريف الشرط لغةً، فقد ورد بمعان متعددة، أقربها لما نحن فيه هو «إلزام الشيء والتزامه، في البيع ونحوه» - «لسان العرب»: (٩/٢٠٢ وما يليها).

يفيد ربط حصول أمر بحصول أمر آخر، أو كما يقول الأصوليون: «ربط حصول مضمون جملة، بحصول مضمون جملة أخرى»^(١) كلاهما غير موجود في الحال. فلو علق تصرفه على حصول أمر مستقبل متوقع الحدوث بأداة من أدوات التعليق، كقوله: «إذا جاء ولدي من السفر فقد بعتك داري بثمان قدره كذا» فهذا شرط تعليقي لا يكون معه التصرف منعقداً في الحال، ولا يفيد التزاماً زائداً عن مقتضى العقد، ولو كان مقارناً له، قولاً وزماناً.

أما الشرط الإضافي فيفيد «إرجاء أثر التصرف المنعقد إلى زمن مستقبل معين» كقولك: «آجرتك هذه الدار اعتباراً من أول الشهر القادم» فالعقد منعقد، ولكن آثاره لا يبدأ سريانها إلا بدءاً من الزمن المستقبل المعلوم الذي أضيف التصرف إليه. فهو شرط وإن كان مقارناً للتصرف، غير أنه لا يوجب التزاماً زائداً عن آثار العقد الأصلية.

والخلاصة: أن الشرط التقييدي المقترن هو الذي يعدل من آثار العقد زيادة أو نقصاً، بخلاف الشرط التعليقي، والشرط الإضافي؛ إذ كلٌّ من هذين الشرطين يقترن بالعقد، غير أنه يختلف عن الشرط التقييدي المقترن مفهوماً وأثراً، كما قدمنا، وتتناول فيما يلي اتجاهات الفقهاء في الشرط التقييدي المقترن.

أولاً: اتجاهات الفقهاء في الشروط التقييدية المقترنة بالعقد:

١ - لا نزاع بين الفقهاء جميعاً في أن الشرط الذي يقتضيه العقد جائز، كاشتراط الزوجة على زوجها في عقد الزواج أن ينفق عليها، أو أن يدفع لها مهراً محدداً، أو أن يعاشرها بالمعروف، أو يشترط المشتري أن يتصرف في المبيع، بيعاً أو إجارة أو رهناً؛ لأن هذا يثبت بمطلق العقد، كما ذكرنا، فاشتراطه وعدمه سواء؛ إذ لا يزيد ولا ينقص شيئاً من أحكام العقد التي رتبها الشارع؛ لأنه من مقتضى العقد، فصح إجماعاً.

(١) «المدخل» للأستاذ الزرقاء: (١/٥٤٤).

وهذا النوع من الشروط - في الواقع - ينبغي ألا يُدرج في الشروط التقييدية؛ لأن ما يوجبه يثبت بالعقد قبل الاشتراط، ولأنه زائد صورة، لا معنى.

٢ - ولا نزاع أيضاً في أن الشرط الذي ينافي مقتضى العقد باطل، ويُبطل العقد أيضاً إذا كان من عقود المعاوضات؛ لأنه شرط يلغي الحكم الأصلي للعقد، أو ينسخ غايته النوعية الاقتصادية أو الاجتماعية التي من أجلها شرع العقد سبباً لها، فيصبح العقد صورياً.

هذا فضلاً عن مناقضته لقصد الشارع رأساً، ومناقضة قصد الشرع باطلة، فما يؤدي إليها من الوسائل باطل بالضرورة.

وذلك - كما يقول الإمام الشاطبي -: «كما إذا اشترط - البائع على المشتري في عقد البيع - أن لا يتصرف بالمبيع، أو شرط الصانع على المستصنع أن لا يضمن المستأجر عليه إن تلف، وأن يُصدّقه في دعوى التلف.. أو اشترط في النكاح ألا يجامعها.. وما أشبه ذلك، فهذا القسم لا إشكال في إبطاله؛ لأنه منافٍ لحكمة السبب»^(١) أي: لحكمة تشريع العقد.

٣ - هذا، والأصل أن «ما يثبت بالشرع، مقدّم على ما يثبت بالشرط»^(٢) أي: عند التعارض.

وتعليل ذلك، أن ما يثبت بالشرع هنا هو من نظامه الشرعي العام في التعامل، فيرتقي إلى مستوى الشرع الملزم التي تتمثل فيه الإرادة الحقيقية للمشرع، قطعاً.

وأما ما ثبت بالشرط، فهو محض تصرف بالإرادة الإنسانية، فكانت «المنافاة» بين الشرع الملزم، والتصرف الإرادي، وهذه هي المناقضة أو المضادة للمشرع،

(١) «الموافقات»: (١/٢٨٤ وما بعدها)، لأن عدم إنفاق الزوج على زوجته يقطع أسباب المودة، ويفضي إلى الفراق، وهو ينافي حكمة تشريع الزواج. غير أنه ينبغي أن يلاحظ أن عقد الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة؛ لأنه ليس عقد معاوضة، بل يبطل الشرط وحده، ويبقى العقد صحيحاً منتجاً لآثاره، كما سيأتي.

(٢) «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ١٠٢.

والمناقضة باطلة بالإجماع، فكذلك ما يؤدي إليها باطل بالإجماع ضرورة^(١)، كما أشرنا.

فالمنافاة هي علة فساد الشرط.

٤ - ومن هنا يقول الإمام ابن تيمية: «لا بد في التصرف من رضا المتعاقدين، وموافقة الشرع»^(٢) أي: موافقة التصرف للشرع، أركاناً وشروطاً ومقتضى، وقواعد ومقاصد، فالتراضي مقيد بالشرع لا مطلق.

ثانياً - منشأ اختلاف العلماء هو ضابط الشرط المشروع:

أما ما عدا ذلك من أنواع الشروط، فقد اختلف الفقهاء فيه، تبعاً لاختلافهم في «الضابط» للشروط المشروعة، وغير المشروعة، إذ لم يرد من الشارع معيار محدد لمشروعية الشرط، بل استخلص اجتهاداً من نصوص الشريعة وقواعدها ومقاصدها، فكان ذلك هو منشأ اختلافهم، واتسع مجال اجتهادهم بالرأي في هذا «الضابط» على النحو التالي:

أ - اتجاه الظاهرية:

الشرط الصحيح عندهم: ما ورد النص بجوازه بعينه، أو انعقد عليه الإجماع. ذهب الظاهرية إلى أن الأصل في الشروط هو الحظر، فليس لأحد المتعاقدين أن يشترط في العقد إلا ما ورد النص بجوازه بعينه، أو انعقد على جوازه إجماع. وينتج عن ذلك، أن ليس للإرادة الإنسانية - في نظر الظاهرية - أي سلطان في اشتراط أي شرط في صلب العقد وصيغته، إلا ما أجازته الشرع نصاً، أو أيده الإجماع^(٣).

(١) «الموافقات» للشاطبي: (٢/٣٣١).

(٢) «الفتاوى»: (٣/٢٢٩) وما يليها.

(٣) والإجماع - كما تعلم - لا بد له مستند في الواقع، من الكتاب أو السنة، أو من كليهما، فرجع الأمر إلى أن يكون الدليل نصاً.

وكذلك ليس للإرادة العقدية سلطان ولا حرية في إنشاء عقود جديدة لم يرد من الشارع تسمية لها بعينها، وتنظيم لأحكامها.

أدلة الظاهرية:

واستدل ابن حزم على هذا، بما يأتي:

أ - قوله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا، فهو رد»^(١) إذ يقول في وجه استدلاله به: «فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان، والتزمه، إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه، أو بإباحة التزمه بعينه»^(٢).

وينتهي إلى القول بأن: «شروط المسلمين ليست كل شرط بلا خلاف، بل إنما هي الشروط المأمور بها، أو المباحة بأسمائها، في القرآن وصحيح السنن»^(٣).

ب - بما ورد في «الصحيحين» من قوله ﷺ: «أما بعد، فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، وما كان من شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل، وإن كان مئة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق»^(٤).

ووجه استدلاله بهذا الحديث الشريف، أن كل شرط أو عقد لم يرد بمشروعيته بعينه نص في كتاب الله، أو السنة، أو الإجماع، باطل، فإذا اقترن بالعقد بطل كذلك.

ج - ويستدل أيضاً بعموم قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] ووجه استدلاله به، أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود عامة، والشروط عقود، فلو أجزنا كل شرط، للزم الوفاء به بمقتضى هذا النص، فيؤدي إلى الالتزام بما هو محرم، وهو ما لا يجوز المصير إليه بحال.

(١) أخرجه مسلم: ٤٤٩٣، وأحمد: ٢٥١٢٨، من حديث عائشة.

(٢) «الإحكام في أصول الأحكام»: (٣٢/٥).

والظاهرية لا يقولون بالقياس ولا بالمصلحة المرسلّة؛ لأنهم لا يقولون بأصل تعليل النصوص.

(٣) «المحلى»: (٤١٢/٨).

(٤) أخرجه البخاري: ٢١٥٥، ومسلم: ٣٧٧٧، وأحمد: ٢٤٥٢٢، من حديث عائشة. وانظر

«الإحكام»: (٥٩٨/٥).

وعلى هذا، فالشرط - في رأي الظاهرية - نوعان: صحيح وباطل، ولا واسطة. والشرط الباطل يُبطل العقد إذا اقترن به^(١)، فإن لم يقترن به كان العقد صحيحاً^(٢). هذا، وإنما حدد الظاهرية ضابط الشرط الصحيح بما ورد به نص من كتاب أو سنة، أو أيده إجماع؛ لأنهم لا يعتبرون «القياس» خطة في التشريع الاجتهادي، ولا الاستحسان، ولا المصالح المرسله، بل ينكرون حجية «الرأي» جملة، وأصل التعليل^(٣). ولا ريب أن هذا «الموقف» من مبدأ سلطان الإرادة العقدية، أو حرية التعاقد والاشتراط، يضيق على الناس في معاملاتهم تضييقاً شديداً، بل يوقعهم في الحرج، ومعلوم أن أصل مشروعية التعامل لرفع الحرج، لتستقيم أمور الناس، وتتحقق مصالحهم المشروعة في نشاطهم الاقتصادي والاجتماعي، فكان هذا الموقف عائداً على أصل مشروعية المعاملات بالنقض، وهو ما لا يصح التسليم به.

ب - اتجاه الحنفية:

وضع الحنفية ضوابط أربعة للشرط الصحيح يتحقق في أيّ منها:
أولاً - أن يكون من مقتضى العقد، كاشتراط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل

(١) ويعدد ابن حزم الشروط الصحيحة التي ورد فيها نص كما يلي:

- ١ - اشتراط الرهن فيما يتبايعاه إلى أجل مسمى.
- ٢ - اشتراط تأخير الثمن إن كان دنائير أو دراهم إلى أجل مسمى.
- ٣ - اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة، وإن لم يذكر أجلاً.
- ٤ - اشتراط صفات المبيع التي يتراضيانها معاً، ويتبايعان ذلك الشيء على أنه بتلك الصفة.
- ٥ - اشتراط أن لا خلافة.
- ٦ - بيع أصول النخل فيها ثمرة قد أُبْرَت قبل الطيب أو بعده، فيشترط المشتري ثمره لنفسه، أو جزءاً معيناً منها، أو مسمى مشاعاً في جميعها.
- ٧ - بيع العبد أو الأمة... إلخ.

ثم يقول: فهذه ولا مزيد عليها، وسائرهما باطل. «المحلّى»: (٤١٢/٨).

(٢) راجع «أسباب اختلاف الفقهاء»: ص ١٤.

(٣) المرجع السابق، و«الإحكام في أصول الأحكام» لابن حزم: (٦/٥ وما يليها).

تسليم المبيع، أو اشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها، وهذا بمطلق العقد يثبت، كما أسلفنا.

ثانياً - أو يكون ملائماً لمقتضاه، كاشتراط كفيل أو رهن بالثمن المؤجل؛ لأن هذا الشرط مؤكد للمقتضى معنى.

ثالثاً - أو يكون مما ورد به نص.

كاشتراط الخيار، واشتراط خيار الرؤية، ولو كان هذا الاشتراط مخالفاً لمقتضى العقد^(١).

رابعاً - أو يكون مما جرى به عرف التعامل^(٢) كاشتراط المشتري على البائع أن يقوم بإصلاح المبيع لمدة معينة.

الأصل في الاشتراط عند الحنفية هو الحظر:

والمعنى في هذه الضوابط التي يتحقق جواز الشرط المقترن بالعقد بأحدها، يرى أن الحنفية يذهبون إلى أن الأصل في الاشتراط - وحرية التعاقد عامة - هو «الحظر».

غير أنهم يختلفون عن الظاهرية، من حيث أن أصول التشريع عندهم التي يجوز الاشتراط على أساسها، لا تقف عند حد الإجماع، بل تشمل - إلى ذلك - القياس، والمصالح المرسلة، والاستحسان، والعرف، فاتخذا في الأصل، واختلفا في مدى حرية الاشتراط.

(١) لأن مقتضى العقد أن تثبت آثاره فور انعقاده لازمة.

(٢) «المبسوط»: (١٣/١٤)، و«تبيين الحقائق»: (٤/١٣١)، و«البحر الرائق»: (٦/١٩٤).

الاستحسان العرفي الذي تنهض على أساسه مشروعية الشرط المقترن بالعقد تقييداً عند الحنفية، منهج عقلي واقعي، لتحقيق الخطأ والصواب إبان تطبيق القواعد على الجزئيات، توصلاً إلى المصلحة والعدل مآلاً^(١) :

والواقع أن الاستحسان - كما سيأتي بيانه - أكسب الفقه الحنفي بعامة، وسلطان الإرادة في الاشتراط، وحرية التعاقد بوجه خاص، مرونة عجيبة.

ذلك أن «العرف» - وهو سند الاستحسان - قد فتح باب حرية الإرادة العقدية في الاشتراط في المعاملات على مصراعيه، شريطة ألا يكون هذا العرف مصادماً لنص خاص، أو أصل قطعي وارد في موضوع العرف عيناً.

على أن «العرف» يمكن أن يعارض قياساً عاماً، فيستثنى من عموم هذا القياس الشرط الذي جرى به العرف، فيصح ولو كان من مقتضى العقد عدم جوازه، وهذا ما يطلق عليه الاستحسان^(٢) الذي سنده العرف، أو الاستحسان العرفي.

وكذلك صَحَّحوا الشرط الذي لا يقتضيه العقد إذا كان ملائماً، استحساناً.

وقد وضع الحنفية قاعدة العرف التشريعية والتفسيرية التي مؤداها أن «الثابت بالعرف، كالثابت بالنص»^(٣).

هذا، ويمكن اعتبار الاستحسان الذي ينهض على أساسه الشرط الملائم، أو المؤكِّد لمقتضى العقد معنى - كما يقول الحنفية - صورة من صور تحقيق المناط.

وبيان ذلك، أنه لدى تحليل الشرط الملائم مفهوماً وغرضاً، يتبين أنه يحقق مقتضى العقد على وجه أكد، فهو داخل في المقتضى معنى؛ لأن المؤكِّد لا يخرج عن

(١) الواقع أن ما ورد عن الرسول ﷺ من النهي عن صفقتين في صفقة، أو عن بيع وشرط، أو ما في معناهما، محمول على الشرط الفاسد، لعله شبهة الربا، أو الغرر الكثير، أو الجهالة، حتى إذا انتفت العلة، جاز كما سنرى في البحوث القادمة، فهو عام مخصوص.

(٢) يقول ابن رشد في كتابه «بداية المجتهد» (٢/١٥٤): «الاستحسان التفات إلى المصلحة والعدل».

(٣) «الأشباه والنظائر»، لابن نجيم بحاشية الحموي.

معنى المؤكّد^(١)، وبذلك يبدو - نتيجة للتحليل والبحث الاجتهادي - أن زيادة هذا الشرط في صيغة العقد، زيادة صورية لا حقيقية مؤثرة في التزامات العقد زيادة أو نقصاً، فيجوز، لتأكيد المقتضى الذي هو المصلحة والعدل، شرعاً.

ومن هنا، كان الاستحسان في بعض صورته منهجاً اجتهادياً عقلياً، للنفوذ إلى الحقائق، أو لتحقيق معنى الخطأ والصواب في التطبيق على الجزئيات، توصلاً إلى العدل والمصلحة المعتبرة شرعاً؛ لأن مقتضى العقد شرعاً؛ إذ هو من ترتيب الشارع، والشرع عدل ومصلحة بلا مرأى.

والخلاصة: أن الاستحسان الاجتهادي، قد أثبت أن عدم الاقتضاء الصوري لا ينافي تأكيد معنى المقتضى الحقيقي، والعبرة بالحقائق والمسميات التي تناط بها الأحكام.

هذا فضلاً عن أنه يتبين بالتحليل الاجتهادي لمفهوم الشرط الملائم وغرضه، أن ليس فيه معنى العَرَر، أو شبهة الربا، أو الجهالة المفضية إلى المنازعة، وهو إن كان فيه إضافة صفقة إلى صفقة العقد المقترن به^(٢)، بحيث يكونان عقدين في عقد، جائز؛ لأن النهي عن ذلك منصب على الشرط الفاسد لا الملائم، بل فيه تأكيد لمضمون المقتضى، فكان من مصلحة العقد نفسه، ومما تدعو الحاجة إليه.

وعلى هذا، فإذا تحقق في الشرط «الملائم» تأكيد معنى المقتضى، أو مناطه، أخذ حكمه من الصحة والإلزام؛ لأنه أصبح جزءاً من المقتضى، والمقتضى شرع، والشرع ملزم.

ضوابط الشرط الفاسد عند الحنفية:

وعلى هذا، فالشرط الفاسد عند الحنفية هو ما لا يتوافر فيه أي ضابط من الضوابط السابقة، وذلك:

(١) بفتح الكاف المشددة.

(٢) الواقع أن ما ورد عن الرسول ﷺ من النهي عن صفقتين في صفقة، أو عن بيع وشرط، أو ما في معناهما، محمول على الشرط الفاسد، لعله شبهة الربا، أو الغرر الكثير، أو الجهالة، حتى إذا انتفت العلة جاز، كما سئرى في البحوث القادمة، فهو عام مخصوص.

- ١ - بأن لا يكون من مقتضى العقد.
 - ٢ - ولا ملائماً له.
 - ٣ - ولا ورد به نص.
 - ٤ - ولا مما جرى به العرف.
 - ٥ - وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين^(١)، أو لغيرهما؛ لأنها منفعة خالية عن عوض، فتمكنت في هذا الشرط شبهة الربا.
- غير أن هذا لا يُغني عن أن نُفرد «الشرط الملائم» بالبحث.

الشرط الملائم عند الحنفية:

قلنا: إن الشرط إذا كان مما لا يقتضيه العقد صورةً، ولكن يؤكّد مقتضاه معنى، فهو جائز استحساناً لا قياساً، وسَمَّوه ملائماً؛ لأنه يفيد التوكيد والتوثيق لمقتضى العقد، فألحق بالشرط الذي يقتضيه العقد، لاتحاد المعنى فيهما، وأجيز استثناءً، كما ذكرنا.

كما إذا اشترط تقديم كفيل أو رهن عند تأجيل الثمن.

فنظرية الحنفية في «مقتضى العقد» واضحة؛ إذ يرون وجوب الوقوف عند أحكام العقد التي وضعها الشارع أثراً للعقد، وأن الاشتراط ينبغي أن يكون مما يقتضيه هذا العقد، دون زيادة؛ لأنها زيادة خالية عن عوض، وهذا هو الربا، وأن يكون مما لا ينافيه من باب أولى.

فالأصل العام إذن هو الاقتضاء، إلا ما استثني على النحو الذي قررنا.

فثبت ما قررناه آنفاً من أن الأصل في الاشتراط - عند الحنفية - هو الحظر.

غير أن الاستثناء من هذا الأصل عن طريق العرف والملاءمة لمقتضى العقد،

استحساناً، قد فتح باب حرية الاشتراط على مصراعيه، كما قدمنا.

(١) وهذا قيد يحتز به عن الشرط الباطل الذي لا منفعة فيه لأحد، بل هو لمجرد التقييد، أي: الإضرار، ولذا أطلق عليه شرط المضرة، كما سيأتي.

أما ما ورد به نص، فهو ثابت بالشرع رأساً، وللشارع أن يورد ما يشاء على خلاف مقتضى العقد والقياس.

وإذا كان «العرف» أصلاً يبنى عليه الشرط الصحيح عند الحنفية، ولو خالف القياس العام، أي: لم يكن - في الأصل - جزءاً من مقتضى العقد، فإن الفقه الحنفي - بمعيار الاستحسان هذا - قد جعل لسلطان الإرادة أثراً يبيّن في التعديل من آثار العقد، مجارة لاحتياجات التعامل، أو مقتضيات المعاملات التجارية المتطورة، والنشاط الاقتصادي بوجه عام، وهي معظمها تقوم على الأعراف السارية التي تسود تلك المعاملات بأحكامها، وأصبح الأصل عندهم عملاً هو الإباحة لا الحظر.

على أن الشرط العرفي وإن عدّل من آثار العقد، لكنه لا يخل بالتوازن في مضمونه، ولا يوجب ما ينافي الشرع، كما قدمنا.

وقد أشرنا إلى أن العرف الذي يخالف القياس العام جائز، وعندئذ تستثنى الجزئية التي يجري بها العرف من عموم القياس استحساناً، لدليلها الأقوى، ويُعطي لها حكماً مخالفاً^(١) لحكم القياس.

وبذلك ظهر لك أن الشروط المقترنة بالعقد عند الحنفية أنواع ثلاثة:

١- الشرط الصحيح.

٢- والشرط الفاسد.

٣- والشرط الباطل.

أما الصحيح والفاسد فقد بيناهما.

وأما الباطل، فهو ما ليس فيه مصلحة لأحد المتعاقدين، أو لغيرهما^(٢).

(١) رسائل ابن عابدين.

وقوله: الدليل هنا هو المصلحة العامة التي ينهض عليها العرف التجاري أو غيره من الأعراف العامة.

(٢) راجع «فتح القدير»: (٥/٢١٧ وما يليها)، و«الزيلعي»: (٤/٣١ وما يليها).

وقد علمت أن الظاهرية لا يعرفون هذا التقسيم؛ إذ الشروط عندهم نوعان: إما صحيح، وإما باطل، ولا واسطة^(١).

ج - اتجاه الشافعية :

نسارع إلى القول بأن الشافعية^(٢) لا يعتبرون «العرف» أصلاً تبنى عليه الشروط المقرنة بالعقد صحةً وإلزاماً، على النحو الذي رأينا عند الحنفية.

والواقع أن الشافعية لا يذهبون إلى أن الأصل في الاشتراط الإباحة، بل الحظر هو الأصل عندهم، ولكنهم يعمدون إلى الاستثناء من هذا الأصل على نطاق ضيق.

فالشرط الصحيح عندهم ينبغي أن يتوافر فيه ما يلي:

- ١ - أن يكون من مقتضى العقد، وهذا يبين.
- ٢ - أو يكون ملائماً لمقتضى العقد، ويطلقون عليه اسم «الشرط الذي في مصلحة العقد».

ويعللون ذلك بأن مما تدعو الحاجة إليه، وهو من مصلحة العقد، والعاقد، ولا معارض له من جهة الشرع^(٣).

وهو عين ما ذهب إليه المالكية والحنابلة في تعليلهم.

٣ - والشرط الذي ورد فيه نص.

٤ - والشرط الذي لا يقتضيه العقد، ولا ينافي مقتضاه، وليس فيه مضرة، كاشتراط الراهن أن لا يأكل المرهون إلا كذا^(٤).

(١) المراجع السابقة.

(٢) «تحفة المحتاج»: (٤/٢٩٧)، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٤٥٣.

(٣) المرجع السابق، و«مصادر الحق» للسهوري: (٣/١٢٥).

ويقصد بكون الشرط الملائم تدعو الحاجة إليه، أي: حاجة المتعاقدين، فيكون من مصلحتهما، أو حاجة التعامل بوجه عام، وذلك كاشتراط البائع على المشتري تقديم رهن أو كفيل بالثمن المؤجل، تأميناً لدينه.

(٤) «تحفة المحتاج»: (٥/٥٣).

٥ - وشرط وصف خاص للمبيع .

الشرط الباطل عند الشافعية:

وبذلك كان مذهب الشافعية من أضييق المذاهب الفقهية في حرية اشتراط الشروط التقييدية لآثار العقد أثناء إنشائه، بعد الظاهرية.

أما العرف، فلا يعتبرونه ضابطاً للشرط الصحيح إذا جرى به^(١)، كما أسلفنا. وبذلك يبدو لك أن الشرط الباطل عندهم، هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد، وليس من مصلحته، والشرط الذي يوجب الربا، أو يورث غرراً، أو جهالة تفضي إلى التنازع، أو يوجب منعاً لمقتضى العقد.

وذلك كاشتراط قرض في بيع، أو اشتراط ألا يتصرف المشتري في المبيع، ومثل هذا الشرط يُبطل العقد.

أما الشرط الذي لا مصلحة فيه لأحد، وهو شرط المضرة، فيبطل وحده، ويصح العقد^(٢) إجمالاً.

د - اتجاه المذهب المالكي:

على الرغم من أن الأصل في الاشتراط عند المالكية هو الحظر، كالحنفية والشافعية، غير أنهم توسعوا في تصحيح الشروط على نحو يقربهم زلفى إلى مذهب متأخري الحنابلة الذين يرون أن الأصل في الشروط الإباحة، كما سيأتي.

ضابط الشرط الصحيح عند المالكية في عقود المعاوضات:

الواقع أن المالكية يستخلصون ضابط الشرط الصحيح على ضوء من مدى اشتماله

(١) بل لا يعتبرون الشرط العرفي كالشرط اللفظي، إذ يقولون: لو عم الناس اعتياد منافع الرهن للمرتهن، فهل يُنزل ذلك منزلة الشرط، حتى يفسد الرهن؟ قال الجمهور: لا، وقال القفال: نعم. وقالوا: لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما أخذ، فهل ينزل منزلة الشرط، فيحرم إقراضه؟ وجهان، أصحهما لا.

(٢) راجع «نظرية الشروط المقترنة بالعقد» للشيخ زكي الدين شعبان ص ٤٤.

على معنى الغرر، أو الربا، أو الجهالة، كثرة وقلة، أو المناقضة والمنافاة لمقتضى العقد.

فإذا ظهر اشتمال الشرط على غرر فاحش^(١)، أو رباً كثير واضح، أو جهالة تفضي إلى النزاع، أو ناقض مقتضى العقد مناقضة ظاهرة، فالشرط باطل، ويبطل العقد به أيضاً.

فالمعاني التي يبطل بها العقد المقترن بالشرط التقييدي، من الغرر الكثير^(٢)، والربا، والجهالة إذا كثرت، والمناقضة إذا اتضحت، كانت هي العلة في بطلان الشرط والعقد معاً، لمكان عدم العدل فيها، وانتفاء المصلحة المشروعة لطرفيه، والعدل والمصلحة هما مقصود الشارع.

أما إذا كانت بقدر وسط، فالشرط باطل، والعقد صحيح.

وإذا كانت بقدر ضئيل غير واضح، فكل من الشرط والعقد صحيح، إذ يُتسامح في هذا القدر، تغليباً للمصالح العام في تصحيح المعاملات، وعملاً على استقرارها. وهكذا ترى أن «الضابط» عند المالكية مرن، فيه مجال للاجتهاد واسع، لكنّ فيه تيسيراً للتعامل لا يُنكر.

(١) «بداية المجتهد»: (١٢٥/٢) - إذا جاء فيه تطبيقات لضابط الشرط الصحيح والفاسد بناء على الغرر الكثير أو اليسير، ما يلي: «أن يشترط عليه شرطاً يقع في مدة الملك، وهذا ينقسم إلى ثلاثة أقسام: إما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه، وإما أن يشترط إيقاع معنى في المبيع، وهذا أيضاً ينقسم إلى قسمين: أحدهما: أن يكون من معاني البرّ، والثاني: أن يكون معنى ليس فيه من البرّ شيء». فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل البيع، مثل: أن يبيع الدار ويشترط سكنها مدة يسيرة، مثل الشهر، وقيل: السنة، فذلك جائز على حديث جابر، وأما أن يشترط منعاً من تصرف خاص أو عام، فذلك لا يجوز؛ لأنه من الثنّيا... وعند الإمام مالك، أن استثناء السكنى لمدة قليلة جائز؛ لأنه من الغرر اليسير، ولم يجز في الكثير، خلافاً لأبي حنيفة الذي منع ذلك» - المرجع السابق.

(٢) «بداية المجتهد» لابن رشد: (١٩٣/٢).

فالشرط إذا أوجب غرراً كثيراً، كمن باع داراً واشترط سكنها مدة طويلة حتى يعود هذا الشرط بالمنع على أصل التصرف، فذلك باطل، لمكان الغرر الكثير فيه، بخلاف ما لو اشترط سكنها شهراً أو سنة، أو مدة قليلة، فذلك جائز؛ لأن الغرر يسير، كما أسلفنا.

المرجع السابق: (١٥٩/٢).

وهذا ما قرره ابن رشد في كتابه «بداية المجتهد»، حيث يقول: «وأما مالك، فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام:

١ - شروط تبطل هي والبيع معاً.

٢ - وشروط تجوز هي والبيع معاً.

٣ - وشروط تبطل ويثبت البيع.

ثم يشير إلى مرونة ضابط الإمام مالك، بقوله: «وإعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف... عسير».

ثم بين الإمام ابن رشد مرجع هذه الأقسام، فيقول: «وإنما هي راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من صنف الفساد الذي يُخلُّ بصحة البيوع، وهما: «الربا والغرر» وإلى قلته، وإلى التوسط بين ذلك، أو إلى ما يفيد نقصاً في الملك، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً، من قبل الشرط، أبطله - أي: الإمام مالك - وأبطل الشرط، وما كان قليلاً أجازته، وأجاز الشرط فيهما، وما كان متوسطاً أبطل الشرط، وأجاز البيع»^(١).

على أن المالكية يرون أن الشرط الصحيح هو ما كان على الوجه التالي:

١ - مما يقتضيه العقد.

٢ - أو يلائم مقتضاه، وهو جائز قياساً عندهم لا استحساناً واستثناء كما يقول الحنفية^(٢).

٣ - أن يكون مما جرى به العرف والتعامل، فيصح من باب أولى، غير أن العرف ليس أساساً لتصحيح الشرط.

٤ - ألا ينافي مقتضى العقد، وإن كان العقد لا يقتضيه، ولا يلائمه.

(١) المرجع السابق: (١٥٩/٢).

(٢) ذلك، لأن الحنفية رأوا أن الشرط الصحيح هو ما يقتضيه العقد مبدئياً، والملائم لا يقتضيه ظاهراً، فجاز استحساناً، أما المالكية فلكونهم لا يشترطون في الشرط الصحيح أن يكون من مقتضى العقد، جاز عندهم الملائم أصالة؛ إذ المنافاة هي التي تبطل الشرط لا عدم الاقتضاء، وعدم الاقتضاء لا يستلزم المنافاة.

ولا ريب أن هذا الضابط جعل الفقه المالكي أكثر تصحيحاً للشروط التقييدية المقترنة بالعقد.

٥ - ألا يُخْلَ بالثمن، بأن يورثه جهالة، كبيع الثُّنيا، إلا أن يكون الغرر يسيراً. وذلك، كأن يبتاع السلعة على أنه متى ردَّ الثمن له أخذ السلعة، وهو بيع الوفاء، وكبيع بشرط أنه إذا باع المشتري السلعة، فالبايع الأول أحقُّ بها بالثمن الذي باع به المشتري، فهو شرط غير جائز عند المالكية، وإن كان جائزاً عند الحنابلة، كما سيأتي. والعلة في فساد هذا الشرط هي جهالة الثمن، ذلك لأن فيه مصلحة للبايع، أو المشتري، حسب الأحوال، فإذا روعي في الشرط نقص الثمن بقدر غير معلوم، كان الشرط لمصلحة المشتري، أو زيادة الثمن، كان فيه مصلحة للبايع، وانتفاء معلومية الزيادة أو النقص جهالة.

٦ - ألا يكون الشرط متضمناً إلزاماً بالإقراض في عقد بيع، للنهي الصريح عن «بيع وسلف».

وبذلك لم يجاوز المالكية «مبدأ تعدد الصفقة» في هذه الصورة الأخيرة؛ إذ ورد بها نهي صريح خاص بها، يحرمها، والتحريم يستلزم البطلان في فقه المالكية، وعلة النهي هنا معنى الربا أو شبهته.

والواقع أن الأصل في الاشتراط وإن كان هو الحظر عندهم، لكن كثرة الاستثناءات التي نهضت بها ضوابط الشرط الصحيح، جعلت هذا الأصل محدود الأثر عملاً، فالأمر في التطبيق إلى أن يكون الأصل هو الإباحة، ولا سيما أنهم لا يشترطون الاقتضاء، ولا الملاءمة، ولا العرف، ضابطاً للشرط الصحيح.

ويمكن القول: إن الشرط الفاسد عند المالكية، هو ما اتصف بأحد أمور ثلاثة:

١ - بأن كان مناقضاً أو منافياً لمقتضى العقد، وهذا باطل بالإجماع، فيبطل هو والشرط المقترن به؛ لأنه كما يقول الخطابي: لا يتحقق به مقصود العقد، بل يُلغيه.

٢ - إذا كان الشرط يُخْلَ بالثمن، فيورثه جهالة، كبيع الثُّنيا.

٣ - إذا كان شرطاً بالإقراض في عقد بيع، لورود النهي الصريح عنه بالذات، وكل شرط ورد النص الشرعي بالنهي عنه، فهو باطل إجماعاً.

هذا، ولا بد أن نقف على اجتهاد الإمام الشاطبي في شأن الشروط التقييدية المقترنة؛ لأنه يمثل الاتجاه الأصولي للفقه المالكي، إذ يقول: «إن الشروط مع مشروطاتها ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون مكتملاً لحكمة المشروط، وعاضداً لها، بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال، كاشتراط الإمساك بالمعروف، والتسريح بإحسان - في النكاح - واشتراط الرهن، والكفيل، والنقد، أو النسبته في الثمن.

وهذا القسم يشمل الشرط الذي هو من مقتضى العقد، والشرط الملائم.

وهو لا إشكال في صحته شرعاً؛ لأنه مكتمل لحكمة كل سبب يقتضي حكماً.

الثاني: أن يكون غير ملائم لمقصود المشروط، ولا مكتملاً لحكمته، بل هو على الضد من الأول، كما إذا اشترط في النكاح ألا ينفق عليها، أو شرط في البيع أن لا ينتفع بالمبيع، أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض، أو شرط الصانع على المستصنع أن لا يضمن المستأجر عليه إن تلف، وأن يصدّقه في دعوى التلف، وما أشبه ذلك.

فهذا القسم لا إشكال في إبطاله؛ لأنه مناف لحكمة السبب^(١)، فلا يصح أن يجتمع معه؛ لأن فيه جمعاً بين التقيضين، أو ما ينافي قواعد الشرع.

الثالث: أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه، ولا ملاءمته، وهو محل نظر، هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة، أو بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهراً؟

والقاعدة المستمرة في أمثال هذا التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات لا يُكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة؛ لأن الأصل فيه التعبد

(١) أي: التصرف القولي أو العقد.

دون الالتفات إلى المعاني، والأصل ألا يُقَدَّم عليها إلا بإذن؛ إذ لا مجال للعقل في اختراع التعبدات، فكذا ما يتعلق بها من شروط.

وما كان فيها من العاديّات (المعاملات) يُكتفى فيها بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه^(١).

وعلى ما قرره الإمام الشاطبي، أن الأصل في الشروط التقييدية هو الإذن والإباحة، خلافاً لما قررنا من أن المذهب المالكي يجعل أساس ذلك الحظر، ثم يبين بوضوح أن الشرط الصحيح هو ما كان موافقاً لمقتضى العقد، أو ملائماً له، أو لم يكن ملائماً ما دام غير مناف.

وأنت عليم بأن شرط «عدم المنافاة» كافٍ في عدم الاعتداد بالاقتضاء أو الملاءمة، فضلاً عن أنه لم يعتدّ بضرورة جريان الشرط في العرف والتعامل إذا لم يكن من مقتضى العقد أو ملائماً له، بل اكتفى بعدم المنافاة^(٢)، كما بينا.

وبذلك كان متفقاً ومذهب الحنابلة أيّما اتفاق، وإن كان هذا الأخير أوسع مجالاً بأدلة الآثار والسُنن.

هذا، من حيث الأصول العامة.

وعلى فرض أن المالكية يذهبون إلى أن الأصل هو الحظر، فلا يصح الشرط إلاّ بدليل، لكنهم يتوسعون في هذا الدليل، فقد يكون استحساناً، أو مصلحة مرسلّة، ومن باب أولى إذا جرى به العرف.

والمصلحة المرسلّة هي أمر يتقبله العقل بالقبول، ويكون سبباً في تحصيل مصلحة، أو درء مفسدة، ولم يرد من الشرع دليل خاص به بعينه يشهد له بالاعتبار أو الإلغاء، كما قدمنا.

(١) «الموافقات»: (١/٢٨٣ - ٢٨٥).

(٢) على ما قرر الإمام الشاطبي.

فكل شرط لم يرد من الشارع دليل خاص به، يشهد له بالاعتبار أو المنع والإلغاء، وهو سبب إلى تحقيق مصلحة مشروعة للمشتري، وكان معقولاً في ذاته يتلقاه العقل بالقبول، فهو شرط صحيح، عملاً بقاعدة المصالح هذه، ما دام لا يلغي مقتضى العقد بالمنافاة، أو يورث غرراً كثيراً، أو ينطوي على رباً واضح، أو على جهالة فاحشة، أو يخل بالثمن، أو يوجب قرضاً، وقد قدمنا أن المصلحة المرسلة هي قطب الرحي في الفقه المالكي فيما عدا القطعيات.

فرجع الأصل إلى الإباحة عملاً، كما أسلفنا، وبذلك يستجيب الفقه المالكي لكل ما يقتضيه التعامل، مهما تطور به الزمن، ويقترب إلى اتجاه متأخري الحنابلة زلفى. على أن المالكية لا يحكمون بفساد العقد لعللة فساد الشرط بإطلاق، فالشرط الذي يُخل بالثمن، أو يوجب غرراً أو جهالة، أو رباً، يصح معه العقد إذا تنازل عنه المشتري؛ لأنه - في اجتهادهم - من قبيل «المانع»، والقاعدة تقضي بأنه: «إذا زال المانع عاد الممنوع».

أما من حيث التفاصيل، فقد أوردنا ضوابط الشرط الصحيح عند المالكية على النحو الذي بينا، مشتقة من فروعهم.

هـ - اتجاه الحنابلة:

يعتبر تحديد مجال الإرادة الإنسانية في إنشاء الشروط المقترنة بالعقد تقييداً، متعلقاً بمبدأ حرية التعاقد، أو بمبدأ سلطان الإرادة بوجه عام، كما أسلفنا. والحنابلة أكثر الأئمة عملاً بهذا المبدأ، ومن هنا، كانوا أكثر الفقهاء تصحيحاً لهذه الشروط.

ويرون أن الشارع الحكيم هو الذي أذن أو فوّض للإرادة أن تُنشئ من العقود والشروط ما تشاء، وذلك بأن جعل «الرضا» مناطاً للحل والمشروعية، سواء في العقود التبادلية (المعاوضات) أم التبرعات^(١)، بحكم الشرع.

(١) لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحَسْرَةٍ عَنْ تَرَاثُفٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] ولقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ فَكُلُوهُ هَيْبَةً وَرِئًا﴾ [النساء: ٤].

ولا يفسد الشرط إلا إذا أوجب أمراً يحرمه الشارع بدليل شرعي، بأن كان مشتملاً على معنى الربا، أو الغرر، أو أوجب ما ينقض الحكم الأصلي للعقد ويلغيه (ينافي مقتضاه)، أو ينافي الشرع نفسه في قواعد مقاصده.

ونقض الحكم الأصلي للعقد بالشرط، هو ما أشار إليه ابن تيمية من «الجمع بين المتناقضين»^(١).

فالأصل الإباحة، والمنع استثناء^(٢).

ونورد بعضاً من تطبيقات هذا الأصل العام في الفقه الحنبلي:

١ - أجاز الإمام أحمد رحمته الله أن يقيد الملك المطلق عند مباشرة سببه بقيود تمنع التصرف المطلق، أو تقيّد طريق الانتفاع، فأجاز تقييد المالك في أصل مقتضى العقد، إذا كان لجهة بر عام، بأن اشترط البائع على المشتري أن يقف المبيع (يجعله وقفاً).

٢ - وأقر أيضاً اشتراط البائع على المشتري، أنه إذا استغنى عن المبيع، وأراد بيعه، فهو بثمنه^(٣) وهو ما لم يجزه المالكية؛ لأنه من بيوع الثنيا، كما علمت.

٣ - وأجاز أيضاً للبائع أن يبيع، ويشترط منفعة المبيع له مدة معلومة، ولو لم يجز بها عرف، كأن يبيع داراً ويشترط سكنها مدة معينة، اعتباراً بحديث جابر رضي الله عنه لكنه يشترط ألا تطول هذه المدة، حتى لا تورث غرراً أو جهالة في الثمن على قدر كبير، وهو ما يتفق مع اجتهاد المالكية.

٤ - يقر انتقال الملكية التامة مقيدة بالشروط؛ إذ الشروط عنده على أصل

(١) يقرر هذا الأصل الإمام ابن تيمية بقوله: «إن العقود إنما وجب الوفاء بها، لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقاً، إلا ما خصه بدليل».

(٢) «الفتاوى»: (٣/٢٣٩).

(٣) المرجع السابق.

الإباحة^(١) لأنها من باب العادات والمعاملات، والأصل فيها الالتفات إلى العلل والمعاني ومصالح العباد، وهو ما أشار إليه الإمام الشاطبي آنفاً^(٢).

٥ - أجاز الإمام أحمد البيع بما ينقطع به السعر، من غير تقدير الثمن وقت إنشاء العقد، وهو شرط يوجب جهالة في الثمن، كما ترى، ولكن أجازته للحاجة، ولمكان العسر والحرج في التعاقد على ما يتم شراؤه يومياً، من الخبّاز أو البقال أو الجزّار، من قبل من يعاملونهم^(٣).

٦ - هذا وأجاز كل شرط في النكاح، عملاً بقوله ﷺ: «إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ تُؤْفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»^(٤) إلا ما ورد الدليل بتحريمه، أو كان ينافي حكمه الأصلي. ويرى أن الوفاء بشروط النكاح أولى وأكد، للحديث السابق، ولقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(٥).

ويؤكد هذا المعنى اجتهاد عمر رضي الله عنه وهو نص في الموضوع: «مقاطع الحقوق عند الشروط، ولك ما شرطت»^(٦).

(١) «فتاوى ابن تيمية»: (٣/٢٣٩ وما يليها).

(٢) وهذا النظر يتفق وما أشار إليه الإمام الشاطبي، فيما أوردناه آنفاً من أقسام الشروط مع مشروطاتها. «الموافقات»: (١/٢٨٤).

(٣) «إعلام الموقعين» لابن القيم: (٤/٦).

ويقول ابن القيم في هذا ما نصه: «اختلف الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر، من غير تقدير وقت العقد، وصورته: البيع ممن يعامله من خباز أو لحام، أو سمان، أو غيرهم، يأخذ منه كل يوم شيئاً معلوماً، ثم يحاسبه عند رأس الشهر أو السنة على الجميع ويعطيه ثم يحكي عدم جواز هذا البيع عند فريق من الفقهاء، ولا تنتقل به الملكية، ولا يحل الانتفاع بالمبيع... إلخ».

ثم يقول: «والقول الثاني - وهو الصواب المقطوع به، وهو عمل الناس في كل عصر ومصر - على جواز البيع بما ينقطع به السعر، وهو منصوص الإمام أحمد...». المرجع السابق.

(٤) أخرجه البخاري: ٢٧٢١، ومسلم: ٣٤٧٢، وأحمد: ١٧٣٠، من حديث عقبة بن عامر.

(٥) أخرجه أبو داود: ٣٥٩٤، من حديث أبي هريرة، والترمذي: ١٣٥٢، وابن ماجه: ٢٣٥٣، من حديث عمرو بن عوف المزني، وقال: حسن صحيح.

(٦) علقه البخاري بصيغة الجزم قبل: ٢٧٢١، ووصله سعيد بن منصور في «سننه»: (١/١٨١)، وابن

أبي شيبة: (٣/٤٩٩)، والبيهقي في «الكبرى»: (٧/٢٤٩). وانظر «إعلام الموقعين»: (٣/٣٣٨).

فأجازوا أن تشترط الزوجة في عقد النكاح، ألا ينقلها زوجها من بلدها، أو ألا يسافر بها، وعللوا ذلك بأنه لا ينافي المقصود الأصلي من النكاح، وفيه مصلحة مشروعة للزوجة، ولها حق الفسخ، إن لم يُوفَّ بالشرط، بل تجد لهم تفسيراً دقيقاً لمقتضى العقد، لا يتفق وتفسير الجمهور له، ذلك لأنهم يرون هذا المقتضى يتمثل في الغاية النوعية الأساسية التي شرع العقد من أجلها، فإذا كان الشرط منافياً لتلك الغاية بحيث إذا أخذ بالشرط أصبحت لغواً، فالشرط باطل، ومبطل للعقد أيضاً؛ لأن الغاية شرع، والشرط تصرف، ولا يجوز للتصرف أن يلغي الشرع، ولأنه جمع بين متنافيين، كما قدمنا، ومنافاة الشرع باطلة، فما يؤدي إليها باطل بالإجماع، وأيضاً: «ما يثبت بالشرع مقدّم على ما يثبت بالشرط» عند التعارض.

أما إذا لم يمس الشرط ناحية أساسية في العقد بحيث تنتقض به غايته، وحكمه الأصلي، فالشرط صحيح، مراعاةً لمصلحة المشتري؛ إذ الأصل الإباحة بتفويض من الشارع، كما أشرنا، فليس كل شرط لا يوجب العقد يعتبر منافياً لمقتضاه؛ لأن عدم الاقتضاء لا يستلزم المنافاة، ولهذا قالوا: لو اشترط في عقد الزواج ألا تحلَّ به المتعة الزوجية، بطل الشرط والعقد معاً؛ إذ لا يبقى للعقد من معنى، لكن لو اشترط عدم ممارسة الاستمتاع الزوجي^(١)، فإن النكاح صحيح، ويلغى الشرط وحده لفساده؛ إذ لا يُعقل أن يكون الاستمتاع حلالاً بالعقد شرعاً، وممنوعاً بالتصرف شرطاً.

= وإنما قلنا: إن قولة عمر رضي الله عنه نص في الموضوع؛ لأنها وردت في حادثة رفعت إليه، تتعلق بالشروط المقترنة بعقد الزواج، من أن رجلاً شرط لزوجته أن تكون سكتها في دارها، ولما أراد نقلها إلى بيته، رفضت، وطلبت إليه الوفاء بما اشترط على نفسه، فترافعا إلى عمر، فقال: «لها شرطها» فقال الزوج: «إذن يُطلِّقُنَا» فقال له عمر: «مقاطع الحقوق عند الشروط، ولك ما شرطت». المرجع السابق.

(١) «المدخل الفقهي» للأستاذ الزرقاء: (١/٥٢٢).

هذا، ويرجع السبب في خِصَب فقه الإمام أحمد في حرية التعاقد، شروطاً وعقوداً، إلى غزارة علمه بالفقه الأثري^(١)، والسنة الصحيحة^(٢).

هذا، ويبدو لنا أن متقدمي الحنابلة لا يتوسعون في حرية الاشتراط على النحو الذي رأينا عند متأخريهم، كابن تيمية وابن القيم؛ إذ يجعلان للشرط أثراً على مقتضى العقد نفسه، وذلك كما في تحديد طرق الانتفاع بالملك، الأمر الذي لا يجيزه أصل هذا المذهب؛ إذ يعتبرون مثل هذا الشرط فاسداً^(٣).

وأيضاً، فإن متقدمي الحنابلة لا يجيزون شرطين في عقد، أو شرطاً يوجب عقداً في عقد، أخذاً بمبدأ «وحدة الصفقة»^(٤)، كما سيأتي بحثه.

ثالثاً - اجتهادات الأئمة وموقفهم من مبدأ وحدة الصفقة:

نهى رسول الله ﷺ عن اقتران عقد بعقد آخر، أو اقتران عقد بشرط، بأن يشترط أحد المتعاقدين في صيغة العقد شرطاً يوجب عقداً آخر، أو التزاماً زائداً، وقد ورد النهي في صيغ منها:

١ - نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط.

(١) يقول الإمام ابن تيمية في هذا المعنى: «ليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط من أحمد، وإن عامة ما يصححه من العقود والشروط، له دليل شرعي خاص، من أثر أو قياس، فلا يُعَارَض ذلك بأنه مخالف لمقتضى العقد، وقد بلغه في العقود والشروط، من الآثار عن النبي ﷺ وعن الصحابة، ما لم نجده عند غيره من الأئمة». «الفتاوى»: (٣/٢٢٩ وما يليها).

(٢) أشار إلى هذا الشيخ أبو زهرة بقوله: «... نرى أن أحمد أخصب الأئمة فقهاً، في باب العقود والشروط، وأوسعها رحاباً لها، وأن علمه بالآثار كان يسعفه بآثار تفتح الباب للاشتراط في عقود ظنَّ غيره ممن لا يعلم السنة كما يعلمها أنه لا أثر فيه، وأن دراسته للآثار جعلته يفهم أن منطق الفقه الأثري يوجب الإطلاق دون التقييد، والإباحة دون المنع، حتى يقوم دليل به». «ابن حنبل» ص ٣٣٨.

(٣) «المغني» لابن قدامة: (٤/١٧١).

(٤) من المعلوم أن ليس كل شرط مقترن بالعقد، يؤدي إلى وجود عقدين في عقد. هذا، وقد أشرنا إلى أن الفقه الحنبلي القديم، قد اختلف فيه الرأي في مسألة اشتراط شرطين في عقد، فبعضهم حمل ذلك على الشرطين الفاسدين، وآخرون أطلقوا، وفي هذا نظر، إذ كيف يحكم بفسادهما إذا كان صحيحين؟. المرجع السابق.

- ٢ - ونهى عن بيعتين في بيعة، أو عن صفقتين في صفقة.
- ٣ - ونهى عن بيع وشرط، وهذا الحديث قد تكلم في صحة إسناده.
- ٤ - ونهى عن بيع سلف.
- ٥ - ونهى عن شرطين في بيع.
- وبذلك أخذ التشريع الإسلامي بمبدأ وحدة الصفقة، أو وحدة العقد، غير أن اجتهادات الأئمة في الأخذ بهذا المبدأ مختلفة المدى.
- فالحنفية أخذوا بمبدأ وحدة الصفقة أصلاً عاماً، ولكنهم أجازوا الشرط الملائم؛ لأنه - في الواقع - لم يُقدِّم صفقة جديدة، فالتعدد صوري، كما أسلفنا.
- كما أجازوا الشرط الذي جرى به التعامل، لأن ما يوجبه من مصلحة لأحد في الواقع، فبقي العقد صحيحاً، ذلك لأن كلاً من الشرط الباطل أو الملائم، ما دام لا يوجب صفقة حقيقية جديدة، فالصفقة واحدة، فلا يَجِدُ النهي له عندئذ محلاً، أي: لم يتحقق مناطه، فبقي صحيحاً، ويعمل بالملائم لأنه مؤكِّد، ويلغي الباطل وحده، وبذلك نكون قد أعملنا روح الحديث، واحتكنا إلى مقصده ومعقوله.
- كما أجازوا الشرط الذي جرى به التعامل؛ لأن ما يوجبه من مصلحة لأحد المتعاقدين، داخلٌ في حساب الثمن عرفاً، فانتفى بذلك معنى الربا الذي هو من علة النهي عن صفقتين في صفقة، وهو لا يتصور إلا في عقود المعاوضات، فضلاً عن أن الشرط الذي جرى به العرف تنفي معه مظنة التنازع عند تنفيذه.
- وأيضاً اعتبروا كل شرط مقترن بالعقد صفقتين في صفقة، ولو لم يوجب عقداً، بخلاف الحنابلة.
- أما المذهب الشافعي، فلم يجاوز مبدأ تحريم تعدد الصفقة إلا في الشرط الملائم الذي يطلق عليه «الشرط الذي تقتضيه حاجة التعامل، أو الذي فيه مصلحة للعقد» ولم يجاوز نظرية مقتضى العقد إلى العرف، كما علمت.
- وبذلك تمسك بنظرية مقتضى العقد، وبمبدأ تحريم تعدد الصفقة على مدى أبعد.
- أما المالكية، فقد جاوزوا مبدأ تحريم تعدد الصفقة إلى مدى أبعد، فيما عدا

«الشرط الذي يوجب القرض في عقد بيع» (بيع وسلف) حيث قالوا بسقوط الصفقتين «القرض والبيع معاً» إذ ورد النص بالنهي عنهما صراحة وبالذات، «والشرط الذي يوجب جهالة في الثمن» كبيع الثنبا، أو غرراً فاحشاً، أو رباً ظاهراً، أو مناقضة لغاية العقد الأساسية.

أما فيما عدا ذلك، فقد جاوزوا نظرية مقتضى العقد، فأجازوا الشرط الذي لا يقتضيه العقد، وأجازوا الشرط الذي لا يلائمه أيضاً، وما اشترطوا في الشرط الصحيح إلا عدم المنافاة أو المناقضة، أو عدم ورود نص خاص به يحرمه، كما أسلفنا.

ومتأخرو الحنابلة قد تَخَطَّوا مبدأ وجوب وحدة الصفقة، فأجازوا اقتران عقدين في عقد يوجب أحدهما شرطاً تقييدياً مقترن، ما لم يكن الشرط منافياً لمقتضى العقد الذي أدرج الشرط في صيغته، أو ورد به نص يحرمه بعينه، فكانوا أوسع مدى من الحنفية والشافعية في ذلك؛ إذ لم يشترطوا الاقتضاء، ولا الملاءمة، ولا جريان التعامل.

إذن، أجاز متأخرو الحنابلة كل شرط، إلا ما كان منافياً لمقتضى العقد، أو كان منافياً للشرع نفسه^(١) :

وبذلك أمكن اعتبار المالكية ومتأخري الحنابلة مذهبين مقتربين في الموقف الاجتهادي من مبدأ وحدة الصفقة.

فمبدأ وجوب وحدة الصفقة إذن عام مخصوص، ولكن التخصيص قد جرى فيه على تفاوت في اجتهادات الأئمة.

أما الظاهرية، فقد علمت أنهم أكثر المذاهب تمسكاً بنظرية مقتضى العقد، وبوحدة الصفقة أو العقد، ولم يجيزوا من الشروط إلا سبعة، ورد النص بكل واحد منها بعينه، أو انعقد عليه إجماع.

(١) هذا، وقد اختلف في المراد من الشرطين اللذين نهي عنهما في بيع أو عقد، فذهب ابن قدامة إلى أن المراد بهما الشرطان الفاسدان، وقيل: أي شرطين، سواء أكانا فاسدين أم صحيحين، ولا يظهر لهذا وجه معقول. «المغني»: (٤/١٦٩).

والواقع أن العلة في النهي عن تعدد الصفقة، إما الربا، أو الغرر أو الجهالة المفضية إلى النزاع الذي يتعذر معه تنفيذ العقد، أو إلغاء مقتضاه والمقصود الأصلي منه، أو منافاته للشرع نفسه بنص خاص به، أو اتخاذه ذريعة لتحليل محرم، أو إسقاط واجب، تنفيذاً لباعث غير مشروع^(١)، تحايلاً على مقاصد التشريع وقواعده؛ لأن القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي، ومناقض له، أو لمجرد المضرة والعبث، حتى إذا خلا من كل أولئك، كان صحيحاً رغم التعدد؛ إذ النهي عند التعدد لا لذاته، بل هو معقول المعنى، ومعلل بالمعاني التي أشرنا إليها، تحقيقاً للمصلحة والعدل، كما يقول الإمام مالك^(٢).

الشرط الصحيح عند متأخري الحنابلة:

أولاً - ما لم يكن منافياً لمقتضى العقد بحيث يلغيه، وهذا ضابط مجمع عليه.
فإذا كان الحنفية والشافعية يرون أن شرط الصحة هو الاقتضاء، فإن عدم المنافاة شرط للصحة من باب أولى، وهو ما ذهب إليه المالكية أيضاً.
ثانياً - ألا يرد بشأنه نص خاص به يمنعه، أو يصادم قاعدة عامة قطعية في موضوعه.

وعلى هذا، فالشرط الصحيح عند الحنابلة هو ما لا ينافي مقتضى العقد، سواء أكان يقتضيه، أم لا يقتضيه، بأن كان زائداً عليه، وسواء أكان مما يلائمه، أم لا، ولو.

حكم الشرط الصحيح:

أما الشرط الصحيح، فقد أصبح جزءاً من مقتضى العقد، إذ لم يتم التراضي بين العاقدين إلا على أساسه، فيلزم ويجب الوفاء به على المشترط عليه.

(١) اتفق الفقهاء على أن الباعث غير المشروع محرم ديانة، وأنه إذا كان شرطاً مقترناً بالعقد صراحة، أبطله، واختلفوا بعد ذلك فيما إذا لم يكن صريحاً، بأن أمكن استخلاصه عن طريق القرائن، أبطل به التصرف أو لا؟ وسيأتي بحثه مفصلاً.

(٢) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/١٩٣).

رابعاً - اجتهادات الفقهاء في الشرط الملائم المؤكد لمقتضى العقد معنى:

قلنا: إن الحنفية أجازوا الشرط الملائم الذي لا يقتضيه العقد، ولكن يؤكد معنى موجبه، استحساناً أو استثناءً من القياس العام الذي يقضي بعدم جواز كل ما لا يقتضيه العقد من الشروط، في اجتهادهم.

أما الشافعية والمالكية والحنابلة، فقد أجازوا الشرط الملائم أصالة وقياساً لا استحساناً، ذلك لأن القياس العام عندهم، أن الشرط الصحيح هو ما لم يكن منافياً لمقتضى العقد، سواء أكان مما يقتضيه العقد أم لا يقتضيه.

ولما كان الملائم مما لا يقتضيه العقد؛ لأنه زائد، ولكن لا ينافيه، فقد جاز هذا النوع من الشروط عندهم أصالة وقياساً، لا استثناءً؛ لأن العلة هي كونه من مصلحة العقد، ومصلحة التعامل، ولا معارض له من جهة الشرع.

فالشافعية يرون أن الملائم هو ما لا يقتضيه العقد، ولكن فيه مصلحته، ومصلحة العاقد، وتدعو الحاجة إليه، والمقصود بالحاجة حاجة المتعاقدين أو حاجة التعامل عامة^(١).

وأما المالكية، فيرون أن الملائم هو شرط لا يقتضيه العقد، ولا ينافيه، وهو من مصلحة العقد؛ لأنه يوثق موجبه، ويساعد على تنفيذه.

ويقولون أيضاً: إنه لا معارض له من جهة الشرع فكان صحيحاً، متمكناً في صلب العقد، وجزءاً منه، فيصبح لازماً يجب الوفاء به؛ لأن التراضي قد تم على أساسه.

٣ - وأما الحنابلة فيرون «الملائم» شرطاً من مصلحة العقد نفسه؛ لأنه يساعد على تنفيذه، ولأنه تتعلق به مصلحة عاقديه، ولا معارض له من جهة الشرع^(٢).

فالأراء كما ترى متفقة.

وبذلك يبدو لك أن أضييق المذاهب في الشرط الملائم من الناحية النظرية، هو

(١) «نهاية المحتاج»: (٣/٤٣٣ وما يليها).

(٢) «بداية المجتهد»: (٢/١٣٣ وما يليها)، والدسوقي علي الدردير: (٢/٦٥ وما يليها).

المذهب الحنفي الذي يتمسك بنظرية مقتضى العقد لتحقيق التوازن في مضمونه؛ لأنه يجيز استثناء، لا أصالة، ويليه المذهب المالكي^(١)، توسعاً، ثم المذهب الحنبلي، أوسع المذاهب الفقهية في الشروط، لكثرة ما استند إليه من الآثار التي تصححها.

وإنما قلت: من الناحية النظرية؛ لأنه من الناحية العملية، تتفق الآراء على جواز الشرط الملائم.

خامساً - أدلة الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية وبعض الحنابلة:

استدلوا أيضاً بالنقل والعقل.

أ - أما النقل فلعموم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] والشرط عقد، فالإلزام بالشرط التقييدي واجب شرعاً بمقتضى عموم الآية الكريمة، لكن هذا الإلزام بالعقود عامة قد يؤدي إلى إحلال محرم، أو تحريم ما أحل الله، إذا لم يكن صحيحاً ثابتاً بدليل من مصادر الشريعة ابتداءً، نصاً أو دلالة، لذا قالوا: الأصل المنع حتى ينهض بالشرط، الدليل المبيح. كان فيه مصلحة أو منفعة مطلوبة لأحد المتعاقدين، وسواء أجرى به العرف أم لم يجر.

وبعبارة أخرى: إن الشرط الصحيح عند متأخري الحنابلة، هو ما لم يكن منافياً لمقتضى العقد، ولا منافياً للشرع، وهو ما أشار إليه ابن تيمية بقوله: «لا بد في العقد من رضا المتعاقدين، وموافقة الشرع».

الشرط الصحيح في الفقه الوضعي:

استقر في الفقه الوضعي أن كل شرط صحيح، ما لم يكن منافياً لموجب العقد، أو القانون، أو للنظام العام والآداب، أو كان مستحيلًا، فيكون باطلاً^(٢).

(١) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٢٨٣/٣).

(٢) «مصادر الحق»: (١٩٤/٣)، وهو ما أخذ به القانون المدني العراقي في المادة (١٣١).

ويتفق هذا النظر مع الاجتهاد الحنبلي^(١)، فقد قرر الإمام ابن تيمية القاعدة السابقة: «لا بد في كل تصرف من رضا المتعاقدين، وموافقة الشرع» فكل شرط لا يخالف شيئاً في كتاب الله، أو سنة رسوله، أو لم يثبت من قواعد التشريع المنع فيه، فهو صحيح^(٢).

هذا، والشرط المستحيل غير معتبر شرعاً، للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن «ما لا يصح في حكم العقل، لا يقع في الشرع».

الشرط الباطل أو شرط المضرة، مدلولاً وحكماً:

أما الشرط الباطل، فهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد، بل هو أمر زائد عليه، ولا يلائمه، ولا ورد به نص، ولا جرى به العرف، ولا منفعة فيه لأحد.

وحكم الشرط الباطل المقترن بالعقد تقييداً، أنه لا يؤثر على العقد، بل يبطل وحده، ويبقى العقد صحيحاً، سواء أكان من عقود المعاوضات أم التبرعات أم التوثيقات أم غيرها، ويطلق عليه شرط المضرة.

ويتفرع حكم الشرط الباطل هذا عن أصل عام في التشريع الإسلامي، مفاده: أن الحكم الذي لا مصلحة فيه لأحد لا يشرع، بناءً على الأصل العام من أن الأحكام معللة بمصالح العباد، والشرط الباطل منافٍ لأصل التعليل بالمصالح؛ لأنه إما عبث، أو إلزام بضرر محض، وكلاهما باطل، لا يشرع.

وتأسيساً على أنه لا منفعة فيه لأحد، أنه لا تصح المطالبة به قضاءً؛ إذ المطالبة القضائية فرع عن سبق وجود المصلحة، وهذا لا منفعة فيه لأحد.

ويتفرع عن أنه لا تصح المطالبة به، أنه لا يتمكن حقاً في صلب العقد، ولا يصبح جزءاً من مقتضاه.

(١) ويقول الشيخ أبو زهرة في هذا المعنى: «فدراسة أحمد للأثار جعلته يفهم أن منطلق الفقه الأثري يوجب الإطلاق والإباحة، حتى يقوم دليل التقييد والمنع». كتاب «ابن حنبل» ص ٢٢٨.

(٢) المرجع السابق ص ٢٣٧.

وبذلك غلب الحنابلة القاعدة العامة التي تقضي بوجوب الوفاء بالعقود والشروط بتفويض من الشارع الذي جعل مناط الصحة هو التراضي. المرجع السابق ص ٢٢١.

ويتفرع أيضاً عن كونه غير متمكن حقاً أو بنداً في صلب العقد، أنه يسقط وحده، فلا يسري بطلانه إلى العقد، بل يبقى العقد صحيحاً.

ومن أمثلة الشرط الباطل، اشتراط البائع على المشتري ما يقيد في تصرفه في المبيع، على نحو لا يدفع ضرراً، أو يجلب مصلحة لأحد، بل لمجرد التقييد والإضرار، كأن يشترط عليه ألا ينتفع بالمبيع مدة معينة من الزمن، أو ألا يبيعه، أو لا يستعمل السيارة المبيعة إلا بكيفية خاصة، دون أن يكون في ذلك مصلحة لأحد، بل لمجرد التقييد الضار، كما ذكرنا^(١).

وبذلك لا يبقى وجه للإلزام بالشروط المقترنة المقيدة عامة، على ظن أن الأصل فيها الإباحة، إذ تشمل - في الواقع - الباطل المردود، لقوله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»^(٢) فقالوا بالحظر حتى يرد المبيع، فالعموم في الآية الكريمة مخصوص.

ب - ثبت أن النبي ﷺ: «قد نهى عن صفقتين في صفقة» وعن «شرطين في عقد» كما «نهى عن بيع وشرط»^(٣) ولا شك أن الشرط التقييدي المقترن بالعقد داخل في عموم النهي، فثبت أن الأصل هو الحظر، حتى يثبت الحل بدليل من الشارع نفسه، استثناء من هذا العموم، منعاً للشطط والتعدي على حدود الله تعالى وأحكامه التي حددها في مقتضى العقد.

(١) «الفروق» للإمام القرافي: (٢٧٥ - ٢٧٦)، و«فتح القدير» للكمال بن الهمام: (٥/٢١٤ - ٢١٨).

(٢) أخرجه مسلم: ٤٤٩٣، وأحمد: ٢٥١٢٨، من حديث عائشة.

(٣) نهيه ﷺ عن صفقتين في صفقة: أخرجه أحمد: ٣٧٨٣ من حديث ابن مسعود، وهو صحيح لغيره، وأخرجه أبو داود: ٣٤٦١، والترمذي: ١٢٣١، والنسائي: (٧/٣٩٥)، وأحمد: ٩٥٨٤ بنحوه، من حديث أبي هريرة، وإسناده حسن.

أما نهيه ﷺ عن شرطين في عقد: فأخرجه أبو داود: ٣٥٠٤، والترمذي: ١٢٣٤، والنسائي: (٧/٢٨٨)، وأحمد: ٦٦٢٨، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، وإسناده صحيح.

أما نهيه ﷺ عن بيع وشرط: فأخرجه النسائي: (٧/٢٩٥)، من حديث عبد الله بن عمرو. انظر: «نيل الأوطار»: (٥/١٧١) للشوكاني، تكلم المحذون في حديث النهي عن بيع وشرط، لضعف في إسناده.

أما المعقول:

أ - فلأن مقتضى العقد شرع ثابت، كما أشرنا؛ لأنه من وضع الشارع أثراً لعقد، فليس للإرادة الإنسانية العقدية أن تتصرف في تغيير هذه الحدود والأحكام، زيادة أو نقصاً؛ لأنه تغيير شرع، يمس مبنى العدل والحق في تشريع المعاملات، وهو «التوازن» إلا ما يبيحه الشارع من ذلك بدليل من عنده، نفيًا لما قد يوجبه الشرط من معاني الظلم، أو ما يسببه من تنازع.

ب - أن لكل عقد غاية نوعية قد شرع هو وسيلة لتحقيقها، كنقل الملكية في المبيع، ومملك المنفعة في الإجارة، وحق الاحتباس في المرهون، وما إلى ذلك، فلو أطلقت للإرادة حريتها في الاشتراط لجاوزت حدود الحق، ولأتت على تلك الغاية بالنقض والإلغاء، وبذلك يصبح العقد بلا معنى من جهة، ويتحقق التعدي على حدود الله فيما أقام سبحانه من مبنى للعدل، من جهة أخرى، وما فيه تعدد على حدود الله، فهو غير مشروع؛ لأنه ظلم، ومن ثم لا يباح شرط إلا إذا ثبت صحته أولاً بدليل مستمد من مصادر الشريعة.

ج - أن «التراضي» وحده غير كاف من حيث اعتباره مناطاً للجل والمشروعية في العقود والشروط، لتنتج آثارها الملزمة، بل لا بد - مع ذلك - من موافقة الشرع أيضاً؛ إذ قد يتم الاتفاق على مخالفة النظام الشرعي للعقد، أو للنظام الشرعي العام، وهو ما أشار إليه ابن تيمية.

د - لا ريب أن أقوال المتعاقدين وإراداتهم ليس لها بذاتها قوة الإلزام شرعاً، بل إنما تستمد هذه القوة من الشارع؛ إذ هو الذي يرتب الآثار، وما لا يقره الشارع بدليل من عنده، لا يترتب عليه أي أثر، فثبت ما قلنا من أن الأصل المنع، حتى تثبت صحة الشرط بالدليل المسوغ.

هـ - ولا يقال: إن الأصل الإباحة؛ لأن هذا دليل عقلي سلبي، لا شرعي إيجابي؛ إذ هو رجوع إلى ما كان عليه الحال قبل نزول الشريعة، والحقوق ليس مصدرها أصل الإباحة، بل الشريعة هي مصدر كل حق، كما قدمنا.

و - قد يوجب الشرط جهالة فاحشة، أو رباً محرماً، أو غرراً كبيراً، أو يوجب ما ينقض الملك، أو يثير النزاع الذي يتعذر معه تنفيذ العقد، وما شرع التعامل لهذا، فكانت حرية الاشتراط راجعة على أصل تشريع المعاملات بالنقض، وما كان كذلك لا يشرع، فلا ندحة لنا إذن من القول بأن الأصل المنع حتى يثبت التفويض من المشرع نفسه، بالدليل الشرعي المسوغ.

ز - وأيضاً لا ندرى حكمة معقولة من أن يتولى الشارع ترتيب آثار العقد عند نشوئه، ثم لا يكون له الإشراف ابتداءً على كل تصرف يعدل من هذه الآثار بالإرادة والاشتراط؟

هذه هي جملة أدلة الجمهور الذين تمسكوا بنظرية «مقتضى العقد» في شيء من التبسيط والتفصيل^(١).

غير أن الجمهور اختلفوا بعد ذلك في الدليل المسوغ، ما هو؟ أما الظاهرية فيرونه في النص الخاص الوارد في الشرط بعينه أو الإجماع، دون سواهما، كما علمت.

وأما الحنفية والشافعية والمالكية، فيرونه - فضلاً عن النص والإجماع - في مصادر الشريعة الأخرى، على تفاوت بينهم.

فالحنفية يرون «العرف» الذي جرى بالشرط، ضابطاً من ضوابط الشرط الصحيح، إذا لم يعارضه نص في موضوعه، على سبيل الاستحسان^(٢) خلافاً لزفر^(٣).

(١) راجع هذه الأدلة في «البدائع» للكاساني: (١٧٢/٥)، و«فتح القدير» للكمال بن الهمام: ج ٥، و«المبسوط» للسرخسي: (١٨/١٣ وما يليها)، و«المحلى» لابن حزم: (٤١٢/٨)، و«تحفة المحتاج»: (٥٣/٥ وما يليها)، و«نهاية المحتاج»: (٤٣٣/٣ وما يليها).

(٢) «الدر المختار»: (١٣٦/٤)، و«المبسوط»: (١٤/١٣).

(٣) أما زفر، فلم يُقر الشرط الذي جرى به العرف؛ لأنه لا يقتضيه العقد، وفيه نفع زائد لأحد العاقدين، خال عن العوض، وهذا هو معنى الربا. «بدائع الصنائع»: (١٧٢/٥).

أما متأخرو الحنفية، فيرون أن العرف الحادث إذا جرى بالشرط، ولم يؤد إلى النزاع، وجب اعتباره، ولو لم يتعامل الناس به من قبل؛ لأن نزاع الناس عن أعرافهم إيقاع لهم في الحرج، وهو مدفوع في الدين بالنص. «رد المحتار»: (١٣٦/٤).

هذا، فضلاً عن «الملاءمة» التي تؤكد مقتضى العقد معنى، فاعتبروها ضابطاً للشرط الصحيح، استثناءً أيضاً.

والمالكية لم يشترطوا إلا عدم المنافاة للحكم الأصلي للعقد، وعدم المصادمة لنص خاص، أو قاعدة قطعية.

فلم يشترطوا الاقتضاء، ولا الملاءمة، ولا العرف، وإنما اعتمدوا الاستحسان، والمصالح المرسله، دليلاً لصحة الشرط، فضلاً عن النص، إذا ورد مبيحاً لشرط بعينه، وبذلك اقتربوا من مذهب متأخري الحنابلة.

سادساً - أدلة الحنابلة على أن الأصل حرية التعاقد:

استدلوا بالنقل والعقل.

أ - أما النقل فلعموم قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] وهو عين ما استدل به الأولون.

ب - بعموم قوله تعالى: ﴿وَيَعْهَدُ اللَّهُ أَوْفُوا﴾ [الأنعام: ١٥٢] ويقوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْتِنَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾ [المؤمنون: ٨]. وسائر الآيات التي توجب الوفاء بالعهد، وتذم النكث فيه، فضلاً عما ورد من مثل ذلك في السنة.

والشرط عهد؛ لأنه يتضمن تعهداً بالوفاء بما أوجبه من التزام، لمصلحة العاقد الآخر. ووجه استدلالهم بالآيات الكريمة، أن الله تعالى أمر بالوفاء بكل ما يصدق عليه أنه عقد، أو عهد، أو شرط، أمراً عاماً، ومطلقاً، دون تفصيل، أو تخصيص، أو تقييد، فدل ذلك على أن كل عقد أو شرط واجب الوفاء به، بمقتضى هذا العموم^(١)، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان صحيحاً، وإلا بطل العمل بالعمومات، فثبت أن الأصل أن كل عقد أو شرط صحيح، وإلا لما أوجب الله تعالى الوفاء به بوجه عام، ما لم يدل دليل على المنع والتحريم.

(١) الأصل المتفق عليه بين الأصوليين أن العام يُجرى على عمومه، ما لم يرد الدليل المخصص.

راجع بحث العام، في «أصول التشريع» للمؤلف ص ٥٠٠ - ٥٠٦.

بل يثبت هذا الحكم العام - وهو وجوب الوفاء - ولو لم يكن الله تعالى قد أمر بأصل العقد أو الشرط قبل إنشائه؛ لأنه تعالى إنما أمر بالوفاء بالعقود أو الشروط بعد إنشائها.

قالوا: ولو كان الأصل الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع، لم يجز أن يأمر بالوفاء بها أمراً عاماً، ويذم من نقضها أو غدر بها، بإطلاق!

ج - تحريم شيء من الشروط التي يتعامل بها الناس فعلاً، تحقيقاً لمصالحهم، وسدّاً لحاجاتهم، بغير دليل شرعي، هو تحريم لما لم يحرمه الله ورسوله، وهو تعدّد على حدود الله، وذلك لا يجوز المصير إليه بحال، فضلاً عن إيقاع الناس في الحرج.

د - من الثابت أن الأصل في الأشياء الحِلّ، لقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩] فما لم يفصل ويبين تحريمه من الأشياء بنص، أو دليل خاص به، فهو حلال، والنص عام - كما ترى - في الأفعال والتصرفات، فليُستصحب هذا الأصل على كل شرط يشترطه المتعاقدان، تقييداً لآثار العقد؛ لأنه أصل الحِلّ العام، حتى يرد المنع المغيّر؛ لأن التحريم أو المنع هو مناط الفساد، ومنشأ البطلان^(١).

هـ - بقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً»^(٢).

ووجه استدلالهم بهذا الحديث، أن ليس للعاقد أن يشترط ما يحرم الحلال، أو يحل الحرام؛ لأن هذا تشريع مبتدأ، وإنشاء كلية شرعية لم يؤذن له بها، بل هو افتئات على حق الله في التشريع، ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾ [يوسف: ٤٠].

(١) «الفتاوى» للإمام ابن تيمية: (٣/٣٣٤).

(٢) أخرجه الترمذي: ١٣٥٢، وابن ماجه: ٢٣٥٣، من حديث عمرو بن عوف، وأخرجه أبو داود:

٣٥٩٤، وأحمد: ٨٧٨٤، مختصراً من حديث أبي هريرة، وإسناده حسن.

هذا، ولا يجوز للمشترط أن يسقط بالشرط ما أوجبه الله تعالى، وإنما للمشترط أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً ولا حراماً، فمقصود الشروط إذن إيجاب ما لم يكن واجباً ولا حراماً^(١)، وعدم الإيجاب ليس نفيّاً للإيجاب حتى يكون الشرط متناقضاً للشرع، فالشرط الصحيح لا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً^(٢) ولا حراماً.

لا يقال: إن تحريم الحلال الوارد في الحديث الشريف شامل لتحريم المباح، بأن يلتزم بالشرط ترك المباح؛ لأن هذا المعنى يجعل الحديث متناقضاً أوّله مع منتهاه، إذ ينفي أوله ما يشته منتهاه، فأوّله يثبت أن المسلمين ملتزمون بشروطهم، واقفون عند حدودها، موفون بها، وهذا يفيد صحة كل ما يلتزمون به من شروط، ويرتبطون به من فعل، أو ترك فعل، فلو كان قوله ﷺ: «إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» محمولاً على بطلان كل شرط يوجب فعل المباح، أو يوجب تركه، لما صح اشتراط شرط على الإطلاق، وفسدت الشروط كلها، من قبيل أن الشرط إنما يرد على مباح، لا على واجب؛ لأنه لا يفيد، ولا على محرم، إذ الالتزام بالمحرمات إحلال لها، وذلك باطل؛ لأنه عصيان، بل يقصد بالشروط وجوب شيء لم يكن واجباً من قبل ولا حراماً، وهذا هو المباح^(٣).

ألا ترى أن «التنذر» في شيء مباح في الأصل، يصبح بالندب واجباً، فكذلك الشرط؛ لأن عدم إيجابه شرعاً لا يقتضي نفي إيجابه شرطاً. ومعلوم أن المباح هو ما استوى فيه طرفا الفعل والترك، وجعلت الخيرة فيه للمكلف، إن شاء أقدم، وإن شاء أحجم، على ضوء من مصلحته الذاتية وتقديره الشخصي.

ألا ترى أيضاً أنه يجوز للحالف أن يلتزم بالامتناع عن شيء مباح بيمينه؟ إذا تقرر هذا، فإن المتعاقد له أن يلزم نفسه بنفسه، وبإرادته الحرة، بأحد طرفي

(١) «الأشباه والنظائر» للسيوطي: ص ١٠٢.

(٢) وهو المباح.

(٣) «الفتاوى»: (٣/٣٣٤).

المباح، فيوجب الفعل على نفسه، بعد أن لم يكن واجباً، أو يوجب الترك، ومثال ذلك «الناذر» كما ذكرنا، له أن يوجب على نفسه ما لم يكن واجباً عليه في الأصل، ويعتبر ملتزماً شرعاً بنذره، لقوله تعالى: ﴿وَلْيُؤْفِقُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩] بينما لم يكن ملتزماً بذلك قبل النذر، فكذلك الشرط.

ولا مناقضة هنا؛ لأن كل ما في الأمر أن الشارع لم يوجب المباح، وقدمنا أن «عدم الإيجاب لا يدل على نفي الإيجاب»^(١)، حتى يكون المشتراط مناقضاً لإرادة الشارع، كما أشرنا.

على أن ابن القيم، يرى أن الشرط في حقوق العباد (المعاملات) أوسع من الشروط في حق الله تعالى الخالص (العبادات) بمعنى أن الإنسان ليس له أن يوجب على نفسه في العبادات ما لم يكن واجباً إذا كان من جنس العبادات المقررة، بخلاف المعاملات^(٢).

فإذا كان الالتزام بالنذر خالصاً لوجه الله تعالى، لا يبطل منه إلا ما خالف حكم الله في شرعه، فإن الالتزام بالشرط في المعاملات أولى بالصحة والالتزام، لما ذكرنا^(٣).

ح - ويقوله ﷺ: «الناس على شروطهم، ما وافقت الحق»^(٤).

وهذا ما يشهد له الكتاب والسنة^(٥)، وتتم الموافقة بعدم وجود ما ينافي الشرط شرعاً، أو عدم ما ينافيه من مقتضى العقد أيضاً.

ط - واستدلوا بالأثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فيما رواه البخاري^(٦)، أنه قال: «مقاطع الحقوق عند الشروط».

(١) المرجع السابق للإمام ابن تيمية: (٣/٣٢٩ وما يليها).

(٢) «إعلام الموقعين» لابن قيم الجوزية: (٣/٣٤٠).

(٣) المرجع السابق.

(٤) أورده ابن تيمية في «الفتاوى الكبرى»: (٤/٨٦)، نقلاً عن البزار.

(٥) «الفتاوى» لابن تيمية: (٣/٣٢٩ وما يليها).

(٦) معلقاً بصيغة الجزم قبل: ٢٧٢١، ووصله سعيد بن منصور في «سننه»: (١/١٨١)، وابن أبي شيبة:

(٣/٤٩٩)، والبيهقي في «الكبرى»: (٧/٢٤٩).

فهذا الأثر يفيد بظاهره، أن الحقوق تَنَحَّدُ وتلتزم من كانت عليه، بالشروط، وهو بعمومه شامل لكل شرط إلا ما حُصِّصَ بدليل^(١).

ي - واستدلوا بالمعقول:

١ - إن العقود والشروط المقترنة بها، من العادات (المعاملات) لا العبادات، فإذا كانت العبادات لا بد أن يَرَدَ بكل منها نص خاص بها، يُقر أصله، ويُكَيِّفُ فعله، ويرسم طريقة أدائه، ويعدُّ أركانه، وشروط صحته، ومقداره، ووقته، وما إلى ذلك، فلأن الأصل أن الله تعالى «لا يُعْبَدُ إِلَّا بما شَرَعَ» وعلى النحو الذي يريد، ثم هي مفروضة على المسلم خاصةً، فلا يؤديها إلا هو، ولا تقبل إلا منه.

أما العادات (المعاملات) فيمارسها المسلم وغيره، والأصل فيها الالتفات^(٢) إلى المعاني والمصالح، ودفع الحرج، وتحقيق اليسر، والنصوص التي تنظمها الأصل فيها التعليل، لتعيين وجه المصلحة؛ إذ لولاها لما كان للعرف حاكمية بين الناس، شريطة ألا تصادم نصًا خاصًا في موضوعها.

لذا، كان من المقررات الفقهية أن «المعاملات طُلِّقَتْ حتى يَرِدَ المنع»، أي: الأصل فيها الإباحة والحلُّ، فما لم يرد من الشارع ما يحرم العقد أو الشرط، أو يصطدم مع العرف بنص خاص في موضوعه، فهو باق على أصل الحل العام، تحقيقاً لمصالح الناس التي ما شرعت أصول المعاملات إلا من أجلها.

٢ - لم يثبت في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت حله وصحته بعينه، كما يزعم الظاهرية.

(١) روي أن امرأة اشترطت على زوجها في عقد زواجها بأن تكون سكتانها في دارها، ولما أراد نقلها إلى داره رفضت، فتقاضيا إلى عمر رضي الله عنه: فقال: «لها شرطها» فقال الرجل: إذن يطلقننا، فأجابه عمر بقوله: «مقاطع الحقوق عند الشروط، ولها ما شرطت». «إعلام الموقعين»: (٣/٣٣٨)، و«كشاف القناع»: (٥٣/٣).

(٢) «جامع العلوم والحكم» لابن رجب الحنبلي ص ٢٠٠.

٣ - على أن مما يدل على أن الأصل العام في المعاملات - عقوداً وشروطاً - الإباحة، هو وجودها قبل ورود الشرع، فيحكم على كل عقد مستحدث، أو شرط يقترن به بالإباحة، استصحاباً للأصل، حتى يرد الدليل المغيّر، فالأصل في المعاملات إذن هو الحل العام، والمنع استثناء بالدليل.

يرشد إلى هذا، أن الله تعالى قد بين ما حرمه تفصيلاً، لقوله سبحانه: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ١١٩] فبقي ما عداه على أصل الإباحة، دون تفصيل؛ لأن المباح لا حصر له.

وإذا انتفى دليل التحريم، كان ذلك دليلاً على عدم التحريم، أو دليلاً على الحل والمشروعية، وإلا كان التحريم بلا دليل، والتحريم بلا دليل، تحريم لما أحل الله، وهو منهي عنه بالنص؛ لأنه افتئات وتعدّ على حق الله في التشريع، ولا يقول بذلك أحد. وبانتفاء التحريم يصح الشرط؛ لأن التحريم هو آية الفساد ومناطه، كما أشرنا.

٤ - إن الله تعالى قد جعل مناط الحل في التجارة والمعاملات، وانتفاع أحد المتعاقدين بمال الآخر، هو «التراضي» لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَيْعَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، كما علّق جواز الانتفاع بمال الغير الممنوع هبة على طيب نفسه، بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء: ٤].

فإذا كانت «العلة» في انعقاد العقد والشرط، هي الرضا، بإذن الشارع، وتفويض منه، ونتيجة ذلك ما أوجب المتعاقدان على أنفسهما بالتعاقد، كما يقول ابن تيمية، فليثبت هذا القدر، ولا يحرم من الشروط إلا ما ينافي مقتضى العقد، أو يتضمن ما حرم الله ورسوله^(١).

وعلى هذا، فلا يحكم على العقد المُستحدث^(٢)، أو الشرط التقييدي المقترن بالعقد بالمنع، إلا بأحد الشرطين التاليين، أو كليهما:

(١) «الفتاوى» للإمام ابن تيمية: (٣/٣٢٩ وما يليها).

(٢) استحدثت عقود جديدة في عصرنا هذا، من مثل عقد التأمين على الحياة، ومن مثل عقود الشركات =

الأول: مناقضة شرع الله ورسوله، ونظامه الشرعي العام، وذلك بأن يُحل ما حرم الله ورسوله، أو العكس.

الثاني: منافاة الشرط لمقتضى العقد.

والواقع أن مقتضى العقد ينهض به أحكام عامة تشمل العقد بوجه عام، وأحكام خاصة بكل عقد، قد حددها الشارع.

سابعاً - رأينا في موقف الظاهرية من حرية التعاقد بخاصة، وتفسير الشريعة بعامة، ومناقشة أدلتهم، وأدلة القائلين بأن الأصل في الشروط الحظر:

١ - إن الأصل الذي بنى عليه الظاهرية مذهبهم في حرية التعاقد، بل وفي تفسير الشريعة بوجه عام - وهو الوقوف عند ظواهر النصوص، والجمود على ظاهر لغويتها، وسد باب الاجتهاد في «التعليل» - لا يتفق وطبيعة التشريع نفسه، أيّ تشريع كان، وإلا ما كان ثمة من فرق بين الدرس اللغوي، والاجتهاد التشريعي، كما أسلفنا، ولما كان وضع الشرائع من أجل تحقيق المصالح.

٢ - إن القرآن الكريم ناطق بأن المحرّم هو الذي فُصّلت أحكامه، لا المباح أو المشروع ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ١١٩] لأن المباح لا حصر له، كما أسلفنا، فالقول بأن الأصل في الأفعال والتصرفات - بل وفي الأعيان - الحظر والتحريم، خلاف ما تقضي به الآية الكريمة، بل وأصول التشريع العامة.

٣ - يلزم عقلاً من قوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] أن هذا الخلق إنما كان بقصد الانتفاع، وإلا ما كان للامتنان بما خلق الله في الأرض من معنى، وإذا ثبت حل الانتفاع بالإذن العام في هذه الآية الكريمة لزوماً عقلياً، أو بدلالة الإشارة في اصطلاح الأصوليين، كان الاشتراط

= المساهمة، فما لم يرد من الشارع ما يحرم شيئاً منها كان جائزاً، وتطبق عليه أحكام نظرية العقد، أي: الأحكام العامة مبدئياً.

مباحاً في الأصل؛ لأنه تعامل يتوسل به إلى الانتفاع بمال الغير شرعاً، فما لم يرد دليل محرم للشرط، فالأصل فيه الحل بمقتضى الآية الكريمة، وهي حجة تنهض بهذا اللازم العقلي؛ لأن الأصل أن النص الدال على الملزوم دال على لازمه^(١)، فثبت أن الأصل حرية الاشتراط، بإشارة النص.

٤ - إن ما استدل به الظاهرية من قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْمُعْوَدِ﴾ [المائدة: ١] بقولهم: إنه لو جاز الالتزام بالوفاء بكل شرط، بناء على أن الأصل الإباحة، لتضمن هذا النص بعمومه الإلزام بالشرط الباطل الذي يوجب ما حرم الله، وهو ما لا يقول به أحد، نقول:

هذا الدليل حجة عليهم لا لهم؛ لأن من المقرر أصولياً أن العام يدل على معناه قطعاً أو ظناً غالباً^(٢)، ومن المتفق عليه بين الأصوليين أن الأصل وجوب العمل بالعام حتى يرد دليل التخصيص، فلو لم يكن الأصل في الشروط الإباحة، لما جاز أن يورد المشرع نص الآية الكريمة بصيغة العموم، ويوجب الوفاء بالشروط عامة، وإلا لزم التفرير بالمكلفين، وهو ما لا يتصور وقوعه من المشرع، فضلاً عن الله ورسوله، فبطل استدلالهم بالآية الكريمة على إثبات أصلهم، وأنه الحظر.

وأيضاً، لو أخذنا برأي الظاهرية هذا، لبطل العمل بالعمومات جملة، وهو باطل.

٥ - أما قولهم بأنه لا يجوز اشتراط شرط في العقد، إلا أن يرد نص أو إجماع بجوازه عيناً، مستدلين بقوله ﷺ: «كلُّ شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل»^(٣)، فهو استدلال متهافت؛ لأن المقصود بكتاب الله في الحديث هو «شرع الله تعالى» كتاباً وسنة، وما اشتملا عليه من قواعد، وما أحالا عليه من

(١) راجع بحث دلالة الإشارة تفصيلاً في مؤلفنا: «أصول التشريع الإسلامي، ومنهج الاجتهاد بالرأي»، ص ٣٢٧ وما يليها.

(٢) غاية ما في الأمر، أن بعض القائلين بظنية دلالة العام قالوا: ينبغي البحث عن المخصّص قبل العمل بالعام احتياطاً. المرجع السابق: بحث العام، والتخصيص، للمؤلف.

(٣) أخرجه البخاري: ١٥٦٣، ومسلم: ٣٧٧٩، وأحمد: ٢٥٧٨٦، من حديث عائشة.

أصول تشريعية أخرى، كالقياس والمصالح والاستحسان والعرف، لا خصوص القرآن الكريم، أو نصوص صحيح السنن، أو إجماع الصحابة، فحسب.

يؤكد ذلك قوله عليه السلام: «مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا، فَهُوَ رَدٌّ»^(١) أي: ما عليه أمرنا من حكم الله تعالى في الكتاب والسنة، وما يرجع إليهما قياساً واستنباطاً ودلالة.

أما أن يُراد بكتاب الله النص الخاص بالشرط الذي يراد اشتراطه في العقد بعينه، عند إنشائه، فذلك ما لا يتفق ومنهج القرآن الكريم نفسه في بيان الأحكام وتشريعها، فقد جاء على نحو كليّ دون تفصيل، إلّا في موضوعات معينة^(٢) قصد بها الثبات، لتعلقها بمصالح ثابتة، وليس منها هذه الشروط؛ لأنها لا تنتهي، إذ المصالح المرتبطة بها مما يتجدد بتجدد البيئات والعصور وتطور الحضارات.

كما لا يقتصر في الشروط الصحيحة على ما ورد بعينه في صحيح «السنن»، أو إجماع الصحابة، لما قدمنا.

وأيضاً، في الاقتصار على شروط محدودة معينة في القرآن الكريم والسنة، بالنص عليها بعينها إيقاع للناس في الحرج، وتقييد لحركة التعامل المتجددة التي لا تنتهي، وهذا يتنافى ومقاصد التشريع نفسه، من حيث إنه شرع المعاملات لتحقيق مصالح الناس، ورفع الحرج عنهم، وجعل قواعد النشاط الاقتصادي بوجه خاص تتسم باليسر لا بالعسر؛ لأنها وسائل معاش الناس، وطرق كسبهم، وتبادل منافعهم، وهذا أصل معنوي عام ثابت بالاستقراء الذي يفيد القطع، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] ولقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٢٨٥] ولقوله تعالى: ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾ [الأعراف: ١٥٧] ولقوله سبحانه: ﴿وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَغْنَتْكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٠].

(١) أخرجه مسلم: ٤٤٩٣، وأحمد: ٢٥١٢٨، من حديث عائشة.

(٢) كالعقوبات أو الحدود النصية، على جرائم معينة، والإرث، ونظام الأسرة، والعقائد.

وهذا ما يجب أن يعتبر ملحظاً قوياً^(١) في استدلال المبيحين على ما أصلوه من أصل الحل العام.

٦ - وأما استدلالهم بحديث النبي ﷺ: «من عمِلَ عملاً ليس عليه أمرنا، فهو ردٌّ»^(٢) فنحن نقول به أيضاً؛ لأن المقصود «بأمرنا» شرع الله تعالى، أو نظامه الشرعي العام الذي يقوم على المصالح الثابتة التي لا تختلف باختلاف الأزمان، كما أسلفنا.

وعلى هذا، فكل شرط يناقض ما هو ثابت في الشرع بالضرورة، وبوجه قاطع، مردود وباطل؛ لأن المصلحة التي ينطوي عليها مثل هذا الشرط، ويراد تحقيقها عن طريقه، ليست مصلحة معتبرة في نظر الشارع، بدليل تصادمها والمصالح الثابتة شرعاً، فالنظام الشرعي العام هو الفقه الثابت الذي لا يتغير بتغير الأزمان والمصالح، ومفهوم هذا الحديث يتفق ومدلول الحديث السابق «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» فكلمة «كتاب الله» و«أمرنا» كلتاها متحدتا المفهوم، وهو شرع الله تعالى، وبذلك يتم التنسيق بين الأدلة جميعاً، وهو ما يقضي به منطوق التشريع الذي يجب أن يُحتكم إليه في الجمع بين النصوص مدلولاً وحكماً ومقصداً^(٣).

وعلى هذا، فليس من معنى الحديث - كما فهم الظاهرية - أنه يجب أن يرَدَ من المشرع نص خاص يتعلق بالعقد أو الشرط بعينه حتى يُحلَّه ويُجزَّيه، فعدم ورود دليل التحريم كافٍ في الدلالة على الحل والمشروعية، وإلا كان التحريم بلا دليل، وهو باطل، كما قدمنا.

٧ - هذا، وإذا كان «الأصل» أن الشارع قد منح الإنسان «حرية التصرف فيما يملك» من مال أو حق، واعتبره نافذاً شرعاً، وكان العقد أو الشرط في الوقت نفسه ضرباً من التصرف، نتج عن هذه المقدمة أن الشارع أباح له

(١) «الفتاوى» للإمام ابن تيمية: (٣/٣٤٣ وما يليها).

(٢) أخرجه مسلم: ٤٤٩٣، وأحمد: ٢٥١٢٨، من حديث عائشة.

(٣) راجع أدلة الظاهرية في كتاب ابن حزم «المحلى»: (٨/٤١٢ وما يليها).

حرية التعاقد عقوداً، وشروطاً، بمقتضى هذا الأصل، وليس لأحد ولاية الحجر على المالك فيما يملك، إلا إذا أضر بغيره من الفرد أو المجتمع، ضرراً فاحشاً، أو صادم نصّاً خاصاً أمراً، أو ألغى مقتضى العقد، أو اتخذ من العقد أو الشرط وسيلة لتحليل محرم، أو هدم واجب.

٨ - وأيضاً، إذا كان الأصل أن العقد أو الشرط ضربٌ من التصرف في الملك، كما قلنا، والتصرف في الملك نافذ شرعاً، فلا يمكن أن يكون التصرف كذلك إلا إذا أبيع للمالك أن يتصرف فيما يملك عن طريق العقد أو الشرط، وإلا لم يكن لهذا النفاذ من وجه^(١)، بل لم يكن للملك أو الحق من معنى، فلا يتسق منطق التشريع أصولاً وفروعاً إلا بالقول بأصل حرية الاشتراط.

مناقشة أدلة الجمهور من الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة:

أ - يتجه على الحنفية والمالكية، أن تمسكهم بنظرية «مقتضى العقد» أو أن الأصل هو المنع، أضحي صورياً؛ لأن توسعهم في تفسير «الدليل المسوغ» بحيث يشمل العرف، والاستحسان، والمصالح المرسلة، جعل الاستثناء في الواقع أكثر عملاً وتطبيقاً من مقتضى الأصل، فيؤول الأمر عملاً إلا أن الأصل الإباحة.

ب - ويتجه على الحنفية بوجه خاص، في تعليلهم لاتخاذ العرف ضابطاً للشرط الصحيح، أو مسوغاً لصحته بعد فساده، ومنعه، من أن ما يوجبه الشرط الذي جرى به العرف من التزام، يكون مقدراً في حساب الثمن غالباً، وبذلك يكون العرف عاملاً قوياً على تحقيق التوازن، يتجه عليهم في هذا أنه ما من عاقل، يُشترط عليه أي شرط يوجب عليه التزاماً ما، إلا ويقدر له حسابه في العوض، سواء أجرى به العرف أم لا، فلا معنى لاشتراط جريان العرف، وعلى ذلك يُكتفى بشرط عدم المنافاة لمقتضى العقد، على ما ذهب إليه

(١) «أحكام المعاملات الشرعية» للشيخ علي الخفيف ص ٢٠٠ و ٢٤٠ وما يليها.

المالكية ومتأخرو الحنابلة، فضلاً عن موافقة الشرع التي تتحقق بعدم ورود الدليل المحرم.

ج - أما استدلالهم بعموم آية وجوب الوفاء بالعقود والشروط، فقد سبقت مناقشة هذا الاستدلال في الرد على الظاهرية.

د - وأما استدلالهم بعموم النهي عن بيع وشرط^(١)، وعن صفتين في صفقة، وعن شرطين في عقد، وما إلى ذلك، فمحمول على الشرط الفاسد، فهو عام مخصوص؛ لأنه معقول المعنى، حتى إذا انتفت علة الفساد صح الشرط والعقد، ولذا وقع الخلاف في النهي عن الشرطين في عقد، أما الفاسدان أو الصحيحان؟ والراجع أنهما الفاسدان خاصة^(٢)، وإلا فلا تُدرى الحكمة من تحريم شرط صحيح، أو شرطين صحيحين في عقد، على نحو لا يورث رباً أو غرراً أو جهالة، أو منافاة!

وأيضاً يرد عليهم حديث جابر، إذ أجاز الرسول ﷺ شرطه في عقد البيع، كما علمت.

ويتجه عليهم في استدلالهم بالمعقول ما يلي:

١ - لا وجه للقول بأن الشرط يغير مقتضى العقد، أو ينقضه؛ لأن هذا هو الشرط الفاسد، ولا عبرة به، بل يفسد عقد المعاوضة، ونحن لم نقل بصحة مطلق الشرط.

٢ - كما لا وجه لقولهم: إن الرضا وحده ليس مناطاً للحل والمشروعية؛ لأننا اعتبرناه كذلك لا لذاته، بل لإذن الشارع وتفويضه الذي أورث أقوال المتعاقدين وإرادتهما قوة الإلزام، لذا، فإن التراضي على شرط فاسد غير معتبر؛ إذ لا بد من موافقة الشرع، وهي تتحقق بعدم الدليل المحرم، فلا وجه إذن لاشتراط الدليل المعين المبيح للشرط بعينه، كما يقول الظاهرية.

(١) هذا الحديث قد تكلم العلماء في ضعف سنده. «نيل الأوطار».

(٢) «المغني»: (٤/١٦٩ - ١٧١).

٣ - لا نسلم أن الإباحة الأصلية مجرد دليل سلبي عقلي، أو عدم أصلي، بل هي أصل شرعي ثابت بإشارات النصوص، وهي حجة على اللوازم العقلية، كقوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] وهذا يفيد الإذن العام بالانتفاع، وهو يستلزم إباحة وسائله من العقود والشروط حتى يرد الدليل المحرم.

٤ - وأيضاً، لا وجه لما قالوا من انتفاء الحكمة المعقولة من ترتيب الشارع آثار العقد عند إنشائه، إذا لم يكن له الإشراف على تعديلها بالشروط؛ لأن هذا يلزمنا لو قلنا بصحة الشروط بإطلاق، ولكننا لم نقل بذلك، بل وضعنا ضوابط للشرط الصحيح، وأوجبنا النظر في الأدلة الشرعية قبل الحكم على الشرط، والعمل به، حتى يتبين لنا وجه صحته أولاً، حتى إذا انتفى الدليل المحرم، حكمنا بصحته، ووجوب الوفاء بموجبه، عملاً، ولو لم يرد دليل يبيحه بعينه؛ لأن انتفاء دليل التحريم يدل على الحل والصحة، سواء سمى ذلك إباحة أم عفواً^(١) وإلا كان التحريم بلا دليل، وبذلك لا ينقطع إشراف الشارع، لا عند إنشاء العقد، ولا أثناء الاشتراط فيه.

٥ - وأيضاً، لم يثبت أن المباحات قد فُضِّلَت في الكتاب والسنة، بل العكس هو الصحيح؛ إذ الذي فُضِّلَ لنا هو المحرَّم بنص الآية الكريمة، ﴿وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ١١٩] فيلزم عقلاً أن ما عدها مباح، فأصل إباحة الاشتراط ثابت بإشارة النص^(٢)، والحكمة في ذلك أن المباحات لا حصر لها، لتجدها وتنوعها، باختلاف البيئات والعصور، فلا يمكن أن تتناولها النصوص الجزئية بعينها وباسمها تفصيلاً وتعييناً.

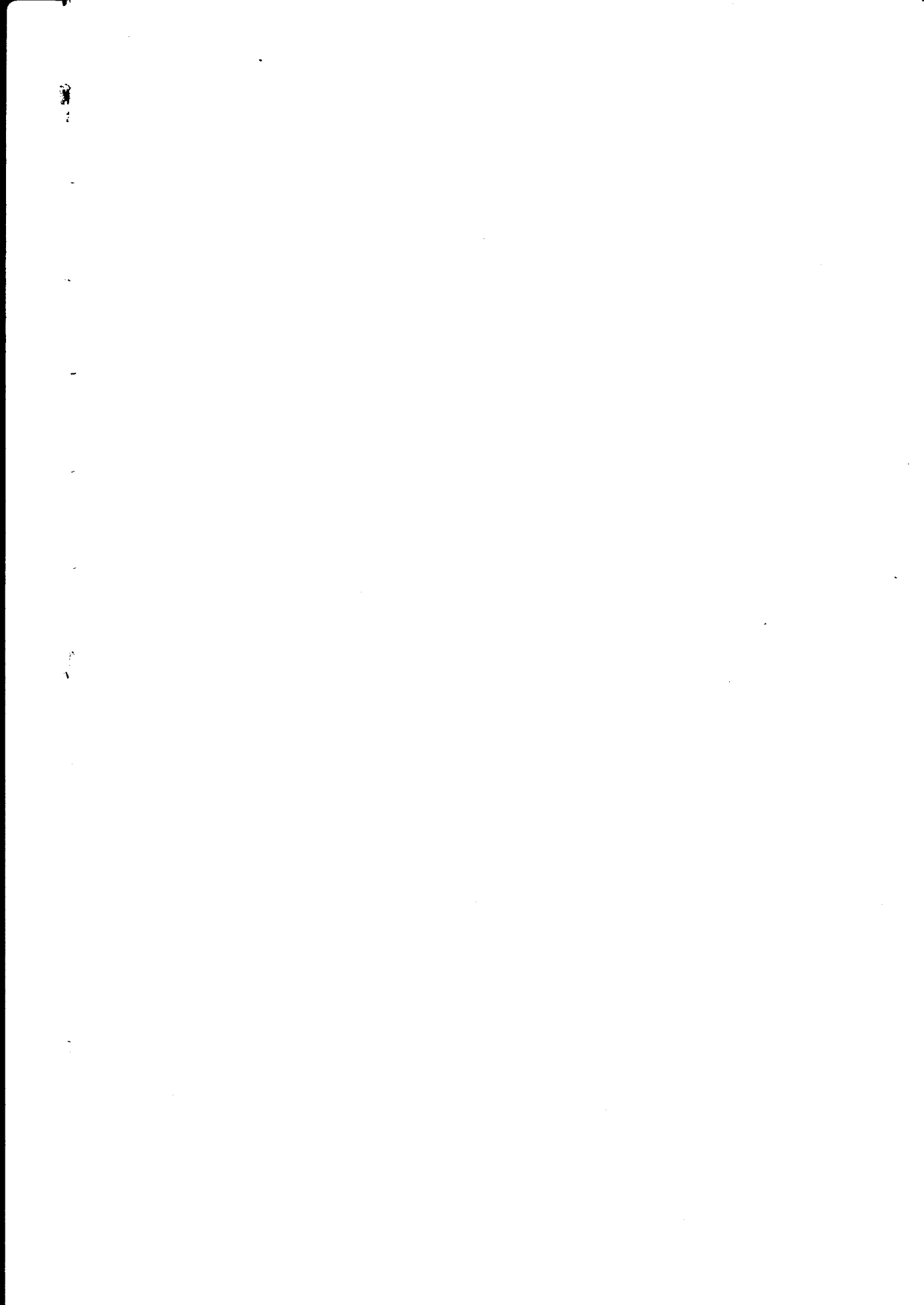
(١) الشيخ زكي الدين شعبان «الشروط المقترنة بالعقد» ص ٦٨.

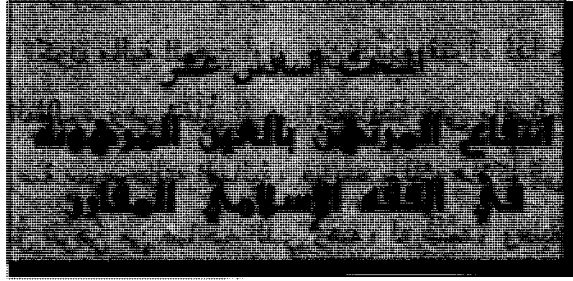
(٢) المعنيان المتلازمان عقلاً إذا عبر الشارع عن أحدهما بالنص، كان هذا النص الوارد في الملزوم حجة على اللازم، ذلك لأن المشرع لم يعبر عن هذا الأخير، إلا اعتماداً على مقتضى المنطق الإنساني العام، وهذا يرجح مذهب الإمام صدر الشريعة من أن المعنى المستفاد بدلالة الإشارة مقصود تبعاً، خلافاً لما ذهب إليه الجمهور من أنه غير مقصود لا أصلاً ولا تبعاً.

٦ - دل الاستقراء للأدلة الشرعية على أن ليس فيها ما يدل على تحريم جنس الشروط إلا ما يثبت حله بعينه .

وبذلك يترجح لديك أن الأصل في التعاقد عقوداً وشروطاً هو الإباحة، لقوة أدلته، وأن الضابط الشرعي «للشروط الصحيح» هو «عدم المنافاة» لمقتضى العقد، أو للنظام الشرعي العام، في قواعده، ومقاصده، جملة وتفصيلاً، من مثل الجهالة والربا والغرر، وأن التحريم هو الاستثناء الذي فُضِّلَت مواقعه، لانحصارها، وما عداها فعلى أصل الحل العام، بمقتضى إشارات النصوص التي تدل على اللوازم العقلية التي لا تنفك عن المعاني العبارية فيها، وفي هذا تيسير على الناس في نشاطهم الاقتصادي والاجتماعي، فيما يفتقرون إليه من الوسائل الشرعية لتبادل منافعهم، وتحقيق مصالحهم المتجددة، ولعدم إمكان حصر مواقع المباحات، وهذا ما قرره المالكية، ومتأخرو الحنابلة، منذ أمد بعيد، وهو ما اتجه إليه الحنفية من اعتبار العرف أصلاً في تصحيح الشروط، وما وصل إليه الفقه الوضعي في هذا العصر، والله ولي التوفيق.







مقدمة في حكمة تشريع الرهن:

شرع الله تعالى «المداينة»^(١) عند افتقار الإنسان إلى المال، لقضاء حاجاته الحالة، فإذا كان أصل تشريع المعاملات لدفع الحرج عن الناس، وتحقيق مصالحهم، حتى اعتبر الإسلام تلك المصالح من المقاصد الحاجية للتشريع الإسلامي، فقد شرع أيضاً «التوثيقات» تأكيداً للثقة بين الناس في ميدان التعامل، وتنشيطاً للحركة التجارية والاقتصادية بوجه عام، ليضمن المتعامل إلى نتيجة تعامله، وصون ماله، خشية الجحود، أو الضياع بالنسيان، أو الموت المفاجئ، فكان الرهن أهم وثيقة شرعها الإسلام لذلك، فضلاً عن الإشهاد والكتابة^(٢).

(١) قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا بِيخْسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْطِيعُ أَنْ يُؤَمِّلَ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَيَلِهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ أَن تَضَلَّ إِحْدَهُمَا فُتَدَكَّرَ إِحْدَهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبُ الشَّهَادَةَ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَهِيرًا أَوْ كَذِبًا إِلَىٰ أَجَلٍ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْفَعُ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِن تَقَعُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٢٨٨﴾ وَإِن كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنَّ مَقْبُوضَةً فَإِن مِّنْ بَعْضِكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَرِّ الَّذِي أُؤْتِيَ مِنْ أَمْنَتِكُمْ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آيِمٌّ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿البقرة: ٢٨٢ - ٢٨٣﴾.

(٢) «الهداية»: (٤/٩٤).

هذا، والرهن كان معروفاً في الجاهلية، غير أنه كان على وضع يلحق ظلماً بالمدين؛ إذ كان المرتهن يمتلك الرهن كله بالدين عند مَحَلِّه، حال عجز المدين عن الوفاء، وغالباً ما تكون مالية الرهن أوفى من الدين قدرأ، لذا جاء النبي ﷺ ففضى على هذا الوضع الظالم، وهو «عَلَقُ الرهن» محافظة على مال المدين، وحماية له من انتهاز المرتهن فرصة سوء حالته المالية، فيزيده بذلك هلاكاً إلى هلاكه، استغلالاً، فقال ﷺ: «لا يَغْلُقُ الرَّهْنُ من صاحبه الذي رهنه، له عُثْمُه، وعليه عُرْمُه»^(١).

يؤكد هذا ما جاء في «المغني» لابن قدامة: «أن رجلاً رهن داراً بالمدينة إلى أجل مسمى، فمضى الأجل، فقال الذي ارتهن: «منزلي!» فقال النبي ﷺ «لا يَغْلُقُ الرهن»^(٢).

وبذلك يبدو لك أن الرهن لم يتمحّض وسيلة استيثاقٍ لمال الدائن، يستوفي منه دينه عند عجز المدين، ضماناً لحقه فحسب، بل هو أيضاً وسيلة للمحافظة على مال المدين، من وجوه ثلاثة:

الأول: أنه تشريع يَسِّرُ لغير الواجد الاستدانة، سداً لحاجته الحالّة عند افتقاره، فلا يضطر إلى بيع عقاره أو منقوله بثمن بخس، بل يحتفظ بهما عن طريق الرهن، أملاً في يساره مستقبلاً.

الثاني: تحريم عَلَقُ الرهن، قطعاً للتوسل إلى الاستغلال بتملكه من قِبَل المرتهن، نظير «الدين» عند حلول الأجل، انتهازاً لفرصة افتقار المدين، وعجزه عن الوفاء.

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٤٤١ مختصراً، والحاكم: (٥٨/٢)، وابن حبان: ٥٩٣٤، من حديث أبي هريرة، وقال الحافظ ابن حجر: رجاله ثقات. والعُثْمُ هو منافع المرهون وزوائده، والعُرْمُ الهلاك والنقصان والنفقة التي بها بقاؤه، ولا يغلق الرهن، أي: لا يستحقه المرتهن، ولا يملكه في نظير دينه، حتى إذا عجز المدين عن الوفاء، بيع المرهون، واستوفى الدائن من ثمنه، مقدماً على سائر الغرماء، وعلى هذا فحق المرتهن متعلق بمالية المرهون لا بعينه.

(٢) يقال: غلق الرهن، إذا خرج عن ملك الراهن، واستوى عليه المرتهن، بسبب عجزه عن أداء ما رهنه فيه. «سبل السلام»: (٥٢/٣)، و«المغني» لابن قدامة: (٣٦٨/٤).

الثالث: عدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون دون عَوْض، ولو أذن الراهن^(١) على الراجح.

وهذا هو «التوازن» في تشريع المعاملات، محافظة على الحقين معاً، حتى لا تطفئ مصلحة على أخرى، فيكون الظلم والاستغلال، والربا، أو شبهته، وهو محرم قطعاً بإطلاق.

أما من الناحية الاقتصادية، ففي الرهن دفعٌ لحركة التعامل بتوفير الثقة، فكأن المرتهن بما يحتبس من مرهون نظير الدين، يحتفظ بماله، فكأنه في حوزته، على الرغم من كون ماله قد أصبح دَيْناً شُغلت به ذمة المدين، وهو من أقوى صور التأمينات أو الوثائق.

ونتناول الآن بالبحث والمقارنة آراء المجتهدين والفقهاء في هذا الموضوع.

مواطن اتفاق آراء المجتهدين:

أولاً - اتفق الفقهاء على أن عقد الرهن لا يوجب إلا مجرد استيثاق الدين، ضماناً لحق الدائن، ليتمكن من استيفائه من مالية المرهون عند حلول الأجل، وعجز المدين عن الأداء^(٢).

ومن ثَمَّ، فلا يوجب عقد الرهن تمليك الدائن عين الرهن، ولا منفعته وزوائده بحال، لا عند إنشاء العقد، ولا عند حلول الأجل، بل تبقى هذه العين ومنافعها وزوائدها على ملك الراهن، ذلك هو مقتضى عقد الرهن شرعاً بالإجماع.

نعم! يوجب للمرتهن حقَّ الأولوية والتقدم على سائر الغرماء^(٣).

كما يوجب له حق تتبع العين المرهونة في أي يد وقعت، ضماناً للاستيثاق، وهذا ما يعبر عنه في الفقه الوضعي بالحق العيني التبعية.

(١) جاء في «المغني»: «ولا يتنفع المرتهن من الرهن بشيء، إلا ما كان مركوباً أو مخلوباً، فيركب ويحلب بقدر النفقة».

«فإن شرط في الرهن أن يتنفع به المرتهن، فالشرط فاسد». المرجع السابق ص ٤٣٢.

(٢) المرجع السابق ص ٤٢٩.

(٣) «المغني»: (٤/٤٥٢)، و«بداية المجتهد»: (٢/٢٧٥).

وتفرع عن هذا، أن منافع العين وزوائدها المتصلة والمنفصلة، المتولدة وغير المتولدة، مملوكة لمالك العين وهو الراهن؛ لأنها نماء ملكه.

وتفرع عن هذا أيضاً، أن نفقة العين ومؤنتها وما به بقاؤها، على مالكة؛ لأن الغرم بالغنم، وهذا المبدأ من أهم مباني العدل في الإسلام. غير أنهم اختلفوا بعد ذلك فيما يتحقق به الاستيثاق^(١).

وهذا يتصل بموضوع انتفاع الراهن بالعين، ملكه، لا المرتهن، وهو خارج عن محل النزاع.

(١) فقال الحنفية: إنه لا يتحقق إلا بالحبس الدائم، بما لا يدع للراهن سلطة في الانتفاع بالرهن، أو التصرف فيه تصرفاً شرعياً، إلا إذا أذن له المرتهن بشيء من تلك، ولكنه يخرج حينئذ عن كونه رهناً، بفوات الاحتباس المادي الذي هو جوهر المقصود من الرهن وغايته؛ إذ لا يتحقق الاستيثاق - في اجتهادهم - إلا بالاحتباس والحيازة المادية. «رد المحتار»: (٤٨/٥)، و«البدائع»: (١٤٥/٦)، و«الهداية»: (٩٥/٤) - «تبيين الحقائق»: (٦٧/٦) وما يليها.

أما الشافعية، فذهبوا إلى أن الاستيثاق يتحقق بكون الرهن في «سلطة المرتهن وولايته» وهذا الاختصاص لا يتعارض وإمكان انتفاع الراهن بالرهون، إلا إذا كان تصرفه فيه على نحو يزيل ملكه عنه بعقد ناقل للملكية، أو باستهلاكه وإتلافه، أو بما ينتقص من قيمته، كالبناء والغراس في الأرض المرهونة، ولا يشترط الحبس الدائم.

ذلك لأن «رعاية الحقين» أصل من أصول العدل في المعاملات.

فالمرتهن لا يتضرر بانتفاع الراهن بحقوقه المشروعة، وفي حرمانه منها ضرر راجح لا يقتضيه حق الاستيثاق الذي توفر للمرتهن بمنع الراهن من التصرف على نحو يمس أصل ملكية المرهون بالإزالة أو الانتقاص، وهذا ضرب من الجمع بين المصلحتين، وهو ما يقتضيه العدل في التشريع، كما ذكرنا. «الوجيز»: (١٦٤/١).

بل إن حرمان الراهن من الانتفاع بملكه المرهون، دون مسوغ، أشد ضرراً عليه من الربا، فلا يُزال عنه ضرر هو أيسر، لتحميله ضرراً أشد، قد يُعجزه عن وفاء دينه، فعاد هذا الحكم على أصل مشروعية الرهن بالنقض. والاختلاف فيما يتحقق فيه الاستيثاق كان منشأ لاختلاف الآراء في فروع أخرى لا يتسع المقام لسطها، إذ لا تتصل ببحث موضوع المقارنة. «الهداية»: (٩٤/٤) وما يليها.

هذا، وجاء في «المغني»: (٤٣٨/٤) «ومؤنة الرهن على الراهن».

«والمرتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفى، حياً كان الراهن أو ميتاً».

ثانياً - واتفقوا كذلك على أن المرتهن كالأجنبي بالنسبة إلى الانتفاع بالمرهون، إذا لم يكن من حيوان الدَّرَّ أو الركوب، فلا يحلُّ له أن ينتفع بشيء منها إذا لم يأذن له مالكاها .

مواطن اختلاف آراء المجتهدين (تحرير محل النزاع):

أولاً - واختلفوا فيما إذا أذن الراهن للمرتهن أن ينتفع بالمرهون، عقاراً كان أم منقولاً، من حيوان الدَّرَّ أو الركوب، أو غيره، وبدون عوض .
ثانياً - كما اختلفوا فيما إذا لم يأذن للمرتهن بالانتفاع، والمرهون من حيوان الدر أو الركوب^(١) .

ونتناول بالبحث والمقارنة آراء المجتهدين في هاتين المسألتين على التوالي :

أ - آراء المجتهدين في انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بإذن الراهن وبدون عوض:

اختلف العلماء في هذه المسألة على آراء:

- ١ - عدم الجواز مطلقاً: سواء أكان قد اشترط الانتفاع في صلب العقد وصيغته، أم لا، وسواء أكان الدين ناشئاً عن قرض، أم غيره، وهو قول للحنفية^(٢) .
- ٢ - الجواز مطلقاً: سواء أكان الدين ناشئاً عن قرض، أم غيره، وسواء أكان قد شرط الانتفاع في صلب العقد، أم لا، وهو قول آخر للحنفية^(٣) .

(١) بأن يكون حيواناً، أو غير حيوان، فأما غير الحيوان فمن مثل المنزل المرهون إذا انقضَّ أو تهدم، فإن أنفق المرتهن على عمارته، فهو متبرع، ولا يجوز له أن ينتفع به بعد عمارته؛ لأن الراهن ليس مطالباً شرعاً بعمارته أصلاً، فلا يحل المرتهن محله في أداء ما لا يجب عليه. «المغني»: (٤/٤٥٢).

(٢) «رد المحتار» ابن عابدين: (٥/٤٧٨)، و«بدائع الصنائع» للكاساني: (٦/١٤٥)، و«تبيين الحقائق»: (٦/٦٨) للزيلعي .

(٣) «رد المحتار» ابن عابدين: (٥/٤٧٨)، و«الهداية» للمرغيناني: (٤/٩٦). وثمة روايات أخرى عن الحنفية اقتصرنا منها على الروايتين المذكورتين في المتن، منها: أنه إذا شرط الانتفاع في صلب العقد فلا يجوز؛ لأنه فَضْلٌ خالٍ عن عوض، وهو الربا بعينه، ويجوز إذا لم يتضمن العقد شرطاً؛ لأنه ضرب من الإهداء. وجاء في الهداية: «ليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام، ولا بسكنى، ولا لبس، إلّا أن يأذن له المالك - الراهن». (٤/٩٦).

٣ - عدم الجواز: إذا كان الرهن بدين ناشئ عن قرض، والجواز إذا كان بدين ناشئ عن غير القرض (معاوضة) كعقد البيع، بشرطين:

الأول: أن يُشترط الانتفاع في صلب العقد، مقترناً به.

الثاني: أن تكون المنفعة معلومة بتحديد مدتها.

وهو رأي المالكية^(١)، والحنابلة^(٢) وهو قول الإمام الشافعي^(٣).

يقول ابن رشد في كتابه «بداية المجتهد»: «والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن»^(٤).

وجاء في «الشرح الكبير» أنه: «لا يجوز شرط منفعة الرهن للمرتهن إلا بشرطين: أن يكون في عقد معاوضة، لا عقد قرض، وأن تكون معينة»^(٥).

ويفرق ابن قدامة بين دين القرض ودين غير القرض فيقول: «فإذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض، وكان دين الرهن من قرض، لم يجز؛ لأنه يحصل قرضاً يجزئ منفعة، وذلك حرام... وإن كان الرهن بضمن مبيع، أو أجر دار، أو دين غير القرض، فأذن له الراهن في الانتفاع، جاز ذلك» روي ذلك عن الحسن وابن سيرين، وبه قال إسحاق^(٦)، والظاهر - كما ترى - الجواز مطلقاً، ولكن سيأتي اشتراطهم عند عرض أدلتهم.

(١) «الشرح الكبير على متن سيدي خليل»: (٢٤٧/٣) و«حاشية الدسوقي» عليه، و«القوانين الفقهية» ص ٣١١. جاء في «الشرح الكبير»: «وجاز للمرتهن شرط منفعة الرهن لنفسه مجاناً بشرطين: إن عينت مدتها، للخروج من الجهالة في الإجارة، والثاني: وكان في عقد بيع فقط لا في عقد قرض؛ لأنه في عقد بيع، بيع وإجارة، وهو جائز، وفي القرض، سلف جرّ نفعاً، وهو لا يجوز، فيمنع شرطها، والتطوع بها في القرض، عينت أم لا». المرجع السابق.

(٢) «المغني»: (٤٣١/٤).

(٣) «الأم»: (١٤٧/٣).

(٤) (٢٧٦/٢) وما يليها.

(٥) (٢٤٧/٣).

(٦) المرجع السابق ص ٤٣١، هذه الرواية عن الإمام أحمد، ولكنها مشروطة بشرطين، كما سيأتي.

أدلة الرأي الأول ووجوه الاستدلال بها (عدم الجواز مطلقاً):

استدلوا بالسنة، فيما رواه أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا يَغْلُقُ الرهنُ من صاحبه الذي رهنته، له غنمته، وعليه غرمته»^(١).

وجه الاستدلال بالحديث^(٢)، أنه صريح في أن نماء الرهن، ومنافعه وزوائده، ملك للراهن على سبيل الحصر المستفاد من تقديم الجار والمجرور «له غنمته، وعليه غرمته» وانتفاع المرتهن بمال الراهن وبدون عوض رباً محض؛ لأنه فضلٌ خالٍ عن عوض، وحرمة الربا من حقوق الله تعالى، ونظامه الشرعي العام، والإذن لا يُحِلُّ الحرام، بل لا يجوز الاتفاق على تحليله أو الإذن به، أو التعامل فيه، إذ لم يعهد في الشرع أن الإذن أو التراضي يسقط حق الله في التحريم، بل المعهود والمقرر في الشرع قطعاً وجوب إعدام الحرام، ومنع التسبب في إيجاده، بأي وجه من وجوه التصرف؛ إذ من المعلوم بدهاة أن مجرد التصرف القولي، لا يتضمن بذاته قوة إنشاء الحقوق والالتزامات، بل الشارع هو الذي يكسبه هذه القوة، كما أسلفنا، وبدهي أنه لا يكتسب هذه القوة إلا إذا كان موافقاً لشرع الله، والإذن بالربا مناقض له، فبطل الإذن للمناقضة، والباطل لا أثر له شرعاً، ومن ثم لا يحل للمرتهن أن ينتفع بشيء من المرهون ولو أذن له الراهن.

سلمنا أن مناط حل الانتفاع بملك الغير هو رضا المالك، وطيب نفسه، واختياره

(١) «نيل الأوطار»: (٢٦٥/٥)، و«سبل السلام»: (٥١/٣)، و«الأم»: (١٤٧/٣). والحديث أخرجه ابن ماجه: ٢٤٤١، مختصراً، والحاكم: (٥٨/٢)، وابن حبان: ٥٩٣٤، من حديث أبي هريرة، ورجاله ثقات. غير أنه روي من بعض الطرق مرسلًا، وقال في «بلوغ المرام»: ورجاله ثقات. هذا، وقال أبو داود في المراسيل: قوله: «له غنمته وعليه غرمته» من كلام سعيد بن المسيب، نقله عنه الزهري، وقوله: لا يغلق الرهن، يحتمل أن تكون «لا» نافية، ويحتمل أن تكون ناهية. «نيل الأوطار»: (٢٦٥/٥) وما يليها.

الغنم: المنافع والزوائد، والغرم: النفقة والهلاك.

(٢) وقد اختلف في هذا الحديث: في وصله، وإرساله، ورفع، ووقفه، لكن الشافعي رواه وكذلك الدارقطني، وقال: إسناده حسن متصل. المرجع السابق.

الحر، لكن الإذن هنا - في واقع الأمر - صوري لا حقيقي، فالظاهر أن الراهن إنما أذن تحت ضغط الأضرار والحاجة، وأنه يعلم أنه لو لم يأذن للمرتهن بالانتفاع، لما رضي بتأجيل الدين، أو بالإقراض، فتعين المنع^(١)، لعدم تحقق مناط الحل، وهو الرضا الحر.

هذا، وقد أشار النبي ﷺ صراحة إلى أن القرض الذي يجزئ نفعاً للمقرض يعتبر رباً، بقوله: «كل قرض جر نفعاً فهو رباً»^(٢). ولا فرق بين دين ناشئ عن قرض وغيره؛ لأن ظرف الحاجة والاضطرار قرينة على فساد الإذن والاختيار، في الحالين، فهو نوع من هديّة مديان، وذلك منهى عنه، لما فيه من معنى الاستغلال المحرم، والأمور بمقاصدها، خلافاً للمالكية في غير دين القرض، على ما سيأتي.

وهكذا ترى أن النفع الزائد دون عوض، قرينة على إرادة الاستغلال، والباعث على الربا، فإذا انتفع المرتهن بما ليس حقاً له، وجب أن يوضع عن الراهن بقدر ذلك في مذهب الإمام أحمد؛ إذ يصبح ديناً في ذمته، فتقع المقاصّة بين قيمة المنفعة وما يساويها من الدين.

أدلة الرأي الثاني ووجوه الاستدلال بها (الجواز مطلقاً):

استدلوا بالكتاب والسنة والقياس.

١ - أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحُكْمٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

٢ - وأما السنة فلقوله ﷺ: «لا يَجِلُّ مالٌ امرئٍ مسلمٍ إلا عن طيبة من نفسه»^(٣).

وجه الاستدلال بالآية الكريمة والحديث الشريف، أن الله تعالى قد جعل مناط انتقال الملكية، وحل الانتفاع بمال الغير، بعوض أو بغير عوض، هو الرضا والاختيار

(١) «رد المحتار»: (٤٧٨/٥).

(٢) أخرجه الحارث في «مسنده»: (٥٠٠/١)، وانظر: «المغني» لابن قدامة: (٤/٣٦٠ وما يليها).

(٣) أخرجه أحمد: ٢١٠٨٢، من حديث عمرو بن يثربي، وهو حديث صحيح لغيره. وانظر «نيل الأوطار»: (١٩٩٩/٥).

الحر، بتفويض من الشارع نفسه، وقد وُجد المقتضي وانتفى المانع، فيحل للمرتهن الانتفاع، ولا فرق بين أن يكون الرهن بدين قرض أو غيره^(١).

٣ - واستدلوا بالقياس على الأجنبي غير المرتهن، فانتفاعه بمال الغير بإذنه جائز إجماعاً، فكذلك المرتهن.

ويتجه على هذا الرأي، أن قرينة الاضطرار قد جعلت هذا الإذن الصادر عن الراهن صورياً، لا ينبئ عن اختيار حر، بل يدل على إرادة الاستغلال من جانب المرتهن غالباً، كما أسلفنا، بدليل النهي عن كل قرض جر نفعاً، ولا فرق بين دين ودين، ما دام قد اتحد أثر ظرف الاضطرار، ومناطق الأحكام هي الآثار والمآلات.

وعلى هذا، فقد انتفى المقتضى، وهو المنطوق، فانتفى الحكم، وهو الإباحة، لوجود المانع، وهو الاضطرار والحاجة، وأثرهما، وهو الاستغلال من جانب المرتهن، وانعدام الرضا الحقيقي من جانب الراهن، والآثر هنا يقتضي التحريم، وهذا هو الذي يتفق وروح الشريعة.

وأما استدلالهم بالقياس، فيرد عليهم أنه قياس مع الفارق؛ إذ شبهة الربا قائمة في جانب المرتهن، وليس كذلك الأجنبي، لانتهاء ظرف حاجة المالك بالنسبة للأجنبي^(٢)، أو علاقة الدائنية.

على أن هذا القياس فاسد الاعتبار، من قبَل أنه في مقابل نص، إذ ورد النهي عن القرض الذي يجز نفعاً، وكل دين في معنى القرض.

وأيضاً، لا يقال: إن دين غير القرض يُحل الإذن فيه للمرتهن الانتفاع بالمرهون، عملاً بالمفهوم المخالف؛ إذ لا مفهوم للقب على ما ذهب إليه جمهور الأصوليين^(٣).

(١) «الهداية»: (٩٦/٤).

وقد جاء فيها ما نصه: «وليس لمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام، ولا بسكنى، ولا لبس، إلا أن يأذن له المالك؛ لأن له حق الحبس دون الانتفاع».

(٢) فانتفى أثر الحاجة الذي يُعَدُّ الرضا، وهو مناط الحل، وبانتهاء الأثر الذي يعدم الرضا يتحقق الرضا، وهو مناط الحل بالنسبة للأجنبي دون المرتهن، فتبين الفارق بينهما.

(٣) «المناهج الأصولية» للمؤلف - مفهوم المخالفة - ص ٢٩٥ وما يليها.

سلمنا أنه قيد، لكنه غير معتبر في تشريع الحكم؛ إذ أخرج مُخْرَجَ الغالب، لا لتقييد الحكم به، فاستوى في حكم التحريم أن يكون الرهن بدين قرض، أو بدين ناشئ عن غير قرض.

والحديث صريح في اعتبار المنفعة الزائدة الخالية عن عوض علةً للتحريم؛ لأنها قرينة على إرادة الاستغلال والربا، ولا يصرف عن حقيقة هذه الإرادة، بل وحقيقة الربا تغيير صفة منشئه^(١)؛ إذ العبرة بالحقائق والمآلات.

على أن تضعيف هذا الحديث من قبل المجيزين لا يفيدهم؛ لأنه تواتر معنى إذ روي من عدة طرق يقوي بعضها بعضاً، فضلاً عن أنه قد عمل به الصحابة والسلف الصالح - رضوان الله عليهم - دون نكير، فكان إجماعاً^(٢) لزومياً، وذلك كاف لصحة الاحتجاج به، والعمل بمقتضاه.

أدلة الرأي الثالث ووجوه الاستدلال بها (القائل بالتفصيل):

استدل أصحاب هذا الرأي من المالكية والشافعية والحنابلة على عدم جواز الانتفاع إذا كان الرهن بدين ناشئ عن قرض، بما روي من «القرض الذي جر نفعاً» لأنه متواتر معنوياً، ومجمع عليه لزومياً، كما أسلفنا.

واستدلوا على جواز انتفاع المرتهن بشرط تعيين مدته، واشترائه في صلب العقد إذا كان الرهن بدين غير قرض بما يلي:

أولاً - بأن النهي ورد في خصوص القرض، فبقي ما عداه على أصل الإباحة^(٣).

(١) تغيير صفة منشأ الربا، من كونه ناشئاً عن دين قرض أو غيره.

(٢) الإجماع اللزومي، هو الإجماع الذي يحكم العقل بوقوعه نتيجة لعرف التعامل بموضوع الإجماع؛ إذ لم يصرحوا بحجية هذا الحديث قولاً، فجريان العمل بالحديث - دون القول - كاف في استخلاص هذا الإجماع عقلاً ولزوماً.

(٣) «الشرح الكبير»: (٣/٢٤٧ وما يليها).

وهذا هو رأي الشافعي^(١) وأحمد^(٢) والمالكية^(٣).

ثانياً - أن اشتراط الإذن بالانتفاع في صلب العقد، يجعل العقد عقد بيع وإجارة، وهو جائز^(٤)؛ لأن الانتفاع حينئذ يكون بالإجازة لا بالقرض، فتكون المنفعة جزءاً من الثمن، فتنتفي شبهة الربا الذي هو مناط التحريم، واعتباراً بحديث جابر.

ثالثاً - وأما اشتراط وجوب تعيين مدة الانتفاع، فذلك لنفي الجهالة عن مقدار الثمن وبدل المنفعة؛ إذ الجهالة فيهما تفسد العقدين، ومع فساد العقدين لا يحل الانتفاع على الرغم من إذن الراهن، فلا بد من تعيين المدة نفياً للجهالة^(٥).

ويتجه على هذا الرأي، أن الجهالة ما زالت متمكنة في مقدار الأجرة والثمن ما دام التحديد لم يتم لكل منهما على حدة، والجهالة المتمكنة في كل من الثمن وبدل المنفعة مفسدة للعقدين معاً؛ إذ المفروض في هذه المسألة أن الانتفاع بدون عوض.

وتقييد اشتراط الانتفاع بمدة معينة في صلب العقد غير كاف؛ لأنه لا يقوم مقام بيان مقدار العوض في كل من الثمن وبدل المنفعة، وتحديده، للشروع، وهي علة فساد العقدين معاً، وعدم الحل.

(١) «الأم»: (١٤٧/٣)، و«المغني»: (٣٦٢/٤).

(٢) «المغني»: (٤٣٣/٤).

(٣) «نيل الأوطار»: (٢٣٤/٥) وما يليها، و«الشرح الكبير»: (٢٤٧/٣).

(٤) خلافاً للحنفية الذين لا يجيزون هذا الشرط، ما لم يجر به عرف؛ لأنه صفتان في صفقة، وذلك منهى عنه بالنص، أما إذا جرى بذلك العرف، فيجوز عندهم؛ لأنه يصبح للمنفعة في هذه الحال حساب في تقدير الثمن، فتنتفي المحاباة أو شبهة الربا.

(٥) «الشرح الكبير»: (٢٤٧/٣).

هذا، ويعتبر الحنفية مطلق اقتران الشرط بالعقد التقييدي صفتين في صفقة، ولو لم يوجب الشرط عقداً، بينما يرى الحنابلة أن اقتران الشرط بالعقد لا يعتبر صفتين في صفقة إلا إذا أوجب عقداً آخر.

سلمنا أن لا جهالة، لكن الإذن بالانتفاع - ولو كان مشروطاً في صلب العقد، ولمدة معينة - ليس إذناً حقيقياً صادراً عن اختيار حر، لقريئة الحاجة والاضطرار، فانتهى أصل الحل، لانتفاء تحقق مناطه.

هذا، ولا نرى معنى للتقييد بكون الانتفاع مشروطاً في صلب العقد؛ إذ لا فرق بين أن يكون كذلك، أو لاحقاً على العقد، ما دام الإذن صورياً، أو الجهالة متمكنة في الحالين، فلا ينهض بالترقية بينهما ما قالوا من أن الإذن بالانتفاع إذا كان لاحقاً على العقد، ودون عوض، فشبها الربا متمكنة؛ لأنه يكون حينئذ هديةً مدياناً^(١).

أقول: لا فرق بين الحالين، لقريئة الاضطرار التي يكون معها الإذن مفتعلاً مقهوراً غير حقيقي، سواء أكان في صلب العقد عند إنشائه، أم لاحقاً له؛ لأن الشرط في هذه الصورة الأخيرة ملحوظ عند التعاقد، وإبان إنشاء العقد، والملحوظ كالمملفوظ في حكم الشرع، فانهدم بذلك أساس استدلالهم من القواعد.

سلمنا أنه لا يكون ملحوظاً عند التعاقد، لكن هذا أمر من الندرة بمكان؛ إذ واقع حال الدائنين أو الغالب من أمرهم - بل عرفهم الجاري - قائم على إرادة الاستغلال التي يلحظها الراهن، ولا يغير من هذا الواقع صورية الإذن، ولا صورية الاشتراط في صلب العقد، وتعيين المدة؛ لأن الأمور بمقاصدها، ولأن التشريع - كما تعلم - لا يقوم على النادر من الحالات، ولا على الصور الذهنية المجردة، بل على الأمر الغالب الوقوع في حياة المجتمع، والناذر لا حكم له.

وإذا كان ذلك عرفاً، فإن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فيتعين المنع^(٢) في الحالين؛ إذ لا فرق، كما أسلفنا.

على أن شرط الانتفاع في صلب العقد - ولو بإذن الراهن، ولمدة معينة - هو شرط ينافي مقتضى عقد الرهن، وعقد القرض، معاً.

(١) هدية المدين لدائنه في مقابل انتظاره لوفاء دينه، منفعة زائدة خالية عن عوض؛ لأن هذا هو الربا بعينه، ولولا الدين لما كانت الهدية.

(٢) «رد المحتار»: (٤٧٨/٥).

ويقول ابن قدامة في ذلك: «ولنا أنه شَرَطَ في الرهن ما ينافيه، فلم يصح، كما لو شرطه في القرض»^(١).

وبيان ذلك: أن مقتضى عقد الرهن شرعاً، هو احتباس عين تحت يد المرتهن، استيثاقاً لَدَيْنِهِ، للاستيفاء من ماليتها عند تعذر الوفاء، فاشتراط المنفعة الزائدة بدون عوض تنافي هذا المقتضى، فيفسد الشرط لهذه العلة، أعني علة المنافاة.

وأيضاً، هو شرط مناف لمقتضى عقد القرض؛ إذ مقتضاه شرعاً تمليك مال مثلي على أن يرد مثله، دون زيادة أو نفع، ابتغاء وجه الله تعالى، والشرط المنافي فاسد إجماعاً، فضلاً عن ورود النص بتحريم موجب «كل قرض جرَّ نفعاً، فهو رِباً»^(٢).

وإذا كان هذا وارداً في دين القرض، فيلحق به غيره من الديون، بدلالة مفهوم الموافقة^(٣)، أو دلالة النص؛ إذ العلة متبادرة منه لغة، لا استنباطاً، حتى تكون دلالة قياسية، وهي المنفعة الزائدة الخالية عن عوض في كل منهما؛ لأن الحالة الاضطرارية قرينة على إرادة الاستغلال الملحوظة عند التعاقد فضلاً عن العرف الجاري بذلك، كما أسلفنا.

يؤكد هذا ما جاء في «المغني»: «فإن شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن، فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى الرهن»، وهذا واضح.

فترجح لديك الرأي القائل بعدم جواز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بدون عوض، بإطلاق، ولو بإذن الراهن، وسواء أكان الدين عن قرض أم غيره، وسواء أكان مشروطاً في صلب العقد، أم لاحقاً له، لوحدة العلة التي تقتضي وحدة الحكم، وصورية الإذن في جميع هذه الحالات، وذلك لقوة أدلة هذا الرأي التي لا يستطيع

(١) «المغني»: (٤/٤٣٢).

(٢) أخرجه الحارث في «مسنده» ٤٣٧، من حديث علي، وانظر «كشف الخفاء»: (٢/١٦٤)، و«المغني»: (٤/٤٣٢).

(٣) راجع بحث دلالة النص في «المناهج الأصولية للاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» للمؤلف ص ٢٣٩ وما يليها.

نقضها، إذ تقوم أساساً على الحقائق، لا على الظواهر، والأمور بمفادها، وإنما الأعمال بالنيات، وهي في تحريها للواقع تبني أحكامها على ما تبين من حقيقة إرادة المتعاقدين، ودلالة العرف، ومدى مطابقة ذلك لمقصد المشرع في التشريع.

ونورد فيما يلي - تأييداً لما رجحناه - نص فتوى العلامة الشيخ يوسف الدجوي - رحمه الله - عضو جامعة كبار العلماء في الأزهر الشريف في هذا الموضوع، لأهميته، إذ يقول:

«قد دلّ الكتاب والسنة وإجماع الأمة، على تحريم «الربا»^(١) بسائر أقسامه، واتفق العلماء من السلف والخلف، على أن منها^(٢) «ربا القرض» وقد اشتهر في ذلك قولهم: «كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا» بحيث صار كالضروري^(٣) بين أهل العلم، وهذا النوع من المعاملة الواردة في السؤال، وهو أن يعطي شخص شخصاً آخر مئة دينار مثلاً، في نظير أن يحبس قطعة من الأرض على سبيل الرهن، ويكون للمرتهن بمجرد العقد الانتفاع بالمرهون بوجه من الوجوه التي ذكرها السائل، فيه ربا القرض من غير شك».

ومما يوضح ذلك، أن شرط الانتفاع بالمرهون شرط باطل ينافي مقتضى القرض؛ إذ هو تملك مال على أن يردّ مثله فقط، ابتغاء الثواب الأخروي، طلباً لمرضاة الله تعالى، وينافي أيضاً بمقتضى الرهن^(٤)، إذ هو شرعاً جعل عين مُمَمَّوَلَة تحت يد الدائن، بدينه، يستوفى منها عند تعذر الوفاء^(٥)، وإذن فلا سبيل لِحَلِّ انتفاع المقرض المرتهن بالمرهون، فهو حرام، لمكان «الزيادة» التي لا حق له فيها^(٦).

والربا - في الأصل - الزيادة، وقد تقرر بالاتفاق التحريم لكل قرض اشترط فيه أن

(١) يطلق الفقهاء الربا على الاستغلال في مواطن عدة.

(٢) أي: من أقسام الربا.

(٣) المعلوم ضرورة وبداية للخاص والعام، مما لا يفتقر إلى دليل.

(٤) فتمكنت علة بطلان الشرط من منافاته لمقتضى العقدين.

(٥) يتعلق حق المرتهن بمالية المرهون، لا بعينه، ولا بمنافعه وزوائده.

(٦) يقصد الزيادة الخالية عن العوض.

تكون منفعة المرهون للمقرض مطلقاً من غير تفصيل - إلا ما يذكر عن الشافعية من أن محل التحريم وقوع الشرط الباطل في صلب العقد، ولكن من المقرر عندهم أيضاً أن المجلس حريم^(١) العقد، فله حكمه، فإن تواطأ المتعاقدان على ذلك قبل العقد، فلا حرمة^(٢)، على ما يراه كثير منهم، لكن قال المحققون منهم أيضاً: هذا من حيث الظاهر^(٣)، وأما من حيث الباطن^(٤) فحرام، «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»^(٥).

هذا، وقول الحنفية: نماء المرهون يثبته، ليس معناه: أن المرتهن يستحقه ملكاً، كما قد يتوهم بعض الناس، بل المعنى: أن النماء يكون مرهوناً كالأصل، فالدائن المرتهن لا يستحق شيئاً من المنفعة، ولا يحل^(٦) له ذلك، حيث إن الزيادة لا يقابلها شيء من المقرض، ولكن هل لنا حالة يمكن أن يكون للمرتهن حق الانتفاع، باعتبار آخر؟.

.. قال الإمام ابن رشد في «بداية المجتهد»: «والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن»^(٧) اهـ.

(١) الحریم هو ما يكون محيطاً بالشيء لتمام الانتفاع به، كحریم البئر، ويقصد به هنا مجلس العقد، فيكون تابعاً للعقد في الحكم، حتى ينفض.

(٢) لأنه خارج عن العقد وحریمه، وما كان خارجاً عن حریم العقد، لا يأخذ حكمه، ولا يكون تابعاً له.

(٣) أي: من حيث الحكم القضائي.

(٤) أي: من حيث النية التي تنهض بالعلاقة بين المؤمن وربّه وهو ما يطلق عليه «الحكم الدياني».

(٥) أخرجه البخاري: ١، ومسلم: ٤٩٢٧، وأحمد: ١٦٨، من حديث عمر.

(٦) ديانة.

(٧) «مجلة نور الإسلام»: ج ١٠، المجلد الثاني، شوال ١٣٥٠هـ، وهذه المجلة كان يتولى إصدارها مشيخة الأزهر الشريف.

على أن هذه الفتوى قد تناولت أيضاً حكم انتفاع المرتهن بالمرهون إذا كان من حيوان الدرّ والركوب، وسنورد الجزء المتعلق به في مقامه من عرض آراء العلماء في هذه المسألة.

حكم انتفاع المرتهن بالعين المرهونة، بإذن الراهن، وبعوض:

قد يكون العوض رمزياً أو صورياً، تحايلاً على تحليل الربا، فالشرط فاسد؛ إذ لا يجوز «الربا» تحت ستار البيع، أو الشرط؛ لأنه من باب التصرف المشروع في الظاهر، ولكنه ذريعة لتحقيق غرض غير مشروع مآلاً في الباب، فيفسد التصرف لعدم مشروعية الباعث عليه، كما علمت، والقريئة الدالة على الباعث هي صورة العوض، أو رمزيته.

أما إذا كان العوض أجرَ مثل المنفعة، فقد انتفعت شبهة الربا، والاستغلال، فيجوز، ويصبح المرتهن في ذلك كما لو كان أجنبياً، ويحل له الانتفاع، سواء أكان دين قرض أم غيره^(١)؛ لأن الانتفاع بالإجارة لا بالقرض، وبأجر المثل، وهذا لا شيء فيه. وجاء في «المغني» مما يؤكد هذا المعنى ما نصه: «فأما إن كان الانتفاع بعوض، مثل أن استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها، من غير محاباة، جاز في القرض وغيره، لكونه ما انتفع بالقرض بل بالإجارة، وإن حابه في ذلك، فحكمه حكم الانتفاع بغير عوض، ولا يجوز في القرض، ويجوز في غيره»^(٢).

وعلى هذا، فكما لا يجوز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بدون عوض، ولو بإذن الراهن، لا يجوز للمرتهن كذلك أن ينتفع بها، بعوض رمزي، أو دون أجر المثل، لمكان الربا أو الاستغلال الذي يطلق عليه الفقهاء القدامى لفظ «المحاباة»^(٣) أيضاً، كما رأيت، سداً للذريعة، ومحافظة على مال الراهن بالقدر الذي يحافظ فيه على حق المرتهن، على السواء، دون محاباة أو استغلال، أو هضم لحق أيّ منهما، وهو العدل الذي قامت على أساسه هذه الشريعة الغراء، والعدل لا يتجزأ.

(١) «المغني مع الشرح الكبير» لابن قدامة الحنبلي: (٤/٤٣١) ويلاحظ أنه عبر عن الاستغلال بلفظ «المحاباة».

(٢) المرجع السابق، وقد وجهنا المناقشة والرد على جواز الانتفاع بإذن الراهن، إذا كان في دين غير قرض، بأن الراجع المنع مطلقاً.

(٣) لا عبرة باختلاف الأسماء إذا اتحد المضمون.

وبهذا يتأكد لك أن مبدأ تحريم «الربا» أو الاستغلال، مطبق في الفروع الفقهية، والوقائع العملية، حتى لا تجد في أحكامها تناقضاً بين الجزئي والكُلِّي (المبدأ العام)، والاختلاف الذي رأيت ليس منصباً على أصل المبدأ، بل على تحقيق مناطه في الفروع، في نظر كل مجتهد.

ب - انتفاع المرتهن بالمرهون إذا لم يأذن له الراهن بالانتفاع، وهو من حيوان الدَّرِّ، أو الركوب^(١) :

هذه هي المسألة الثانية التي اختلف فيها المجتهدون على أربعة اتجاهات: الاتجاه الأول: لا يحل مطلقاً، بدون إذن الراهن، سواء أكان الانتفاع لتعنت الراهن وامتناعه بدون عذر، وهو قادر وحاضر، أم كان غائباً، وسواء أكان الانتفاع بقدر النفقة، أم كان زائداً عنها.

وهو مذهب الجمهور: من الحنفية، والمالكية، والشافعية، ورواية مرجوحة عن الإمام أحمد، ومذهب الزيدية، ورواية عن الإمامية، وهو رأي ابن مسعود، والشعبي، وشريح. الاتجاه الثاني: جواز الانتفاع، بشرط أن يكون بقدر نفقة المرهون، تحريماً للعدل^(٢) ويتقاصان، وما زاد فهو حق للراهن، سواء أكان بسبب امتناع الراهن وتعنته، أم لا.

(١) اتفق الأئمة على أن انتفاع المرتهن بالعين المرهونة لا يجوز بدون إذن الراهن وتسليط منه، إذا كانت العين مما لا يحتاج إلى مؤنة، لضرورة حفظ بقائه؛ لأنه ضرب من الاستغلال أو أكل مال الغير بالباطل، فيجب الضمان، كالأرض أو الدار من العقارات، أو المتاع، ما دام سليماً؛ لأنه ملك للراهن، فكذلك منافعه ونماؤه، وأن الرهن عقد مقتضاه مجرد حق الاحتباس للاستيثاق، كما أسلفنا. وحق الملكية حق استشاري لصاحبه؛ لأنه في مركز ممتاز قَبْلَ الكافة، وهو يوجب التزاماً عاماً شرعياً في مواجهة الناس كافة بعدم جواز التصرف أو الاستعمال أو الاستهلاك، أو الانتفاع بنماء الملك وزوائده، وهذا الالتزام العام يستوي فيه المرتهن والأجنبي لقوله ﷺ: «كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ، دَمُهُ وَمَالُهُ وَعَرَضُهُ» [أخرجه مسلم: ٦٥٤١، وأحمد: ٧٧٢٧، من حديث أبي هريرة]، ولقوله ﷺ: «لَا يَغْلُقُ الرَّهْنَ...» [أخرجه ابن ماجه: ٢٤٤١، مختصراً، والحاكم: (٥٨/٢)، وابن حبان: ٥٩٣٤، من حديث أبي هريرة، ورجاله ثقات]. وانظر «الهداية»: (٩٣/٣) وما يليها.

(٢) «المغني مع الشرح الكبير»: (٤٣٢/٤). وقال ابن مسعود لرجل ركب فرساً رهنت عنده: «ما أصبت من ظهرها فهو ربا».

وقال شريح حين سئل عن رجل ارتهن بقرة فشرب من لبنها: «ذلك شربُ الربا».

وهو مذهب الحنابلة وإسحاق.

الاتجاه الثالث: يحل الانتفاع بشرطين:

- ١ - أن يكون الانتفاع بقدر النفقة دون زيادة، ويتقاصان، والزيادة حق للراهن.
 - ٢ - أن يتعذر الحصول على الإذن أو النفقة من مالكة الراهن، لامتناعه وتعتته، أما إذا لم يتعذر، فلا يحل؛ إذ لا موجب لذلك.
- وهذا الشرط هو فيصّل التفرقة بين هذا الرأي وسابقه.

الاتجاه الرابع: لا يحل الانتفاع إلا بشرطين:

- ١ - أن يكون المرهون من حيوان الدر والركوب دون سواهما.
 - ٢ - أن يتمتع الراهن عن الإنفاق.
- ولا يشترط التساوي بين النفقة والمنفعة، فيحل مهما بلغ مقدار المنفعة، دون مقاصة. وهو مذهب ابن حزم^(١)، وبعض الإمامية.
- يخالف هذا الرأي سابقه، بعدم اشتراط التساوي.
- أدلة الجمهور (عدم الجواز مطلقاً):
- استدلوا بالكتاب والسنة والقياس والمعقول.

أما الكتاب، فلقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحَكْرَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

ووجه الاستدلال، أن هذا انتفاع بنماء ملك الغير وزوائده دون إذنه، وعموم الآية الكريمة شامل له، وحكمه التحريم.

وأما السنة، فلقوله ﷺ في الرهن خاصة: «لَا يَغْلُقُ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»^(٢). ولقوله ﷺ: «إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ»^(٣).

(١) «المحلى»: (٨/٩٠ - ٩١)، و«المختصر النافع»: ص ٢٣٨.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٤٤١، مختصراً، والحاكم: (٥٨/٢)، وابن حبان: ٥٩٣٤، من حديث أبي هريرة، ورجاله ثقات.

(٣) أخرجه ابن ماجه: ٢١٨٥، وابن حبان: ٤٩٦٧، من حديث أبي سعيد الخدري، وإسناده قوي.

ووجه الاستدلال، أن الحديث صريح في أن غُئِمَ^(١) المرهون حق مقصور على المالك الراهن - ومنه المنافع - بإطلاق، دون فصلٍ بين ما إذا كان المرهون حيواناً للدر أو للركوب أو غير ذلك، ومن ثمَّ لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بملك غيره دون إذنه، كما لا يجوز لغيره، بل جاء نص الحديث بأسلوب الحصر المستفاد من تقديم الجار والمجرور، كما أشرنا.

والحديث يوجب تحقق الرضا في البيع والمعاوضة.

وأما القياس^(٢)، فالمرهون ملك الراهن كغير المرهون، فكما لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بشيء غير مرهون من ملك الراهن دون إذنه إجماعاً، فكذلك المرهون؛ إذ لا فرق، لعموم الأدلة التي تحرم الانتفاع بملك الغير بدون إذنه بإطلاق، مرهوناً كان أم غير مرهون.

أما المعقول، فلأن انتفاع المرتهن بملك الراهن دون إذن منه، غصب محرم، وحكمه وجوب الضمان والإثم.

هذا، وذوو الرأي الأول (وهم الجمهور) قد ناقشوا عمدة المبيحين في استدلالهم، وهو حديث «الظهر يركب بنفقه، ولبن الدر يُشرب بنفقه...»^(٣).

فادَّعوا أن هذا الحديث منسوخ؛ لأنه ورد قبل تحريم الربا، ونسخ بحديث: «كل قرض جر نفعاً فهو رباً»^(٤).

وقالوا: يعارض هذا الحديث قوله ﷺ فيما رواه ابن عمر في البخاري وغيره: «لا تُحلب ماشية امرئٍ بدون إذنه»^(٥) إذ يحرم الانتفاع دون إذن المالك، فهو بعمومه يعارض الأول المبيح، وإذا تعارض الحاضر والمبيح، قُدِّم الحاضر.

(١) غُئِمَ المرهون: منافع وزوائده المتصلة والمنفصلة.

(٢) «المغني»: (٤/٤٣٢).

(٣) أخرجه البخاري: ٢٥١٢، وأحمد: ١٠١١٠، من حديث أبي هريرة.

(٤) أخرجه الحارث في «مسنده»: ٤٣٧، من حديث علي، وانظر «كشف الخفاء»: (٢/١٦٤). وراجع

«المبسوط»: (٢١/١٠٨)، و«نيل الأوطار»: (٥/٢٣٤).

(٥) البخاري: ٢٤٣٥، ومسلم: ٤٥١١، وأحمد: ٤٥٠٥.

ثم طعنوا في حديث: «الظهُر يُرْكَبُ بِنَفْقَتِهِ...» بالانقطاع الباطن^(١)، فضلاً عن طعنهم فيه من حيث السند، بالإرسال والوقف، فقالوا: إنه يخالف القواعد من وجهين:

١ - أن الأصل تحريم الانتفاع بملك الغير بدون إذنه، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]، ولقوله ﷺ: «لا تحلب ماشية امرئ إلا بإذنه»^(٢) وهذا الحديث يبيحه.

٢ - أن الأصل في الضمان أن يكون بالمثل في المثلثات، أو بالقيمة في القيمات، وهذا الحديث يجعل الضمان بالنفقة.

وخلصوا إلى القول بأن هذا الحديث لا يصلح للاحتجاج، لكونه منسوخاً، فضلاً عن كونه مرسلأً أو موقوفأً، ومنقطعأً انقطاعاً باطنأً، أو معارضأً للأصول الشرعية الثابتة التي لا خلاف فيها.

وستأتي مناقشة أدلة الجمهور، والرد عليهم فيما طعنوا به، بالتفصيل.

أدلة الرأي الثاني (حل الانتفاع بقدر النفقة):

استدلوا بالسنة والقياس:

أما السنة، فلقوله ﷺ: «الظَّهُرُ يُرْكَبُ بِنَفْقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَلِبْنُ الدَّرِّ يَشْرَبُ بِنَفْقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةَ»^(٣).

وجه الدلالة، أن «الباء» في نص هذا الحديث الشريف للعوض، فهو صريح في جعل منفعة المرهون في نظير النفقة، بإطلاق، دون تقييد بالتساوي بينهما، ودون الإشارة إلى إذن الراهن أو امتناعه، كما ترى.

(١) نقد الحديث من وجهين: من ناحية السند، وهو سلسلة الرواة، ومن ناحية المتن أي: من حيث معناه. والحديث ينقطع باطنأً، أي: من حيث معناه إذا كان لا يتفق والقواعد التشريعية القاطعة، أو الأحكام القاطعة في القرآن والسنة الصحيحة.

«نيل الأوطار» للشوكاني: (٢٣٤/٥)، و«التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (٥/٢).

(٢) أخرجه البخاري: ٢٤٣٥، ومسلم: ٤٥١١، وأحمد: ٤٥٠٥، من حديث ابن عمر.

(٣) أخرجه البخاري: ٢٥١٢، وأحمد: ١٠١١، من حديث أبي هريرة.

غير أن هذا الإطلاق قد ورد في الشرع ما يقيدته من حيث وجوب التساوي، فيما روي أن النبي ﷺ قال: «إذا ارتهن شاةً، شرب المرتهن من لبنها بقدر علفها، فإن استفضل من اللبن شيء بعد ثمن العلف، فهو رباً»^(١) وهذا دليل بين على أن المعاوضة تقتضي المساواة بين البدلين.

وجاء في «المغني» لابن قدامة ما نصه: «فأما المحلوب والمركوب، فللمرتهن أن ينفق عليه، ويركب ويحلب بقدر نفقته، متحريراً العدل في ذلك، نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم، وأحمد بن القاسم، واختاره الخرقي، وهو قول إسحق، وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن، لغيبته، أو امتناعه عن الإنفاق، أم مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه»^(٢).

أما القياس: فمؤداه أن المرتهن يُقاس على المرأة التي يجوز أخذ نفقتها من مال زوجها عند امتناعه - دون إذنه، متى أمكنها ذلك، لتنوب عنه في القيام بالواجب الذي كان من المفروض أن يؤديه هو من تلقاء نفسه، بوازعه الديني، فلما تخلف عن أداء هذا الواجب المقرر عليه شرعاً، جاز لزوجته أن تقوم مقامه في هذا الإنفاق على نفسها وأولادها بالمعروف، فكذلك المرتهن، يجوز له أن ينوب عن الراهن في الإنفاق الواجب عليه شرعاً على المرهون «وعليه غرمه» عند الحاجة إلى ذلك، لبقاء حياته، والأصل المقيس عليه ثابت بالسنة، لقوله ﷺ: «خُذِي من مَالِي زوجكِ ما يكفيكِ وولديكِ بالمعروف»^(٣). والحديث صريح في جواز أن تنتصف^(٤) المرأة لنفسها من مال زوجها إن ظفرت به بمقدار حقها، بدون إذنه.

والعلة المشتركة، هي امتناع كل من الزوج والراهن عن أداء ما وجب عليه شرعاً، بحيث يُقضي إلى تلف صاحب الحق.

(١) انظر «المحلى»: (٨/٩٠)، و«المغني مع الشرح الكبير»: (٤/٤٣٣)، و«نيل الأوطار» للشوكاني: (٢٣٤/٥).

(٢) «المغني»: (٤/٤٣٢).

على أن الإنفاق على الحيوان لبقاء حياته حق من حقوق الله تعالى، لا يجوز التهاون في أداء هذا الحق، فليس المالك مخيراً فيه.

(٣) أخرجه البخاري: ٢٢١١، ومسلم: ٤٤٧٧، وأحمد: ٢٤١١٧، من حديث هند بنت عتبة.

(٤) انتصف لنفسه: أخذ حقه بنفسه من غريمه عدلاً وإنصافاً.

وأيضاً، للمرتهن حق الاستيثاق في المرهون، ولو لم ينفق عليه نيابة عن الراهن عند الحاجة، لذهب حقه بفوات المرهون، فهو معذور في هذا الإنفاق، بل مضطر، محافظة على حقه في الاحتباس، لاستيفاء دينه من ماليته، فالمرهون وإن كان ملكاً للراهن، لكن تعلق به حق الغير، ومن ثم فلا يجوز للمالك - الراهن - أن يتصرف في ملكه على نحو يبطل حق الغير، بما يؤدي إلى تلف المرهون، لا سيما إذا كان الملك في يد هذا الغير وولايته.

غير أن دليل القياس هذا، إنما يصلح حالة امتناع الراهن، لكن المدعى أعم؛ إذ الرأي الثاني قائم على جواز الانتفاع بإطلاق، أي: حالة الامتناع وعدمه^(١)، فصلح دليلاً للحالة الأولى دون الثانية^(٢)، كما ترى، وهو ما ذهب إليه الرأي الثالث، أو بعبارة أخرى: إن الدليل قاصر عن عموم الدعوى.

لا يقال: إن المرتهن لا ينفق على المرهون في هذه الحال من مال الراهن، وإنما ينفق من ماله الخاص على سبيل المعاوضة، وليس كذلك الزوجة التي تنفق من مال زوجها جبراً عنه، لا من مال الغير على حساب زوجها، بإذن القاضي، فسلم المدعى، وهو النيابة في أداء الواجب عن تقرر عليه شرعاً، بدون إذنه، عند تعنته، أو امتناعه بدون عذر، من مال الغير، محافظة على حياة وبقاء ما كان أداء هذا الواجب لصالحه، ولا سيما إذا كان في ولاية من ينهض بهذا الواجب، كالمرتهن.

يقول صاحب «المغني»: «ولكن للمرتهن ولاية صرفها إلى نفقته، لثبوت يده عليه وولايته»^(٣).

بقي أن يقال: إن هذا الرأي الثاني لا يتقيد بوجوب إذن الحاكم، بل يجيز انتفاع المرتهن، وإنفاقه على المرهون على سبيل المعاوضة بإطلاق، دون التقيد بوجوب سبق الحصول على إذن الحاكم، وسيأتي القول فيه.

(١) «المغني»: (٤/٤٣٣).

(٢) فالدليل قاصر عن عموم الدعوى.

(٣) المرجع السابق.

أدلة الرأي الثالث (حِلُّ الانتفاع بقدر النفقة عدلاً، وبشرط تعنت الراهن).

قالوا: قد ورد من السنة ما هو نص^(١) في موضوعنا، وهو ما رواه البخاري، وأبو داود^(٢)، والترمذي^(٣)، عن أبي هريرة، أن الرسول ﷺ قال: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدرّ يُشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة» فجعل منفعة بنفقته معاوضة، وهو نص في محل النزاع، وخاص به عيناً.

نعم! ورد من السنة ما هو عام، وهو قوله ﷺ: «لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه» وحديث «لا يَغْلُقُ الرَّهْنُ..»^(٤) لكن العام يبني على الخاص، ويخصّص به، جمعاً بين الدليلين المتعارضين ظاهراً، وإعمال الدليلين خيراً من إهدارهما، أو إهدار أحدهما، صوتاً لكلام الشارع عن البطلان ما أمكن، والتخصيص ضرب من التأويل، كما علمت، فموجب التأويل إذن هو هذا التعارض الظاهري.

ومقتضى الجمع بينهما أن يبقى العام معمولاً به، وسارياً فيما وراء الخاص، أي: على حالة عدم امتناع الراهن عن الإنفاق، فلا يحل حينئذ للمرتهن أن يتنفع بدون إذن الراهن، عملاً بقوله ﷺ: «لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه» ولقوله عليه السلام: «لا يَغْلُقُ الرَّهْنُ، لصاحبه غنمه وعليه غرمه» وعملاً بالعمومات التي تحرم الانتفاع بمال الغير بدون إذنه، ويعمل بالخاص حالة الامتناع والتعنت، فيحل الانتفاع دون إذنه، وبهذا التخصيص يرتفع التعارض.

كما يُقَيِّدُ إطلاق الحديث «الظهر يركب بنفقته..» بحديث «إن استفضل من اللبن شيء بعد ثمن العلف فهو ربا» فيجب تحري العدل بين العوض والمعوض عنه؛ لأن

(١) النص في اصطلاح الأصوليين: هو اللفظ الذي يدل على معناه المقصود للمشرع من سوقه أصالة. راجع: «أصول التشريع» للمؤلف: ص ٨٧ وما يليها، أو بعبارة أخرى: وارد في محل النزاع، وخاص بموضوعه عيناً.

(٢) [٣٥٢٦].

(٣) [١٢٥٤].

(٤) أخرجه ابن ماجه: ٢٤٤١ مختصراً، والحاكم: (٥٨/٢)، وابن حبان: ٥٩٣٤، من حديث أبي هريرة، ورجاله ثقات.

هذا الحديث الأخير، صريح في تقييد الانتفاع بأن يكون مساوياً للنفقة، وأن الزيادة محرمة؛ لأنها فضل خال عن عوض، وهو رباً، وفي هذا دليل بين على أن المعاوضة تقتضي المساواة بين البديلين، كما ذكرنا.

وبذلك يتم الجمع بين الأحاديث المتعارضة جميعها، فالعام يحمل على الخاص، والمطلق على المقيد^(١)، بالدليل القوي.

هذا، وأورد الجمهور اعتراضاً على استدلال الرأي الثالث على حل انتفاع المرتهن بحديث: «الظهر يُركب بنفقته..» بأنه مجمل؛ إذ يحتمل أن يكون نائب الفاعل - أي: المنتفع - هو الراهن أو المرتهن، ومع هذا الاحتمال يسقط الاستدلال به على حل انتفاع المرتهن في نظير نفقته؛ إذ ليس الحديث نصاً فيه.

ويجاب عن ذلك، بأن مجرد الاحتمال العقلي لا يؤخذ به إلا إذا كان ناشئاً عن دليل، والدليل هنا مرجح لأن يكون المنتفع هو «المرتهن» لا الراهن، لأمرين:

الأول: أن الراهن إنما ينتفع بمقتضى حق الملكية لا عوضاً عن النفقة، أما المرتهن فلأنه ليس مالكاً، كان انتفاعه على سبيل المعاوضة^(٢)، وهو المعنى الذي

(١) وهذا التأويل - بما هو تصرف بالاجتهاد بالرأي في المعاني لا في الألفاظ - ينسّق بين المعاني المتعارضة ظاهراً على نحو يؤكد منطق التشريع الذي كان قائماً مستقاً قبل الاجتهاد، حتى كان الاجتهاد بالرأي - استناداً إلى هذه الأدلة المقيّدة والمخصّصة المنصوبة في الشرع - مظهرأ له، لا مؤسساً ومنشئاً؛ إذ لا تناقض - في الواقع - في تشريع الله ورسوله، على ما أسلفنا. راجع بحث التأويل والتعليل، من «أسباب اختلاف الفقهاء» ص ٤٨.

راجع بحث التأويل: «المناهج الأصولية» للمؤلف ص ١٣١ - ١٥٣.

هذا، وحمل المطلق على المقيد واجب إجماعاً في هذه الحال، لاتحاد الحديتين، موضوعاً وسبباً وحكماً. راجع بحث «المطلق والمقيد»: «أصول التشريع» للمؤلف ص ٥٤٩.

(٢) وفي هذا المعنى يقول ابن قدامة: «فإن قيل: المراد به - أي: بحديث الظهر يركب بنفقته... - أن الراهن ينفق وينتفع، قلنا: لا يصح لوجهين: أحدهما: أنه قد روي في بعض الألفاظ: «إذا كانت الدابة مرهونة، فعلى المرتهن علفها، ولبن الدر يُشرب، وعلى الذي يشرب ويركب نفقته» فجعل المنفق المرتهن، فيكون هو المنتفع، أي: فلا إجمال ولا إيهام.

الثاني: أن قوله: «بنفقته» يشير إلى أن الانتفاع عوض النفقة، وإنما ذلك حق المرتهن، أما الراهن =

أفاده نص الحديث «بنفته»، فالقرينة لفظية - كما ترى^(١) - لأن «الباء» للعوض.
 الثاني: أنه ورد حديث آخر هو نص في هذا الموضوع، يفصل هذا المجمل،
 ويزيل إبهامه، وهو قوله ﷺ: «إذا كانت الدابة مرهونة، فعلى المرتهن علفها..»^(٢).
 وتعليل ذلك، أن الراهن ينتفع لأنه مالك، لا لأنه ينفق؛ لأن نفقة الحيوان واجبة
 عليه، سواء انتفع به أم لم ينتفع^(٣).

فالنص صريح في أن المنفق هو المرتهن، فيكون هو المنتفع، فجاء بياناً للحديث
 المجمل؛ لأنهما نص في موضوع واحد.

واعترض على هذا، بأن حل انتفاع المرتهن بحيوان الدر والركوب بنفته، وبدون
 إذن الراهن المالك، جاء على خلاف القياس؛ لأن مقتضى القياس العام (القاعدة
 العامة) أنه لا يجوز لأحد أن ينتفع بمال غيره بدون إذنه، وما جاء على خلاف
 القياس، فلا يقاس عليه غيره.

وأجيب عن ذلك، بأن هذا قياس جلي لا أصولي، أي: من باب دلالة مفهوم
 الموافقة، أو دلالة النص وفحواه، وهي دلالة لغوية، لتبادر العلة من النص لغة، لا
 اجتهاداً، وهذه الدلالة ليس لها من القياس إلا صورته، على نحو دلالة نص الآية الكريمة
 الواردة بتحريم التأفيف على تحريم إيذاء الوالدين بشتى صنوف أو أسباب الأذى.

ولأن دلالة النص تعمل عمل النص^(٤)، فيصح الإلحاق عن طريقها بما جاء على

= فإنفاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة لأحدهما بالآخر. «المغني مع الشرح الكبير»: (٤/٤٣٣)، و«سبل
 السلام»: (٣/٥١ - ٥٢).

(١) والواقع أن الجمهور إنما ادعى الإجمال في الحديث، لئسقط الاستدلال به، وذلك بحمل المنتفع على
 الراهن، لكن القرينة اللفظية، وقواعد الشريعة، وما ورد من السنة المفصلة، لا يساعدهم على ذلك.
 «نيل الأوطار»: (٥/٢٣٤).

(٢) أخرجه البخاري: ٢٥١١ بنحوه، وأحمد: ٧١٢٥، من حديث أبي هريرة.

(٣) حتى إذا امتنع الراهن المالك للحيوان عن الإنفاق وهو في حيازته، بما يؤدي إلى هلاكه، بيع عليه؛ إذ
 المحافظة على حياة الحيوان من حقوق الله تعالى.

(٤) راجع بحث «دلالة النص»: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» للمؤلف:
 ص ٢٣٩-٢٦٣.

خلاف القياس، في حكمه؛ إذ الممنوع هو التوسع عن طريق القياس الأصولي، وهذا ليس منه^(١).

وهذا الرأي الثالث لمتقدمي الحنابلة، وقد انتصر له ابن قدامة في «المغني»، ولذا اعتمدنا في بيان أدلته ووجوه الاستدلال بها عليه^(٢)، وهو رأي أبي ثور، والليث ابن سعد، والأوزاعي^(٣).

أدلة الرأي الرابع: (حل الانتفاع بحيوان الدر والركوب دون سواه، في مقابل النفقة بالغاً ما بلغ الانتفاع، دون تحري المساواة، بشرط امتناع الراهن).

قالوا: الأصل أن انتفاع الإنسان بملك غيره بدون إذنه محرم، لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩].

ولقوله ﷺ: «لا يحل مال امرء إلا عن طيبة من نفسه»^(٤).

ولقوله ﷺ: «لا تحلب ماشية امرئ بدون إذنه»^(٥).

لكن ورد من السنة ما يفيد حل انتفاع المرتهن بحيوان الدر والركوب بوجه خاص، على خلاف هذا الأصل، محافظةً على حياة الحيوان من جهة، وعلى حق المرتهن فيه، من جهة أخرى، وهو قوله ﷺ: «الظهر يركب بنفقته، ولبن الدر يشرب بنفقته»^(٦).

والحديث مُطلق في مقدار الانتفاع؛ إذ لا يوجب التساوي، فيجب إجراء المطلق على إطلاقه، فليثبت هذا القدر، وليبق ما عداه على أصل المنع والتحريم.

(١) على أن «المغني» يعتبر من أهم مصادر الفقه المقارن؛ لأنه لا يقتصر على فقه الحنابلة، بل يتناول آراء المذاهب الأخرى وأدلتهم، بأمانة علمية، ويقارن بينها، ويبين وجهة نظره، ويؤيدها بالدليل.

(٢) هذا، ومسألة عدم جواز القياس على ما جاء على خلافه، ليست مُسَلِّمة، بل مختلف فيها، ونرى أنه يجوز القياس في هذه الحال، إذا كان الحكم معقول المعنى؛ إذ الأصل في النصوص التعليل، وهو مذهب شريح القاضي، وابن أبي ليلى، كما أسلفنا.

(٣) «نيل الأوطار»: (٢٣٤/٥).

(٤) أخرجه أحمد: ٢١٠٨٢، من حديث عمرو بن يثربي، وهو حديث صحيح لغيره.

(٥) أخرجه البخاري: ٢٤٣٥، ومسلم: ٤٥١١، وأحمد: ٤٥٠٥، من حديث ابن عمر.

(٦) أخرجه البخاري: ٢٥١٢، وأحمد: ١٠١١٠، من حديث أبي هريرة.

غير أنا نسارع إلى الرد على هذا الرأي، بأن الإطلاق هنا غير مراد للشارع؛ إذ ورد من السنة ما يبين إرادته الحقيقية، وهو التقييد بالمساواة، تحريماً للعدل.

لكن ابن حزم رد هذا الحديث المقيّد، إذ ادعى أن الزيادة من رواية إبراهيم النخعي، ويجب عن ذلك:

أن الضرورة إذا اقتضت الخروج عن سنن القياس في حلّ الانتفاع بدون إذن المالك، على سبيل المعاوضات، فإن المعاوضة أصلها التساوي والعدل، ولا ضرورة تقضي بالخروج عن قاعدة العدل؛ إذ الضرورة تقدر بقدرها، ولا سيما أن الراهن ضعيف الحال، فلا يُستغلُّ ضعفه المادي استغلالاً يُعجزه عن أداء الدين، وعن تخليص ملكه المرهون، حتى لا يزداد هلاكاً إلى هلاكه.

فإطلاق الحديث الذي لا يوجب التساوي مقيد بقواعد الشريعة التي توجب العدل في المعاوضة، فضلاً عن الحديث الخاص الذي لم يأخذ به ابن حزم^(١).

مناقشة أدلة الآراء السابقة أصولياً، وعلى ضوء من فلسفة التشريع، وترجيح أقوالها بالدليل:

يتجه على ذوي الاتجاه الأول القائلين بتحريم الانتفاع بإطلاق (الجمهور) أن الحديث الذي جعل الغنم للراهن والغرم عليه، على سبيل الحصر - على الرغم من إرساله ووقفه - لا يقوى على معارضة ما رواه البخاري وأبو داود والترمذي، من قوله ﷺ: «الظهر يركب بنفقه...»^(٢).

ويتجه عليهم في استدلالهم بالقياس، بأنه فاسد الاعتبار^(٣)، ذلك لأن الانتفاع بما

(١) ابن حزم لم يأخذ برواية: «يشرب المرتهن من لبنها بقدر ثمن علفها، فإن استفضل من اللبن بعد ثمن العلف، فهو ربا» إذ يقول: «هذه الزيادة من إبراهيم النخعي، لا نقول بها، وعموم قول النبي ﷺ أحب إلينا من تفسير أبي عمران رحمه الله برأيه». «المحلّي»: (٨/٩١).

(٢) أخرجه البخاري: ٢٥١٢، وأحمد: ١٠١١٠، من حديث أبي هريرة. وانظر «نيل الأوطار»: (٥/٢٣٤ وما يليها).

وأجيب عن الإرسال، بأنه من مراسيل سعيد بن المسيب، وهي مقبولة؛ لأنه بعد البحث تبين أنها كلها مسانيد، إذ كان لا يرسل إلا عن الثقات. هذا فضلاً عن أنه روي من طرق متعددة يقوي بعضها بعضاً.

(٣) القياس في مورد النص غير معتبر؛ إذ لا قياس مع النص.

ليس مرهوناً، ولا حيواناً للدر والركوب، من ملك الراهن، باقٍ على أصل التحريم، فلا يحل إلا بإذنه، فلا يقاس عليه حيوان الدر والركوب؛ لأنه ورد نص خاص بحل انتفاع المرتهن به، فهو قياس في مورد النص، فلا يجوز الاحتجاج به؛ لأنه فاسد الاعتبار.

وتحليل ذلك أصولياً، أن القياس طريق ظني في الاستدلال، إذ العلة اجتهادية، ظنية، وما بني على الظن فهو ظني، فإرادة المشرع في حكم القياس إذن مُفترضة، أي: مستنتجة عقلياً، وليست حقيقية واضحة، أما النص فهو صريح يبين إرادة المشرع الحقيقية، فهذه الأخيرة أقوى بداهة.

وعلى هذا، فالحكم القياسي الاستتاجي لا يقوى على معارضة الحكم المنصوص الصريح، ذلك هو مؤدَى القاعدة الأصولية، أن «لا قياس في مورد النص».

ويتجه عليهم أيضاً من النقد على قولهم بنسخ حديث «الظهر يركب بنفقته..» من أنه كان قبل ورود تحريم الربا، فلما ورد حديث «كل قرض جر نفعاً فهو ربا»^(١) نسّخه، أنه مجرد دعوى لم تثبت؛ إذ لم يعلم التاريخ.

على أن النسخ إنما يكون عند التعارض، وعدم إمكان التوفيق، وهنا قد أمكن على النحو الذي بينا.

كما يتجه على قولهم: إن حديث «الظهر يركب بنفقته..» يعارضه حديث ابن عمر في البخاري، من قوله ﷺ: «لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه»، وهذا الحديث حاضر،

(١) أخرجه الحارث في «مسنده»: ٤٣٧، من حديث علي، وانظر «كشف الخفاء»: (١٦٤/٢). وراجع «المبسوط»: (١٠٨/٢١)، و«نيل الأوطار»: (٢٣٤/٥ - ٢٣٥).

وأجاب الشوكاني عن دعوى الجمهور مخالفة هذا الحديث للأصول الشرعية، وعن دعوى النسخ بما خلاصته: أن دعوى المخالفة غير صحيحة؛ لأن السنة الثابتة الصحيحة من الأصول الشرعية، فلا يجوز ردها إلا بما هو أرجح منها، إن لم يمكن التوفيق، وأما حديث ابن عمر ﷺ فهو عام، وحديث أبي هريرة خاص، ويمكن التوفيق بينهما، بالتخصيص. أما النسخ فلا بد من معرفة التاريخ وتعذر الجمع، وما نحن فيه التاريخ مجهول، فلا يثبت النسخ بمجرد الاحتمال مع الإمكان. المرجع السابق.

والأول مبيح، وإذا تعارض الحاضر والمبيح، قدم الحاضر، يتجه عليهم في هذا أن لا معارضة مع إمكان التوفيق، وقد تم ذلك بحمل العام على ما عدا المرهون من حيوان الدر والركوب، لورود نص خاص بِجَلِّ انتفاع المرتهن به، والعام يُبنى على الخاص، جمعاً بين الدليلين، كما أسلفنا.

وعلى هذا، تُخصَّص سائر العمومات التي تحرّم الانتفاع بملك الغير دون إذنه، بهذا الحديث.

أما قولهم بأن عُمدة أدلة المبيحين للانتفاع حديث «الظهر يركب بنفقته..» وهو مخالف للقياس، والقواعد العامة من وجهين:

أولاً - أن الأصل تحريم الانتفاع بملك الغير بدون إذنه، والحديث يجيز ذلك.

ثانياً - أن الأصل في الضمان والتعويض أن يكون بالمثل في المثليات، والقيمة في القيميات، وهنا التضمن بالمنفعة.

فيجاب عن ذلك، بأن السنة من أصول التشريع، وللمشرع أن يورد أحكاماً خاصة لحكمة ومصصلحة يراها هو جديرة بالاعتبار، وهي أحكام أصلية، وليست مستثناة، كحديث المُصْرَاة، مثلاً.

والسنة هي المصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي، فلا ترد إلا بما هو أرجح.

ويؤكد ابن القيم هذا المعنى، بما يوضح وجوه الحكمة التشريعية من هذا الحديث الشريف في كتابه «إعلام الموقعين» حيث يقول: «والصواب ما دل عليه الحديث، وقواعد الشريعة وأصولها لا تقتضي سواه، فإن الرهن إذا كان حيواناً، فهو محترم في نفسه، لحق الله سبحانه، وللمالك فيه حق الملك، وللمرتهن حق الوثيقة، وقد شرع الله تعالى الرهن مقبوضاً بيد المرتهن، فإذا كان بيده، فلم يركبه، ولم يحلبه، ذهب نفعه باطلاً، وإن مكّن صاحبه من ركوبه، خرج عن يده وتوثيقه، وإن كُلف صاحبه كل وقت أن يأتي ليأخذ لبنه، شقّ عليه غاية المشقة، ولا سيما مع بُعد المسافة، وإن كُلف المرتهن بيع اللبن، وحفظ ثمنه للراهن شقّ عليه، فكان مقتضى العدل، والقياس،

ومصلحة الراهن، والمرتهن والحيوان، أن يستوفي المرتهن منفعة الركوب والحلب، ويعوض عنهما بالنفقة، ففي هذا جمع بين المصلحتين، وتوفير للحقين، فإن نفقة الحيوان واجبة على صاحبه، والمرتهن إذا أدى واجباً، وله فيه حق، فله أن يرجع ببدله، ومنفعة الحلب والركوب تصلح لأن تكون بدلاً، وإن قيل للمرتهن: «لا رجوع لك» كان في ذلك إضرار به، ولم تسمح نفسه بالنفقة على الحيوان، فكان ما جاءت به الشريعة، هو الغاية التي ما فوقها - في العدل، والحكمة، والمصلحة - شيء يختار^(١).

ويتجه على الرأي الرابع - وبه أخذ ابن حزم - أنه وإن لم يثبت لديه الحديث الذي يوجب التساوي، وينفي الزيادة ويحرمها؛ لأنها رباً، فإن قواعد التشريع في المعاوضات تقتضي هذا، فيجب تحكيمها؛ لأن الشريعة كل لا يتجزأ.

هذا، ومن يشترط إذن الحاكم، يغفل عن الأحوال التي لا يتيسر فيها ذلك، كما في القرى المتباعدة والصحارى، أضف إلى ذلك أن الإجراءات المعقدة في أيامنا لاستصدار هذا الإذن، قد تضيع معها مصلحة الحيوان، بل حياته المتوقفة على قوته اليومي، وفي هذا إهدار لحق الله تعالى في وجوب الإنفاق على الحيوان وحفظ بقائه، وتضييع للمال، ولحق المرتهن، ولحق الراهن في أصل ماله ومنافعه، على السواء، لذا كان الراجح هو الرأي الثالث الذي تجنب هذه المآلات الضارة، وجمع بين الأدلة، فلم يهمل أيًا منها، وجعل المعاوضة تقوم على التساوي والعدل الذي هو أساس المعاوضات، ووفق بين هذه المصالح جميعاً، وهو الذي يجب المصير إليه، بما يتفق وأصول التشريع، ومقاصده.

وإليك الجزء الثاني من نص الفتوى السابقة الذي يتعلق بهذا الموضوع^(٢)، مما يؤيد ما انتهى إليه بحثنا من الترجيح، على خلاف رأي الجمهور، فيما يلي:

(١) «إعلام الموقعين» لابن قيم الجوزية: (٢٣/٢).

(٢) ويقول ابن القيم: «إذا أنفق المرتهن على الرهن صارت النفقة ديناً على الراهن؛ لأنه واجب أداءه عنه، ويتعسر عليه الإشهاد على ذلك في كل وقت، وكذلك استئذان الحاكم.. وخاصة إذا لوحظ أن رهن الشاة ونحوها إنما يقع غالباً بين أهل البوادي».

«وقال قوم: إذا كان الرهن حيواناً، فللمرتهن أن يحلبه ويركبه، بقدر ما يعلفه، وينفق عليه»^(١)، وهو قول أحمد وإسحاق، بما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «الرهن محلوب ومركوب»^(٢).

وهذا الحديث روي أيضاً بغير هذا اللفظ، قال ﷺ: «الظهر يُركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدرّ يُشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»^(٣). ورأي الجمهور أنه يخالف أصولاً مجمعاً عليها، وأثاراً ثابتة لا يختلف في صحتها، كما في «شرح البخاري»، و«نيل الأوطار»، وغيرها، فقال بعضهم: إنه منسوخ، ويدل لذلك حديث ابن عمر رضي الله عنهما عند البخاري وغيره: «لا تُحلب ماشية امرئ بغير إذنه»^(٤).

وتُعقَّب^(٥) بأن التاريخ لا يُعرف حتى يقال بالنسخ، لذلك ذهب الأكثر إلى التأويل، فيتعين حمل الحديث على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون، فيباح حينئذ للمرتهن، وهو قول الأوزاعي، والليث، وأبي ثور، رحمهم الله تعالى. ومما يدل للجمهور أيضاً، حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ: «لا يَغْلَقُ الرهن من صاحبه الذي رهنه: له غنمه، وعليه غُرمه»^(٦).

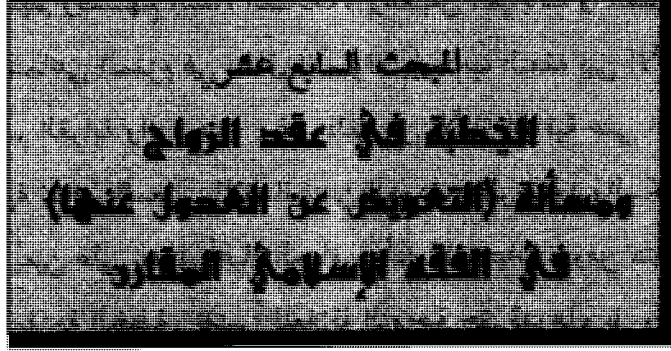
قال في «منتقى الأخبار»: رواه الشافعي، والدارقطني، وقال: إسناده حسن متصل. . ومن هنا يظهر أنه صالح للاحتجاج به للجمهور، بل الحديث إذا روي من طريق صحيح، وآخر ضعيف، كان أقوى مما إذا روي من طريق صحيح فقط.

- (١) خصوص مسألة انتفاع المرتهن بالعين المرهونة إذا كان من حيوان الدر والركوب - وهي فتوى العلامة الشيخ يوسف الدجوي - رحمه الله تعالى - التي سبقت الإشارة إليها.
- (٢) أخرجه الدارقطني: (٣٤/٣)، والبيهقي في «الكبرى»: (٣٨/٦).
- (٣) أخرجه البخاري: ٢٥١٢، وأحمد: ١٠١١٠، من حديث أبي هريرة.
- (٤) أخرجه البخاري: ٢٤٣٥، ومسلم: ٤٥١١، وأحمد: ٤٥٠٥، من حديث ابن عمر.
- (٥) أي: أتبعه العلماء بالنقد.
- (٦) أخرجه ابن ماجه: ٢٤٤١ مختصراً، والحاكم: (٥٨/٢)، وابن حبان: ٥٩٣٤، من حديث أبي هريرة، ورجاله ثقات.

والخلاصة: أن التحريم متفق عليه، في غير مسألة المركوب والمحلوب، أما فيها فقد قيل بالحل، ولكن الجمهور على خلافه، ولا شك أن الأرض المرهونة ليست كالحيوان حتى تقاس عليه، فلا يجوز أن يكون القرض على رهنها سبباً في الانتفاع بها اتفاقاً، فإن محل الخلاف بين الجمهور وغيرهم إنما هو الحيوان، كما علمت^(١) والله أعلم.



(١) مجلة نور الإسلام: ج ١٠، المجلد الثاني، شوال ١٣٥٠هـ.



تمهيد:

ليست الخطبة^(١) - بحكم طبيعتها وتكييفها الشرعي - إلا مقدمة من مقدمات^(٢) عقد الزواج، ومرحلة ممهدة له، وسابقة على إبرامه، يؤذن تشريعها بأمرين: أولهما: خطورة عقد الزواج، وعظيم شأنه، وجليل أثره، وكل عقد من هذا القبيل تسبقه مقدمات ومفاوضات في المطالب والرغبات، ولأنه متعلق بذات الإنسان، ومستقبل حياته الاجتماعية، وحياة الأمة، فكان - كما يقال - عقد العمر، فضلاً عن أن الزواج استجابة لحقائق الفطرة. وأما جلالة أثره، فلأنه متعلق بالأعراض، وأنه مناط الشرف، وعن طريقه يتم تحصين النفس، وتحصيل النسل، وبقاء النوع الإنساني على

(١) الخطبة - بكسر لهاء - لغة: طلب يد امرأة معينة للزوج بها، وقد يوجه الطلب إليها مباشرة، أو إلى ذويها، والعادة جرت أن تخطب المرأة من أولياتها. هذا، والمعنى الشرعي لا يختلف عن المعنى اللغوي، كما سيأتي في «المصباح المنير»، و«لسان العرب»: (٣/٤٦٠).

(٢) من مقدمات عقد الزواج عادة قراءة الفاتحة بعد الاتفاق المبدئي على الخطبة، أو دفع المهر، أو بعض منه، أو تقديم الهدايا وقبولها في المناسبات والأعياد، تأكيداً للخطبة، وللرغبة في الزواج، وكل هذا قبل إبرام عقد الزواج النهائي، على أن «الفاتحة» إنما تقرأ عادة بعد اتفاق الخاطبين وأوليائهما، وإتماماً للخطبة، وتأكيداً لها، وعزماً على إبرام عقد الزواج، فكانت من المقدمات والمؤكدات، لكنها لا تعني إنشاء العقد، كسائر المقدمات، كما ذكرنا.

نحو يليق بكرامته، وثبوت نعمة النسب الذي يترتب عليه تعهد الآباء بالأبناء، وكفالة رعايتهم وتنميتهم وتنشئتهم النشأة الصالحة، وتأسيس القربات والمصاهرات، وتحقيق التكافل الاجتماعي الملزم في نطاق الأسرة، بإيجاب النفقة بين الأقارب، وجريان الإرث، بحكم القرابة والزوجية، وغير ذلك من الآثار الباقية على الزمن، وفي ظل الحياة الزوجية تتوافر المعاني الإنسانية من المودة، والرحمة، والسكن، والاطمئنان النفسي، مما يُعين على تحمل أعباء الحياة، وأداء الواجبات، ومن هنا جاء متميزاً عن سائر العقود بمقدمة الخطبة، تقديراً للعلاقة الزوجية حق قدرها، بل وتقديسها^(١)، بما رتب على الخطبة من أحكام خاصة بها، فضلاً عن أحكام عقد الزواج نفسه، حتى إذا روعيت ونفذت^(٢)، كانت ضماناً كافياً للحرية الكاملة في إبرام عقد الزواج، بعد اختيار حر، وتعرف، واطمئنان، مما يوفر أسباب دوام الألفة، والعشرة الطيبة، والوفاق بين الزوجين، تمكيناً لهما من القيام بواجباتهما الزوجية في تدبير شؤون الأسرة؛ ورعاية الأولاد، باعتبارهم قوام الجيل الجديد، وعناصر البناء الاجتماعي للأمة، ولهذا تعتبر الخطبة وسيلة ضرورية وحيوية للغاية المنشودة، وهي قيام الحياة الزوجية على أسس ثابتة ومتينة، لا على الصدفة العمياء العابرة.

وبدهي، أن الأصل في الزواج أن يكون مؤبداً، ولذا كان التوقيت يفسده؛ لأنه مخالف لمقتضاه، فلا بد أن تنصرف النية فيه - منذ إنشائه - إلى أن يكون مؤبداً، ما عاش الزوجان، ذلك لأن آثاره الاجتماعية والإنسانية الرفيعة التي أشرنا إليها لا يمكن أن تتحقق إلا إذا كان مؤبداً، وهي آثار يتم بها تكوين الأسرة، وإنجاب الذرية، مما

(١) ولهذا أطلق القرآن الكريم على عقد الزواج وصف العقد والميثاق الغليظ، إشارة إلى المعاني التي قدمنا.

(٢) أعني أحكام الخطبة وآدابها، جاء ذلك صريحاً في سياق الآية الكريمة التي تستنكر على من طلق زوجته أن يأخذ مما آتاه من مهرها شيئاً بقوله تعالى: ﴿وَأَنْ أَرَدْتُمْ أَسْتِدْأَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَهَاتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا طُبَيْتَا ۗ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْتُ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ [النساء: ٢٠ - ٢١].

يتسرب أثره إلى بناء المجتمع مآلاً بالضرورة، ومن هنا يتبدى لك أن أهمية الخطبة مستمدة من أهمية عقد الزواج نفسه؛ لأن الوسيلة تأخذ حكم غايتها شرعاً وعقلاً.

التخير سابق على الخطبة:

على أن مما تجدر الإشارة إليه، أن الفقه الإسلامي قد جعل ما يقع في نفس مريد الزواج أو الخاطب، من دواعي وأسباب اختيار الفتاة - مما يروقه ويعجبه منها، ويجعلها صالحة في نظره لتكون شريكة حياته - «إذا ألقى الله في قلب امرئ، خطبة امرأة، فلا بأس أن ينظر إليها»^(١) أي: ما أثار الرغبة في خطبتها، وهذا قبل التقدم إليها، فالتخير إذن مرحلة سابقة على الخطبة، يؤكد هذا أيضاً قوله ﷺ: «إذا خطب أحدكم المرأة، فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها، فليفعل»^(٢) ومفاده أنه إذا عزم^(٣) على خطبتها، ورأى ما يروقه منها، فليفعل، ليكون إقدامه عن رغبة نفسية أكيدة، ونية صادقة، وميل قلبي، وهو قوام الحياة الزوجية.

إذن، أرشد الفقه الإسلامي إلى ضرورة «التخير» قبل الإقدام على الخطبة، في مثل قوله ﷺ: «تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء، وانكحوا إليهم»^(٤).

هذا، ويستحسن أن يكون النظر إلى المخطوبة في مرحلة الاختيار هذه دون علمها، حتى إذا اطمأن إلى صلاحيتها، أقدم، وإلا أحجم، دون أن تعلم، فلا يمس كرامتها، ولا يؤدي مشاعرها الانصراف عنها، وهذا أدب عال، لقوله ﷺ: «إذا خطب

(١) أخرجه أحمد: ١٦٠٢٨، من حديث سهل بن أبي حنمة.

(٢) أخرجه أبو داود: ٢٠٨٢، وأحمد: ١٤٥٨٦، من حديث جابر، وهو حسن.

(٣) على نحو قوله تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ﴾ [المائدة: ٦] أي: إذا عزمتم على إقامتها، أو أردتم القيام إليها، وهذا معنى تقتضيه استقامة منطق الكلام، فكان واجب الإضافة، وهو ما يطلق عليه في علم الأصول «المقتضى». راجع بحث الدلالات في كتاب: «التوضيح مع حاشية التلويح»، للإمام صدر الشريعة، وراجع كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي» بحث «المقتضى».

(٤) أخرجه ابن ماجه: ١٩٧٠، والحاكم: (١٧٦/٢)، والدارقطني: (٢٩٩/٣)، والبيهقي في «الكبرى»:

أحدكم امرأة^(١)، فلا جناح عليه أن ينظر إليها، إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة، وإن كانت لا تعلم^(٢) وهو ما جاء في حديث جابر، من أنه كان يتخبأ لمن يريد خطبتها في أصول النخل، ليتمكن من رؤيتها دون أن تعلم، ومفاد هذا أن التقدم للخطبة ينبغي أن يكون بعد توافر عنصر النية الصادقة، والاطمئنان التام الذي لا يعتريه تردد في مرحلة الاختيار، حفاظاً على حرمان الأسر أن تنتهك باستعراض فتياتها، دون رغبة أكيدة في الخطبة، مما أشار الحديث السابق إلى وجوب توافرها شرطاً في جواز النظر، في قوله ﷺ: «إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة» فالغاية بيّنة.

على أن حق النظر الممنوح للخاطب حالة التخيير، لا يسقط حقه في النظر إليها حالة الخطبة، تأكيداً لما وقع في نفسه من دواعي الرغبة الصادقة في الزواج بها، كما يجوز له النظر إليها، والتحدث معها، بعد الخطبة أيضاً، لهذا الغرض، ولكن بحضور محرم.

وعلى هذا، فالخاطب يتخير أولاً، ثم يقدم على الخطبة بناء على اطمئنانه إلى سلامة تخييره، للتعرف حساً ومعنى عن طريق الرؤية والحديث، حتى إذا صادفت خطبته موافقة صريحة، وركوناً^(٣) تاماً إليها، كانت الخطبة تامة، وهكذا ترى أن الخطبة مرحلة وسطى بين التخيير وبين إبرام عقد الزواج.

هذا، وينبغي للولي ألا يأذن للخاطب في التقدم والنظر إلا بعد التأكد من صلاحيته، ديناً وخلقاً، وبعد أن يستطلع رأي الفتاة فيه، حتى إذا لم يكن كذلك، أو لم تكن الفتاة راغبة فيه منذ البداية، لم يجز الإذن له بالتقدم والنظر؛ لأنه لم يعد مقصوداً به الخطبة، ولا جدية المصلحة المشروعة، فكان ذلك حراماً، على ما هو الأصل، فضلاً عن أن ذلك مما يباه الخلق والمروءة، والغيرة على العرض.

(١) والمراد - كما تقدم - إذا عزم على أن يخطب، أي: قبل التقدم للخطبة، بدليل قوله ﷺ: «إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة» أي: بقصد أن يخطبها، وإن كانت لا تعلم.

(٢) أخرجه أحمد: ٢٣٦٠٢، والطبراني في «الأوسط»: (٩١٥) من حديث أبي حميد الساعدي، وإسناده صحيح.

(٣) يقصد بالركون الموافقة الصريحة من الفتاة وذويها، ولا يكتفى - لتحقيقه - أن يكون التعريض.

المعاني والصفات التي ينبغي اتخاذها أساساً في اختيار الزوجة:

إذا كانت حقائق القيم الإنسانية، والمقاييس الأخلاقية، ذات وزن كبير في الفقه الإسلامي، بدليل ترجيحه لها، وتقديمه إياها على سائر الاعتبارات المادية المجردة عند التعارض فيما بينها، في ميدان التعامل بوجه عام، فإن هذه المعاني الرفيعة يراها واجبة الرعاية ومن باب أولى، فيما يتعلق باختيار الزوجة، رفيعة العمر، وشريكة الحياة؛ لأن الضرر في إهمالها، أشد وأدوم، لذا حذر من ذلك، اكتفاء بالمظاهر المادية، وإيثاراً لها على الصفات الجوهرية التي تعتبر المقومات الأساسية للحياة الزوجية بالنسبة إلى الخاطب والمخطوبة على السواء.

هذا، والفقه الإسلامي يقرر ما تعارف الناس عليه أساساً في الاختيار، من الجمال، والمال، وعراقة النسب، ورفعة الجاه والمنزلة الاجتماعية، مما هو متعارف عليه منذ القدم^(١)، وقائم في واقعنا الاجتماعي حتى يومنا هذا، والإسلام لا ينكره، ولا يصرف الناس عن مصالحهم فيه، بل لا يتأتى منه ذلك، لما فيه من مضادة لطبائع الأشياء؛ لأن مطلب الجمال أمر فطري ونفسي، بل هو سبب رئيسي في عفة الزوج أن يتشوف إلى غير زوجته، وعامل فعال في السعادة الزوجية واستقرارها، ودوام الألفة بين الزوجين، لكن الإسلام يحذر الناس من الاغترار بجمال المظهر بحيث يصرفهم عن حقيقة المخبّر، أو مع علمهم بفساده، اكتفاء ببهاء الخلقة، فالجمال لا يستلزم الخلق دائماً، وكذلك الثراء والجاه، وكم من فاتنة الجمال قد نشأت في منبت السوء، فالإسلام لا ينكر على الناس مطامحهم في المطالب المادية، شريطة أن يتوافر أولاً وقبل كل شيء عنصر الدين والخلق، والمعاني الإنسانية؛ لأنها ملاك^(٢) الأمر كله في الحياة الزوجية، ولا سيما في شخصية الزوجة الصالحة التي يعتبرها الإسلام كنز الحياة الدنيا ومتاعها، تجد هذا صريحاً في مثل قوله ﷺ: «لا تزوجوا^(٣) النساء

(١) «فتح القدير» للكمال بن الهمام: (٣٤٣/٢)، و«نيل الأوطار» للشوكاني: (١٠٥/٦).

(٢) ملاك الأمر، بكسر الميم، أي: قوام الشيء، وما يتحقق به كيانه.

(٣) لا تزوجوا، أصلها لا تزوجوا حذف تاء المضارعة الأولى تخفيفاً.

لحسنهن، فعسى حسنهن أن يرديهن، ولا تزوجهن لأموالهن، فعسى أموالهن أن تطغيهن، ولكن تزوجهن على الدين»^(١) والدين جماع^(٢) الفضائل، والأخلاق العالية، وقد أكد هذا المعنى أيضاً - مع الإشارة إلى واقع حياة الناس، وما جرى عليه عرفهم في الاختيار منذ القدم - قوله ﷺ: «تُنكح المرأة لأربع^(٣): لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين، تربت يداك»^(٤).

فالفقه الإسلامي - كما ترى - واقعي، إذ لم يسقط من حسابه عنصر الجمال في اختيار الزوجة، ولا ينكر ما له من أثر في النفس الإنسانية بحكم دواعي الفطرة، وما للثراء من أثر في تفادي ضنك العيش، وفي رفع مستوى الحياة اقتصادياً، لتمكن من الوفاء بمطالبها المتعددة، وكذلك ما للأسرة العريقة من مكانة في الحياة الاجتماعية، كل ذلك أمر واقع لا سبيل إلى تجاهله، لكن الإسلام واقعي ومثالي معاً، فتراه يرتفع بالمجتمع إلى المستوى الإنساني الذي تنهض به حقائق القيم، ومقاييس الخلق، فينكر الاكتفاء بالمظاهر المادية، من دون الخلق والدين، أما إذا اجتمعت المزايا المادية مع الدين والخلق الكريم، كان ذلك هو الكمال المنشود بما توافر فيه من عناصر الواقعية والمثالية في وقت معاً، يرشدك إلى هذا قوله ﷺ: «ألا أخبرك بخير ما يكتز المرء، المرأة الصالحة التي إذا نظر إليها سرته، وإذا أمرها أطاعته، وإذا غاب عنها حفظته في نفسها وماله»^(٥).

(١) أخرجه ابن ماجه: ١٨٥٩، من حديث ابن عمرو.

(٢) جماع - بكسر الجيم وفتح الميم - أي: جمع الفضائل، ويقال: الخمر جماع الإثم، «مختار الصحاح»، «المصباح المنير».

(٣) أي: أربع خصال.

(٤) أخرجه البخاري: ٥٠٩٠، ومسلم: ٣٦٣٥، وأحمد: ١٥١٤ من حديث أبي هريرة. تربت يداك أي: لصقتا بالتراب، إشارة إلى خسرتك إن لم تطفر بذات الدين، وآثرت عليها ذات الجمال والمال والحسب، المرجع السابق. وفي رواية «ذات حسن وجمال ونسب ومنصب ومال». «فتح القدير»: (٣٤٣/٢).

(٥) أخرجه أبو داود: ١٦٦٤، من حديث ابن عباس. وأخرج مسلم: ٣٦٤٩، وأحمد: ٦٥٦٧، من حديث ابن عمرو، عنه ﷺ: «إن الدنيا كلها متاع وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة». وراجع: «نيل الأوطار» للإمام الشوكاني: (١٠٤/٦ - ١٠٨).

ومفاد الحديث، أن من عناصر الخيرية في النساء: الجمال، وحسن السمات، والنظافة، والأناقة؛ لأنها مظاهر مادية حسية هي مناط السرور وبعثه عند النظر، وكذلك الإخلاص والعفة، حيث كني عنهما بالطاعة لأمر الزوج، وبحفظ نفسها وماله، في غيبته.

وفلسفة التشريع التي تنهض بهذه التوجيهات، أن جمال المرأة إذا كان يستر نفساً خبيثة، فإنه يطغيها، بل يردبها، نتيجة لاغترارها بحسنها وفتنتها، فيوقعها في مزلق تشينها، ويصمها بما لا يمحي أبد الدهر، وأن ثراءها قد يدفعها إلى النشوز، والتعالي على زوجها إذا لم يكافئها في هذا الثراء، فيفقد بذلك مكانته الطبيعية من «القوامة» وحق الإشراف على شؤون الأسرة وتوجيهها، كما يفقد حقه في الطاعة، فيصبح تابعاً مؤتمراً مما يكون سبباً مفضياً إلى النفرة والشقاق، وكذلك ذات الجاه، من شأنها أن لا تلين لزوجها الذي هو أقل منها مستوى، فلا تكنّ له الاحترام والتقدير، مما يكون مآله استصغار الشأن، ما لم يصدها عن ذلك كله خلق ودين!

فوضح إذن أن اشتراط توافر عنصر الخلق والدين في الزوجة، بوجه خاص، إنما كان ضماناً لدفع غائلة فتنتها بجمالها، وطغيانها لثرائها، وتعاليها وتفاخرها بجاهها ونسبها، وهو ما أشارت إليه جملة الأحاديث التي رويناها^(١).

على أن التزوج بالمرأة طمعاً في ثروتها مما تأباه نفوس أصحاب المروءات، لما ينبئ عن دناءة في النفس، وخسة في الطبع، وهبوط في الهمة.

هذا، ومما تجدر الإشارة إليه أن من المعاني التي ينبغي اتخاذها أساساً في اختيار الزوجة - فضلاً عما قدمنا - التقارب في السن؛ لأن التفاوت الفاحش فيها مما يتعذر

(١) وقد جاء في الأحاديث ما ينذر بسوء المصير، وينقيض ما طمح إليه المرء من نيل ثمار الثراء والجاه والجمال في المرأة، مع علمه بفساد خلقها، من مثل قوله ﷺ: «من تزوج امرأة لعزها لم يزد الله إلا ذلاً، ومن تزوجها لماله لم يزد إلا فقراً، ومن تزوجها لحسبها لم يزد الله إلا دناءة». أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٢٣٤٢، من حديث أنس.

معه التفاهم، وكذلك التقارب في المستوى الثقافي والاجتماعي على ما هو مقرر في بحث «الكفاءة» في عقد الزواج.

أضف إلى ذلك إثارة الفتاة البكر الولود، تحقيقاً لمقاصد الزواج من الاستمتاع والإنجاب، والاستمتاع ليس مقصوداً لذاته، بل لأثره من التناسل، لقوله ﷺ: «تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة»^(١) وقد أكد هذا المعنى منذ القدم المحققون من الفقهاء، من مثل الإمام السرخسي حيث يقول: «وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود به ما بيناه من أسباب المصلحة، ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضاً، ليرغب فيه المطيع والعاصي: المطيع للمعاني الدينية، والعاصي لقضاء الشهوة، وذلك بمنزلة الإمارة، ففيها قضاء شهوة الجاه، والنفوس ترغب فيها أكثر من الرغبة في النكاح، حتى تطلب ببذل النفوس، وحشر العساكر، ولكن ليس المقصود فيها قضاء شهوة الجاه، بل المقصود إظهار الحق والعدل»^(٢).

ويتبين من هذا التحليل الفقهي أن الوسيلة والغاية كلتاهما مقصودة، ولا غنى لإحدهما عن الأخرى، غير أن الغاية مقصودة قصداً أولياً، فكانت أشد طلباً، وأن ما يتوصل به إلى المقصود الأولي لا يصح الاقتصار عليه حتى يكون غاية في ذاته، ولهذا وجب الانصراف عن العقيم؛ إذ لا يؤدي الاستمتاع بها إلى الغرض الأصلي منه، وهو الإنجاب والذرية، وكل وسيلة لا تفضي إلى غايتها لا تتخذ، على أن الزواج دون ذرية لا تتحقق فيه المعاني الاجتماعية والإنسانية.

هذا، وتعرف «الولود» من نساء أسرتها، كأخواتها وعماتها، وعلى أساس هذا المقصد من إنجاب الذرية جاء التوجيه النبوي في النهي عن تزوج العقيم صراحة، في جوابه ﷺ معقل بن يسار حين سأله عن تزوجه بامرأة أصابها، ولكنها لا تلد، حيث

(١) أخرجه أبو داود: ٢٠٥٠، والنسائي: (٦٥/٦ - ٦٦)، وابن حبان: ٤٠٥٦، ٤٠٥٧، من حديث

معقل بن يسار، وإسناده قوي، وأخرجه أحمد: ١٢٦١٣، من حديث أنس، وإسناده قوي.

(٢) «المبسوط»: (٤/١٩٤)، للسرخسي.

نهاه مرات ثلاثاً، ثم أمره بتزوج الودود^(١) الولود^(٢) كما أسلفنا، وفي رواية: «لا تَزَوِّجَنَّ عَجُوزاً ولا عاقراً، فإني مكائر بكم الأمم»^(٣).

أما البكر، فلأنها أدعى إلى الوفاق؛ إذ ليس لها سابق تجربة، مما لا يحملها على الموازنة والتفضيل بين زوج سابق ولاحق، فضلاً عن المزايا المعروفة التي لا تتوافر في الثيب بوجه عام.

غير أن الفقه الإسلامي بواقعيته، يرى أن الضرورة قد تقتضي الزواج بالثيب ممن لهن سبق خبرة بتربية الأولاد إذا كان من يريد التزوج بها في حاجة إلى مثلها، لتقوم برعاية شؤون أولاده، من زوجة سابقة.

تعريف الخطبة:

لا يختلف المعنى الشرعي للخطبة عن معناها اللغوي^(٤)، فالخطبة اصطلاحاً: «طلب الرجل يد امرأة معينة تحل له شرعاً في الحال، للتزوج بها» أو بعبارة أخرى:

(١) المرأة الودود هي التي تتودد إلى زوجها، وتستجيب، وتسعى جهدها لإرضائه، وتلبية رغائبه، ويعرف ذلك من معاشرته أمها لزوجها.

(٢) أخرجه أبو داود: ٢٠٥٠، والنسائي: (٦٥/٦ - ٦٦)، وابن حبان: ٤٠٥٦، ٤٠٥٧، وإسناده قوي.

(٣) جاء في الحديث: «عليكم بالأبكار، فإنهن أعذب أفواهاً، وأنتق أرحاماً، وأقل حُبناً، وأرضى باليسير».

وعذوبة الأفواه فضلاً عن معناها الحسي، تحتل ما تتحلى به البكر بفضل ما فطرت عليه من حياة وخفر، من عفة اللسان، وعذوبة المنطق، لصفاء نفسها، وسذاجتها عادة، وأما أنها أنتق رحماً، فلأنها أكثر قوة على الإنجاب لحدائث سنهها، وأما أنها لا تعرف الخبث والخداع والمكر، فذلك لسذاجتها، وعدم سبق تجربة مرت بها، ورضاها باليسير لحياثتها، فلا تحمل زوجها فوق طاقته.

(٤) الخطبة لغة - بكسر الخاء - من خطب المرأة إلى القوم: إذا طلب أن يتزوج منهم، ويقال: اختطبتها أيضاً، والاسم الخطبة. «المصباح المنير» و«مختار الصحاح»، وانظر في هذا المعنى أيضاً: «لسان العرب»: (٤٦٠/٣). ويقال للرجل طالب الزواج: خاطب وخطب، بكسر الخاء - وللمرأة خطبة - ومفاد هذا، أن الخطبة لغة «طلب التزوج بامرأة معينة وهذا عين المعنى الشرعي».

«إبداء مرید الزواج رغبتة إلى امرأة معينة خالية من الموانع، أو إلى أوليائها، في التزوج بها».

هذا، والأصل في الخطبة أن تكون باللفظ الصريح الذي لا يحتمل غير معناها، كقوله: «أريد التزوج منك» وأما التعريض بالخطبة، فهو ما كان بلفظ يحتمل معنيين أو أكثر، منها معنى الخطبة، والقرائن هي التي تعين المعنى المقصود، كقوله: «إنك امرأة صالحة» أو قوله: «إذا انقضت عدتك فأعلميني» والتعريض بالخطبة قد جاء استثناء من قاعدة التصريح في حالات خاصة، سيأتي بيانها.

هذا، ومعلوم أن هذا العرض المبتدأ قد يلقي استجابة أو رفضاً، حتى إذا صادف موافقة صريحة، فقد تمت الخطبة حينئذ، وعلى هذا يمكن أن يُحدّد معنى الخطبة التامة بأنها: «توافق أو تواعد صريح متبادل بين رجل وامرأة، تحل له شرعاً في الحال^(١)، أو بين من ينوب عنهما من الأولياء، بإبرام عقد الزواج مستقبلاً».

الخطبة التامة إنما تتحقق بالموافقة الصريحة من جانب المخطوبة

ولا تعتبر الخطبة تامة إلا بالموافقة الصريحة من جانب المخطوبة، ولو كانت بكرة، ويطلق الفقهاء على ذلك لفظ «الركون»^(٢) فترتب عليها أحكامها الخاصة بها.

هذا، وإذا كانت الأحاديث قد أسندت الخطبة إلى الرجل، فلأن هذا هو الشأن الغالب، فضلاً عما في ذلك من إشعار المرأة برفعة قدرها، وأنه يُسعى إلى التزوج بها، غير أن الإسلام يجيز للمرأة أن تعرض نفسها على رجل صالح إذا رغبت التزوج به^(٣) في حدود الآداب؛ إذ قد حدث هذا بالنسبة إلى الرسول ﷺ ولم ينكر عليها ذلك، ولكن حياءها الفطري، أو خشيتها من أن يفسر عرضها هذا بأنه استهانة منها بعزة أنوثتها، يأبى عليها ذلك، فضلاً عن العرف والتقاليد السائدة، وعلى هذا يمكن تعريف الخطبة بأنها «طلب التزوج» سواء أكان ذلك من جانب الرجل أو المرأة.

(١) إشارة إلى أنها لم تكن تحل له شرعاً عند الخطبة، بأن كانت معتدة من طلاق رجعي مثلاً، فلا تجوز خطبتها أصلاً؛ لأن العلاقة الزوجية بينها وبين مطلقها لم تنقطع.

(٢) يقال: ركنت إليه: إذا وافقت على خطبته صراحة، ودون تردد.

(٣) راجع: «صحيح البخاري»، كتاب النكاح، باب: عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح.

والواقع، أن الخطبة إنما تتم بالموافقة الصريحة كما ذكرنا، نتيجة لتلاقي وجهات النظر في كل ما يتعلق بالخاطب والمخطوبة، بعد المفاوضات التي تكون قد جرت بشأن مطالب كل منهما، وشروطه.

وهكذا ترى أن الخطبة - في الواقع - تمر بمرحلتين:

أولاهما: مرحلة العَرَض والطلب، أو الإعراب عن الرغبة في التزوج بالمخطوبة.

الثانية: مرحلة الموافقة الصريحة الحاسمة، دون تردد أو إرجاء.

الحكمة البالغة لمشروعية الخطبة في الفقه الإسلامي:

هذا، ومما يؤكد كون الخطبة - بطبيعتها، وفي نظر الشارع - وسيلة متعينة إلى تحقيق مقاصد الزواج، بتوفير أسباب الزواج، ودوام الألفة، وبقاء المودة، أمران: أولهما: أن السنة قد أشارت إلى هذه الحكمة، بالنص عليها صراحة في الأحاديث التي أجازت النظر إلى المخطوبة، بل حثت عليه، في مثل قوله ﷺ: «انظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم^(١) بينكما»^(٢) ومعناه أن النظر إلى المخطوبة أجدد أن يكون داعياً وسبباً مفضياً إلى الوفاق بينكما.

أما كون الخطبة - في الفقه الإسلامي - ذات حكمة بالغة، فذلك لأنها الطريقة الحسية المتعينة لتكوين الاقتناع الذاتي بالمخطوبة، بما يتيح من خلالها الوقوف على ما يروقه من صفاتها وسماتها، مما لا يمكن التعرف عليه، وتبينه إلا بالرؤية، وليس ثمة أبلغ منها مما يؤصل هذا العنصر النفسي، والميل القلبي في كل من الزوجين؛ إذ الزواج بطبيعته - وهو الغاية من الخطبة - أمر يقوم على العناصر النفسية أولاً، وليس عقداً مالياً أو مصلحياً عارضاً مؤقتاً، مما يكون أساسه المنافع المادية أو الحسية العاجلة، على ما سيأتي بيانه في مقامه.

(١) يعني أن تدوم المحبة والوفاق بينكما - من الأدم، وهو الألفة والوفاق - يقال: آدم الله بينهما: إذا أصلح وألف. «مختار الصحاح»، و«المصباح المنير».

(٢) أخرجه الترمذي: ١٠٨٧، والنسائي: (٦٩/٦ - ٧٠)، وابن ماجه: ١٨٦٥، وأحمد: ١٨١٥٤، من حديث المغيرة بن شعبة، وهو صحيح.

الثاني: أن أحكام الخطبة الخاصة بها جاءت توكيداً للغاية من أصل تشريعها، من التعرف أو التحقق لمدى توافر الصفات والمعاني التي هي المقومات الحقيقية للحياة الزوجية، فالغاية من الخطبة - كما ترى - شرعت توثيقاً لمقاصد الزواج نفسه، وسبيلاً متعيناً لإمكان تحقيقها، ومن هنا اكتسبت أهميتها؛ كما أشرنا.

هذا، وعلى الرغم من الاستجابة للخطبة، والموافقة الصريحة من جانب المخطوبة وأوليائها وذويها على رغبة الخاطب في الزواج بها، فإن هذا الاتفاق المبدئي الكامل في وجهات النظر، لا يسبغ على الخطبة صفة العقد الملزم الذي ينشئ التزامات على عاتق كل من الخطيبين، كيلا يكون ذلك ضرباً من الإكراه على إبرام عقد الزواج الذي يجب أن تتوافر فيه الحرية الكاملة، لخطورة آثاره، فالعلاقة التي أنشأها هذا التوافق المبدئي أو التواعد المتبادل على إبرام عقد الزواج مستقبلاً، ولو كان كاملاً، لا يخرج الخطبة عن طبيعتها، من كونها مجرد وعد، بوضع التسارع نفسه، والوعد غير ملزم قضاءً، وهذا ما يدعونا إلى البحث في طبيعة الخطبة وتكييفها الفقهي.

طبيعة الخطبة، وتكييفها في الفقه الإسلامي:

بعد الذي عرفت من تحديد مفهوم الخطبة في مرحلتها، من كونها وسيلة للتعرف أو التبيين أولاً، ثم موافقة صريحة مبدئية، لا تردد فيها ولا إرجاء، بما ينهض بتواعد متبادل كامل على إنشاء عقد الزواج مستقبلاً، يتبدى لك أن تكييفها ووصفها الفقهي، أنها ليست عقداً، وحيث لا عقد، فلا إلزام ولا التزام، ولو اعتبرت عقداً ملزماً بإجراء عقد الزواج مستقبلاً، لفقدت وظيفتها، والغاية من أصل تشريعها؛ لأنها ما شرعت إلا ضماناً كافياً لحرية الزواج، لا للالتزام به، ولا للإكراه عليه، كيلا يفاجأ أي من المتواعدين بالزواج بمن لا يطمئن إليه، ومن هنا تدرك أن تكييفها الفقهي مستمد من غايتها، ولولا هذا التكييف لما أمكن أن تفضي الوسيلة إلى غايتها، والمفروض أنها شرعت لذلك.

وأيضاً، لو كانت الخطبة التامة منشأً للالتزام بإجراء عقد الزواج الموعود، لفقد هذا العقد نفسه أساس انعقاده، وهو التراضي، فيغدو باطلاً لا تترتب عليه آثار العقد الصحيح.

وعلى هذا، فليست الخطبة جزءاً من عقد الزواج، ولا ركناً فيه، ولا شرطاً لانعقاده أو نفاذه أو لزومه.

أما أنها ليست جزءاً من ماهية عقد الزواج، فلأن عقد الزواج لو تم دون خطبة لكان صحيحاً، تترتب عليه كافة آثاره، والعقد لا يوجد بدون ركنه، بل لو كانت الخطبة محرمة وممنوعة، كخطبة المعتدة، فإنها لا تؤثر على صحة عقد الزواج لو تم إيرامه بعد انقضاء العدة، لتوافر أركانه وشروط صحته، ونفاذه ولزومه، وإن كان الخاطب أتماً؛ لأنه خطبها قبل انتهاء عدتها.

وأما أنها ليست شرطاً في صحته، فللأدلة عينها التي قدمناها على عدم ركنيتها، فلو تخلف شرط الصحة، لفسد العقد، ووجب فسخه، ولم يقل بذلك أحد، ولو كان الشرط فاسداً بأن كانت محرمة، لما صح العقد أيضاً مع كون شرط صحته فاسداً، لكنه يصح، فالخطبة إذن أمر مستقل، وسابق على العقد، ليس ملازماً له، ولا عنصراً من مكوناته.

على أن هذا التكييف للخطبة يدل دلالة واضحة على أن المشرع يرى أن الفشل في الخطبة بالعدول عنها، وفسخها، خير من الفشل في الزواج، لخطورة آثاره، لذا كانت - بوضع الشارع - مجرد وعد غير ملزم^(١)، وبذلك يتبين أن خطورة عقد الزواج هي التي اقتضت - منطقياً - أن تكون الخطبة غير ملزمة، ضماناً للحرية الكاملة في إيرامه، كما أشرنا، وبهذا يستقيم منطوق التشريع ويتسق.

على أنه لا بد من الإشارة إلى أن الوفاء بالوعد واجب ديانة وخلقاً ومروءة، إلا إذا كان ثمة مسوغ قوي يقتضي هذا العدول، والوفاء بالوعد التزام خلقي ودياني، لا قضائي، حفظاً للكرامة أن تهدر، والمشاعر أن تمس، وللشبهات أن تثور، وللسمعة أن تنال منها الأقاويل^(٢).

(١) وهذا قدر متفق عليه، بتقريره في سائر مصادر الفقه المعتمدة، وفي مختلف المذاهب الجماعية، وأما ما ورد عن الإمام مالك في أحد أقواله أن الوعد ملزم، فذلك في غير الخطبة. «الزواج وآثاره» للشيخ أبي زهرة: ص ٣٢.

(٢) هذا، ولا ينبغي أن يكون الغنى والثراء من مقتضيات العدول؛ إذ لا يصلح مسوغاً له معقولاً، فينظر أهل =

وعلى أساس ما قدمنا من التكييف للخطبة، والتنسيق مع غايتها، نشأ حق العدول كاملاً لكل من طرفيها، حتى ولو كانت تامة، ومؤكدة، بأن تحققت فيها «المراكنة» و«التواعد» وقبض المهر، كلاً أو بعضاً، وتم قبول الهدايا فيه، إلا إذا ألحق ضرراً مادياً أو أدبياً بالغاً بأي منهما، دون وجه حق، على ما سيأتي بحثه.

وتأسيساً على هذا، لا يجيز الفقه الإسلامي في أرجح الاجتهادات فيه أي لون من ألوان الإكراه، للفتى أو للفتاة، على تزويجه بمن لم يره، ولم يكن على بينة من أمره، أو لم يرض به، لما لذلك من أثر قوي متوقع في نقض عرى الزوجية التي كان من المفروض أن تتأكد وتقوى وتستمر، تحقيقاً لمقاصدها الاجتماعية والإنسانية^(١).

هذا، وينبغي ألا تطول فترة الخطبة إذا تمت، كيلا يطرأ عليها أو يتطرق إليها من العوامل والظروف ما يفسدها، ويحمل على فسخاها.

حكم النظر إلى المخطوبة شرع استثناء من أصل التحريم، بالنص عليه صراحة، للضرورة، فضلاً عن أنه يستفاد ضمناً من غاية الخطبة، وحكمة تشريعها.

لا سبيل إلى التعرف على المخطوبة، جمالاً وقواماً ومعنى إلا بالرؤية؛ لأنها أبلغ وسائل التبين، والوصف لا يُغني غناءها، ولأن جمال الصفات الخلقية أمور نسبية، وأيضاً قسماات الوجه تنم على الخصائص النفسية، غالباً، كما يسفر الحديث عن مبلغ الذكاء، ومستوى الثقافة، واستقامة المنطق العقلي، وعذوبة الكلام، فكانت رؤية الخاطب وسيلة متعينة لذلك؛ لأنها من دواعي الاختيار والرغبة والإعجاب، فتؤول بذلك إلى أن تكون سبباً من أسباب دوام الوثام، وبقاء الألفة التي عبر عنها الحديث صراحة بقوله ﷺ: «فإنه أحرى أن يؤدم بينكما».

= الفضل والمروءة، فلا يرفض الرجل الخلق الصالح المتوسط الحال، بعد الموافقة الصريحة عليه، والركون إليه، من أجل تقدم آخر واسع الثراء، كيلا تصبح المرأة أشبه بسلة يؤول رسوها على من يزيد. (١) هذا، وظاهرة تدخل الأولياء والأقارب في شأن زواج فتيانهم وفتياتهم لأغراض خاصة ترجع إلى ذواتهم لا إلى مصلحة الخطيبين، لا تزال سائدة في كثير من أقطارنا ومجتمعاتنا، جهلاً وأناية، ومجافاة هذه الظاهرة لتعاليم الإسلام، ونظامه المحكم في الزواج بينة، فضلاً عما تورثه من فشل مثل هذه الزوجية في كثير من مواقعها.

من أجل هذه «الحكمة» أبيح النظر، استثناء من أصل التحريم، وإذا كانت هذه «الحكمة» مقصودة للشارع بدليل النص عليها صراحة، كانت الوسيلة إليها مقصودة أيضاً، وهو النظر؛ لأن الوسيلة تأخذ حكم غايتها، كما أسلفنا؛ إذ لا سبيل إلى تحقيق الغاية كلاً إلاّ بها، ومن هنا كان النظر إلى المخطوبة مستفاداً جوازاً ضمناً من حكمة التشريع، فضلاً عن النص عليه، فحكمة التشريع هي التي استوجبت الاستثناء من أصل التحريم للضرورة؛ إذ من المعلوم أن المخطوبة ما زالت أجنبية بالنسبة إلى خاطبها، ما لم يعقد عليها، فلا يجوز غير النظر، لورود النص عليه بخاصة، ويبقى ما عداه على أصل التحريم.

النظر إلى المخطوبة مقيد بأمرين: حضور محرم، وعدم تجاوزه الوجه والكفين^(١)

أما حضور محرم أمين، كأبيها وأخيها وعمها، فلأنه بحضوره تؤمن مغبة اجتماعهما، بما يجري فيه من تبادل النظر، وتجاذب أطراف الحديث؛ إذ يحول حضور المحرم دون ما عسى أن يكون سبباً مفضياً إلى مقارفة المعصية والإثم، أو سبباً يؤدي إلى التفريط في حق المخطوبة، بوجه خاص.

أما عدم مجاوزة النظر «الوجه والكفين» فلأن النظر شرع استثناء للضرورة كما أشرنا؛ لأن المخطوبة ما زالت أجنبية، والضرورة تقدر بقدرها، والنظر إلى الوجه والكفين تحصل به الكفاية، وتندفع الضرورة؛ إذ الوجه جماع المحاسن، وقسماته وملامحه تنم عن الحالة النفسية، كما قدمنا، والكفان يستدل بهما على امتلاء الجسم وهزاله، وخصوبة البدن، ورخصته ونعومته، وغير ذلك.

وأما ما عدا ذلك من الخصال النفسية، والصفات المعنوية، فيمكن الوقوف عليها عن طريق من يخالط أسرتها، وسؤال الثقات من أقرب الناس إليها، أو العارفين بشؤونها وأحوالها، وما يقال في المخطوبة هو مقول في الخاطب على السواء.

غير أن بعض الفقهاء قد توسع في مواضع النظر، فأجازته إلى ما يشمل الرقبة

(١) راجع الخلاف في هذا الموضوع في «المغني» لابن قدامة: (٤٥٣/٧).

والقدمين^(١)، وأجاز الظاهرية^(٢) النظر إلى قوام المخطوبة كله، عملاً بإطلاق النص: «انظر إليها...» كما أجاز الجعفرية^(٣) النظر إلى الشعر والمحاسن.

ومنشأ الخلاف في ذلك، أن النص الذي أجاز النظر لم يحدد مواضعه، فكان أمراً مجتهداً فيه، والراجع عندي أنه يجوز النظر إلى قوام المخطوبة؛ لأنه مما يظهر منها كالوجه والكفين، فيلحق بهما، ولأن هذا مما يدعو الخاطب إلى الزواج، والنص قد جاء بهذا، حيث يقول الرسول ﷺ: «فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها، فليفعل»^(٤) وهذا هو الحكم الفقهي، غير أن معظم الفتيات - في أيامنا هذه - يبدو من محاسنها ما جعل هذا التقييد غير ذي موضوع، وتعاليم الإسلام إنما جاءت لتحصين الفتاة، والمحافظة على حياتها الفطرية، وإبعادها عن أسباب التبذل، باعتبارها مناط الشرف والعرض، فكان ذلك في مصلحتها أولاً، حفظاً لذاتها، وكيانها المعنوي من الصون والعفة.

هذا، ويجوز ترديد النظر إلى المخطوبة، ومداومته عند الاقتضاء، تأكيداً للرغبة، وتحقيقاً لما يروق الخاطب ويدعوه إلى الزواج بها.

جواز نظر المخطوبة إلى خاطبها، لعين الحكمة، بل هي أولى، على ما يقرره الفقهاء

استنتاجاً من حكمة تشريع الخطبة، قرر الفقهاء حق المرأة في النظر إلى خاطبها، لتكون على بينة من أمره، ولأنه يعجبها منه ما يعجبه منها، فالحكمة مشتركة، وجاء في الفقه الإسلامي في هذا الصدد ما نصه: «وتنظر المرأة إلى الرجل، إذا عزمت على نكاحه، لأنه يعجبها منه ما يعجبه منها» بل هي أولى؛ لأنها إذا تزوجته دون أن تراه

(١) «البدائع» للكاتاني: (١١٢/٥)، و«نهاية المحتاج»: (١٨٣/٦).

(٢) «المحلى»: (٣٠/١٠ - ٣١).

(٣) «المختصر النافع» ص ١٧٢.

(٤) أخرجه أبو داود: ٢٠٨٢، وأحمد: ١٤٥٨٦، من حديث جابر بن عبد الله، وهو حسن. وراجع: «نيل

الأوطار»: (١٠٩/٦ وما يليها)، و«المغني» لابن قدامة: (٥٥٢/٦)، وراجع: «السنن الكبرى»

لبيهقي: (٩١/٧).

ولم يصادف قبولاً في نفسها، فإنها لا تملك الخلاص منه؛ إذ ليس الطلاق بيدها، في حين أنه إذا تزوجها دون أن يراها، ولم تصادف هوى في نفسه، أمكنه التخلص منها؛ إذ الطلاق بيده^(١).

هذا، وإنما ورد النص بالنظر بالنسبة إلى الرجل، لا لتخصيصه به، بل لأن الشأن في المرأة التستر.

الخلوة بالمخطوبة محرم شرعاً^(٢)

قدمنا آنفاً أن جواز النظر إلى المخطوبة - وكذلك نظرها إليه - إنما ورد به النص استثناء من الأصل العام الذي يقضي بالتحريم، للضرورة، ومعلوم أن الاستثناء لا يتوسع فيه، ولا يقاس عليه، فبقي ما عدا النظر على أصل التحريم، ولا ضرورة في الخلوة، فكانت على أصل التحريم؛ إذ لم يجزها نص ولا حكمة، بل الحكمة تحرمها؛ لأنها ذريعة إلى الوقوع فيما حرم الله، فلا تؤمن مغبة الخلوة دون حضور محرم؛ إذ يحول حضوره دون التجانف إلى الإثم، ومقارفة المعصية، كما قدمنا وبذلك تُسد الذريعة إلى المحرم.

وعلى هذا، فلا يجوز غير النظر من الخلوة أو التقبيل، أو الذهاب منفردين إلى المنتزهات ودور اللهو، أو ما إلى ذلك؛ لأن هذا خروج عن حدود آداب الخطبة التي شرعها الإسلام، تفادياً للعواقب الوخيمة التي تترتب على مثل تلك المحاذير، والوقائع تتحدث عن نفسها.

وأما الحجة التي يستند إليها فريق من الناس، في استباحتهم الانفراد والخلوة، تفريطاً وتهاوناً، من أن تمام التعارف والتفاهم يقتضي ذلك، فهي حجة واهية، إذ كلُّ

(١) «كشاف القناع»: (٦/٥)، وانظر أيضاً: «نهاية المحتاج»: (١٥١/٥)، فقد جاء فيه: «وندب نظرها إليه،

للخطبة، كهو إليها» أي: كنظره هو إليها، تسوية بينهما في حق النظر، لوحدة الغرض، وعين الحكمة.

(٢) قال ﷺ: «لا يخلون رجل بامرأة إلا مع محرم» [أخرجه البخاري: ٣٠٠٦، ومسلم: ٣٢٧٢، وأحمد: ١٩٣٤، من

حديث ابن عباس]. وانظر «سبل السلام»: (٢١٧/٣)، وفي رواية: «لا يخلون أحدكم بامرأة، فإن

الشیطان ثالثهما» [أخرجه الترمذي: ٢٢٦٥، وأحمد: ١١٤، من حديث ابن عمر، وإسناده صحيح].

من الخاطبين - كما نعلم - يعمد عادة إلى التكلّف، والتظاهر بما ليس فيه حقيقة، ولذلك قيل: «كل خاطب كاذب» ولأن مثل تلك الأمور المحظورة مدعاة إلى الوقوع في المعصية والإثم، والخطبة ليست ملهاة، أو فرصة للتنفيس عن منازع الرغبات، بل شرعت وسيلة جديّة لمصلحة حقيقية ومعقولة، ليكون كلّ منهما على بينة من أمر الآخر، تحقيقاً للتقارب والائتلاف، فمغبة التفريط إذن واقعة على الفتاة بوجه خاص، فالشارع لم يكن متممّاً إذ أباح النظر والاجتماع بحضور محرم، ولم يكن مفرطاً إذ منع الخلوة والخروج عن حدود الآداب، بل كان وسطاً بين التزمّت والتفريط، وهو موقف في غاية الحكمة والرشد وسداد التوجيه.

على أن التبذل يورث الشك في مبلغ الحصانة والعفة، الأمر الذي يستدعي العدول وفسخ الخطبة غالباً، فكان هذا التوجيه في مصلحة المرأة أولاً، إبعاداً لها عن مظانّ التهم وسوء الأقاويل.

حكم العدول عن الخطبة

نقصد بحكم العدول أثره المترتب عليه من المسؤولية، وهذه مسألة لم يتناولها الفقهاء القدامى بالبحث، لعدم وقوعها في عصرهم.

بيناً آنفاً أن «التكليف» الفقهي للخطبة مستمد من غايتها، بما ترمي إليه من كفالة الحرية الكاملة في إبرام عقد الزواج، لكل من طرفيها، ليقوم على أسس ثابتة، وعلى ضوئ هذا «التكليف» - من كونها تواعداً غير ملزم - نشأ حق العدول بفسخها، وهذا وضع شرعي أنشأه المشرع نفسه، ولكن النظر يتجه الآن إلى مجرد حق العدول هذا، هل هو مطلق أو مقيد؟

اختلف الفقهاء المعاصرون في هذه المسألة على آراء ثلاثة^(١):

(١) هذه المسألة لم يبحثها الفقهاء القدامى؛ لأنها لم تقع في عصرهم، وإنما هي أمر مستحدث كثيراً ما يقع في أيامنا هذه، ولم يرد فيه نص، ولا نظير يقاس عليه، فكان محلاً للاجتهاد بالرأي من قبل الفقهاء المعاصرين. «الأحوال الشخصية» للشيخ محمد أبي زهرة: ص ٣٢ وما يليها، «الأحوال الشخصية» للدكتور محمد يوسف موسى، ص ٥٤ «الوسيط» للدكتور السنهوري، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، فقرة: (٥٥٠)، ص ٨٢٧ وما يليها، وغيرهم.

الأول: ذهب فريق من الفقهاء إلى أن لكل من طرفي الخطبة أن يفسخها في الوقت الذي يشاء، ولا مسؤولية إطلاقاً، للأسباب الآتية:

أ - أن الشارع جعل العدول حقاً شخصياً تقديرياً خاضعاً لاعتبارات خاصة بكل منهما، وهي أمور نفسية يرتد إليه تقديرها، لا سلطان للقضاء عليه، ذلك لأن الزواج من أحص شؤونه، فينبغي أن تترك له الحرية الكاملة في الإقدام أو الإحجام؛ إذ هو أدري بمصالحه الخاصة في هذا العقد الخطير، وينبغي أن يكون لهوى النفس مدخل في العدول.

ب - إن كلاً من طرفي الخطبة يعلم مسبقاً أن «حق العدول» مقرر له شرعاً، فكان لزاماً عليه أن يتوقع هذا العدول من جانب الطرف الآخر في كل وقت، فلا يعتبر وقوعه مفاجأة له، وليس فيه اعتداء على حق أحد، وإذا كان الأمر كذلك فينبغي أن يترث حتى تتبين له جلية الأمر، ولا يتسرع في شراء جهاز البيت مثلاً، أو الاستقالة من الوظيفة، لتتفرغ لشؤون الأسرة قبل أن يبيت في أمر العقد؛ لأن هذا تهور أو تقصير في حق النفس، وعلى المقصر تقع تبعة تقصيره، فما يصيبه من ضرر إنما كان بسبب منه، اغتراراً أو طيشاً، وليس منشؤه محض العدول.

ج - من المقرر في الفقه الإسلامي أن «الجواز الشرعي ينافي الضمان» أي أن من يمارس حقاً مشروعاً له، أو إباحة، لا يكون مسؤولاً عما يترتب على ذلك من ضرر؛ لأن الجواز ينافي المسؤولية، وإنما تنشأ المسؤولية عن المجاوزة والاعتداء، والخاطب لا يعتبر معتدياً إذا استعمل حقه في العدول.

ثانياً - وذهب فريق آخر إلى أن حق العدول مجرداً لا تترتب عليه مسؤولية، غير أنه إذا صاحب هذا العدول أفعال أخرى ضارة، كالتغريب مثلاً، نشأت المسؤولية والتعويض عن هذا الفعل الضار المقارن للعدول، لا عن مجرد العدول، وذلك بأن أغراها بالاستقالة من وظيفتها مثلاً بعد أن أكد لها أنه مقدم على الزواج بها، وأن تأخره عن إبرام العقد إنما كان لأسباب مالية، أو حثها على شراء جهاز البيت، وزين

لها ذلك، بعد أن طمأنها على إبرام العقد، أو جاء بأقوال مختلفة ليبرر عدوله، مما يمس سمعتها، ولم تثبت، فأضر بها ضرراً أدبياً بليغاً، فمثل هذه الأفعال الضارة المصاحبة للعدول هي منشأ المسؤولية والتعويض، لا مجرد العدول؛ لأنه حق مقرر شرعاً لا اعتداء فيه، ولا مسؤولية، تطبيقاً للقاعدة السابقة المشار إليها.

ثالثاً - وذهب فريق ثالث إلى أن العدول إذا أدى إلى إلحاق الضرر البالغ بالطرف الآخر، ولو مجرداً عما يلابسه من أفعال ضارة، يوجب المسؤولية والتعويض عن الأضرار المادية أو الأدبية الناجمة عنه؛ لأنه ضرب من التعسف في استعمال الحق، ونحن مع هذا الرأي، ونؤيده بما يلي:

أولاً - ليس في الفقه الإسلامي حق مطلق، بحيث يتصرف فيه صاحبه كيف يشاء دون رعاية لحق الغير، أو دون استهداف للغاية النوعية المرسومة التي شرع من أجلها هذا الحق؛ لأن الشارع يرسم لكل حق غاية معينة، على المكلف أن يتغيها إبان استعماله لحقه، فينبغي أن يكون قصد ذي الحق في الفعل موافقاً لقصد المشرع في التشريع^(١)، وإلا كان استعمال الحق لغير غاية، أو للضرر، وهو عبث أو تحكّم، فضلاً عن أنه مناقض لقصد الشارع، وكل ذلك غير مشروع يستوجب المسؤولية عما ينجم عن هذا التعسف في استعمال الحق من ضرر يلحق بالغير، ومن ثم لا تحمي الشريعة حقاً إلا بقدر ما يحقق صاحبه من الغرض الذي شرع من أجله، وتظل حمايتها للحق مبسطة ما دام صاحبه يستعمله على الوجه الذي من شأنه أن يحقق غايته، لا ينحرف عنها، فالحق إذن مقيد بالغرض الذي شرع من أجله، وليس مطلقاً.

وتأسيساً على هذا، فإن الشارع إذ منح حق العول، فلا يبرر هذا المنح استعماله على وجه ضار، بباعث غير مشروع، أو قصد سيء، لإلحاق الأذى بالغير، تحت شعار الحق؛ إذ الحق لم يشرع أصلاً ليتخذ وسيلة للإضرار بالغير، بل شرع لمصلحة

(١) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٣٨٥/٢).

جديدة حقيقية مشروعة ومعقولة، تحقق غرضاً اجتماعياً إنسانياً مقصوداً للشارع تحقيقه، وهو هنا تمكين كل من طرفي الخطبة من التعرف على الآخر، ليكون على بينة من أمره، لينشأ عقد الزواج على أساس متين، حتى إذا استعمله وهو ينوي غير هذا الغرض، أو مارسه في ظرف غير مناسب بحيث أفضى ذلك إلى الإضرار بالطرف الآخر، ولو دون قصد منه إلى إيقاعها، بل لزمته ووقعت نتيجة حتمية لعدوله في مثل ذلك الظرف، كأن سافر إلى بلد أجنبي لطلب العلم، ومكث عدة سنوات التقى خلالها بأخرى أجنبية، من ذلك البلد، وتزوج بها، وفسخ خطبة الأولى، ولم يكن قد صدر منه أفعال ضارة من التغرير، أو قصد الإضرار بها، ولكن تصرفه على هذا الوجه يحتمل أنه قد فوت عليها الفرصة لتقدم الخطاب إليها؛ إذ قد تكون تقدمت في السن، أو أثبتت حولها الشكوك من جراء هذا العدول، بعد فترة غير قصيرة، حتى إذا وقع هذا، اتجهت عليه المسؤولية عما لحق بها من ضرر.

فالضرر هنا - كما ترى - إنما كان نتيجة حتمية لازمة للتأخر في فسخ الخطبة، ولو لم يكن يقصد إيذاءها، حتى إذا أسرف في نفسه هذا الإيذاء، ونهضت بذلك القرائن، كانت المسؤولية أوجب وألزم، لتحقق تعسفه في استعمال حقه من حيث الباعث، فضلاً عن المآل.

وعلى هذا، فإن العدول إذا كان معيياً في باعته أو نتيجته ومآله، يوجب المسؤولية إذا لحق بالطرف الآخر ضرر محقق، مادي أو أدبي.

هذا، وكل من الباعث غير المشروع أو النتيجة الضرورية اللازمة أو اللاحقة بالغير من جراء العدول، ليس هو الغاية التي شرع من أجلها حق العدول، فهو إذن تعسف وانحراف عنها، وهذا هو منشأ المسؤولية، والحكم بالتعويض.

كل هذا ما لم يكن هناك أسباب معقولة تسوغ هذا العدول، فتسقط المسؤولية حينئذ، ولو وقع الضرر؛ لأن هذه المسوغات المعقولة، تنفي صفة التعسف عن العدول، وبانتفاء صفة التعسف تنتفي المسؤولية؛ لأنه علته، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

فتبين أن التعسف هو استعمال الحق أو الإباحة في غير الغاية التي تمثل وظيفته الاجتماعية، وهو منشأ المسؤولية عن الضرر الناجم عن هذا التعسف، قصداً أو مآلاً، ولو لم يكن ثمة تغرير أو أفعال ضارة مستقلة مصاحبة؛ لأن المسؤولية في هذه الأخيرة تقصيرية لا تعسفية، وفرق بينهما، من قبَل أن الفعل في المسؤولية التقصيرية غير مشروع أصلاً، بخلاف الفعل في المسؤولية التعسفية، فهو مشروع في الأصل؛ لأنه استعمال حق، وهذا فارق حاسم، فلا ينبغي التخليط بينهما، وكلاهما من حقائق التشريع التي تبنى عليها الأحكام.

هذا، ونظرية التعسف في الفقه الإسلامي مدعمة الأصول^(١)، منبسطة الظل على كافة أنواع الحقوق، لاتصالها بمفهوم العدل فيه، ولا يشفع لذي الحق - إذا أضرَّ بغيره - ادعائه أنه يستعمل حقه، وهو أمر جائز، والجواز ينافي الضمان والمسؤولية، كل هذا مقبول ما لم يكن ثمة تعسف، وانحراف عن الغاية التي وضعها المشرع للخطبة، ولا ريب أن الضرر والأذى دون وجه حق أمر خارج عن تلك الغاية، وانحراف عنها، ولا نقصد بالتعسف إلا هذا، وغاية الحق تمثل الوظيفة الاجتماعية التي ينبغي أن يحققها صاحب الحق إبان استعماله لحقه، وإلا كانت الحقوق معاول للهدم، ووسائل للضرر، وليست ذات وظائف اجتماعية، ولا يقول بذلك عاقل، فضلاً عن الشارع الحكيم.

هذا، والضرر - في حد ذاته - ممنوع في الفقه الإسلامي إيقاعاً ووقوعاً، بقطع النظر عن منشئه، إذا كان بغير حق، لعموم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢) وهذا من «حقائق التشريع الثابتة» بل هو أصل عام حاكم على التشريع كله، وتؤيده جزئيات وكليات لا تحصى كثرة^(٣)، فكل حق - في الفقه الإسلامي - مقيد بمنع الضرر، قصداً

(١) «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده»: ص ٢٤ للمؤلف، طبع مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة ثانية ١٩٧٧.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن.

(٣) «جامع العلوم والحكم» لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٧.

أو مآلاً، أيًا كان منشؤه، كما أسلفنا، عملاً بعموم القاعدة «لا ضرر ولا ضرار»^(١) أما الأضرار التي تلحق بالمخطوبة، وقد تسببت هي في نشوئها، كخروجها هي عن تعاليم الشريعة وآدابها، فمثل هذا لا يوجب المسؤولية في التعويض؛ لأنها أفعال محرمة، بل توجب مسؤوليتها هي ديانة عن التفريط في حق نفسها، والخروج على حدود الأخلاق والآداب، فالشريعة لا تحمي من ينتهك حرمة تعاليمها.

والواقع، أن العدول عن الخطبة - بما هو استعمال لحق في الأصل - يتعلق به دليلاً: أحدهما خاص، والآخر عام^(٢).

أما الخاص: فهو ما قدمنا من الأدلة التي تنهض بكونه أمراً مباحاً؛ لأنه استعمال

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن.

(٢) هذا، ولا يقال: إن العدول عن الخطبة دون مسوغ ضرب من الإخلاف في الوعد، وهو مناف للأخلاق والفضائل، ومذموم عند أهل المروءات، فكان حكماً خلقياً أديباً لا قضائياً ملزماً، فلا وجه بالتالي للحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عنه، لا يقال هذا لأمرين: أولاً: أن الإخلاف في الوعد دون مسوغ، وإن كان في الأصل أمراً خلقياً، وهو منهي عنه ديانة؛ لأن الأحكام الخلقية موكول إلى الضمير والوازع الديني أمر تنفيذها، لا إلى القضاء، لتمييزها عن أحكام التشريع الملزم، غير أنه - وإن صح هذا التمييز - فإن الفارق بينهما - في نظر الفقه الإسلامي - ينهار إذا ما تعدى الفعل إلى الواقع الاجتماعي، بأن مس للغير حقاً، وأصابه بالضرر، إذ لا بد حينئذ من مواجهة هذا الإخلال بحق الغير؛ لأن من المقرر فقهاً أن «حق الغير محافظ عليه شرعاً» وذلك بتحويل هذا الحكم الخلفي إلى قضائي ملزم، إزالة للضرر عيناً إن أمكن، أو معنى بالتعويض، جبراً للضرر بقدر الإمكان، إذا كان لا مسوغ له، ودون وجه حق.

ثانياً: أن الحكم الخلفي أو الديني يظل متروكاً لحرية المكلف وواضعه الديني، لتحقيقه والالتزام به، ما دام هذا الوازع قوياً كافياً في الردع والمنع عن الإيذاء والضرر، حتى إذا خف أو ضعف، وجب أن يقوم مقامه، مؤيداً له - وازع السلطة والقضاء، ولا يترك لحرية المكلف الذي ثبتت إساءته لأمانة التكليف، وإلا كان الظلم والضرر والفوضى، مما لا تستقيم به الحياة، وهذا لا يرضى به عاقل، فضلاً عن المشرع الحكيم.

هذا، ولا تجد حكماً تشريعياً في الفقه الإسلامي إلا ويستند أساساً إلى قاعدة خلقية، مما يؤذن بمشروعية هذا التحويل، وإذا كان الفقه الإسلامي غنياً جداً بالقواعد الخلقية، لمكان العقيدة فيه، أمكنك أن تتصور هذه الثروة التشريعية الهائلة التي تنجم عن تلك القواعد الخلقية، فيما إذا تحولت إلى تشريع ملزم.

لحق شخصي تقديري ناشئ عن طبيعة الخطبة ذاتها، بوضع الشارع، ولا يمس حقاً لأحد.

وأما العام: فهو قاعدة كلية حاكمة على التشريع كله، نظراً وتطبيقاً، ومقيدة لأحكامه؛ إذ الأحكام إنما شرعت لمصالح المكلفين، لا للإضرار بهم، وهذه القاعدة قررها قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» ومقتضاها: أن كل من تسبب في الإضرار بغيره، دون وجه حق - مباشرة أو بطريق غير مباشر، أي: عن طريق استعمال الحقوق والحريات - ملزم بإزالة هذا الضرر عيناً إن أمكن^(١)، أو رفعه معنىً بالتعويض، إذا تعذر أداء الواجب العيني^(٢)، جبراً للضرر بقدر الإمكان^(٣)، ولو كان ذلك الضرر نتيجة لاستعمال حق، كيلا تتخذ الحقوق ذرائع للإضرار، ولم تشرع لذلك بدهاء؛ لأن الضرر - في حد ذاته - ممنوع إيقاعاً أو وقوعاً دون وجه حق، للقاعدة العامة التي نوهنا بها، فواقعة الضرر تستوجب المسؤولية تجاه من تسبب في إحداثها، أيًا كان منشؤها فعلاً ضاراً في الأصل، أو فعلاً مشروعاً، تخوله إحدى سلطات الحق الثلاث، أو مكنة من الحريات، ومسألتنا من هذا النوع الأخير.

هذا، ولا بد من إعمال الدليلين في الواقع العملي، فلا يجوز إهمال أحدهما، لما تقرر أن إعمال الدليلين خير من إهمالهما أو إهمال أحدهما، ولأن حقائق التشريع وحدة كاملة لا تتجزأ، فلا يجوز الاجتزاء أو الاكتفاء ببعض الحقائق التشريعية دون بعض، لمنافاة ذلك لمقتضى العدل، ولأنه لا تخالف في التشريع بين الجزئي والكلّي؛ إذ ليس ذلك من سماته، والاجتزاء هو منشأ الخطأ في اجتهاد كثير من الكاتبين في مسلة حكم العدول، فمن ذهب إلى أن العدول في حد ذاته لا يوجب المسؤولية بأي حال من الأحوال، لم يراع وجه التعسف فيه، وهو منشأ المسؤولية، كما لم يلتفت

(١) عملاً بالقاعدة المستقرة في الفقه الإسلامي «الضرر يزال» أي: تجب إزالته عيناً إذا أمكن، أو بدلاً إن تعذر الأداء العيني.

(٢) عملاً بقاعدة «إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل».

(٣) وهذه القاعدة وإن كانت تقوم بدور وقائي وهو دفع الضرر قبل وقوعه، غير أنها لا تصلح لأن تطبق على إزالة الضرر معنى إذا تعذر عيناً؛ لأنه هو الممكن.

إلى أن الحق في التشريع الإسلامي مقيد لا مطلق، وأنه مقيد بغايته، ومن ذهب إلى أن العدول المصاحب بفعل ضار يوجب المسؤولية في التعويض، أثراً لذلك الفعل غير المشروع - وهذه في الواقع مسؤولية تقصيرية - يشير إلى أنه أغفل المسؤولية التعسفية التي استقرت أصولها في التشريع الإسلامي، وكانت المصدر لنظرية التعسف التي أخذ بها القانون المدني السوري وأصله المصري^(١) في الباب التمهيدي، وقد فرقنا بين المسؤوليتين، وأن إحداهما لا تغني عن الأخرى.

الحكم بالتعويض، جزاء للتعسف في حق العدول، وجبراً للضرر الذي نجم عنه، لا يقيد حرية الزواج مطلقاً.

ولا يرد علينا أن الحكم بالتعويض عن الضرر الناشئ عن إساءة استعمال حق العدول، يقيد حرية الزواج، مما يعود على الغاية من مشروعية الخطبة كلها بالتقض، وهذا لا يجوز المصير إليه بحال، لسبب بسيط، هو أن تلك الحرية قد كفلها الشارع، وحرص عليها، بجعله الخطبة غير ملزمة، ليكون إبرامه على أساس متين، أقول: لا يرد علينا ذلك لما نورد من الأدلة الآتية:

أولاً - أن الحكم بالتعويض يستند أساساً - كما قدمنا - إلى التعسف الذي نجم عنه الضرر، والغرض منه إزالة الضرر اللاحق بالطرف الآخر، دون وجه حق، وهو ما تقتضيه العدالة، ولا علاقة لهذا - كما ترى - بحرية الزواج أصلاً؛ إذ لم يقل أحد بأن من عدل عن الخطبة متعسفاً ملزم بإنشاء عقد الزواج مستقبلاً، فهما أمران منفصلان، فبقيت حرية الزواج مكفولة بعد الحكم بالتعويض كما كانت مكفولة قبله، إذ ليس الإلزام بالتعويض جبراً للضرر وجزاء للتعسف، يتضمن الإلزام بإبرام عقد الزواج مطلقاً.

هذا، وإذا كانت حرية الزواج قد منحت في الشرع لكل إنسان، عدلاً، فإن الإلزام بالتعويض بالنسبة لمن ألحق ضرراً بغيره تعسفاً، مما يقتضيه العدل أيضاً، وكلاهما

(١) انظر المادة: ٦ من القانون المدني السوري، والمادة: ٥ من القانون المدني المصري.

واجب الإنفاذ؛ لأن العدل لا يتجزأ، وإلا كان الظلم لاحقاً بالمضرور دون مسوغ، وهو ما لا يقره الشرع بحال؛ إذ ليست رعاية الحق والعدل في أحدهما مما يجوز أن يكون صارفاً لرعاية الحق والعدل في الآخر، فالإنصاف حق لكل منهما كماً وعلى سواء.

ثانياً - أن لمن عدل من أحد طرفي الخطبة، ملء الحرية في أن يعود إلى الآخر، ويتفقا على إبرام عقد الزواج، ولا مانع يحول دون ذلك، إذا ما تراضيا بينهما، سواء أكان ذلك قبل الحكم بالتعويض أم بعده.

ثالثاً - أن الحرية في أصل العدول مكفولة أيضاً، ولا يؤثر الحكم بالتعويض جزاءً للتعسف في استعماله على هذه الحرية مطلقاً؛ لأن الجهة منفكة، فلا تناقض ولا تقييد؛ إذ التعويض منشؤه التعسف في استعمال حق العدول، وليس منشؤه أصل حق العدول، وفرق بين أصل الحق، وبين التعسف في استعماله، فبقي الأول مكفولاً، والتمييز بينهما من أبلغ وجوه الدقة في التشريع.

وهكذا ترى أن المسؤولية التعسفية التي أوجبت التعويض عن الضرر عدلاً، لم تمس أصلاً، أياً من مبدأ الحرية في العدول، ولا من مبدأ الحرية في الزواج، وهذا مما ينبغي أن يتجه نقداً للرأيين السابقين^(١).

(١) التعسف أمر عارض على ممارسة الحق، ويكون التعسف إما من حيث «الباعث» غير المشروع، كالقصد السيئ، ونية الإضرار، وهذا هو «المعيار» الشخصي له، وإما من حيث «النتيجة» اللازمة المترتبة على استعمال الحق، وهذا هو «المعيار الموضوعي» حيث ينظر إلى واقعة الضرر في حد ذاتها، بقطع النظر إلى البواعث والعوامل النفسية، فالحقوق لم تشرع أصلاً لهذه النتائج من الضرر الراجع الواقع في المجتمع، وأياً ما كان فالتعسف من فعل المكلف، لا من فعل الشارع، بدهامة، لكن الشارع يواجه هذا العارض الطارئ من فعل المكلف الملابس لاستعمال الحق بقواعد عامة، لتندأ آثار التعسف قبل الوقوع، أو للقاعدة التي مؤداها: «يدفع الضرر بقدر الإمكان»، وهذا هو الدور الوقائي لنظرية التعسف، أو لإزالة الضرر ورفع بعد الوقوع، لقاعدة «الضرر يزال» ولقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» [أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣، من حديث جابر بن عبد الله، بهذا اللفظ، وهو عند ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون قوله: «في الإسلام»]. وهذا ما يقتضيه العدل؛ لأن =

المبحث الثامن عشر
الولاية في عقد النكاح
في الفقه الإسلامي المقارن

مقدمة:

يتحدد موضوع البحث في «الولاية في عقد النكاح» من حيث كونها شرطاً في صحة العقد، أو ليست بشرط، وهو ما أشار إليه ابن رشد في كتابه «بداية المجتهد» حيث حدد «محل النزاع» في هذه المسألة، إذ يقول ما نصه: «اختلف الفقهاء: هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح، أم ليست بشرط»^(١)؟

== إلحاق الضرر بالغير دون وجه حق، محرم وممنوع في الفقه الإسلامي، أيًا كان منشؤه، سواء كان عن طريق مباشر كالاعتداء، أو غير مباشر، عن طريق استعمال إباحة أو حق؛ لأن العبرة بالنتيجة؛ لأنه ظلم، والظلم يجب دفعه أو رفعه، عدلاً، ودرءاً للتعسف، وسدّاً للذريعة. هذا، وليس من شأن الشارع العادل الكريم أن يترك الظروف الطارئة، والعوارض الناشئة بسبب من المكلف إذا أحدث ضرراً بالغير، أن يتركها دون حكم، فكل حادث يطرأ له في الشرع حكم يتناوله، وإلا كان الظلم والفساد والضرر، وهذا لا يتصور في تشريع الله ورسوله. أما إذا كان التصرف في حق على الوجه الذي يحقق غايته، دون انحراف أو تعسف، فمن غير المتصور أن يفضي إلى إضرار بأحد، وهذا معنى القاعدة التي احتج بها من منع التعويض ومفادها: «أن الجواز الشرعي، ينافي الضمان» ولكنهم استدلوا بها في غير هذا الموضوع، وهذا تجاهل منهم لموضوعها، إذ يعارض هذه القاعدة في حكمها نظرية التعسف، حيث تحكم بالتعويض، فكان التوفيق بينهما أن نظرية التعسف تحكم العوارض الطارئة على ممارسة الحق، بفعل من المكلف، وتسببه في إحداث الأضرار بالغير، وأما قاعدة «الجواز الشرعي ينافي الضمان» فمجال تطبيقها في غير مجال التعسف، جمعاً بين الدليلين، وعملاً بحقائق التشريع دون إهمال لأي منهما، كيلا يختل ميزان العدالة. راجع «الموافقات»: (٨٩/٤ وما يليها).

(١) «بداية المجتهد»: (٨/٢).

وقبل أن نتناول هذه المسألة بالبحث - وهي مسألة اختلفت فيها أنظار المجتهدين اختلافًا واسعاً - نعرض المواطن أو المسائل التي اتفق على حكمها الفقهاء، مما يتعلق بولاية المرأة، لنستبعده عن مواطن النزاع.

المسائل التي اتفق الفقهاء على حكمها مما يتعلق بولاية المرأة فيها، وأنها ولاية صحيحة تنتج آثارها كاملة، ولا تفتقر إلى ولاية أحد يتفرد بالأمر دونها، أو يشاركها فيها، ليصح التصرف، وهذه المسائل نعرضها على الوجه التالي:

أولاً - للمرأة الأهلية الكاملة في إبرام كافة عقود المعاملات، فيما عدا النكاح، وأن تليها بنفسها اتفاقاً، وهي صحيحة منتجة لآثارها. وإذا كان لها الولاية الكاملة في إبرام ما تشاء من العقود المالية، على استقلال، فإنها تملك أن توكل فيها غيرها؛ لأن من ملك شيئاً جاز له أن يوكل فيه غيره، وليس لأحد حق الاعتراض على تصرفها المستقل في أموالها. ثانياً - أن عقد النكاح لو باشره الولي الشرعي، ويأذن المرأة البالغة العاقلة، وتما رضاه، فالعقد صحيح ونافذ.

تحديد موضوع البحث أو محل النزاع:

واختلفوا^(١) فيما إذا باشرت البكر البالغة العاقلة عقد زواجها بنفسها، أو وكلت غيرها بمباشرته - أي: ما عدا وليها الشرعي - ما أثر ذلك على صحة العقد، أو نفاذه، أو لزومه؟؟ اختلف الفقهاء في ذلك على آراء:

أ - فذهب مالك^(٢) - في رواية أشهب عنه - إلى أن الولي في النكاح شرط في الصحة، وبه قال الشافعي، وأحمد^(٣)، فلا يصح عقد الزواج بعبارة النساء أصلاً، أصيلة أو وكيلة، وهو رأي الزيدية، وابن حزم.

(١) «نيل الأوطار» للشوكاني: (١٣٦/٦)، و«المحلى»: (٣٠/١١).

(٢) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٨/٢)، ط الثالثة، مصطفى البايي الحلبي، القاهرة ١٣٧٩هـ - ١٩٦٠م.

(٣) المرجع السابق. وراجع أيضاً: «الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي»: (٢/٢٢٥)، وراجع في مذهب الظاهرية «المحلى»: (٤٥٥/٩)، وراجع في مذهب الإمام أحمد «المغني»: (٤٤٦/٦).

وثمة رواية أخرى عن مالك - رواها ابن القاسم - أن الولي شرط تمام، لا شرط صحة، فاشتراط الولاية سنة لا فرض.

والمعروف في فقه المالكية، أنهم يفرقون بين المرأة الشريفة ذات الجاه أو المال أو الجمال أو الشأن المرغوب فيها، وبين غيرها من عامة الناس، أو كانت فقيرة، فلا بد من الولي بالنسبة إلى الأولى، أما الثانية فيجوز لها أن تستخلف من تشاء من الرجال على إنكاحها^(١).

وهكذا ترى أن شرط الولي في عقد النكاح في المذهب المالكي، دائر بين كونه شرط صحة، أو شرط تمام، فضلاً عن تفرقتهم بين المرأة ذات المكانة والشأن وغيرها، بالنسبة إلى حكم الولاية في عقد زواجها.

فتلخص أن هذا القول من أن «عقد النكاح» إذا باشرته المرأة بنفسها، كان غير صحيح، ولا ينتج أثراً، سواء أكانت أصيلة عن نفسها، أم وكيلة عن غيرها، أو وكلت غيرها بإبرام عقد زواجها، فالعقد باطل، حتى ولو أذن لها وليها بإجرائه، وسواء أكانت المرأة بكرًا أم ثيبًا، صغيرة أم كبيرة، وسواء زوجت نفسها من كفاء، أم غير كفاء، وهو رأي الجمهور؛ إذ ليس للمرأة أن تعقد عقد النكاح بعباراتها أصلاً، أصيلة كانت أم وكيلة^(٢)، ولا أن تتولى توكيل أحد بتزويجها غير وليها، أقول: هذا القول ليس على إطلاقه، في مذهب المالكية خاصة.

ب - وذهب أبو حنيفة، وزفر، والصاحبان في رواية، إلى أن المرأة البالغة العاقلة إذا وليت هي عقد نكاحها بنفسها من دون وليها، جاز العقد، إذا كان الزوج كفؤاً، وليس لأحد حق الاعتراض على هذا العقد.

وإذا جاز لها أن تزوج نفسها أصالة، جاز لها أن توكل بتزويجها من تشاء^(٣)، أو

(١) «المغني»: (٤٤٦/٦)، و«البحر الزخار»: (٢٣/٣)، على أن مذهب الزيدية اشترط إذن الولي، فيجوز أن تبشر المرأة عقد زواجها بنفسها، ولكن بشرط إذن الولي: (٢٥/٣).

(٢) «نيل الأوطار»: (١٣٦/٦)، و«بدائع الصنائع»: (١٣٦/٣)، و«المهذب»: (٣٥/٢)، و«المغني»: (٤٤٨/٦).

(٣) ما عدا وليها؛ إذ توكيل وليها بتزويجها جائز إجماعاً، أما تزويج غير وليها لها، وكالة عنها، فهو =

تتولى هي تزويج غيرها من النساء وكالة، للقاعدة «من ملك شيئاً، جاز له أن يوكل فيه غيره»^(١)، فيصح عقد الزواج بعبارتها، لنفسها أصالة، ولغيرها وكالة.

وهذا هو قول الزهري، والشعبي، وابن سيرين، وقتادة^(٢).

ج - وذهب محمد بن الحسن إلى اشتراط إذن الولي فقط، دون مباشرته العقد بعبارته، فيصح بعبارته المرأة البالغة العاقلة، غير أنه عقد موقوف على إذن الولي، إن أجازته نفذ، وإن لم يجزه بطل، وفي حالة امتناع الولي عن الإجازة في الكفاء، يكون عاضلاً، فيجدد القاضي العقد، ولكن روي رجوعه إلى ظاهر الرواية^(٣).

د - مذهب الإمامية^(٤) أن المرأة الثيب الرشيدة، لا ولاية لأحد عليها، من أب أو جد، أو سواهما من الأولياء، من باب أولى.

وأما المرأة البكر الرشيدة، إن لم يكن لها أب، أو جد، فهي كالثيب الرشيدة، لا ولاية لأحد عليها، وأما إن كان لها أب أو جد، فثمة روايات ثلاث في فقه الإمامية:

الأولى: أنها كالثيب، ولكن يستحب لها أن تنيب أباه، أو جداه، ليتولى عقد نكاحها.

الثانية: أن الأمر مشترك بينهما، فلا يستقل أحدهما بالعقد، فإذا تولته المرأة، فلا بد من إذن الولي.

= موضوع نزاع، مرده، هل تملك هي أن تزوج نفسها من دون وليها أو لا؟ فمن ذهب إلى أن ذلك من حقها، أجاز لها توكيل غيرها بتزويجها، ومن ذهب إلى أن ذلك ليس من حقها، وعقدها باطل، فكذلك توكيلها؛ لأنها توكل غيرها في أمر لا تملكه هي.

(١) «البحر الرائق»: (١١٧/٣).

(٢) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٨/٢).

(٣) «تبيين الحقائق» للزليعي: (١١٧/٢)، و«البدائع» للكاساني: (١٦٣/٣).

(٤) «المتصرف النافع» للحلي ص ١٩٧، وكتاب «العروة الوثقى» للطباطبائي ص ٧٨٣، ط إيران، وكتاب «الخلافة» للطوسي: (٥٦/٢).

هـ - مذهب أبي ثور^(١): أمر عقد الزواج مشترك بين المرأة ووليها، لا يستقل أحدهما بإبرامه، دون إذن الآخر، وإلا كان باطلاً، فإذا أذن الولي لها أن تعقد نكاحها بنفسها، فالعقد صحيح، وإذا باشره الولي بإذن المرأة، فالعقد صحيح كذلك، وإذا باشره أحدهما دون إذن الآخر، فالعقد باطل.

غير أن ثمة رواية أخرى تنقل رأياً آخر للثوري، مفاده: إن زوجها رجل مسلم آخر، جاز؛ لأن المؤمنين إخوة، وبعضهم أولياء بعض، وأما إن تولت هي عقد زواجه، أو عقد زواج غيرها، فالعقد باطل^(٢).

و - المذهب الظاهري^(٣) يفرق بين البكر والثيب، فأما الأولى، فلا يصح نكاحها إلا بولي.

وأما الثيب، فتولي من شاءت من المسلمين زوجها، وليس للولي في ذلك اعتراض^(٤).

ونكتفي بهذا القدر من بيان وجهات نظر المذاهب الفقهية، لنتناول أدلة كل مذهب، ووجوه الاستدلال بها، ثم إجراء المقارنة بينها، لنتتهي منها إلى الرأي الذي نراه هو الراجح في هذه المسألة.

أولاً - أدلة المذهب الأول: المالكية والشافعية والحنابلة ومن ذهب مذهبهم (الجمهور)

(الولي شرط في صحة عقد النكاح). . استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول.

١ - أما الكتاب، فاستدلوا بآيات ثلاث:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَانَ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ [النور: ٣٢].

(١) «البحر الرائق»: (١١٧/٣)، و«المهذب»: (٣٥/٢).

(٢) المرجع السابق.

(٣) «المحلى»: (٤٥٥/٩).

(٤) «المحلى» لابن حزم: (٤٥٥/٩)، فقد جاء فيه ما نصه: «وأما أبو داود فقال: أما البكر، فلا يزوجه إلا وليها، وأما الثيب، فتولي من شاءت من المسلمين، ويزوجهها، وليس للولي في ذلك اعتراض».

ثانياً: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة: ٢٢١].

ثالثاً: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

أما وجه الاستدلال بالآية الأولى، فقالوا: إن الخطاب فيها موجه إلى الأولياء، فلو لم يكن حق الولاية لهم، لما حوطلبوا بوجوب إنكاح الأيامى^(١) من النساء، أي: من لا أزواج لهن، فدل ذلك على أن ولاية عقد النكاح للأولياء، لا للنساء، فليس للمرأة ولاية في عقد الزواج أصلاً، وإن تولته كان باطلاً.

وأما وجه الاستدلال بالآية الثانية، فهو أن الخطاب موجه إلى الأولياء أيضاً، بالنهي عن تزويج المشركين، حتى يؤمنوا، ولا يوجه الخطاب بالنهي عن شيء لمن لا يملكه، فدل ذلك على أن ولاية التزويج لا يملكها إلا الأولياء، وإلا ما صح توجيه الخطاب إليهم أصلاً، ولكان توجيهه خلواً من الفائدة.

وأما وجه الاستدلال بالآية الكريمة الثالثة، فهو أن الخطاب موجه إلى الأولياء، ينهاهم عن منع تزويج من تحت ولايتهم من النساء، أو التصرف فيما منحهم الله من ولاية، على وجه غير مشروع يترتب عليه ضرر بهنّ، إذ لم تشرع لهم الولاية للتصرف بها على هذا الوجه من الضرر، وقالوا: إن الخطاب بالنهي عن المنع، إما يتجه إلى من بيده الشيء الممنوع، وهو «الولاية» ولو كان للمرأة أن تستقل بتزويج نفسها دون وليها، لما كان لنهيهم عن العضل والمنع أي معنى، فدل ذلك على أن «الولاية» حق للأولياء، ولا يصح عقد الزواج إذا لم يباشر الولي الشرعي حقه فيه، وأن المرأة ليس لها حق الولاية على تزويج نفسها، فضلاً عن غيرها وكالة.

يؤيد هذا ما ورد في سبب نزول آية: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ...﴾.

فقد روى البخاري في «صحيحه»، وأبو داود، والترمذي، وصححه، عن معقل بن

(١) الأيامى - جمع «أيم» بالياء المشددة المكسورة - وهي المرأة التي لا زوج لها، بكرة كانت أم ثيباً.

يسار، أنه زوّج أختاً له رجلاً من المسلمين، فطلقها طليقة، وبعد انقضاء عدتها جاء يخطبها من وليها، فقال له: زوجتك وأفرشتك، وأكرمتك، فطلقتها، ثم جئت تخطبها؟! لا والله! لا تعود إليها أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت تريد أن ترجع إليه، فعلم الله حاجته إليها، وحاجتها إليه، فأنزل الله هذه الآية، فقال: الآن أفعل يا رسول الله، فزوجها إياه^(١).

ووجه الاستدلال بسبب النزول هذا، بما يؤكد المذهب القائل باشتراط الولي لصحة عقد النكاح، أنه لو كان للمرأة أن تزوج نفسها دون ولاية الولي، لفعلت، مع شدة رغبتها في زوجها، ورغبته فيها، فثبت أن الولاية شرط في صحة عقد النكاح.

وأيضاً، بيّن سبب النزول^(٢) معنى قوله تعالى في الآية نفسها: ﴿أَوْ يَفْقُوهَ الَّذِي يَبْدُوهُ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أنه الولي لا الزوج، مما يؤيد هذا المذهب في اشتراطه الولي، وهذا يدحض القول بأن المراد من الذي بيده عقد النكاح هو الزوج، حتى يكون الخطاب موجهاً إلى الأزواج لا إلى الأولياء، فلا يصح بالتالي الاستدلال بالآية على اشتراط الولي، يدحض هذا سبب النزول الذي ألقى ضوءاً على المقصود من قوله تعالى: ﴿الَّذِي يَبْدُوهُ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ وهو الولي، فصح الاستدلال، وتأييد المذهب القائل باشتراط الولي بهذه الآية الكريمة.

٢ - أما استدلالهم بالسنة، فمن مثل قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي، وشاهدي عدل»^(٣).

وفي هذا الحديث دلالة على أن الولي شرط لصحة عقد الزواج، فإذا انتفى الشرط انتفت الصحة؛ إذ لا يصح الشيء بدون شرطه المعلق عليه، وإلا ما كان ثمة من وجه

(١) البخاري: ٥١٣٠، وأبو داود: ٢٠٨٧، والترمذي بإثر: ٢٩٨١. وانظر «اللباب النقول في أسباب النزول» ص ٤٦ للسيوطي، وراجع أيضاً: «مقارنة المذاهب» «بحث انعقاد النكاح بعبارة النساء» للشيخ محمود شلتوت والشيخ محمد السائس.

(٢) «نيل الأوطار»: (١٢٩/٦).

(٣) أخرجه أبو داود: ٢٠٨٣، والترمذي: ١١٠٢، وابن ماجه: ١٨٧٩، وأحمد: ٢٤٢٠٥، وهو صحيح.

لتعليقه عليه، والنفي هنا في قوله ﷺ: «لا نكاح» ينصب على الصحة، فيرفعها؛ لأنها أقرب شيء إلى نفي الذات.

هذا، والحديث مطلق؛ إذ لم يفرق بين الصغيرة والكبيرة، ولا بين البكر والثيب.

٢ - قوله ﷺ فيما روته عائشة رضي الله عنها: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتِ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنَكَاحَهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحَهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحَهَا بَاطِلٌ»^(١).

وفي الحديث - كما ترى - دلالة صريحة على أن النكاح بدون ولي باطل.

٣ - ما روي عن أبي هريرة، قال: قال ﷺ: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، والزانية هي التي تزوج نفسها»^(٢).

ووجه الاستدلال، أن وصف المرأة التي تلي إنشاء عقد الزواج لنفسها أصالة، أو لغيرها وكالة، أن وصفها بما ذكر من «المعصية» يدل على نهاية القبح، وهو دليل التحريم البات، فدل ذلك أن ولاية عقد النكاح «حق للأولياء» لا للنساء، ولا جَرَمَ أن نهاية القبح في الوصف دليل على بالغ الإثم، وعظم المعصية، ومعلوم أن المعصية البالغة لا تُلبس عقد النكاح الذي يتضمن معنى التعبد شرعاً، على الصحيح، للتنافي بين التعبد ومعنى المعصية، فيبطل العقد رأساً، رفعاً للمعصية، وللحيلولة دون الوقوع في الإثم الكبير، وإذا انتفت المشروعية فيما فيه معنى التعبد، كان البطلان، ذلك لأن الفساد في عقد النكاح في مثل هذه الحال وقبل الدخول، مرادف للبطلان، إجماعاً، وإن كان يترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح بعد الدخول، عند الحنفية وبعض المالكية، وليس هنا مقام بحثه.

على أن هذا المعنى، قد تأكد بأحاديث أُخرى، تنفي عن النساء بإطلاق أن يكون لهن حق في مباشرة عقد زواجهن بأنفسهن أصالة، أو تزويج غيرهن وكالة، من مثل

(١) أخرجه أبو داود: ٢٠٨٥، والترمذي: ١١٠١، وابن ماجه: ١٨٨١، وأحمد: ١٩٥١٨، من حديث أبي موسى، وهو صحيح.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ١٨٨٢. وانظر «نيل الأوطار»: (١١٨/٦ - ١١٩)، المطبعة العثمانية المصرية، طبعة أولى ١٣٥٧ هـ - القاهرة.

قوله ﷺ: «ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء»^(١) فدل هذا على بطلان عقد النكاح بعبارة النساء، بإطلاق، أصالة أو وكالة.

ووجه الدلالة، أن ولاية إنشاء عقد الزواج قد حصره منطوق الحديث الشريف في «الأولياء» دون النساء، وجاء بأداة «التنبيه» «ألا» للدلالة على أهمية هذا الأمر، وخطورته! ثم جاء بأداة الحصر^(٢)، وكذلك قوله ﷺ: «لا بد في النكاح من أربع: الزوج، والولي، وشاهدين»^(٣).

ووجه الدلالة، أن كلمة «لا بد» تعني «لا مناص» لقيام الذات الشرعية للعقد، أو لا محيد لصحة العقد من توفر هذه الأربع جميعاً، وسواء أكانت هذه الأربع أركاناً، أم كانت شروط صحة، فعدم توفرها كلها، أو تخلف أي منها، يجعل العقد باطلاً شرعاً، وهذا دليل الفرضية؛ إذ لا يوجد الشيء بدون ركنه، أو يتخلف أحد أركانه، أو شروطه المتوقف عليه وجوده أو تحقق ذاته الشرعية، أو صحته.

٤ - أما أدلة الجمهور من المعقول في اشتراط الولي، لصحة عقد النكاح، فنوردها على الوجه التالي:

(١) إن من فطرة النساء «الحياء» والحياء من مكارم الأخلاق، ولا سيما بالنسبة إلى النساء خاصة، وقد راعى الشارع الحكيم أمر هذا «الحياء الفطري» في المرأة، ومنع عنها كل ما يخدشه، أو يثلمه، أو يجعلها تجاوزه إلى الوقاحة والرعونة، فإذا ولى عليها الشرع في أمر نكاحها الأولياء من العصبات، كان هذا تساوقاً مع طبيعة «الحياء» الذي هو من فطرة النساء، ولا ريب أن الوقاحة والرعونة أمران يخرجان بالمرأة عن أن تكون مرغوباً فيها من قبل الرجال، أو مطمحاً لاتخاذها زوجة، فضلاً عن أنهما قد توقعانها في وخيم العواقب، لقلّة خبرتها، وسرعة تأثرها، واغترارها.

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى»: (١٣٣/٧)، من حديث جابر، وأخرجه سعيد بن منصور في «سننه»: (١٧٧/١) موقوفاً عن عمر بن الخطاب.

(٢) وهي قوله ﷺ: «ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء» وهذا أقوى من قولك: «يزوج النساء الأولياء».

(٣) أخرجه الدارقطني: (٢٢٤/٣) من حديث عائشة.

(٢) على أن شدة ميل المرأة إلى الرجل - بحكم كون نفوس النساء طوامح إلى الرجال فطرة - قد يُسرع بها إلى التهور، والرضا بكل من يسبق إليها، دون تمحيص، أو تروؤ، لذا كان خطبة النساء إلى أهلهن.

(٣) إن المرأة في الغالب لا تحضر مجالس الرجال، ومن هنا كان منشأ عدم الخبرة المؤدي إلى الاغترار، في أمر يتصل بالعرض والشرف، فضلاً عن أنَّ النكاح عقد العمر، فلا ينبغي أن يُتساهل في إبرامه، تفادياً من ضياع مستقبل المرأة، وتنغيص حياتها عليها، فكانت الولاية عليها صوتاً لها، وحرصاً على مستقبلها، وليس انتقاصاً من شأنها.

(٤) هذا، والإمام الشافعي يحلل مضمون عقد الزواج معنى، ووظيفة، ومقصداً، ليستنبط الدليل على وجوب اشتراط الولي، لصحة عقد النكاح، نوره فيما يلي حيث يقول:

«لأن النكاح من جانب النساء عقد إضرار، بنفسه، وحكمه، وثمرته»^(١).

أ - «أما نفسه، فإنه رُقٌّ وأسرٌّ، قال النبي ﷺ: «اتقوا الله في النساء، فإنهن عندكم عوان»^(٢) أي: أسيرات، والإرقاق إضرار، أو كالأسيرات.

ب - «وأما حكمه»^(٣)، فإنه «ملك» فالزوج يملك التصرف في منافع بُضعها، «الاستمتاع» استيفاء بالوطء، وإسقاطاً بالطلاق، ويملك حجرها عن الخروج والبروز، وعن التزوج بزوج».

ج - «وأما ثمرته، فالاستفراش كرهاً، وجبراً، ولا شك أن هذا إضرار، إلا أنه قد ينقلب «مصلحة» وينجبر ما فيه من الضرر، إذا وقع وسيلة إلى

(١) «بدائع الصنائع» للكاساني: (٢/٢٤٢ و٢٤٨).

(٢) أخرجه أحمد: ٢٠٦٩٥، من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه، وهو حديث صحيح لغيره. وأخرجه الترمذي: ١١٦٣، وابن ماجه: ١٨٥١، من حديث عمرو بن الأحوص. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(٣) أي: أثره الثابت به.

المصالح الظاهرة والباطنة، ولا يستدرك ذلك إلا بالرأي الكامل، ورأيها ناقص، لنقصان عقلها^(١) (لغلبة عاطفتها بحكم الأمومة) فبقي النكاح مضرة، فلا تملكه^(٢) وستأتي مناقشة هذا التحليل.

٥ - إن العقد إذا باشره المكلف، وكان لغيره حق الاعتراض عليه، كان فاسداً^(٣).

٦ - لأنها مؤلّية عليها في النكاح، فلا يصح أن تليّه، كالصغيرة.

٧ - «أن الولي يملك على المرأة قبل البلوغ حق الكفاءة، وحق تولي العقد، ولا يسقط حقه في الكفاءة بالبلوغ، فكذا حقه في مباشرة العقد»^(٤).

ونؤثر أن نشرع في مناقشة أدلة الجمهور من القرآن الكريم على اشتراط الولي لصحة عقد النكاح.

أولاً: يتجه على الجمهور - وفيهم مالك والشافعي، وأحمد، وغيرهم من الصحابة^(٥) - أن الآيات الكريمة التي أسندت أمر التزويج إلى الأولياء، مما يتبادر إلى الذهن - بحكم المنطق اللغوي - أنهم هم الذين يملكون ولاية إنشاء عقد الزواج، حقاً ثابتاً لهم، لا لغيرهم من النساء؛ لأن إسناد النكاح إلى الأولياء، في مثل قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ بِنِكَاحِ﴾ [النور: ٣٢]^(٦).

والإنكاح هو تولي إنشاء عقد النكاح، ومباشرة إبرامه، وقد خاطب الله تعالى

(١) «البدائع» للكاساني: (٢/٢٤)، المقصود بنقصان العقل، غلبة عاطفتها المشبوبة على حكمة العقل، وأحكامه، ومنطقه، وذلك واقع، بل وفطري، بحكم أنوثتها التي هي منبع مشاعر الأمومة المفطورة عليها، فلا يعترض علينا بكمال عقلها؛ لأن هذا لا ينكره أحد، بدليل كمال التكليف، ولكنه كثيراً ما يكون عقلها مغلوباً على أمره، بسلطان العاطفة المهيمنة.

(٢) دفعاً للضرر عنها، فلا بد أن يملكه الأولياء، لينقلب عقد منفعة.

(٣) «المغني»: (٦/٤٤٥).

(٤) «دراسات في الفقه المقارن» للدكتور محمد عقلة ص ١٤٧.

(٥) ومنهم عمر، وعلي، وابن عباس، وابن مسعود، وأبو هريرة، وعائشة، وفي «نيل الأوطار»: (٦/١١٨) وما يليها) عن ابن المنذر أنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك.

(٦) الأيامي من لا زوج لها من النساء، بكرة كانت أم ثيباً، وكذلك من لا زوجة له من الرجال. «البدائع» للكاساني: (٢/٢٤٨). «أحكام الأسرة» للشيخ مصطفى شلبي ص ٢٦٢ - ٢٦٣، الهامش.

الأولياء به، وأضافه إليهم، والأصل في الإسناد أن المسند إليه هو الفاعل الحقيقي، هذا الإسناد يدل على أن «الحق» لهم، ولا يتولاه غيرهم^(١)، بل لا يصار إلى غيرهم إلا مجازاً، والأصل في الكلام الحقيقة، والمجاز خلاف الأصل، وهو تأويل لا يصح إلا بدليل، ولا دليل، وإلا ارتفع الأمان عن اللغة.

وإذا ثبتت الولاية - بمقتضى منطوق الآية الكريمة وغيرها التي تسند الإنكاح إلى الأولياء - حقاً للولي على موليته في تزويجها، انتفى أن يكون للمرأة حق في أن تباشر عقد زواجها لنفسها أو لغيرها، فلا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً، أقول: يتجه على الجمهور في استدلالهم هذا ما يلي:

أولاً: أن الخطاب في الآية الكريمة التي تلونا من قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَانَ مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢] يحتمل أن يكون موجهاً إلى عامة المسلمين^(٢)، أو إلى أولي الأمر فيهم^(٣) أي: إلى الولي العام، لا إلى الولي الخاص للمرأة من عصباتها، حتى يكون مأموراً بمباشرة عقد الزواج على موليته، وإذا كان هذا محتملاً، فمن المقرر أصولياً أن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال، سقط به الاستدلال، فلا حجة للجمهور إذن في هذه الآية الكريمة التي استدلوها بها على مدعاهم، من كون الولي الخاص شرطاً في صحة عقد النكاح، لمكان الاحتمال الذي يسقط به الاستدلال، كما رأيت.

وما يقال في هذا الدليل، يقال في غيره أيضاً، إذا احتمل أن يكون الخطاب فيه موجهاً إلى المسلمين عامة، أو أولي الأمر في الأمة، لا إلى الأولياء خاصة^(٤).

ومفاد هذا الاحتمال ومسوغه، أن المسلمين - بما فيهم أولو الأمر - مأمورون بإعفاء النساء المسلمات اللاتي لا أزواج لهن مطلقاً - ثيبات وأبكاراً - وذلك بتيسير

(١) المرجع السابق.

(٢) أي: ليقوموا بمهمة الإنكاح حسبة الله تعالى.

(٣) تكليفاً. «بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/١٠ وما يليها).

(٤) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/١٠ وما يليها).

سبل تزويجهن من الأكفياء، وإعانتهن على ذلك؛ لأن من مصلحة المجتمع الحقيقية المعتمدة، أن يتم هذا «الإعفاء» تطهيراً للمجتمع من أسباب الفساد، ودواعيه^(١)، وألا يدعوا أسباب هذا الفساد تستشري، ودواعي الفاحشة تشيع؛ لأن هذا منهي عنه بالنص القاطع، بل مهدد عليه بأشد العذاب في الدنيا والآخرة، في مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النور: ١٩] والنهي عن الشيء أمر بضده، وهو الإعفاء.

على أن هذا النص القرآني الذي تلونا مما يرجح - في نظرنا - أن يكون الخطاب في قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ موجهاً إلى المسلمين عامة، أو إلى أولي الأمر؛ لأنه مؤيد لقانون الإعفاء العام من جهة، وموجب للتكافل الاجتماعي الملزم، في تحقيق هذا الإعفاء واقعاً في الأمة، منعاً لشيوع الفاحشة فيها، من جهة أخرى، والقرآن الكريم كلُّ متسق في معانيه، وأحكامه، ومقاصده.

ثانياً: أن الخطاب فيما تلونا - كما قد يقال - شامل بعمومه للولي العام، وللولي الخاص للمرأة من عصباتها، على سبيل الاشتراك والتسوية، لكن بقي إثبات أن الأرجح أو الأظهر هو توجه الخطاب إلى الولي الخاص، وهو ما يفتقر إلى الدليل، وإلا كان الترجيح بلا مرجح، وحيث يعوز الدليل، فلا وجه للقول بأن الأظهر أن يكون الخطاب موجهاً إلى الولي الخاص؛ لأنه - كما أشرنا - ترجيح بلا مرجح، وهذا ضرب من التحكم في الاستدلال الذي لا يجوز المصير إليه بحال إجماعاً.

ثالثاً: على أن الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢] لا يستقيم على أي من المذهبين المختلفين، إلا بإجراء تأويل إما في لفظ «وأنكحوا» أو لفظ «الأيامى»، فإذا حُمل أحد اللفظين على حقيقة معناه، فلا بد أن يُحمل

(١) وهذا يتسق وتوجيهات الرسول ﷺ في هذا الشأن، حيث يقول: «إذا جاءكم من ترضون دينه، وخلقه، فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير» [أخرجه الترمذي: ١٠٨٤، وابن ماجه: ١٩٦٧، من حديث أبي هريرة].

الآخر على التأويل؛ إذ حمل الكلمتين على حقيقتهما اللغويتين لا يتفق والمقررات الشرعية في نظام الزواج في الإسلام.

وبيان ذلك:

أن كلمة «وأنكحوا» إذا حملت على حقيقة معناها، وهو «تولي إنشاء عقد الزواج» وأريد بالثانية «الأيامى» حقيقة معناها أيضاً، ممن لا زوجة له من الذكور، كباراً أو صغاراً، أو من لا زوج لها من النساء، ثيبات وأبكاراً، صغاراً أو كباراً أيضاً، فإن المعنى يغدو على هذا التفسير أن الناس مأمورون أن يزوجوا «الأيامى» وفيهم الرجال الكبار العقلاء البالغون، في حين أن من المقرر شرعاً في نظام الزواج في الإسلام، أن لا ولاية لأحد عليهم، فكان هذا التنافي موجباً للتأويل، بحمل الأيامى على بعض أفرادها دون بعض، تنسيقاً بين معنى الآية الكريمة، من حيث ظاهرها، وبين مقررات الشرع في نظام النكاح.

وإذا أجرينا «التأويل» في كلمة «الأيامى» على النحو الذي بينا، بقيت كلمة «وأنكحوا» على حقيقة معناها اللغوي أي: «تَوَلَّوْا» إنشاء عقد النكاح بالنسبة إلى الأيامى من النساء كباراً وصغاراً، وثيبات وأبكاراً، والصغار من الذكور غير البالغين، وهذا هو مذهب الجمهور، والأظهر أن الخطاب متجه إليهم.

وإما أن نجري «التأويل» في كلمة «وأنكحوا» بما هو أعم من معناها الحقيقي، وهو الإعانة على الزواج، وتيسير سبله، وبذل المساعدة لإتمامه، وهو معنى مجازي للكلمة؛ لأن المعنى الحقيقي «للإنكاح» هو تولي إنشاء عقد النكاح، كما أشرنا، وتبقى كلمة «الأيامى» على حقيقة معناها العام.

وتأسيساً على هذا التأويل الأخير، لا حجة للجمهور في هذه الآية؛ لأن معنى بذل العون والمساعدة لمن يرغبون في الزواج، وتحقيق مصالحهم، في الحال، أو المآل، أمر يرجح توجه الخطاب إلى المسلمين عامة، أو إلى أولي الأمر؛ لأنهم هم القادرون على تحقيق ما أسميناه «قانون الإعفاف العام» وقد يكون المجتمع أحوج ما يكون إلى تطبيقه، وتحقيقه، في كثير من الظروف والأحوال، فيصلح بالتالي مرجحاً.

على أن مما يرجح هذا التوجه أيضاً، سياق الآية الكريمة نفسها، ذلك السياق الذي يفيد الترغيب في النكاح الحلال، بعد النهي عن الزنى ودواعيه القريبة والبعيدة، من النظر وإبداء الزينة، ودخول البيوت بغير استئذان، وهذا يستدعي إبقاء الأيامي على معناها الحقيقي وهو العموم.

ومما يؤكد هذا التوجه أيضاً من السياق، قوله تعالى بعد ذلك: ﴿وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: ٣٢].

ومفاد هذا الخطاب الإلهي، وتوجهه إلى الناس كافة، وترجيح السياق لهذا التوجه، أن مؤداه: يسروا سبيل الزواج للنساء والرجال، إعافاً لهم كافة، وسدّاً لذرائع الفساد والفاحشة، وبنغي ألا يقف عائقاً دون ذلك الفقر، فإن أمر المال سهل؛ لأن الفقر والغنى بيد الله ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النور: ٣٢].

وعلى هذا، فلا حجة للجمهور في هذه الآية على مدعاهم بعد ما تبين الدليل المرجح لتوجه الخطاب إلى المسلمين عامة، أو إلى أولي الأمر دون أولياء المرأة من العصابات^(١)، وهذا الذي رجحه الإمام ابن رشد في كتابه «بداية المجتهد»^(٢)، على ما سيأتي تفصيله في تفسيره لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة: ٢٢١].

رابعاً: أن استدلال الجمهور بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾ على وجوب اشتراط الولاية في عقد الزواج، لا يستقيم، من قبيل أن منطوق الآية الكريمة جاء بالنهي الذي موجه التحريم والمنع، إذ لا صارف عن موجه الأصلي هذا، ولا ريب أن المنع والتحريم بالشرع، وهذا يوجب أن يستوي فيه الأولياء وغيرهم، فانتفى بذلك أن يكون في هذه الآية مستند للجمهور في التدليل على مدعاهم، فضلاً عن أن ينتهض منها ما يرجح أن يكون الخطاب موجهاً إلى أولياء النساء خاصة، فلا يكون لهم بالتالي سبيل، أو حق من الولاية على من يلونهم من

(١) راجع في هذا المعنى: «نظام الأسرة في الإسلام» ص ٢٦١ - ٢٦٢، الهامش، ط دار النهضة العلمية للطباعة والنشر - بيروت، الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.

(٢) «بداية المجتهد»: (١٠/٢).

النساء في عقود زواجهن، ومن ثم لا وجه لاشتراط الولي الخاص للمرأة في صحة عقد زواجها.

خامساً: على أن الأظهر والأحرى - كما يقول ابن رشد - أن يكون الخطاب موجهاً إلى جميع المسلمين، أو إلى أولي الأمر فيهم، من أن يكون موجهاً إلى أولياء النساء خاصة، حيث يقول ما نصه: «وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة: ٢٢١] هو أن يكون خطاباً لأولي الأمر من المسلمين، أو لجميع المسلمين، أحرى منه أن يكون خطاباً للأولياء»^(١).

سادساً: على افتراض أن الخطاب في الآية الكريمة: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ موجه إلى الأولياء خاصة، أو التسليم جديلاً بذلك، فإنه يلزم عنه «محذور» ذلك لأن نص الآية الكريمة جاء «مجملاً» غير مفصل، ومن المقرر أصولياً أنه لا يصح العمل بالمجمل قبل البيان، فالشارع لم يبين فيه أصناف الأولياء، ولا صفاتهم، ولا مراتبهم^(٢)، والبيان - كما هو معلوم - لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة، لا سيما ما نحن بصدد البحث فيه، من مثل حكم الولاية في عقد الزواج؛ لأنه أمر تعم به البلوى، ويكثر وقوعه، وفي هذا - ولا ريب - دلالة على أن الخطاب ليس موجهاً إلى الأولياء خاصة على الأظهر، رفعاً لذلك المحذور، وتفادياً للوقوع فيه.

سابعاً: على أن الآية الكريمة لا علاقة لها بحكم الولاية في عقد الزواج أصلاً، إذ الموضوعان مختلفان؛ لأن موضوع الآية الكريمة ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ هو تحريم إنكاح المشركين، وتحريم نكاح المشركات أيضاً: ﴿وَلَا مُمْسِكَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَا أَعَجَبَ تَكْفُمٌ﴾ [البقرة: ٢٢١]. ولا مرأى أن هذا من اختصاص أولياء الأمور تكليفاً، وبالنظم الآمرة، لتحقيق مقتضاه في المجتمع، بسلطان الدولة.

(١) «بداية المجتهد»: (١٠/٢).

(٢) المرجع السابق.

ثامناً: ويتجه على الجمهور أيضاً، أنه لو كان في اشتراط الولاية الخاصة لصحة عقد الزواج «شرع معروف» لنقل إلينا توتراً، أو ما هو قريب من التواتر؛ لأنه - كما أشرنا - يتعلق بأمر تعم به البلوى، ويكثر وقوعه، وما كان كذلك يكثر النقل فيه عادة، لشدة الحاجة إلى تبين حكمه، لكنه لم ينقل إلينا تواتراً، ولا قريباً منه، من حديث مشهور مستفيض، فدل ذلك على أن الولاية الخاصة في عقد الزواج ليس فيها شرع معروف^(١)، وهو استدلال للحنفية مبني على أصل عندهم في مدى الاحتجاج بالحديث الأحادي فيما تعم به البلوى، ويكثر وقوعه.

تاسعاً: أما استدلال الجمهور بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٢] - على النحو الذي أسلفنا - فيوهنه أن منَعَ المرأة من نكاح من ترضى به وتختاره، ويرضى هو بها، وكان كفواً - وهو ما يسمى بالعضل - ذو صور متعددة، ولا يفهم منه بأي دلالة من دلالة العبارة أو دلالة الإشارة أو غيرهما أن «ولاية التزويج شرط في صحة العقد»^(٢) أو أن «الإذن» بالتزويج من قبل الولي الخاص - دون مباشرته - شرط لصحته، بل كل ما يفيد هو تحريم «المنع» الذي قد يكون «منعاً حسياً» - ولو باستعمال القوة - من الإقدام عليه ابتداءً، لا رفضاً، أو نهياً يتصل بمقتضى شرط صحة العقد، لا من جهة المنطوق، ولا من ظاهر النص!

وعلى هذا، فلا صلة لهذا «النهي» في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ . . . [البقرة: ٢٣٢] بموضوع حكم الولاية في عقد الزواج أصلاً.

على أنه ليس ببعيد أن يفهم من قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] نقيض ما ذهب إليه الجمهور، وهو لا «حق» للأولياء في الولاية على عقد زواج موليّاتهم، فيكون النهي هنا مناهضة تشريعية حاسمة، لما كان سائداً من «العرف» الجاهلي الذي كان يخول الأولياء العصبات سلطة التحكم في زواج موليّاتهم

(١) المرجع السابق.

(٢) «بداية المجتهد»: (١٠/٢).

ومصيرهن، بحيث يحول الولي بين المرأة وبين الزواج ممن ترضاه وتختاره، ولو كان كفوًّا، يحول بينهما وفق رغبته، وهواه، والعرف يؤيده، دون أن يكون لذلك سبب معقول غير الأنفة، والكبر، وأخذ العزة بالإثم، وقد يجبرها على الزواج ممن تكرهه، لمصلحة عائدة إليه هو، لا إلى موليته على التحقيق، فاقتلع الإسلام هذا «العرف الجائر» من جذوره بهذا التشريع العام الملزم الذي يتوجه الخطاب فيه إلى المسلمين عامة، بالنهي أن يكون بينهم «عضل» أو «منع» للنساء أن يتزوجن ممن يرغبن في التزوج منه من الرجال، ويرشح هذا المعنى إسناد النكاح إليهن، لا إلى خصوص أوليائهن في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضَوْنَ بَيْنَهُمْ﴾ والأصل في الإسناد - كما أشرنا - أن يكون إلى الفاعل الحقيقي، وبذلك استأصل الإسلام بهذا التشريع العام الملزم - كما أشرنا - ما كان «مألوفاً» في الجاهلية، أو عرفاً مهيمناً سائداً فيما بينهم، من تحكّم الأولياء في مولياتهم، والحجر عليهن في أن يباشرن عقد زواجهن بأنفسهن ممن يرضونه ويخترنه من الأكفياء، ويستخلص من هذا أمران:

الأول: أن للمرأة حقاً ثابتاً شرعاً في أن تلي عقد زواجها بنفسها، تمارسه بمقتضى أهليتها الكاملة الثابتة لها، وبمقتضى خطابات التكاليف العامة أيضاً، إن في العبادات، أو المعاملات، وليست «الأنوثة» مما ينقص هذه الأهلية شرعاً، بدليل إسناد النكاح إليها ﴿أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ﴾.

وإذا ثبت لها ظاهراً هذا الحق كمالاً، كان لها أن تأذن به، أو توكل فيه.

الثاني: أن «المنع» من التزويج تعنتاً - وهو ما يسمى «العضل» - يتنافى وقانون «الإعفاف العام» الذي أرساه قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَانَ مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢] وبدليل أن القرآن الكريم قد أكد جعله عامًّا، حيث أوجب أن يشمل بعمومه حتى «العبيد والإماء» على السواء، إذ يقول سبحانه: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَانَ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: ٣٢].

وتفسير ذلك، أن «الإعفاف» - بما هو أصل خلقي وديني عام، من شأنه أن يطهر

المجتمع من أسباب الفساد، ودواعي الفاحشة - لا يتسق وطبيعة هذا الأصل، أن يكون مقصوراً على «الحرائر» وحسب، فكان هذا مرشحاً أن يكون الخطاب في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ موجهاً إلى المسلمين كافة، ينهاهم جميعاً عن أن يكون فيما بينهم عَضْلٌ لنسائهم، وحجر عليهن، أن يتزوجن ممن يخترن من الرجال.

غير أنه يرد على هذا النظر، ويعكر عليه أمران:

الأول: ما أثاره المفسرون من احتمالات في تفسير هذه الآية الكريمة التي تلونا، من ذلك: الاحتمال الذي أثاره الفخر الرازي في «تفسيره»، من أن الخطاب في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] موجه إلى «الأزواج» لا إلى المسلمين عامة، ولا إلى خصوص الأولياء، وعززوا رأيهم بأن هذا يقع كثيراً في الحياة العملية، وذلك بأن يطلقها زوجها، ثم يحجر عليها الزواج من غيره، بما تأخذه العزة بالإنثم، والأنفة، والكبر، وقد يكون له من النفوذ والجاه ما يُقَدِّرُهُ على هذا «المنع» وعلى أن يحول دون أن ترفع أمرها إلى القضاء لينصفها، فتبقى هكذا، متروكة كالمعلقة، لا هي ذات زوج، ولا مطلقة تطلقاً حاسماً يسمح لها بالتزوج فعلاً من حيث المعنى والأثر الواقع.

هذا، والإمام الفخر الرازي يدعم هذا الاحتمال بسياق الآية الكريمة نفسها، وبيان ذلك: أن الخطاب الإلهي بدءاً من صدر الآية الكريمة، موجه إلى خصوص الأزواج، بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبِغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاصُوا بَيْنَهُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٢] ومن البين أن ما في حيز الشرط خطاب للأزواج؛ لأن الطلاق لا يتأتى من غيرهم شرعاً، فوجب أن يكون ما في حيز جواب الشرط خطاباً للأزواج أيضاً، أي: أن يستمر توجه الخطاب إليهم، حتى نهاية الآية الكريمة، في الشرط والجزاء على السواء؛ لأنها جملة واحدة مركبة من شرط وجزاء. أما أن يكون الخطاب موجهاً إلى الأزواج في صدر الآية، وموجهاً إلى الأولياء في شطرها الآخر، فذلك تفكيك للنظم تسمو عنه بلاغة القرآن الكريم، وأسلوب بيانه المعجز، فلا بد أن يسلكها وحدة الخطاب فيما بين الشرط والجزاء.

هذا، ولا يرد على هذا النظر من أن الخطاب للأزواج من أول الآية، وحتى منتهاها، شرطاً وجزاء، لا يرد على هذا النظر القول بأنه من الجائز لغة ألا يكون الفاعل في الشرط والجزاء واحداً، أي: لا يشترط وحدة الفاعل فيهما؛ لأننا نقول: إن هذا الجواز في التعدد مشروط أيضاً بالألا يكون «الفاعل» في الشرط والجزاء ضميرين من جنس واحد، حتى إذا جاء ضميرين من جنس واحد - على ما هو الحال في الآية الكريمة - فقد انخرم شرط جواز تعدد الفاعل، فوجب حينئذ أن يكون الفاعل واحداً، في الشرط والجزاء، وهو هنا «الأزواج» لا خصوص الأولياء، ولا المسلمون عامة؛ لأن تعدد الفاعل في الشرط والجزاء لم يتحقق شرطه، وهذا نقد علمي وارد على مذهب الجمهور الذين رأوا الخطاب موجهاً إلى الأولياء خاصة، وهو مما يوقع في الإشكال بين هذه الآية، وبين غيرها من الآيات التي استدلت بها الجمهور.

الثاني: غير أن الإشكال الذي أورده الإمام فخر الدين الرازي في «تفسيره»، من أن الخطاب موجه إلى «الأزواج» بدءاً ونهاية، أي: في الشرط والجزاء، يعكس عليه «سبب النزول» الذي يلقي ضوءاً على المعنى المراد من الآية الكريمة، كما قدمنا، فقد روى البخاري، وأبو داود، والترمذي، وصححه، عن معقل بن يسار^(١)، قال: «زوجت أختاً لي، فطلقها زوجها، حتى إذا انقضت عدتها، جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك، وأفرشتك، وأكرمتك، فطلقتها، ثم جئت تخطبها، لا والله! لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت تريد أن ترجع إليه، فعلم الله حاجته إليها، وحاجتها إليه، فأنزل هذه الآية الكريمة: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ...﴾ [البقرة: ٢٣١] فقلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال: فزوّجها إياه»^(٢).

وهكذا ترى أن سبب النزول يشير إلى أن الخطاب موجه إلى الأولياء؛ لأن معقل بن يسار ولي شرعي لأخته، وقد منعها من أن تعود إلى زوجها.

(١) وهو وليها الشرعي لأنه أخوها.

(٢) البخاري: ٥١٣٠، وأبو داود: ٢٠٨٧، والترمذي بإثر: ٢٩٨١. وانظر «أسباب النزول»، للسيوطي

وعلى هذا، فالأدلة والقرائن متعارضة، فوقع الإشكال بين سبب النزول، وأسلوب الآية الكريمة، ومعلوم أنه لا يجمع بين الأدلة إلا «التأويل» الذي يرفع هذا الإشكال في الأسلوب، لينسق بين المعاني - وهو إشكال ظاهري - كما ترفع التعارض البادي أيضاً - وذلك بأن يجعل الخطاب عاماً إلى المسلمين جميعاً، بما يشمل الأزواج، والأولياء، وولاية الأمور، وغيرهم، وهو تأويل له ما يوجهه، وله ما يسوغه أيضاً.

أ - أما ما يوجهه، فهو الإشكال في الأسلوب، على ما بينا، والإشكال لا بد من رفعه بالأدلة؛ لأنه إشكال ظاهري لا حقيقي، ولا يرتفع إلا بالتأويل المعتمد على الدليل من المشرع نفسه.

وأيضاً، إن ما يوجب التأويل هذا التعارض الظاهري بين الأدلة التي تسند النكاح إلى أولي الأولياء تارة، وإلى النساء أخرى، وإلى عامة المسلمين، فلا بد من «التأويل» جمعاً بين هذه الأدلة ومقتضياتها.

ب - وأما ما يسوغه، فهو الأدلة مما نصبه الشارع نفسه، والتي منها ما ينهض بالإعفاف العام الذي أرساه القرآن الكريم بالآيات الكريمة التي يتجه الخطاب فيها إلى المسلمين عامة، أو إلى أولياء الأمر في الأمة خاصة كما أسفنا؛ إذ بيدهم مقاليد الأمور، فكانوا بذلك أقدر على تحقيقه، وتنفيذ مضمونه، وذلك بالأولى يكون «عضل» للنساء فيما بينهم.

هذا، ويسوغه أيضاً الأدلة الناهضة بكمال «أهلية المرأة» وأن «الأنوثة» لم تعهد في الشرع علة أو عاملاً في نقض أهليتها، بدليل توجه «الخطابات الإلهية العامة إليها» بالتكليف العام كالرجال، إن في العبادات، أو المعاملات المالية وغيرها، أو السلوك الشخصي العام، دون استثناء، فضلاً عن وحدة المسؤولية والجزاء، فكان ذلك مسوغاً لوجوب التأويل، جمعاً بين الأدلة.

ومما يؤيد هذا النظر أيضاً، ويرد نقداً على الجمهور، أنه لم يثبت أن النبي ﷺ كان يتولى إنشاء عقد نكاح مَنْ لا ولي له، واقعاً وعملاً - في المدينة - وهم كثر أو

ينصّب من يتولى ذلك نيابة عنه ﷺ، ولو كان هذا واجباً أو شرطاً في صحة العقد شرعاً - كما يقول ابن رشد - لما توانى الرسول ﷺ عن النهوض به، أصالة، أو استنابة، تنفيذاً لحكم الشرع^(١)! لكنه لم يفعل!

هذا، ولا يحتج على هذا النظر بسبب النزول؛ إذ جاء به - كما علمت - «خبر آحادي» لا يقوى على القضاء على وحدة النظم القرآني من جهة، ولا على وحدة المعنى المتسق الذي نهضت به الأدلة المعتمدة، بعد الجمع بينها تأويلاً، استخلاصاً لمراد الشارع منها، على ما سيأتي تفصيلاً في مناقشة الجمهور فيما استدل به من السنة والمعقول.

ب - مناقشة ما استدل به الجمهور من السنة:

أولاً: يتجه على الجمهور في استدلالهم بحديث: «لا نكاح إلا بولي»^(٢) أنه مختلف في وصله وإرساله^(٣)، ومعلوم أن الحديث المرسل مختلف في الاحتجاج به، أو في شروط هذا الاحتجاج، ولا سيما في مذهب الإمام الشافعي - وهو من الجمهور - غير أن الإمام الشوكاني قد أشار إلى أن ابن حبان والحاكم قد صححاه، بل قد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ وسرد تمام ثلاثين صحابياً^(٤).

هذا، وحكى عن بعض النقلة، أن ثلاثة أحاديث لم تصح عن رسول الله ﷺ، وعدّ من جملتها حديث: «لا نكاح إلا بولي» ولهذا لم يخرج في «الصحيحين»^(٥).

ووجه استدلال الجمهور بحديث: «لا نكاح إلا بولي، وشاهدي عدل» قد فصلناه سابقاً، ومؤداه بإيجاز: أن النفي في قوله ﷺ: «لا نكاح» يتوجه إلى «الذات

(١) «بداية المجتهد»: (١٠/٢).

(٢) أخرجه أبو داود: ٢٠٨٥، والترمذي: ١١٠١، وابن ماجه: ١٨٨١، وأحمد: ١٩٥١٨، من حديث أبي موسى، وهو صحيح. وانظر: «نيل الأوطار» للشوكاني: (١١٨/٦).

(٣) «نيل الأوطار» للشوكاني: (١١٨/٦).

(٤) الحديث مروى عن أبي موسى، عن النبي ﷺ وأخرجه أيضاً - كما جاء في «نيل الأوطار»، وذكره الحاكم طرقاتاً، قال: «وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ: عائشة، وأم سلمة، وزينب بنت جحش، وسرد تمام ثلاثين صحابياً، وقد اختلف في وصله، وإرساله».

(٥) المرجع السابق، وراجع «البدائع»: (٢/٢٤٨ - ٢٤٩).

الشرعية»^(١) التي هي الإيجاب والقبول (العقد)، ونفي الذات الشرعية يعني انتفاء الوجود الشرعي للتصرف، فيبقى الوجود الحسي (صورة العقد) وهذا لا قيمة له، ولا اعتبار؛ إذ قيمة العقد - في نظر الشارع - مشروعيته التي تنهض بها أركانه وشروطه، وقد انتفت بسبب انتفاء شرط منها، وهو مباشرة الولي، فكان معدوماً شرعاً، والمعدوم شرعاً كالمعدوم حساً، وهذا هو البطلان، وهو ما أكده حديث عائشة رضي الله عنها: «أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، باطل، باطل»^(٢) هذا إذا انصبَّ النفي على الذات الشرعية للتصرف^(٣).

أما إذا اعتبرنا «النفي» منصباً على وصف «الصحة» لا على «الذات» كان العقد «فاسداً» وأنت تعلم أن الفاسد في عقد الزواج خاصة يرادف البطلان^(٤) على الصحيح، لمكان معنى التعبد فيه، فلا أثر له قبل الدخول، ولكن يترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح، إذا تم الدخول عند بعض الفقهاء، لاعتبارات تتعلق بحق الحمل، وحق المرأة، وحق النسب، وليس هنا مجال بحثها.

هذا، وإذا كان الأصل أن الحديث الذي يتعارض فيه الوصل والإرسال، يقدم الوصل، فيصح الاحتجاج حينئذ بحديث: «لا نكاح إلا بولي» فيرد على الجمهور في احتجاجهم هذا، أنه مع التسليم بمقتضى هذا الأصل، غير أن هذا الحديث لا يرقى إلا إلى مرتبة «الحسن» نتيجة لهذا التعارض بين الوصل والإرسال، وهو لا يقوى - في نظر الحنفية - على معارضة الحديث الصحيح، بل المتفق على صحته^(٥): «الطيب أحق بنفسها من وليها»^(٦).

(١) «البدائع»: (٢/٢٤٨ - ٢٤٩).

(٢) أخرجه أبو داود: ٢٠٨٣، والترمذي: ١١٠٢، وابن حبان: ١٨٧٩، وأحمد: ٢٤٢٠٥، وهو صحيح.

(٣) «بداية المجتهد»: (٢/٨ وما يليها). (٤) المرجع السابق.

(٥) راجع: «نيل الأوطار» للشوكاني: (٦/١١٨)، حيث أفرد باباً خاصاً لحديث: «لا نكاح إلا بولي»

وبسط القول فيه، من حيث الإسناد والمضمون، طبع المطبعة العثمانية، الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ.

وراجع: «بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/٨ - ١٠ وما يليها).

(٦) أخرجه مسلم: ٣٤٧٧، وأحمد: ١٨٩٧، من حديث ابن عباس. وانظر المرجع السابق، حيث يقول

ابن رشد: «وأما السنة، فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته».

ويرد على الجمهور أيضاً، أن عائشة التي روت حديث «لا نكاح إلا بولي» قد فعلت هي نفسها بخلاف مقتضاه، حيث زوجت ابنة أخيها (حفصة) وهو غائب في الشام^(١)، وإذا تعارض فعل الراوي مع روايته - كما يقول الحنفية - قدم فعله، وهذا أصل مقرر عندهم؛ لأنه - في نظرهم - يعتبر عدولاً من الراوي عن روايته، فيوهن من الاحتجاج به.

ولأن عائشة نفسها لم تر في ذلك أمراً باطلاً.

هذا، ومما يدل على أن هذا النكاح صحيح، أن أحاها عبد الرحمن حين حضر من الشام، أنفذه وأمضاه، فكان صحيحاً موقوفاً على إذنه، قبل حضوره، والعقد الموقوف صحيح في أصله، غير أنه ليس نافذاً.

وأما احتجاج الجمهور بحديث: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل»^(٢) فيرد عليهم أن الزهري الذي رواه قد أنكره فلم يعرفه^(٣) فضلاً عن أنه أُعلِّ بالإرسال^(٤).

والظاهر - أن ابن رشد - قد استند إلى أصل مقرر في هذا الشأن، مفاده: أن كل حديث مختلف في صحته، لا يجب العمل به، يقول ابن رشد في هذا المعنى ما نصه: «والأظهر، أن ما لا يتفق على صحته، أنه ليس يجب العمل به»^(٥).

هذا، ويتجه على الجمهور أن المفهوم المخالف للحديث «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطل..» أنها لو نكحت نفسها بإذن وليها، فنكاحها صحيح نافذ، والجمهور - كما هو معلوم - يقول بحجية مفهوم المخالفة.

(١) أورده محمد بن الحسن في «الحجة»: (١١٠/٣)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار»: (٨/٣).

(٢) أخرجه أبو داود: ٢٠٨٣، والترمذي: ١١٠٢، وابن ماجه: ١٨٧٩، وأحمد: ٢٤٢٠٥، من حديث عائشة، وهو صحيح.

(٣) «المحلى» لابن حزم: (٢٤/١١)، و«بداية المجتهد»: (٨/٢) وما يليها.

(٤) «نيل الأوطار»: (١١٨/٦) وما يليها، والحديث المرسل قد اختلف في الاحتجاج به، وما كان كذلك، لا يجب العمل به.

(٥) «البداية» لابن رشد: (١٠/٢).

وعلى هذا، فلا دلالة في الحديث - بمقتضى مفهوم المخالفة - على أن شرط صحة النكاح، مباشرة الولي نفسه لصيغة عقد زواج موليته، بل يكتفى بإذنه فقط، على ما يدل عليه مفهومه المخالف، وهو حجة!

ومفاد هذا، أن المرأة البالغة العاقلة الراشدة، إذا باشرت عقد زواجها بنفسها، كان عقدها صحيحاً، ولكنه موقوف على إذن وليها، فإن أجازته نفذ مستنداً إلى وقت إبرامه، كما هو الشأن في كل عقد موقوف، وإن لم يجزه، بطل، ومعنى هذا أنه لا بد أن يرضى بالعقد كل من المرأة والولي، فالأمر مشترك، حتى إذا رضيا به، فسواء بعد ذلك أن يتولى صيغة العقد بنفسه، أم تتولاه المرأة بنفسها، فهذا أمر وراء ذلك، وهو رأي الإمام محمد من الحنفية؛ لأن المدار على تراضيهما كليهما، فالأمر شورى بينهما.

على أن الزهري الذي روى هذا الحديث، قد أفتى حين سئل عن الرجل الذي يتزوج بغير ولي (أي: يعقد بغير ولي المرأة) فقال: «إن كان كفواً لها، لم يفرق بينهما»^(١) بمعنى أن العقد صحيح نافذ بدون ولي المرأة، فالولي ليس شرطاً في صحة العقد في رأي الزهري، مع أنه من رواة حديث «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطل..»^(٢).

على أن ابن رشد، قد استخلص هذا المعنى بالنسبة إلى كل امرأة، حيث يقول ما نصه: «إن سلمنا بصحة هذا الحديث»^(٣)، فليس فيه إلا اشتراط إذن الولي، وأنه عام في كل امرأة، أعني المولّى عليها، وإن سلمنا لمن لها ولي، «أيما امرأة..» فليس فيه أن المرأة لا تعقد على نفسها، أعني أن لا تكون هي التي تلي العقد، بل الأظهر منه أنه إذا أذن الولي لها جاز أن تعقد على نفسها، دون أن تشترط في صحة النكاح إظهار (إحضار) الولي معها»^(٤).

(١) «المحلى» لابن حزم: (٢٥/١١).

(٢) «بداية المجتهد»: (١٠/٢)، و«نيل الأوطار»: (١١٨/٦) وما يليها.

(٣) حديث: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل..».

(٤) «بداية المجتهد» لابن رشد: (١٠/٢)، و«البداية»: (٢٤٨-٢٤٩)، و«تفسير الجصاص»: (١٠٣/٢).

ثانياً - أما استدلالهم بحديث: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا المرأة نفسها، والزانية هي التي تزوج نفسها»^(١) وفي لفظ آخر للدارقطني^(٢): «كنا نقول: التي تزوج نفسها هي الزانية» فإن مما يتجه على الجمهور في استدلالهم بهذا الحديث، أنه استدلال ضعيف، يوهنه أن عبارة «أن الزانية هي التي تزوج نفسها» من كلام أبي هريرة الذي رواه، وليست من كلام الرسول ﷺ وإنما زادها من عنده، بغية إظهار شدة الاستقباح على مخالفة العرف الصحيح السائد، وتنفيراً للمرأة نفسها أن تستبد بعقد زواجها، دون إذن وليها، واستطلاع رأيه في أمر زواجها، على ما هو المتعارف، فضلاً عن أن استقلالها في ذلك، واستبدادها به، مما ينسبها إلى الوقاحة عادة، أو التجرد عن فطرة الحياء أو الخَفَر الذي فطرت عليه المرأة، فالعرف السائد هو مصدر هذا الاستقباح، لا الشرع، بدليل رواية الحديث بلفظ آخر عن الدارقطني: «كنا نقول...» فهو عرف قولي لا شرع سماوي، ومخالفة العرف تستوجب الكراهة لا البطلان.

هذا، وعلى فرض أن هذه العبارة مرفوعة إلى الرسول ﷺ فإنما تدل على «استقباح» أن تستبد المرأة بمباشرة عقد زواجها بنفسها، وهو أدب من الآداب الإسلامية، بل قد وردت آثار كثيرة من الصحابة بهذا المعنى.

وأيضاً، مما يدل على عدم اتساق معنى هذا الحديث، أن التي تباشر عقد زواجها بنفسها لا تعد زانية بالإجماع! بل العقد يغدو فاسداً، لا باطلاً، وفساد العقد يستوجب التفريق، قبل الحمل أو الولادة، كما هو معروف، ولا أثر له كالباطل، وأما بعد الدخول، فيستوجب المهر والعدة^(٣).

وخلاصة ما يفيدته الحديث، هو استقباح أن تخرج المرأة على العرف السائد الصحيح، وتنفيها من أن تغشى مجالس الرجال، حياءً، وخفراً، مما تقتضيه فطرة أنوثتها، وكراهة أن تستبد بعقد زواجها، دون إذن وليها، وليس فيه ما يدل على بطلان

(١) أخرجه ابن ماجه: ١٨٨٢، من حديث أبي هريرة. وانظر: «نيل الأوطار»: (٦/١١٨ وما يليها).

(٢) (٢٢٧/٣).

(٣) المراجع السابقة.

نكاحها فيما لو باشرته بنفسها، وبإذن وليها، أو رضيت به وبإشره وليها، لحصول تراضيهما، فيصح.

ج - مناقشة أدلة الجمهور من المعقول:

أما أدلة الجمهور من المعقول، فيتجه عليهم فيها، أن عقد الزواج قد شرعه الإسلام سبيلاً إلى تحقيق المصالح الاجتماعية والإنسانية، فضلاً عن أن فيه تلبية لنداء الفطرة، وهو أمثل طريق لبقاء النوع، بما يتفق وكرامة الإنسان؛ إذ به تُحفظ الأنساب، حتى لا ينقطع تعهد الآباء بالأبناء، والأسرة الكريمة هي التي يترعرع فيها القادة، والزعماء، والمفكرون، والساسة، والمصلحون، فليس شيء من الضرر بالذي يلحق أحداً من الزوجين، وإنما فيه التزامات، وشروط، من شأنها أن تؤمن الوصول إلى تحقيق أغراضها، والحكمة من تشريعه، ومن ذلك رضا المرأة، ورضا وليها، باعتبار أن عقد الزواج ليس مجرد عقد بين فردين، بل الأسرة التي تنشأ عنه ممتدة، لا قاصرة؛ لأنه يدخل في أسرة الزوجة رجل غريب عنها، هو صهر لها، فلا بد أن يكون للولي رأي فيه، حتى يتم الانسجام والتآلف بين أفراد الأسرتين جميعاً، وتظفر الأسرة الجديدة الناشئة بالنجاح في استمرارها، وقطف جني ثمراتها، وتلك مصلحة اجتماعية تقع في اعتبار الشارع موقع التقدير!

ثانياً : أدلة الحنفية، ومناقشتها:

قدمنا آنفاً، أن الحنفية بوجه عام قد أثبتوا للمرأة البالغة العاقلة «الحق» في أن تتولى عقد زواجها بنفسها أصالة، وأن تتولى أيضاً عقد زواج غيرها، وكالة، بموجب أهليتها الكاملة.

غير أنه يشترط - إذا كان لها ولي عاصب على قيد الحياة - أن يكون الزوج كفوفاً، وأن يكون مهرها مهر المثل؛ لأن «كفاءة» الزوج من حق الولي، وحق المرأة على السواء، حتى إذا نزلت هي عن حقها، بقي حق الولي، وذلك تفادياً من دخول رجل في الأسرة ليس كفوفاً لها.

وعلى هذا، فإذا عقدت نكاحها بنفسها، مستبدة به، فالعقد صحيح، ونافذ، ولكنه غير لازم؛ إذ للولي أن يعترض على هذا الزواج، وأن يطلب من القضاء فسخه، لعدم توفر كفاءة الزوج، شريطة ألا تكون الزوجة قد حملت، أو وضعت حملها، فيسقط حقه عندئذ، حفاظاً على حق الولد، وهو أقوى من حق الولي في الكفاءة، غير أنه يستحب للمرأة أن تأخذ رأي وليها ابتداءً فيمن اختارته لها زوجاً.

أما إذا لم يكن لها ولي، وزوجت نفسها على استقلال، متفردة به، فالعقد صحيح، نافذ، ولازم، ولو كان الزوج غير كفء؛ لأنها نزلت عن حقها في الكفاءة باختيارها، ومن ملك حقاً جاز له أن ينزل عنه برضاه، والفرض أن ليس لها من ولي يطالب بحقه في هذه الكفاءة، فيسقط.

هذا، والضرر الذي كان متوقعاً أن يلحق الولي، لا يتصور - في هذه الحال - وقوعه، لموته، أو عدم وجوده^(١)!

علي أن الفتوى والعمل في المذهب الحنفي برواية الحسن عن أبي حنيفة، ومفادها: أن المرأة البالغة العاقلة، إذا زوجت نفسها، وكان لها ولي لم يأذن به، أن «العقد فاسد» يستوجب الفسخ، وليس «موقوفاً» على إذن الولي، بل لو أذن به الولي بعد أن أبرمته المرأة بنفسها، لا ينقلب صحيحاً لأن العقد الفاسد لا تلحقه الإجازة، بل يجب فسخه، بمقتضى النظام الشرعي العام^(٢)، ليحول دون استبداد المرأة بعقد الزواج.

هذه هي رواية الحسن عن أبي حنيفة، والمعمول بها، والتي عليها الفتوى، غير أننا أشرنا إلى أن الإمام محمداً ذهب إلى أن هذا العقد «موقوف» لا فاسد، حتى إذا أذن الولي وأجاز - ولو إجازة لاحقة بعد إبرام المرأة العقد - كان صحيحاً نافذاً

(١) «البحر الرائق»: (٣/١٣٩)، و«الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية» للأستاذ زكي الدين شعبان ص ٢٠٦، طبع النهضة العربية ١٩٦٧م.

(٢) «البحر الرائق»: (٣/١٣٩)، و«المبسوط»: (٥/١٢)، و«الأحكام الشرعية» زكي الدين شعبان ص ٢٧٠.

ولازماً، فالولاية في عقد الزواج في اجتهاده «ولاية شركة» لا بد فيها من رضى المرأة، ورضى الولي معاً، فلا يستقل أحدهما بإبرام العقد، دون إذن الآخر، حتى إذا تراضيا على الزواج، فليتول إنشاء العقد حينئذ من يتولاه^(١).

وعلى هذا، فإن للمرأة حقها في إبرام عقد زواجها، ورضاها به، غير أن هذا الحق مشروط بشروط، حفاظاً على حق الأولياء، وضماناً لاستقامة أمر الأسرة، واستمرارها، فالجانب الاجتماعي - كما ترى - مرعي في هذا العقد الخطير الشأن. ونورد فيما يلي أدلتهم، ومناقشة هذه الأدلة أصولياً، بحثاً عن الحقيقة، وتجليه لها.

استدل الحنفية على مذهبهم بالكتاب والسنة، والمعقول.

أ - أدلة الحنفية من الكتاب:

أ - أما القرآن الكريم، فقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] هذا في المطلقة ثلاثاً إذا أرادت العودة إلى زوجها الأول.

ووجه الاستدلال، أن القرآن الكريم قد أسند النكاح إلى المرأة ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ والأصل في الإسناد، أن يكون للفاعل الحقيقي، وهو هنا المرأة المسند إليها، فدل هذا على أن للمرأة الحق أن تتولى عقد النكاح، وأن ذلك جائز؛ لأنه جعل غاية للحرمة، ورافعاً لها، ولو لم يكن ذلك جائزاً، لما كان له هذا الأثر في إنهاء الحرمة ورفعها.

ب - وبقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾ [البقرة: ٢٣٠].

ووجه الاستدلال، أن «التراجع» هنا بمعنى «التناكح» وقد أضافه إليهما، والأصل في الإضافة أن تكون إلى الفاعل الحقيقي - كما ذكرنا - وهو هنا الزوج وزوجته، فدل ذلك على أن النكاح يجوز أن تتولى إنشاءه وعقده المرأة، كالرجل، سواء بسواء؛ لأن

(١) «فتح القدير» للكمال: (٤١٢/٢).

الآية الكريمة - كما ذكرنا - قد أضافته إليهما، فيجوز أن يقوم بإبرامه، بل أسند القرآن الكريم فعل النكاح إليهن على الخصوص، من مثل:

قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾

[البقرة: ٢٣٤].

وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

هذه الآيات الكريمة - كما ترى - قد أسندت النكاح إلى المرأة نفسها، دون وليها، بل إن آية «العضل» - وهو المنع من تزويج المرأة - قد نهت الأولياء عن أن يمنعوا المولى عليهن من أن يتزوجن بمن يخترن من الرجال، ويتراضين فيما بينهم. على أن آية «العضل» تحتمل أن لا يكون للأولياء سلطة أو ولاية أصلاً على النساء في أمر زواجهن، مناهضة لما كان عليه الأمر في الجاهلية، من استبداد الأولياء، وتحكمهم في شأن النساء اللاتي كن يخضعن لولايتهم^(١)، كما أسلفنا.

مناقضة أدلة الحنفية من القرآن الكريم:

يُرد على الحنفية في استدلالهم بالآيات الكريمة التي يفيد ظاهرها إسناد النكاح إلى النساء، أن آيات أخرى قد أسندت النكاح أيضاً إلى الأولياء، ولا دليل يرجح أحدهما على الآخر.

هذا، وأن المقصد الشرعي من الآية الكريمة ينبغي أن يحكم في تفسيرها، ففي قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾ [البقرة: ٢٣٠] المقصد الشرعي هو إنهاء الحرمة التي ثبتت بالطلاق الثلاث، وليس المقصد منها إسناد النكاح إليهما؛ إذ لم تتجه الآية إلى هذا المعنى، ولم تُسَّق له عبارتها.

وعلى هذا، فإرادة الشارع من منطوق الآية أنها إذا تزوجت زوجاً غيره بعد الطلاق الثلاث، فلا تشريب عليهما أن يتزوجا من جديد، بعقد جديد، وهذا لا يفيد بعبارة النص أن للمرأة حقاً في أن تتولى صيغة عقد النكاح بنفسها؛ لأن هذا موضوع

(١) «بداية المجتهد»: (١١ - ٨/٢).

آخر، له أدلته من الكتاب والسنة، وردت فيه على الخصوص. وأيضاً، يحتمل أن يراد بقوله تعالى: ﴿أَنْ يَرَاجَعَا﴾ أي: الطرفان: طرف الزوج الأول، وطرف المرأة، وهو وليها بعد إذنها في ذلك^(١).

أما استدلال الحنفية بقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٤] فلا يفيد أن للمرأة أن تستبد بعقد زواجها، من غير ولي؛ لأن كلمة «المعروف» تشير إلى أن المرأة يجب أن تستأذن وليها؛ لأن هذا هو الأمر بالمعروف، فتتلاقى إرادتهما في العقد.

هذا، وقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ أي: لا تثريب عليهن في اختيارهن للأزواج الذين يرضونهم، تفادياً لتحكيم الأولياء في أمر زواجهن، وإكراههن على تزويجهن بمن لا يرضونه، وليس في هذا ما يدل على عدم استبداد الولي في اختيار الزوج، أو في عقد الزواج.

فتلخص أن ليس ثمة من نص قاطع من القرآن الكريم، يفيد ثبوت حق المرأة في مباشرة عقد زواجها: على استقلال، استبداداً به، من دون إذن وليها، ولا للولي حق إبرام عقد زواج موليته، على استقلال واستبداد به، من دون إذنها، وإنما الحق بينهما مشترك، ولا بد لصحة العقد من تراضيهما.

أدلة الحنفية من السنة، ومناقشتها

أ - استدلال الحنفية من السنة بما رواه الجماعة، إلا البخاري، من قوله ﷺ: «الطيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صُلماتها»^(٢).

وفي رواية: «الأيّم أحق بنفسها من وليها»^(٣).

(١) «أحكام الأسرة» الشيخ مصطفى شلبي: هامش ص ٢٦٢، مطبعة النهضة العربية، بيروت ١٩٧٧، الطبعة الثانية.

(٢) أخرجه مسلم: ٣٤٧٧، وأبو داود: ٢٠٩٩، وأحمد: ١٨٩٧، من حديث ابن عباس. وانظر: «نيل الأوطار» للشوكاني: (٦/١١٩ وما يليها).

(٣) أخرجه مسلم: ٣٤٧٦، وأبو داود: ٢٠٩٨، والترمذي: ١١٠٨، والنسائي: (٦/٨٤)، وابن ماجه: ١٨٧٠، وأحمد: ١٨٨٨، من حديث ابن عباس.

وفي رواية ثالثة: «ليس للولي مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر، وأمرها إقرارها»^(١).

ب - واستدلوا أيضاً بقوله ﷺ: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا البكر حتى تستأذن» قالوا: يا رسول الله! وكيف إذن؟ قال: «أن تسكت»^(٢).

ج - وبما روي عن عائشة قالت: قلت: يا رسول الله، تستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال: «نعم!»، قلت: إن البكر تستأمر، فتستحي، فتسكت، قال: «سكاتها إذن»^(٣).

د - واستدلوا بما روي عن ابن عباس: «أن جارية بكرة أتت رسول الله ﷺ فذكرت أن أباهاً زوّجها، وهي كارهة، فخيرها النبي ﷺ»^(٤).

وفي رواية ابن ماجه أنه «جاءت فتاة إلى النبي ﷺ فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه، ليرفع بي خسيسته، قال: فجعل الأمر إليها، فقالت: أجزت ما صنع أبي، لكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للأباء من الأمر شيء»^(٥).

هذه جملة ما عثرنا عليه من الأدلة من وجوب استئذان البكر، عند الحنفية. هذا، ووجه استدلالهم بحديث: «الأيم أحق بنفسها من وليها» أنه جعل للولي حقاً، ولكن الأيم أحق منه، ولما كان حق الولي مقصوراً على مباشرة عقد النكاح، كانت الأيم - من لا زوج لها، بكرة كانت أم ثيباً - أحق منه في ذلك.

(١) أخرجه أبو داود: ٢١٠٠، والنسائي: (٨٥/٦)، وأحمد: ٣٠٨٧، من حديث ابن عباس، وهو صحيح.

(٢) أخرجه البخاري: ٦٩٧٠، ومسلم: ٣٤٧٣، وأحمد: ٧٤٠٤، من حديث أبي هريرة.

الأيم لغة هي: المرأة التي لا زوج لها بكرة كانت أو ثيباً، أو هي المرأة التي فارقتها زوجها بطلاق أو موت، بكرة كانت أم ثيباً.

(٣) أخرجه البخاري: ٦٩٤١، ومسلم: ٣٤٧٥، وأحمد: ٢٤١٨٥. وانظر «نيل الأوطار»: (٦/١١٩) وما يليها.

(٤) أخرجه أبو داود: ٢٠٩٦، والنسائي في «الكبرى»: ٥٣٨٧، وابن ماجه: ١٨٧٥، وأحمد: ٢٤٦٩، من حديث ابن عباس، وإسناده صحيح.

(٥) أخرجه النسائي: (٦/٨٦)، وابن ماجه: ١٨٧٤، وأحمد: ٢٥٠٤٣، من حديث عائشة، وهو صحيح. وانظر «نيل الأوطار»: (٦/١١٩) وما يليها.

ويتجه على الحنفية في هذا الاستدلال، أن المراد بالأيم في الحديث هي الثيب، بدليل مقارنتها بالبكر في الشطر الثاني من الحديث، ويكون معناه أن الثيب لا تمنع من الزواج بمن اختارته زوجاً، وليس للولي ولاية إجبار عليها إذا رفضت، وليس هذا مما نحن فيه؛ لأن البحث في موضوع المرأة، هل لها أن تستبد بعقد زواجها من دون إذن الولي؟.

وبإمعان النظر في منطوق الحديث، يتبين أنه يميز بين الثيب والبكر، في الوسيلة التي تعبر كل منهما عن رضاها، فلا بد من التصريح بالنسبة إلى الثيب، ويكتفى بالسكوت أو الصمت بالنسبة إلى البكر، لخبرها وحيائها، وهذا شيء وراء استبداد المرأة البالغة العاقلة، بإنشاء عقد زواجها، كما ترى.

نعم، يفيد أنه لا بد من أخذ رضا كل منهما، وهذا ما نقول به، ولا ننكره. وأما استدلالهم بحديث: «ليس للولي مع الثيب أمر» فلا يعني أنه ليس له شأن في التزويج، بل ليس له إجبار موليته على الزواج بمن لا ترضاه.

وأما حديث ابن عباس في روايته، فليس من معناه ولا من مقتضاه، أن المرأة تستبد بعقد زواجها دون وليها، بل جل ما يدل عليه أن ليس للولي إكراه موليته على الزواج بمن تكره؛ إذ لا بد من أخذ رأيها فيه؛ لأنها ستعيش معه طوال عمرها، وهذا لا يتصل بموضوعنا الذي هو استبداد المرأة بعقد زواجها.

هذا، ومعنى الاستئذان والاستئذان فيما استدل به الحنفية، لا يخرج عن نطاق وجوب رضا المرأة في الزواج لا أن تستقل به.

ج - استدلال الحنفية بالمعقول: على أنها إذ تقوم بإنشاء عقد زواجها، فإنما تتصرف في خالص حقها، وهو ما تقتضيه قواعد الأهلية الكاملة الثابتة للمرأة شرعاً، كما تتصرف في أموالها، على استقلال، ولا يعترض عليها أحد؛ لأنه خالص حقها، قياساً، وليست «الأنوثة» - في الشرع - عاملاً مؤثراً في نقص الأهلية، حتى يكون للولي ولاية الإجبار، والاستبداد عليها.

نعم! إذا أساءت التصرف فيما منحت من حق الولاية على نفسها، فاختارت زوجاً

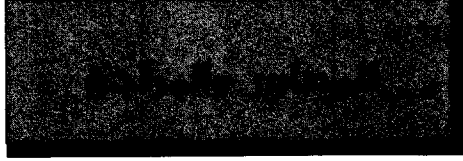
غير كفاء، وأنشأت عقد زواجها به من دون إذن الولي، ولا مباشرته العقد، كان له حق الاعتراض على هذا الزواج، دفعاً للمضرة عن الأسرة، فيطالب بحق الفسخ قبل الحمل، وقبل الولادة، كما ذكرنا، رعاية لحق الطفل.

ويتجه على الحنفية في هذا الوجه من الاستدلال، أنه مع التسليم بكمال الأهلية، لكن المرأة غالباً بحكم وضعها الشرعي قليلة الاختلاط بالرجال، فتعوزها الخبرة، فكان لا بد من أخذ إذن الولي، واستطلاع رأيه، جبراً لهذا النقص.

ثم هي - إلى ذلك - مشبوبة العاطفة، بحكم غريزة الأمومة فيها، ولذا كانت سريعة الاغترار، فكان لا بد من أخذ رضا الأولياء بالعقد، تجنباً من الوقوع في التغرير، استغلالاً لعاطفتها، ولا سيما أن نفوس النساء طوامح إلى الرجال، فتأميناً لمصلحتها، وإقامة لبنيان الأسرة على أسس مكينة، كان لا بد من استئذان الولي، حتى يكون إذنه، شرطاً لصحة عقد الزواج، ولا بد من إذنها أيضاً، لينم عن رضاها بالزوج الذي ستعيش معه طوال عمرها، وبذلك نوفق بين الأدلة التي احتج بها كل فريق.

انتهى الكتاب. والحمد لله أولاً وآخراً





التفسير

- الطبري
- لابن العربي
محمد رشيد رضا

جامع البيان في تفسير القرآن
أحكام القرآن
المنار

الحديث

الطبعة الأخيرة - مصطفى البابي -
القاهرة - بدون تاريخ
مؤسسة الحلبي - ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م
- القاهرة
الطبعة الثانية - المكتب الإسلامي -
١٣٩٣هـ - بيروت
تصوير دار إحياء التراث العربي -
بيروت
المكتبة السلفية - تحقيق محمد فؤاد
عبد الباقي - تصوير بيروت
مطبعة الملاح - ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م
الطبعة الأخيرة - مصطفى البابي -
١٣٧٩هـ - ١٩٦٠م
طبع مكتبة التراث الإسلامي
١٣٩١هـ - ١٩٧١م

الشوكاني
البيهقي
الزيلعي
النوي
ابن حجر
ابن الأثير
الصنعاني
علاء الدين الهندي

نيل الأوطار - شرح متقى الأخبار
سنن البيهقي
نصب الراية لأحاديث الهداية
شرح صحيح مسلم
فتح الباري - شرح صحيح البخاري
جامع الأصول
سبل السلام
كتر العمال

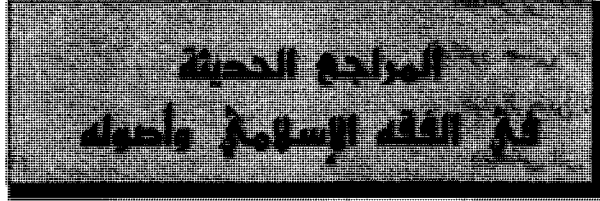
<u>الفقه الحنفي</u>		
المطبعة الأميرية - ١٣١٦هـ	الكمال بن الهمام	فتح القدير - شرح الهداية
الطبعة الثانية - ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م	الكاساني	بدائع الصنائع
الطبعة الأولى - بولاق - ١٣١٣ - ١٣١٥هـ	الزليعي	تبيين الحقائق - شرح كنز الدقائق
مطبعة السعادة - ١٣٢٤ - ١٣٣١هـ	السرخسي	المبسوط - شرح الكافي
مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٥٥هـ - ١٣٥٦هـ	المرغيناني	الهداية
الآستانة - ١٢٩٠هـ	ابن نجيم	الأشباه والنظائر وحاشية الحموي
الآستانة - ١٣٠هـ	شيخ زاده	مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر
الآستانة - ١٣٠هـ	الحصكفي	الدر المنتقى شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر
مطبعة دار الكتاب العربي - القاهرة ١٣٧٠هـ	الطحاوي	مختصر الطحاوي
مطبعة الحلبي ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م	ابن نجم	البحر الرائق شرح كنز الدقائق
مطبعة صبيح - مصر	الموصلي	الاختيار لتعليل المختار
مطبعة عيسى البابي - الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ - ١٩٦٩م	ابن عابدين	رد المحتار على الدر المختار
ترجمة منشورات مكتبة النهضة - بيروت	علي حيدر الحسيني	درر الحكام شرح مجلة الأحكام
المطبعة الأميرية	علماء الهند	الفتاوى الهندية (العالمكيرية)
المطبعة الأميرية - بولاق		الفتاوى الأنقروية
<u>الفقه الحنبلي</u>		
تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة بمصر ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م	ابن قيم الجوزية	إعلام الموقعين
طبع المكتب الإسلامي، ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م	ابن مفلح	المبدع في شرح المقنع

تحقيق محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى، مطبعة السنة المحمدية - القاهرة	للمرداوي	الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف
مطبعة مصطفى البابي ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م	ابن القيم	زاد المعاد
تصوير دار المعرفة - بيروت	ابن تيمية	الفتاوى الكبرى
نشر مكتبة النصر الحديثة - الرياض	البهوتي	كشاف القناع
تصوير دار الكتاب العربي - بيروت	ابن قدامة	المغني مع الشرح الكبير
الطبعة الثالثة، مصطفى البابي - ١٣٨٢هـ - ١٩٦٢م	ابن رجب	جامع العلوم والحكم
مكتبة أنصار السنة المحمدية ١٣٨١هـ - ١٩٦١م	ابن تيمية	السياسة الشرعية
مكتبة أنصار السنة المحمدية ١٣٨١هـ - ١٩٦١م	ابن تيمية	الحسبة
المؤسسة العربية للطباعة والنشر - راجعه وصححه أحمد العسكري ١٣٨٠هـ - ١٩٦١م	ابن القيم	الطرق الحكمية
<u>الفقه الزيدي</u>		
مؤسسة الرسالة - بيروت	أحمد بن يحيى المرتضى	البحر الزخار
المطبعة السلفية	صديق خان	الروضة الندية شرح الدرر البهية
الطبعة الثانية - مطبعة المؤيد - الطائف - ١٢٢١هـ	للسياغي	الروض النضير
مطبعة عيسى البابي - ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م	أحمد بن قاسم	التاج المذهب لأحكام المذهب
<u>الفقه الظاهري</u>		
منشورات المكتب التجاري - بيروت (مصور)	ابن حزم	المحلّي

<u>الفقه الإمامي</u>		
المختصر النافع	أبو القاسم جعفر الحلبي	مطبعة وزارة الأوقاف - الطبعة الثانية ١٣٧٧هـ - القاهرة
<u>الفقه الإباضي</u>		
شرح النيل	محمد بن أطفيش	مطبعة السلفية - ١٣٤٣هـ - القاهرة
<u>أصول الفقه</u>		
الموافقات في أصول الشريعة	الشافعي	طبع المكتبة التجارية - الكبرى - مصطفى محمد - مع شرح الشيخ عبد الله دراز
الاعتصام	الشافعي	طبع المكتبة التجارية الكبرى - مصطفى محمد - بدون تاريخ
التوضيح على التنقيح بحاشية التلويح الإحكام في أصول الأحكام	صدر الشريعة للأمدي	مطبعة صبيح - بدون تاريخ مطبعة صبيح - ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م
سلم الوصول شرح نهاية السؤل شرح منهاج الأصول	الشيخ بخيت	طبع جمعية نشر الكتب العربية - ١٣٤٣هـ - القاهرة
الرسالة	الشافعي	تحقيق أحمد محمد شاكر - الطبعة الأولى - مطبعة مصطفى البابي - ١٣٥٨هـ - ١٩٤٠م
قواعد الأحكام	للعز بن عبد السلام	مكتبة الكليات الأزهرية - ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م - القاهرة
القواعد	ابن رجب	مكتبة الخانجي، ١٣٥٢هـ - ١٩٣٣م
كشف الأسرار، شرح أصول فخر الإسلام البزدوي	عبد العزيز البخاري	مطبعة الصنائع - الآستانة ١٣٠٧هـ
مسلم الثبوت مع شرح فواتح الرحموت الفروق	ابن عبد الشكور القرافي	طبع بولاق، مصر ١٣٢٢هـ - طبع دار إحياء الكتب العربية - ١٣٤٤هـ - القاهرة
المستصفي مع مسلم الثبوت	الغزالي	طبع بولاق، مصر - ١٣٢٢هـ

تحقيق حمد الكبيسي - مطبعة الإرشاد - بغداد ١٣٩٠هـ - ١٩٧١م	الغزالي	شفاء الغليل
تحقيق الدكتور عبد الكريم عثمان المطبعة الأميرية - بولاق تصوير بيروت	القاضي عبد الجبار القرافي الكردي ابن عابدين	شرح الأصول الخمسة تنقيح الفصول الفتاوى البرازية رسائل ابن عابدين
الفقه المالكي		
طبع دار إحياء الكتب العربية - مطبعة عيسى البابي - القاهرة	أحمد الدردير	حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
مطبعة السعادة ١٣٢٨ - ١٣٢٩هـ، القاهرة	الحطاب	مواهب الجليل لشرح مختصر سيدي خليل
الطبعة الأولى - تونس ١٣٥٠هـ مطبعة مصطفى البابي، ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م.	الرصاع التونسي ابن فرحون	شرح حدود ابن عرفة تبصرة الحكام
طبع تونس تصوير دار الكتاب العربي	ابن جزى	القوانين الفقهية
طبع المكتبة التجارية الكبرى، ١٣٩١هـ - ١٩٧١م	الباجي الزرقاني	المنتقى شرح موطأ الإمام مالك الزرقاني على موطأ الإمام مالك
الطبعة الأولى - شركة المطبوعات العربية	ابن رشد	بداية المجتهد
مطبعة البابي، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م	أحمد بن غنيم	الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني
طبع مكتبة المشى - بغداد ١٩٧٠م مطبعة السعادة ١٣٢٥هـ - القاهرة	الإمام مالك ابن رشد (الجد)	المدونة الكبرى (رواية سحنون) المقدمات الممهيات
تحقيق موسى لقبال، طبع الجزائر	المجيلدي	التيسير في أحكام التسعير
الفقه الشافعي		
المطبعة الميمنية - ١٣١٥هـ - القاهرة تصوير دار المعرفة - بيروت	ابن حجر الهيتمي الشافعي	تحفة المحتاج الأم

تصوير دار إحياء التراث العربي - بيروت	الشربيني	مغني المحتاج
مخطوط - فقه شافعي (٧٢، ٢٤) مطبعة الآداب والمؤيد، ١٣١٧هـ	الماوردي	الحاوي
مطبعة البابي الحلبي - ١٣٥٧هـ ١٩٣٨م	الغزالي	الوجيز
الطبعة الأولى، مطبعة السعادة - القاهرة ١٣٢٧هـ - ١٩٠٩م	الرملي	نهاية المحتاج بحاشية الشبراملسي
الطبعة الأخيرة، مصطفى البابي الحلي، ١٣٥٦هـ - ١٩٣٨م	الماوردي	الأحكام السلطانية
مطبعة الإرشاد - جدة، تحقيق وإكمال محمد نجيب المطيعي	السيوطي	الأشباه والنظائر
مطبعة عيسى البابي الحلبي - مصر ١٩٥٩م	النوي	المجموع شرح المهذب
تصوير دار المعرفة - بيروت	الشيرازي	المهذب
تحقيق الدكتور الباز العريني، الثقافة - بيروت ١٩٦٩م	الشربيني	الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع
تصوير دار إحياء التراث العربي - بيروت	الشيرازي	نهاية الرتبة في طلب الحسبة
تصوير دار المعرفة - بيروت	سليمان الجمل	الجمل على شرح المنهج
تصوير بيروت	الغزالي	إحياء علوم الدين
طبع الهيئة العامة المصرية للكتاب، تحقيق د. محمد شعبان	ابن حجر	الزواجر
تحقيق محمد خليل هراس، مكتبة الكلية الأزهرية	لابن الأخوة	معالم القرية
	لأبي عبيد	



علي الخفيف	أحكام المعاملات الشرعية
محمد أبو زهرة	الملكية ونظرية العقد
علي الخفيف	الملكية في الشريعة الإسلامية
عبد السلام العبادي	الملكية في الشريعة الإسلامية
محمد أبو زهرة	أبو حنيفة
محمد أبو زهرة	مالك
محمد أبو زهرة	ابن حنبل
محمد أبو زهرة	الشافعي
محمد مصطفى شلبي	الوقف والوصية
إبراهيم الشهاوي	الحسبة
فتحي الدريني	الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده
فتحي الدريني	نظرية التعسف في استعمال الحق
فتحي الدريني	المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي
فتحي الدريني	أصول التشريع الإسلامي
فتحي الدريني	حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن (مع فئة من العلماء)
محمود شلتوت	فقه القرآن والسنة
محمود شلتوت	الإسلام عقيدة وشريعة
محمود شلتوت	من توجهات الإسلام
محمود شلتوت	مقارنة المذاهب

التسعير الجبري	بشرى الشوربجي
الفتيا	سليمان الأشقر
أسباب اختلاف الفقهاء	علي الخفيف
أسباب اختلاف الفقهاء	عبد الله بن تركي
مقاصد الشريعة	الطاهر بن عاشور
نظرية المصلحة	الدكتور حسين حامد
السياسة الشرعية	عبد الرحمن تاج
المدخل الفقهي العام	مصطفى الزرقاء
مصادر الحق في الفقه الإسلامي	عبد الرزاق السنهوري
الإسلام وأوضاعنا الاقتصادية	محمد الغزالي
التصرف الانفرادي	علي الخفيف
فتاوى شرعية	حسنين مخلوف
المدخل إلى نظرية الالتزام	مصطفى الزرقاء
الحق والذمة	علي الخفيف
الميراث المقارن	عبد الكريم الكشكي
التعزير	عبد العزيز عامر
الأحوال الشخصية	عبد الرحمن الصابوني
محاضرات في الفقه المقارن	محمد سعيد البوطي
الفتاوى الواضحة	محمد باقر الصدر
نظرية الشروط المقترنة بالعقد	زكي الدين شعبان
منهج عمر بن الخطاب في التشريع الإسلامي	محمد البلتاجي

المعاجم

ابن منظور

للفيروز أبادي

الفيومي

للرازي

للزمخشري

ابن الأثير

لسان العرب

القاموس المحيط

المصباح المنير

مختار الصحاح

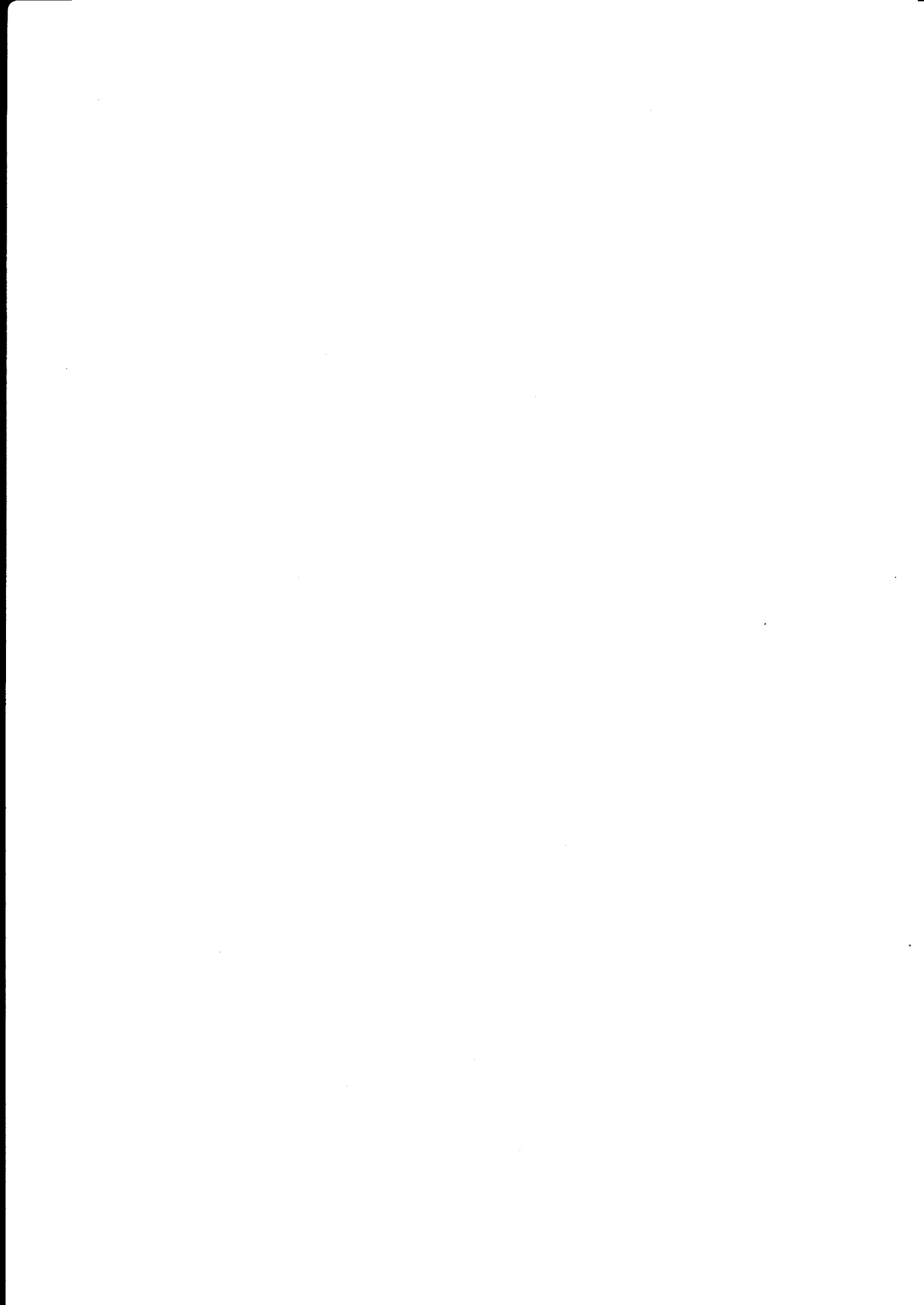
أساس البلاغة

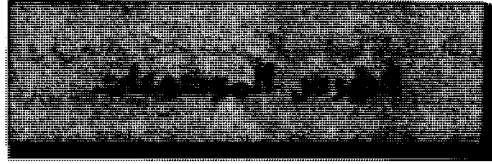
النهاية في غريب الحديث



المصادر والمراجع للبحوث المزيدة

المسوى شرح الموطأ (فقه مالكي)	للإمام ولي الدين الدهلوي	طبع دار الكتب العلمية - بيروت
اللمعة الدمشقية بشرح الروضة	الشهيد العاملي	(فقه إمامي)
شرح المقنع (فقه حنبلي)	ابن قدامة	طبع دار الكتاب العربي - بيروت
النهاية في مجرد الفقه والفتاوى	للطوسي	
(فقه إمامي)		
تحرير الوسيلة (فقه إمامي)	للإمام الخميني	
الفقه على المذاهب الأربعة	(قسم المعاملات)	ج ٢، طبع المكتبة التجارية
	عبد الرحمن الجزيري	الكبرى - القاهرة
فقه السنة	الشيخ سيد سابق	طبع دار الكتاب العربي - بيروت
	الدكتور محمد فوزي فيض الله	
شرح المقنع	ابن قدامة المقدسي (الحنبلي)	
حكم اللحوم المستوردة	الدكتور محمد عبد القادر أبو فارس	
الطريقة الإسلامية في ذبح	الدكتور غلام	مترجم
الحيوانات للطعام	مصطفى خان	
اللباب شرح الكتاب	عبد الغني الغنيمي الميداني الدمشقي	طبع المكتبة العلمية - بيروت
تفسير القرآن الكريم	الشيخ محمود شلتوت	
الجامع لأحكام القرآن	للقرطبي	طبع دار الكتاب العربي - بيروت
مفردات غريب القرآن	للاغب الأصفهاني	
حياة الحيوان	للدميمري	





٥	المبحث التاسع
٥	حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن
٥	مقدمة:
٦	أولاً: تحديد مفهوم الابتكار في الإنتاج الذهني
٨	ثانياً: التكيف الفقهي لطبيعة الابتكار الذهني
	ثالثاً- موقع الإنتاج الفكري المبتكر والمنافع جملة من مفهوم المال شرعاً في الاجتهادات
١٣	والمذاهب الفقهية
١٤	أولاً- الفقه الشافعي:
١٧	ثانياً- وفي فقه الحنابلة:
١٩	جريان الملك في الأعيان والمنافع يستلزم ماليتها شرعاً:
٢١	ثالثاً- في فقه المالكية:
	تعميم معنى الملك على مفهوم المال عند الإمام الشاطبي، مخالف لما استقر عليه فقه المالكية
٢٣	في مالية بعض الحقوق:
	تعريف الإمام ابن عرفة للمال، وتفسيره له، ينطبق على الإنتاج العلمي المبتكر، ويؤكد معنى
٢٤	المالية فيه:
٢٦	رابعاً- منشأ حق الابتكار:
٢٩	خامساً- حق الملك في الإنتاج العلمي المبتكر، حق عيني مالي متقرر لا مجرد:
	سادساً- مدى قبول حقوق الابتكار للانتقال بالمعاوضة أو الإرث أو الإيضاء شرعاً،
٣٠	والأساس الفقهي لذلك:
	السلطات الثلاث- من الانتفاع الشخصي (الاستعمال) والاستغلال، والتصرف (المادي
٣٢	والقولبي الشرعي)- ثمرة حق الملك لا عينه:

- عدم تغير معنى الملك شرعاً، من حيث هو علاقة اختصاص يقرها الشارع، باختلاف طبيعة محله، مما يؤكد معنى الملك كَمَلاً في الإنتاج المبتكر لمؤلفه: ٣٢
- مناطق الملك يثبث ولو انتفت إحدى سلطاته، أثراً لطبيعة محلّه: ٣٣
- حق المؤلف في إنتاجه الفكري نوع خاص من الملك ذو خصائص ذاتية مستمدة من طبيعة محله باعتباره أفكاراً ذهنية مجردة: ٣٤
- الملك الذي يجري في منافع الإنتاج الذهني أقرب شبهاً بالملك الذي يجري في الثمرات المادية والأعيان، منه بالمنافع: ٣٦
- إيجاب الفقهاء حيازة العين التي تقوم بها المنفعة، حيث لا يكون ثمة سبيل إلى استيفائها إلا عن طريق تلك العين دليل يبين على مراعاتهم لطبيعة المنفعة، ولوضعها الذي وجدت عليه في مواقع الوجود: ٣٧
- منشأ شبهة الإمام القرافي في طبيعة حق المؤلف والرد عليها: ٣٧
- سابعاً - مناقشة الإمام القرافي في عناصره الأصولية السابقة، ونقدها: ٣٩
- أولاً - الملك حكم شرعي أو وصف شرعي: ٥١
- الحكم الشرعي المقدر وجوده في منافع الإنتاج الفكري المبتكر، منشؤه العرف، ومستند العرف المصلحة المرسله المتعلقة بالحقوق الخاصة، وبالحقوق العامة: ٥٢
- ٤ - مفهوم «المال» عند متأخري الحنفية: ٥٧
- الاختصاص يقوم مقام الحيازة المادية - إذا استحالت - في كثير من أحكام الشرع: ٥٨
- متأخرو الحنفية يجيزون النزول عن حق الوظيفة بالمال: ٥٩
- الرد على متقدمي الحنفية: ٦٠
- ١ - تحريم كتمان العلم، لا يستلزم نفي ما للمؤلف من حق مالي في إنتاجه الفكري المبتكر: ٦٣
- ٢ - العدل في الجزاء الأخروي أصل يستلزم وجوب إقامة العدل في الجزاء الدنيوي، إذ العدل لا يتجزأ: ٦٦
- حقوق المؤلف قبل الناشر والمستفيد: ٦٧
- أ - معيار تقدير منفعة العمل الفكري المبتكر بالنسبة للناشر: ٦٧
- ب - العلاقة التي ينشئها عقد بيع النماذج بين الناشر والمستفيد، ومدى الحقوق المكتسبة بهذا العقد: ٦٨
- ج - المكتبات العامة العلمية، والجامعة، والمراكز الثقافية، والتجارية، وما إليها، حقها المكتسب كالمستفيد الفرد، إن في مقدار المبيع، أو وجوه التصرف في حدوده: ٧٠
- د - الانتفاع العلمي باقتباس أفكار المؤلف أو صيغته وعباراته، تأييداً لفكرة علمية ارتأها المقتبس، أو من أجل التوسع فيها، والبناء عليها، جازت شرعاً، شريطة أن يَغزُو الأفكار إلى مؤلفيها، أداءً للحق العلمي لمؤلفه: ٧٠

- هـ- لا يملك المؤلف منع إباحة الانتفاع العلمي بمبتكراته؛ لأنه حق الله في كل حق فردي، ولكنه يملك أن يمنع استغلالها مادياً بدون إذن منه ولا ولاية، ويمنع انتحالها زوراً: ٧١.....
- و- مبدأ مقارنة التساوي بين العوضين - كما يقول الإمام ابن رشد - من مباني العدل في تشريع المعاملات، وهو يقتضي توقيت حق المؤلف وورثته من بعده في استغلال إنتاجه العلمي المبتكر: ٧٢.....
- ز- أقصى مدة استغلال الورثة لحق الإنتاج العلمي المبتكر ستون عاماً، من تاريخ وفاة المؤلف مورثهم: ٧٣.....
- ح- منع ورثة المؤلف من استغلال إنتاجه المبتكر بعد انتهاء المدة المعينة، لا يعني حرمان ناشره من نسبة معينة معقولة من الربح زائدة عن أصل التكاليف: ٧٤.....
- ط- حق الناشر في النماذج المجردة إذا ملكها بعوض من ماله الخاص: ٧٤.....
- المبحث العاشر: عقوبة التغريم بالمال في الفقه الإسلامي المقارن: ٧٧.....
- تمهيد: ٧٧.....
- تعريفنا للتعزير: ٨١.....
- صور من المعاصي التي تستوجب التعزير: ٨٣.....
- المثلية في الحقوق والواجبات، كالمثلية في الجزاء، مبنى للعدل في التشريع الإسلامي: ٨٦.....
- أخذ المال عقوبة، قد يتعين جزاء بالنظر لحال الجاني، وتحقيق المقصد الشرعي منها، دون غيره من العقوبات: ٨٨.....
- ٧- طبيعة المعاصي التي تستوجب العقوبة التعزيرية، بعضها إيجابي وقوعي، والآخر سلبي عديمي: ٩١.....
- ٨- تحرير محل النزاع: ٩٢.....
- تحليل محل النزاع: ٩٥.....
- الدليل الذي اعتمده السلف في عدم التفصيل لأنواع عقوبة التغريم، ووجوه التصرف فيها بعد أخذها، هو أثرها المتحد بالنسبة للجاني، وهو الإنقاص من ماله، ولسلطة الإمام التفويضية المقيدة بالمصلحة: ٩٧.....
- تعريف العقوبة بوجه عام، شرعاً: ٩٨.....
- الفرق بين الجريمة والجنابة شرعاً، وأيهما يتصل بعقوبة التعزير: ٩٨.....
- حكمة تشريع العقوبة، أو المقصد الشرعي من أصل تشريعها بوجه عام: ٩٩.....
- ما يوجب التعزير يسمى جريمة أو جنابة: ٩٩.....
- ١- ما صدر في القرآن الكريم، والسنة الثابتة، قضاءً، وقولاً، وفعلاً من صور التغريم بالمال: ١٠٠.....
- ٢- صور من قضاائه ﷺ بالتغريم بالمال: ١٠٠.....
- ٣- اجتهادات بعض الصحابة ومن بعدهم في التغريم بالمال: ١٠٤.....

كفارة:	١٠٥
أولاً- اتجاه المانعين وأدلتهم:	١٠٥
ثانياً- اتجاه المجيزين وأدلتهم:	١١١
١- استدلووا بالسنة وإجماع الصحابة، والمعقول:	١١١
٢- إجماع الصحابة:	١١٦
٣- استدلالهم بالمعقول:	١١٨
مناقشة أدلة المانعين وتقديرها أصولياً:	١٢٠
مناقشة الإمام الغزالي في أصولية هذا النوع من الإجماع الذي نسبه إلى الصحابة:	١٢٥
موقف الإمام مالك من هذا النوع من الإجماع، ومدى أصوليته:	١٢٦
منشأ الخلاف في هذا النوع من الإجماع:	١٢٦
مقارنة بين اتجاه الإمام الغزالي، واتجاه الإمام مالك، من حجة المصلحة:	١٣٨
لا يجيز الإمام الغزالي قياس أخذ المال عقوبة على أخذ المال إنفاقاً، من الأغنياء على الجند، لسد حاجتهم، إذا خلا بيت المال:	١٤٢
مشاطرة الخليفة عمر <small>رضي الله عنه</small> ولاته أموالهم التي امتلكوها بسلطان الولاية ونفوذها، إنما على سبيل العقوبة المالية، لا على سبيل محض الاسترجاع والتعويض المالي:	١٤٤
شرط تعين العقوبة المالية:	١٤٥
قياس المانعين الزكاة على الصلاة والصوم، بجامع أن كلاً منها عبادة، لا تجب العقوبة المالية بالامتناع عن أدائها:	١٤٧
امتناع الخليفة أبي بكر عن تغريم الممتنعين عن أداء الزكاة في عهده، اكتفاءً بمحاربتهم، لا يستلزم عدم مشروعية التغريم بالمال على معصية الامتناع عن أدائها:	١٤٩
المبحث الحادي عشر: لزوم الوقف في الفقه الإسلامي المقارن	١٥١
تمهيد	١٥١
أولاً- تعريف الوقف:	١٥٢
علاقة تكييف الوقف عند الإمام وصاحبيه بمسألة لزوم الوقف، موضوع البحث:	١٥٤
المعاني التي اتفقت عليها هذه التعاريف:	١٥٧
ثانياً: مشروعية أصل الوقف وأدلته:	١٦١
٢- والحديث أصل في مشروعية الوقف:	١٦٣
٣- الإجماع العملي:	١٦٥
ثالثاً: أثر الوقف في ملكية العين الموقوفة، بقاء وزوالاً في فقه المذاهب:	١٦٦

- ١٧٢ رابعاً: لزوم الوقف:
- ١٧٣ أدلة المانعين ومناقشتها والرد عليها:
- ١٨٣ منشأ الخلاف في تفسير حديث وقف عمر رضي الله عنه ومدى قوة الاستدلال به على اللزوم:
- ١٨٤ ثانياً: واحتجوا بالأثر عن الصحابة:
- ١٨٥ ثالثاً: واحتجوا بالمعقول:
- ١٨٩ مناقشة أدلة المعقول للمانعين:
- ١٩٤ أدلة القائلين باللزوم ومناقشتها:
- ١٩٤ أولاً: استدلووا بالسنة المستفيضة، والإجماع العملي، والمعقول:
- ١٩٧ ثانياً: إجماع الصحابة عملاً:
- ١٩٩ ثالثاً: استدلالهم بالمعقول:
- ٢١٥ **المبحث الثاني عشر: منهج البحث في الصيد**
- ٢١٥ أولاً: معنى الصيد لغة وشرعاً.
- ٢١٥ ثانياً: تحليل التعريف الشرعي للصيد، وبيان عناصره، ومحترزاته.
- ٢١٦ ثالثاً: مشروعية الصيد:
- آراء الفقهاء في حكم الحيوان المستأنس إذا توحش، بم تكون ذكاته؟ وكذا إذا استعصى وتعسر ذبحه:
- ٢١٧ ذبحه:
- ٢١٨ **بحث الصلغ في الفقه الإسلامي المقارن**
- ٢١٨ أولاً: معنى الصيد لغة وشرعاً.
- ٢١٨ ثانياً: تحليل التعريف الشرعي للصيد بالمعنى المصدري.
- ٢٢٤ ثالثاً: مشروعية الصيد.
- ٢٢٤ أولاً: أما الكتاب، فلقوله تعالى:
- ٢٣٠ ثانياً: أما أدلة مشروعية «الصيد» من السنة، فتعرضها فيما يلي، مع بيان وجوه الاستدلال بها:
- ٢٣٨ رابعاً: حكم الصيد، أو وصفه الشرعي في الأحوال المتغايرة.
- آراء الفقهاء في حكم الحيوان المستأنس، إذا توحش، بم تكون ذكاته؟ وكذا إذا استعصى وتعسر ذبحه.
- ٢٤١ ذبحه.
- ٢٤٤ حكم الصيد بالبندقية النارية ونحوها من الأسلحة الحديثة المعروفة في أيامنا:
- وجوب تذكية الحيوان الوحشي المستعصى بعد الإصابة برصاص البندقية النارية، وجرحه إذا أدركه الصائد حياً، غير منفوذ المقاتل، للاحتياط.
- ٢٤٥ اجتهاد الإمامية في حكم الصيد بالآلة المعروفة المسماة بالبندقية النارية ونحوها، مع توفر الشرائط الأخرى، لحل المصيد، واجتهادهم في الرمي بالبندقية من الحديد.
- ٢٤٦ الرمي بالبندقية من الحديد.

- القاعدة العامة التي يمكن استخلاصها من اجتهادات الفقهاء على اختلاف مذاهبهم في حل
المصيد: ٢٤٨
- الذبح أو الذبائح** ٢٦٤
- تعريف الذبح لغةً: ٢٦٤
- تعريف الذكاة شرعاً في المذاهب الفقهية: ٢٦٦
- محل النزاع: ٢٦٨
- تحليل التعريف الثاني للذكاة في معناه الشرعي عند المالكية، مع المقارنة: ٢٦٨
- التحليل الأصولي لتعريف المالكية للذكاة شرعاً: ٢٧٠
- شروط الذبح، أو التذكية الشرعية في الفقه الإسلامي المقارن: ٢٧٧
- منشأ الخلاف في حكم ذبيحة الكتابي: ٢٨٣
- ٢- قطع الأوداج وإنهار الدم: ٢٨٧
- محل النزاع: ٢٨٨
- محل الذبح، أو موضع القطع: ٢٩٣
- وجهة نظر الفقه الإمامي في تحديد محل الذبح: ٢٩٥
- حكم إبانة رأس الحيوان بالذبح (قطع النخاع الشوكي): ٢٩٦
- وجهة نظر الفقه الإمامي في الذبح من «اللقفا»: ٢٩٧
- ٤- الفورية: ٢٩٨
- مذهب الإمامية في الفورية والتابع، والعرف محكم: ٢٩٩
- المبحث الثالث عشر: حكم اللحوم المستوردة من البلاد الأجنبية معلبة، أو مثلجة، أو مجففة**
- في الفقه الإسلامي المقارن** ٣٠١
- ١- الطريقة الإسلامية: ٣٠٢
- شروط الذبح على الطريقة الإسلامية: ٣٠٢
- التحريم الذي يرجع إلى طريقة الذبح، أو الآلة التي تتخذ لذلك: ٣٠٥
- طريقة الصعق الكهربائي: ٣٠٧
- الصعق الكهربائي نوع من التدويخ: ٣٠٨
- ح- حكم طريقة إماتة الحيوان، والحصول على لحمه للطعام، بغاز ثاني أكسيد الكربون: ٣٠٩
- مدى اتساق الذبح على الطريقة الإسلامية مع علم وظائف الأعضاء (فسيولوجيا): ٣١٠
- افتراق طريقة الذبح الإسلامية، عن طريقة تدويخ الحيوان: ٣١١
- عَوْدُ إلى تحرير حكم استدلال غاز ثاني أكسيد الكربون، في عملية التدويخ: ٣١٢

- الفرق بين إفقاد الوعي الحقيقي، وبين إفقاد الشعور بالألم، وأيهما يجيء أثراً للطريقة الإسلامية في الذبح؟ ٣١٤
- الطريقة الإنجليزية في الذبح، وهي أبرع طريقة في نظر الأوروبين، ما قوامها؟ وما حكمها في الشريعة الإسلامية؟ ٣١٥
- الصعقة الكهربائية المدوخة تسرع في بداية تعفن اللحم، على النحو الذي نراه أسلوباً لإماتة الحيوان في بلاد «الدانيمارك». ٣١٥
- طرق «التخدير» لا «التدويخ» وقبل الإدماء وإنهار الدم، جائزة، للسيطرة على الحيوان الكبير الحجم، غير المقذور عليه، لرفع تمرده، وإغنائه، وامتناعه. ٣١٩
- خصائص الطريقة الإسلامية في الذبح: ٣٢٠
- مذهب الإمامية في ذبيحة الكتابي: ٣٢٦
- ٤- القصد: ٣٢٧
- النزعة الإنسانية في الشريعة الإسلامية، فيما شرعت من طرق التذكية، والأدلة التي تنهض بها. ٣٢٩
- المبحث الرابع عشر: اختلاف المطالع وأثره في ثبوت الأهلة في الفقه الإسلامي المقارن ٣٣٣
- تمهيد: ٣٣٣
- تحرير محل النزاع: ٣٣٦
- اتجاهات الفقهاء في حكم اختلاف مطالع القمر، وأثره على ثبوت الأهلة، وما يتعلق بها من الأحكام الشرعية، وعرض أدلتهم ووجوه استدلالهم بها: ٣٣٧
- الاتجاه الأول: العبرة باختلاف المطالع: ٣٣٧
- اختلاف فقهاء هذا الاتجاه في ضابط القرب والبعد: ٣٣٨
- أدلة هذا الاتجاه (اعتبار اختلاف المطالع): ٣٤١
- ٢- واستدلوا بالمعقول: ٣٤٥
- الاتجاه الثاني- «لا عبرة باختلاف المطالع» ٣٤٧
- ثالثاً- واستدلوا بالمعقول: ٣٥١
- أ- ما وجه إلى الاتجاه الثاني من النقد الأصولي: ٣٥٣
- ب- مناقشة أدلة الاتجاه الأول وتقديرها أصولياً: ٣٥٤
- الرد على الإمام الزيلعي: ٣٦٠
- الثابت في علم الفلك، أن أقصى مدة بين مطلع القمر في أقصى قطر إسلامي ومطلعه في أقصى قطر إسلامي آخر، في قارتي آسيا وأفريقيا، لا تزيد عن تسع ساعات: ٣٦١

- إجماع الأئمة الأربعة على وجوب بدء الصوم في يوم معين، في حق المسلمين جميعاً في أقطارهم،
إذا أمر الحاكم الأعلى المسلم بثبوت رمضان في الشهر في ذلك اليوم، ولو كان ثبوت رؤية الهلال
في مطلع من مطالع تلك الأقطار دون سائرهما: ٣٦٢
- المبحث الخامس عشر: الشروط المقترنة بالعقد تقييداً في الفقه الإسلامي المقارن ٣٦٩
- مجال سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي: ٣٦٩
- أ- تعريف الشرط التقيدي المقترن بالعقد اصطلاحاً (تحرير محل النزاع) هو التزام وارد في
التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه شرعاً: ٣٧٢
- ب- الفرق بين كل من الشرط التقيدي، والتعليقي، والإضافي: ٣٧٢
- أولاً: اتجاهات الفقهاء في الشروط التقيدية المقترنة بالعقد: ٣٧٣
- ثانياً - منشأ اختلاف العلماء هو ضابط الشرط المشروع: ٣٧٥
- أ- اتجاه الظاهرية: ٣٧٥
- ب- اتجاه الحنفية: ٣٧٧
- الأصل في الاشتراط عند الحنفية هو الحظر: ٣٧٨
- الاستحسان العرفي الذي تنهض على أساسه مشروعية الشرط المقترن بالعقد تقييداً عند الحنفية،
منهج عقلي واقعي، لتحقيق الخطأ والصواب إبان تطبيق القواعد على الجزئيات، توصلاً إلى
المصلحة والعدل مآلاً: ٣٧٩
- ضوابط الشرط الفاسد عند الحنفية: ٣٨٠
- الشرط الملائم عند الحنفية: ٣٨١
- ج- اتجاه الشافعية: ٣٨٣
- الشرط الباطل عند الشافعية: ٣٨٤
- د- اتجاه المذهب المالكي: ٣٨٤
- ضابط الشرط الصحيح عند المالكية في عقود المعاوضات: ٣٨٤
- هـ- اتجاه الحنابلة: ٣٩٠
- ثالثاً - اجتهادات الأئمة وموقفهم من مبدأ وحدة الصفقة: ٣٩٤
- إذن، أجاز متأخرو الحنابلة كل شرط، إلا ما كان منافياً لمقتضى العقد، أو كان منافياً للشرع نفسه: ٣٩٦
- الشرط الصحيح عند متأخري الحنابلة: ٣٩٧
- حكم الشرط الصحيح: ٣٩٧
- رابعاً - اجتهادات الفقهاء في الشرط الملائم المؤكد لمقتضى العقد معنى: ٣٩٨
- خامساً - أدلة الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية وبعض الحنابلة: ٣٩٩
- الشرط الصحيح في الفقه الوضعي: ٣٩٩

- الشرط الباطل أو شرط المضرة، مدلولاً وحكماً: ٤٠٠
- سادساً - أدلة الحنابلة على أن الأصل حرية التعاقد: ٤٠٤
- سابعاً - رأينا في موقف الظاهرية من حرية التعاقد بخاصة، وتفسير الشريعة بعامة، ومناقشة أدلتهم، وأدلة القائلين بأن الأصل في الشروط الحظر: ٤١٠
- مناقشة أدلة الجمهور من الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة: ٤١٤
- المبحث السادس عشر: انتفاع المرتهن بالعين المرهونة في الفقه الإسلامي المقارن ٤١٩
- مقدمة في حكمة تشريع الرهن: ٤١٩
- مواطن اختلاف آراء المجتهدين (تحرير محل النزاع): ٤٢٣
- أ - آراء المجتهدين في انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بإذن الراهن وبدون عوض: ٤٢٣
- أدلة الرأي الأول ووجوه الاستدلال بها (عدم الجواز مطلقاً): ٤٢٥
- أدلة الرأي الثاني ووجوه الاستدلال بها (الجواز مطلقاً): ٤٢٦
- أدلة الرأي الثالث ووجوه الاستدلال بها (القائل بالتفصيل): ٤٢٨
- حكم انتفاع المرتهن بالعين المرهونة، بإذن الراهن، وبغرض: ٤٣٤
- ب - انتفاع المرتهن بالمرهون إذا لم يأذن له الراهن بالانتفاع، وهو من حيوان الدَّرِّ، أو الركوب: ٤٣٥
- أدلة الرأي الثاني (حل الانتفاع بقدر النفقة): ٤٣٨

المبحث السابع عشر: الخطبة في عقد الزواج ومسألة (التعويض عن العدول عنها) في الفقه

- الإسلامي المقارن ٤٥١
- تمهيد: ٤٥١
- التخير سابق على الخطبة: ٤٥٣
- المعاني والصفات التي ينبغي اتخاذها أساساً في اختيار الزوجة: ٤٥٥
- تعريف الخطبة: ٤٥٩
- الخطبة التامة إنما تتحقق بالموافقة الصريحة من جانب المخطوبة ٤٦٠
- الحكمة البالغة لمشروعية الخطبة في الفقه الإسلامي: ٤٦١
- طبيعة الخطبة، وتكييفها في الفقه الإسلامي: ٤٦٢
- حكم النظر إلى المخطوبة شرع استثناء من أصل التحريم، بالنص عليه صراحة، للضرورة، فضلاً عن أنه يستفاد ضمناً من غاية الخطبة، وحكمة تشريعها. ٤٦٤
- النظر إلى المخطوبة مقيد بأمرين: حضور محرم، وعدم تجاوزه الوجه والكفين ٤٦٥
- جواز نظر المخطوبة إلى خاطبها، لعين الحكمة، بل هي أولى، على ما يقرره الفقهاء. ٤٦٦
- الخلوة بالمخطوبة محرم شرعاً ٤٦٧

٤٦٨	حكم العدول عن الخطبة
	الحكم بالتعويض، جزاء للتعسف في حق العدول، وجبراً للضرر الذي نجم عنه، لا يقيد حرية
٤٧٥	الزواج مطلقاً
٤٧٧	المبحث الثامن عشر: الولاية في عقد النكاح في الفقه الإسلامي المقارن
٤٧٧	مقدمة:
	المسائل التي اتفق الفقهاء على حكمها مما يتعلق بولاية المرأة فيها، وأنها ولاية صحيحة تنتج
	آثارها كاملة، ولا تقتصر إلى ولاية أحد يتفرد بالأمر دونها، أو يشاركها فيها، ليصح التصرف،
٤٧٨	وهذه المسائل نعرضها على الوجه التالي:
٤٧٨	تحديد موضوع البحث أو محل النزاع:
٤٨١	أولاً- أدلة المذهب الأول: المالكية والشافعية والحنابلة ومن ذهب مذهبهم (الجمهور) ..
٤٩٨	ب- مناقشة ما استدلل به الجمهور من السنة:
٥٠٣	ج- مناقشة أدلة الجمهور من المعقول:
٥٠٣	ثانياً: أدلة الحنفية، ومناقشتها:
٥٠٥	أ- أدلة الحنفية من الكتاب:
٥٠٥	ب- وبقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَكَمَا﴾ [البقرة: ٢٣٠]
٥٠٦	مناقضة أدلة الحنفية من القرآن الكريم:
٥٠٧	أدلة الحنفية من السنة، ومناقشتها
٥١١	المصادر والمراجع
٥١٧	المراجع الحديثة في الفقه الإسلامي وأصوله
٥١٩	المعاجم
٥٢١	المصادر والمراجع للبحوث المزيدة
٥٢٧	فهرس الموضوعات

